

DIRECTOR: MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Nº 56

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

© Lex Nova 2012

Lex Nova, S.A.U.

Edificio Lex Nova.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457038
Fax 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es

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

Dirección General:

Daniel Tejada Benavides

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

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

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

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuyente de la utilización o 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.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, por ello, se encuentra integrada en los catálogos de publicaciones científicas.

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

La edición digital de esta colección, que ha sido seleccionada por el CGPJ para su utilización por los miembros de la carrera judicial, puede consultarse en portaljuridico.lexnova.es

LEX NOVA

DIRECTOR

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

SECRETARÍA TÉCNICA

MARGARITA BELADIEZ ROJO

Universidad Complutense de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva

ANTONIO EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid

JAVIER GARCÍA ROCA

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

Magistrado del Tribunal Constitucional
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha

MANUEL REBOLLO PUIG

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

JOAQUÍN TORNOS MAS

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO (de los artículos enviados)

ESTANISLAO ARANA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

LUIS ARROYO

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

XABIER AROZ

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

RAFAEL BUSTOS

Profesor Titular de Derecho Público. Universidad de Salamanca

MIGUEL CASINO

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid

FEDERICO CASTILLO BLANCO

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

EDORTA COBREROS

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

ELOY COLOM PIAZUELO

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

ALFREDO GALÁN

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

ROBERTO GALÁN VIOQUE

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

AGUSTÍN GARCÍA URETA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

FELIPE IGLESIAS

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

IÑAKI LASAGABASTER

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

ORIOI MIR

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

ENCARNACIÓN MONTOYA

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

OCTAVIO SALAZAR

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Córdoba

BEATRIZ SETUÁIN

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

ORDENANZAS DE CONVIVENCIA, ORDEN PÚBLICO Y COMPETENCIA MUNICIPAL.

Miguel Casino Rubio 7

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL MERCADO EUROPEO DE DERECHOS DE EMISIÓN DE GASES DE EFECTO INVERNADERO.

M.ª Consuelo Alonso García 23

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Ortega Álvarez, L. (coord.); Moreno Molina, J.A.; Maeso Seco, L.F.; Sánchez Rodríguez, F.; Morcillo Moreno, J.; Punzón Moraleda, J.; Magán Perales, J.M.; Gallego Córcoles, I. 45

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS.

García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Canosa Usera, R.; Bustos Gisbert, R.; Carmona Cuenca, E.; Perelló Domenech, I.; Brage Camazano, J.; Díaz Crego, M.; García Vitoria, I.; Hernández Ramos, M.; Pérez-Moneo Agapito, M.; Arenas Ramiro, M.; Fernández Vivas, Y.; Queralt Jiménez, A.; González Pascual, M.I.; Rosino Calle, R. 61

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS.

García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Canosa Usera, R.; Bustos Gisbert, R.; Carmona Cuenca, E.; Perelló Domenech, I.; Brage Camazano, J.; García Vitoria, I.; Díaz Crego, M.; Pérez-Moneo Agapito, M.; Arenas Ramiro, M.; Fernández Vivas, Y.; Hernández Ramos, M.; Queralt Jiménez, A.; Alonso Sanz, L.; Rosino Calle, R.; González Pascual, M.I. 75

IV. FUENTES DEL DERECHO.

Menéndez Rexach, A. (coord.); De Marcos Fernández, A.; Díez Sastre, S. 101

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

Menéndez Rexach, A. (coord.); Domínguez Martín, M.; López de Castro García-Morato, L.; Rodríguez-Chaves Mimbrero, B.; Chinchilla Peinado, J.A. 113

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. <i>Sánchez Morón, M. (coord.); Del Olmo Alonso, J.; Rodríguez Ayala, V.; Casino Rubio, M.</i>	135
VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. <i>Rebollo Puig, M. (coord.); Alarcón Sotomayor, L.; Bueno Armijo, A.; Rodríguez Portugués, M.A.</i>	145
VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. <i>López Menudo, F. (coord.); Carrillo Donaire, J.A.; Guichot Reina, E.</i>	167
IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. <i>López Menudo, F. (coord.); Guichot Reina, E.; Carrillo Donaire, J.A.</i>	181
X. FUNCIÓN PÚBLICA. <i>Sánchez Morón, M. (coord.); Marina Jalvo, B.; Cantero Martínez, J.; Fuentetaja Pastor, J.Á.</i>	187
XI. URBANISMO. <i>Ortega Álvarez, L. (coord.); Alonso García, C.; Delgado Piqueras, F.; Serrano Lozano, R.; Villanueva Cuevas, A.</i>	199
XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL. <i>Embid Irujo, A. (coord.); Colom Piazuelo, E.; Jiménez Compaired, I.; Setuáin Mendía, B.; Valcárcel, P.</i>	215
XIII. MEDIO AMBIENTE. <i>Embid Irujo, A. (coord.); Domper Ferrando, J.; Embid Tello, A.E.; Jiménez Compaired, I.; Salinas Alcega, S.; Setuáin Mendía, B.; Valcárcel, P.</i>	241
XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. <i>Tornos Mas, J. (coord.); Arroniz Morera de la Vall, M.A.; Gracia Retortillo, R.; Mollevi i Bortolo, J.; Vilalta Reixach, M.</i>	267
XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD. <i>Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (coord.); Cobreros, E.</i>	289
XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES. <i>Fernández Farreres, G. (coord.); Alcantarilla Hidalgo, F.J.</i>	301

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS.

<i>Menéndez Sebastián, E.M. (coord.); García Vitoria, I.</i>	327
--	-----

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

ARTÍCULOS DOCTRINALES

ORDENANZAS DE CONVIVENCIA, ORDEN PÚBLICO Y COMPETENCIA MUNICIPAL

MIGUEL CASINO RUBIO

*Prof. Titular de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid
Letrado del Tribunal Constitucional*

RESUMEN

Ordenanzas de convivencia, orden público y competencia municipal

La práctica totalidad de los Ayuntamientos españoles han aprobado en los últimos años, siguiendo la pauta marcada por el Ayuntamiento de Barcelona, su respectiva Ordenanza de Convivencia, como fórmula ideada para combatir los comportamientos que degradan los espacios públicos y deterioran la convivencia en las ciudades. Estas nuevas ordenanzas, que están repletas de infracciones y sanciones, han sido comúnmente bien recibidas por la doctrina y jurisprudencia administrativas. Este trabajo desvela, no obstante, alguna de sus principales debilidades. En particular, cuestiona la competencia municipal para prohibir por vía normativa determinadas conductas personales.

Palabras clave: Ordenanzas municipales, convivencia ciudadana, orden público, competencias locales.

ABSTRACT

Coexistence regulations, public order and municipal jurisdiction

The practical entirety of the Spanish City councils has approved in the last years, following the rule marked by the City council of Barcelona, its respective Coexistence Regulations, as a formula devised to combat those behaviours that degrade public spaces and deteriorate the coexistence in the cities. These new regulations that are full of infractions and sanctions, have been commonly welcomed by the administrative doctrine and case laws. This work reveals, nevertheless, some of its main weaknesses. In particular, it questions the municipal jurisdiction to prohibit through regulatory procedure certain personal behaviours.

Key words: Municipal regulation, civic coexistence, public order and local jurisdiction.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. EL CONTENIDO TÍPICO DE LAS NUEVAS ORDENANZAS MUNICIPALES DE CONVIVENCIA.
 - III. LA DUDOSA COMPETENCIA MUNICIPAL PARA APROBAR ESTE TIPO DE ORDENANZAS Y, EN PARTICULAR, PARA ORDENAR NORMATIVAMENTE DETERMINADOS COMPORTAMIENTOS PERSONALES.
 1. **La supuesta pero falsa atribución competencial del art. 139 LRRL.**
 2. **Sobre la cláusula de orden público y la competencial municipal.**
-

I. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte son bien visibles los signos de creciente inquietud ciudadana por el deterioro de la convivencia en las ciudades. Desde el célebre fenómeno juvenil del «botellón» o los actos vandálicos que destrazan, afean o simplemente ensucian el mobiliario urbano y los espacios públicos, hasta el ejercicio de la prostitución o la mendicidad en la vía pública, pasando por el uso de ciertas prendas vinculadas a determinadas creencias religiosas o, en general, la indumentaria de los viandantes, las pintadas y *graffitis* o incluso, en fin, la práctica de determinados juegos infantiles en calles y parques públicos son, en efecto, conductas que preocupan cada vez más a los ciudadanos, que ven en este tipo de comportamientos una amenaza, cuando no un atentado directo contra la convivencia ordenada.

Las causas de este progresivo deterioro de la convivencia en las ciudades y de la creciente degradación del espacio público son seguramente múltiples y en explicarlas los sociólogos y filósofos han empeñado esfuerzos considerables⁽¹⁾. Sin necesidad ahora de aspirar a tanto, es fácil adivinar de todas formas en este fenómeno un descenso llamativo en la educación y en el compromiso cívico de los ciudadanos. En este contexto, marcadamente individualista, no pueden extrañar las constantes llamadas de atención sobre la urgente necesidad de recuperar las virtudes cívicas y se comprende mejor también la creciente reivindicación ciudadana que reclama de los poderes públicos una respuesta más contundente.

Sea como fuere, esta reclamación ciudadana, junto con el considerable reguero de gastos de reparación que buena parte de las conductas incívicas que antes se han resumido dejan irremediadamente a su paso⁽²⁾, han terminado por llamar la atención de los responsables municipales, que han comenzado a fijarse en este fenómeno, tradicionalmente huérfano, salvo en sus manifestaciones más groseras y graves⁽³⁾, de una respuesta pública específica⁽⁴⁾, y en sus posibles soluciones.

(1) Juan Antonio MARINA, *Aprender a convivir*, Ariel, Barcelona, 2006; J. RUBIO CARRICEDO, J. M. ROSALES y M. TOSCANO MÉNDEZ (directores), *Democracia, ciudadanía y educación*, Universidad Internacional de Andalucía/AKAL; Madrid, 2009; Javier GOMÁ, *Ejemplaridad pública*, Taurus, Madrid, 2009; Victoria CAMPS, *El declive de la ciudadanía. La construcción de la ética pública*, PPC, Madrid, 2010; Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Convivir en la ciudad. La Convivencia ciudadana en el espacio público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2011.

(2) Buena parte de las Ordenanzas de convivencia consultadas subrayan precisamente esta circunstancia como una de las principales motivaciones de la regulación que incorporan. Conforme testimonia Juan PEMÁN GAVÍN, «La política de civismo en los Ayuntamientos españoles. Entre policía, acción social y educación cívica», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 36, 2010, p. 18, por nota, sólo en la ciudad de Barcelona el Ayuntamiento dedica una media de un millón de euros anuales a la reparación y reposición del mobiliario urbano. Un gasto que, por otra parte, solo para el año 2006 y el conjunto de los Municipios, la propia Federación Española de Provincias y Municipios calculó en diecisiete millones de euros. Por su parte el Ayuntamiento de Madrid gastó durante los primeros diez meses de 2009 más de siete millones y medio de euros en limpiar las paredes y fachadas de pintadas y grafitos.

(3) Probablemente el asunto del botellón juvenil sea el que mejor ha testimoniado hasta ahora la preocupación municipal. No en vano, ha merecido la atención también de los juristas. Cfr., Manuel BEATO ESPEJO, «El medio ambiente urbano y la convivencia ciudadana: el ruido por el consumo de bebidas alcohólicas», *RAP*, núm. 139 (1996), pp. 171 y ss.; y María ALMODÓVAR IÑESTA, *El consumo de alcohol en las vías públicas: régimen jurídico y competencias administrativas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.

(4) Juan PEMÁN GAVÍN ha explicado muy bien las circunstancias socio-jurídicas que han propiciado este impulso municipal y que cifra en las tres siguientes: i) la retirada del legislador, sobre todo penal, en esta materia;

Con este propósito la mayoría de los Ayuntamientos españoles han aprobado en los últimos años su correspondiente Ordenanza reguladora de la *Convivencia Ciudadana*, en un proceso mimético, como ha de verse, que ha sido anunciado además a bombo y platillo por sus respectivos responsables políticos como la solución al comentado proceso de deterioro de la convivencia en las ciudades, y que bien merece ahora algún comentario.

II. EL CONTENIDO TÍPICO DE LAS NUEVAS ORDENANZAS MUNICIPALES DE CONVIVENCIA

En lo que conozco, y con el significado antecedente de la Ordenanza de Valladolid de 2004, es seguramente la *Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona* de 2006⁽⁵⁾, y en la que es fácil ver el peso de las ideas del Prof. JIMÉNEZ ASENSIO⁽⁶⁾, a la sazón director de los servicios jurídicos del Ayuntamiento de Barcelona, la primera y más significada norma municipal, y cuyas huellas, de hecho, son fáciles de ver en otras muchas de las Ordenanzas que simplemente luego la han seguido⁽⁷⁾.

Con alguna excepción, pero que ahora no nos interesa tanto, entre las varias docenas de Ordenanzas municipales que he consultado apenas sí hay diferencias relevantes. Todas, en efecto, tienen idéntica o parecida estructura y contienen prácticamente las mismas previsiones.

Después, en algunos casos, de unas breves consideraciones sobre el comentado deterioro de la convivencia en la ciudad y sus causas, todas comienzan sus respectivas Exposiciones de Motivos notando el fundamento jurídico de la regulación que luego incorporan y que también en forma unánime colocan en la autonomía local que garantiza la Constitución (arts. 137 y 140 CE) y, de modo particular, en el Título XI de la Ley 7/1985, de 7 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), sobre «tipificación de infracciones y sanciones por las Entidades locales en determinadas materias» (arts. 139 a 141), introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas de modernización del Gobierno local.

El objetivo principal de este tipo de Ordenanzas es preservar el espacio público como lugar de convivencia y civismo, en el que todas las personas puedan desarrollar en libertad sus actividades.

ii) el avance de la potestad normativa local, y iii) el aumento del número y la gravedad de los comportamientos incívicos [cfr. «Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona», *REALA*, núm. 305 (2007), en especial, pp. 12 y ss.].

(5) Aprobada por acuerdo plenario del Consejo Municipal del Ayuntamiento de Barcelona de 25 de diciembre de 2005 y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia del 24 de enero de 2006.

(6) Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Convivir en la ciudad. La Convivencia ciudadana en el espacio público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2011.

(7) Así lo certifica también Juan PEMÁN GAVÍN, «La política de civismo en los Ayuntamientos españoles...», op. cit., p. 20, y lo prueba la *Ordenanza tipo de seguridad y convivencia ciudadana* elaborada por la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), y que puede consultarse en <www.femp.es>.

El citado art. 139 LRBRL establece que, «para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con la clasificación de las infracciones y dentro de los límites sancionadores que respectivamente señalan los siguientes arts. 140 y 141 LRBRL».

Con este fundamento jurídico, que suelen aclarar es el que presta la imprescindible cobertura legal a la potestad sancionadora municipal que reclama el principio de legalidad del art. 25.1 CE, el objetivo principal de este tipo de Ordenanzas es confesadamente, en expresión poco menos que normalizada, pero que, según mis cuentas, está tomada de la Exposición de Motivos de la citada Ordenanza de Barcelona de 2006, «preservar el espacio público como lugar de convivencia y civismo, en el que todas las personas puedan desarrollar en libertad sus actividades de libre circulación, de ocio, encuentro y recreo con pleno respeto a la dignidad y a los derechos de los demás y a la pluralidad de expresiones y de formas de vida diversas de la [correspondiente ciudad]».

Junto a este objetivo principal abundan también las declaraciones que subrayan su propósito de la prevención de cualesquiera actuaciones que perturben la convivencia ciudadana y la protección tanto de los bienes públicos de titularidad municipal, como de las instalaciones y elementos que forman parte del patrimonio urbanístico y arquitectónico del correspondiente Municipio, frente a las agresiones, alteraciones y/o usos indebidos que puedan sufrir. Y menudean igualmente las referencias a la sensibilización ciudadana y a la educación cívica como instrumentos adecuados para fomentar la convivencia ciudadana.

Para lograr todos estos objetivos las Ordenanzas de Convivencia, que acostumbra también a reconocer su naturaleza transversal, por atravesar buena parte de las materias de competencia municipal, hasta entonces dispersas por otras ordenanzas municipales, arrancan comúnmente con unas pocas disposiciones generales sobre su objeto, fundamento y ámbito de aplicación objetivo y subjetivo. Para a continuación, en títulos y capítulos separados en función de cada uno de los bienes jurídicos tutelados, establecer las normas generales de conducta que han de ser observadas por los ciudadanos.

Estas normas de conducta están formuladas normalmente en forma de prohibiciones, todas ellas contrarias a cualquier conducta que pueda alterar la normal convivencia, y están divididas por títulos y capítulos separados en función, según se ha advertido, del bien jurídico a proteger en cada caso. De forma que, resumiendo y por seguir ahora el esquema más frecuente, las hay con muy pequeñas variantes sobre i) «degradación visual del paisaje o entorno urbano»; ii) «apuestas y prestación de servicios no autorizados»; iii) «uso inadecuado del espacio público para juegos»; iv) «mendicidad» y «ofrecimiento y demanda de servicios sexuales» en la vía pública; v) «necesidades fisiológicas»; vi) «consumo de bebidas alcohólicas»; vii) «uso impropio de los bienes y espacios públicos» y «actos vandálicos»; viii) «contaminación acústica» o, en fin, ix) «limpieza viaria».

Siguiendo este esquema la lista de conductas prohibidas es ciertamente muy larga y, de hecho, en sus formulaciones más detalladas, comprende varios centenares de prohibiciones, en algunos casos tan extravagantes como tumbarse en el césped o en un banco; regar las plantas de los balcones; alzar la voz, dar portazos o mover los muebles durante la hora

de la siesta; escupir y arrojar cualquier clase de desperdicio al suelo; jugar a la pelota o con un avión de aeromodelismo o circular con monopatín; hacer exhibición de prácticas sexuales o, en fin también, caminar en bikini o con el torso desnudo, y cuyo interés notaremos más adelante.

Esta larga lista de conductas prohibidas, que comprende naturalmente otras muchas que nadie discute, está respaldada por el correspondiente cuadro de infracciones y sanciones. Las infracciones por incumplir cualquiera de las prohibiciones que antes se han resumido se clasifican en leves, graves y muy graves, en función de los criterios de anti-juricidad que establece el art. 140 LRBRL, y son sancionadas con multa que va desde los setecientos cincuenta euros (750 €) en el caso de infracciones leves, a los tres mil (3.000 €) para las muy graves.

Aunque estas nuevas Ordenanzas, en lo que conozco, han sido bien recibidas en la doctrina⁽⁸⁾ y han sido confirmadas también por los Tribunales, según más adelante podrá comprobarse, en mi opinión suscitan a simple vista unos pocos aunque serios interrogantes.

III. LA DUDOSA COMPETENCIA MUNICIPAL PARA APROBAR ESTE TIPO DE ORDENANZAS Y, EN PARTICULAR, PARA ORDENAR NORMATIVAMENTE DETERMINADOS COMPORTAMIENTOS PERSONALES

Con independencia de que tampoco faltan motivos precisamente para dudar de la oportunidad y la necesidad de este tipo de Ordenanzas⁽⁹⁾, en mi opinión, los hay también para cuestionar la propia competencia municipal para dictarlas y, en particular, para ordenar por vía normativa determinados comportamientos personales o individuales. Desde esta perspectiva, pues, la cuestión no es solo ya si las Ordenanzas de Convivencia que se comentan son oportunas y necesarias o, incluso, si realmente sirven de algo. Lo que ahora está en tela de juicio es si los Ayuntamientos son además jurídicamente competentes para aprobar este tipo de normas.

1. La supuesta pero falsa atribución competencial del art. 139 LRBRL

Ya he dicho antes que la mayoría de las Ordenanzas consultadas, por no decir todas, comenzando por la de Barcelona, se remiten a la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, como justificación competencial de las respectivas normas que incorporan. Esta Ley introdujo efectivamente en la LRBRL un nuevo Título XI (arts. 139 a 141), sobre «tipificación de las infracciones y sanciones por

(8) Valentín MERINO ESTRADA, «Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana», *REALA*, núms. 300-301 (2006), pp. 485 y ss.; Juan PEMÁN GAVÍN, «Las Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de civismo de Barcelona», *REALA*, núm. 305 (2007), pp. 9 y ss.; y «La política de civismo en los Ayuntamientos españoles...», cit., pp. 11 y ss.

(9) Miguel CASINO RUBIO, «Las nuevas y discutibles Ordenanzas municipales de convivencia», *Istituzioni del Federalismo, Rivista di studi giuridici e politici*, Maggioli Editore, núm. 4, 2011 (en prensa).

las Entidades locales en determinadas materias», precisamente para, según es *communis opinio*⁽¹⁰⁾ y está anunciado además en la Exposición de Motivos de la propia Ley, cubrir las exigencias del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE). Como también se ha recordado el art. 139 LRBRL establece que, «para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas».

Debo decir que esa justificación no es convincente y, de hecho, no sirve de mucho, salvo para probar el desigmo primordialmente sancionador de este tipo de Ordenanzas. En forma concluyente porque, según es consolidada y unánime doctrina constitucional, la potestad sancionadora no es ningún título de atribución de competencias, sino una potestad accesoria o instrumental respecto del ejercicio de la correspondiente competencia sustantiva. Lo que en nuestro caso significa que los Ayuntamientos podrán dictar este tipo de ordenanzas siempre que tengan competencia sobre la materia sustantiva que ordenan (SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 29; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 7; 124/2003, de 19 de junio, FJ 8; y 331/2005, de 15 de diciembre, FJ 17). En resumidas cuentas, es la competencia material la que determina el ejercicio de la potestad sancionadora, y no, lógicamente, al revés, so pena en otro caso de colocar la carreta delante de los bueyes.

Una precisión desde luego muy elemental, que figura también en la Carta Municipal de Barcelona, aprobada por la Ley 22/1998, de 30 de diciembre⁽¹¹⁾, y que por lo mismo puede resultar superfluo recordar ahora, pero que bien parece conveniente a la vista del acento que las Ordenanzas han puesto en la citada habilitación legal. Una justificación realmente sorprendente pero que, debo añadir, ha recibido el favor de la doctrina y la jurisprudencia que, sin mucha preocupación, han admitido prácticamente de consuno que el art. 139 LRBRL habilita la aprobación de este tipo de Ordenanzas municipales⁽¹²⁾.

Sin embargo, según lo entiendo, este precepto sólo ha levantado la prohibición que, con arreglo al principio de legalidad en su vertiente formal que garantiza el art. 25.1 CE, impedía a los Ayuntamientos tipificar *ex novo* infracciones y sanciones. Pero en principio poco más. O por decirlo en otros términos, sin ampliar el círculo de competencias locales, porque su objetivo es cabalmente otro, según se ha observado más arriba, la citada Ley 57/2003 simplemente ha corregido el déficit que suponía el hecho de que las Entidades locales fueran competentes para ordenar determinadas actividades privadas y no, en

(10) Sobre esta cuestión, por todos, Francisco VELASCO CABALLERO y Silvia DÍEZ SASTRE, «Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 5 (2004), pp. 50 y ss.

(11) El artículo 29.1 de la citada Carta (modificada por la Ley 11/2006, de 19 de julio) establece que «las ordenanzas deben tipificar exactamente las obligaciones cuyo incumplimiento sea objeto de sanción. Esta tipificación debe limitarse a las materias en las que el Ayuntamiento tiene competencia de acuerdo con la presente Carta o la correspondiente Ley sectorial».

(12) Valentín MERINO ESTRADA, «Las nuevas Ordenanzas municipales reguladoras de la convivencia ciudadana», cit., pp. 487 y ss.; y Juan PEMÁN GAVÍN, «Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana...», cit., en especial, pp. 18 y ss. Del lado de la jurisprudencia véase lo que *infra* se señala en el texto.

cambio, para sancionar los correspondientes comportamientos desviados⁽¹³⁾.

No se ignora desde luego que, como antes se ha recordado, el citado art. 139 LRBRL contempla la posibilidad de los Ayuntamientos de tipificar infracciones y sanciones para la adecuada ordenación de dos materias: i) «relaciones de vecindad»; y ii) «uso de los servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos». Una precisión realmente significada, como ha de verse, pero que lamentablemente ha pasado por lo común inadvertida, pues, según se ha observado, todas las miradas se han puesto hasta ahora en la nueva potestad de los Ayuntamientos para tipificar infracciones y sanciones, y no, en cambio, como es lo razonable, en su círculo de competencias locales sustantivas.

De hecho, en lo que conozco, todas las Sentencias que han abordado este mismo núcleo de problemas lo han hecho, en efecto, fijándose exclusivamente en ver si la Ordenanza en cada caso cuestionada cumplía o no con las exigencias del principio de legalidad en materia sancionadora del art. 25.1 CE. Sirva de ejemplo la Sentencia del TSJ de Cataluña de 29 de marzo de 2009, cuando, a propósito de la impugnación de la Ordenanza de Convivencia de Barcelona, que ya conocemos, y luego de un larguísimo razonamiento, acaba negando que el Ayuntamiento sea incompetente para aprobarla, simplemente porque la misma «se ajusta a los parámetros legales y jurisprudenciales del principio de legalidad constitucionalmente consagrado en materia administrativa sancionadora, de acuerdo con las modulaciones que los Tribunales, primero, y el legislador, después, han introducido en el referido postulado constitucional a fin de hacerlo compatible con el principio de autonomía local consagrado también en la Norma Fundamental».

O también el de la Sentencia del TSJ de Castilla y León (Sala de Valladolid), de 15 de diciembre de 2006, y que, en similares términos, rechaza la tacha de nulidad de la Ordenanza de Convivencia de Valladolid denunciada en el recurso por considerar al cabo que «el art. 139 de la citada LRBRL aporta la necesaria cobertura legal sancionadora».

De modo que al final los árboles no dejan ver el bosque y el problema de la competencia de los Ayuntamientos para ordenar la convivencia ciudadana y, en particular, para ordenar determinados comportamientos personales sigue viviendo plácidamente entre las paredes de la potestad local para tipificar infracciones y sanciones.

La potestad sancionadora no es ningún título de atribución de competencias, sino una potestad accesoria o instrumental respecto del ejercicio de la correspondiente competencia sustantiva.

(13) Un déficit realmente muy difícil de explicar y sobre el que certeramente el Tribunal Constitucional había ya alertado al advertir que «la mera atribución por ley de competencias a los Municipios [...] no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad [municipal] de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por ordenanza municipal puede o debe ser castigada» (STC 132/2001, de 8 de junio; FJ 6).

Sin perjuicio de que luego diré algo más al respecto, adelanto ya en cualquier caso que, en mi opinión, las precisiones materiales del art. 139 LRBRL que antes he recordado no son ningún título válido de atribución de nuevas competencias locales.

Para empezar porque «las relaciones de convivencia de interés local» es un concepto tan sumamente amplio y susceptible, en consecuencia, de albergar tantas hipótesis que, sin las debidas matizaciones, acaba apretando más bien poco, pues es difícil imaginar una norma que no tenga algo que ver, siquiera sea indirectamente, con las relaciones de convivencia. El Tribunal Supremo se ha dado cuenta también de esta dificultad y, por esta razón, se ha cuidado de advertir que «los criterios utilizados por el legislador en el art. 139 LRBRL remiten a bienes jurídicos de considerable extensión». De ahí precisamente que a reglón seguido haya declarado también que «los conceptos a cuya protección remite el [citado] precepto legal deberán ser objeto de interpretación casuística en vía jurisdiccional, de forma que se pueda llegar al entendimiento de si, en cada caso, una determinada regulación municipal puede hallar encaje en los mismos» (STS de 30 de noviembre de 2010).

Menor vigor tiene si cabe la mención al uso de los servicios y, en general, bienes y espacios públicos del citado art. 139 LRBRL, salvo naturalmente que se considere, en contra de la doctrina del Tribunal Constitucional, que la titularidad local de esos bienes y servicios es, en sí misma, un criterio de atribución de competencias y, en consecuencia, que los Ayuntamientos son competentes para ordenar cualesquiera actividades privadas, con tal de que tengan algo que ver con un servicio, un bien o un espacio público de titularidad local⁽¹⁴⁾. Algo así, en fin, como que la titularidad municipal de las vías y espacios públicos locales habilita a los Ayuntamientos para ordenar el modo en el que los ciudadanos deben ir vestidos para caminar o circular por esos lugares, o también para prohibir que los ciudadanos puedan solicitar limosna o dormir en la calle y ofrecer determinados servicios personales, sexuales o de otro tipo.

Si estas observaciones son correctas una conclusión salta inmediatamente a la vista: después de la citada Ley 50/2003, el fundamento competencial de este tipo de Ordenanzas municipales sigue prácticamente donde estaba hasta entonces, de manera que los Ayuntamientos serán competentes para sancionar el incumplimiento de las prohibiciones que han ideado en materia de convivencia ciudadana si antes lo son para ordenar jurídicamente la propia convivencia.

Antes de seguir adelante me parece oportuno precisar que no defiendo la incompetencia de los Ayuntamientos para mediar normativamente en este asunto de la convivencia ciudadana. Simplemente digo ahora que la cuestión competencial ha sido curiosamente la primera marginada en este debate sobre las Ordenanzas de convivencia. Y, en particular, que la Ley 57/2003 no atribuye a los Ayuntamientos competencias nuevas.

(14) Aunque pensada primordialmente para definir las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional ha afirmado efectivamente que «la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial» ni elimina tampoco «las competencias que sobre ese espacio corresponden a otros entes públicos que no ostenta esa titularidad» [STC 149/1991, de 14 de julio; FJ 1.ºc)]; Sobre esta jurisprudencia vid. Miguel CASINO RUBIO, «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la regulación de la propiedad privada y el régimen de los bienes demaniales y patrimoniales de las Administraciones públicas en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Derecho de los bienes públicos*. Tomo I. *Parte General* (dirs. Luciano PAREJO ALFONSO y Alberto PALOMAR OLMEDA), Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 97 y ss.

2. Sobre la cláusula de orden público y la competencial municipal

Por este motivo me parece mucho más sincera y, desde luego, interesante la propuesta formulada por el profesor REBOLLO PUIG⁽¹⁵⁾, que se ha preocupado por encontrar la imprescindible justificación competencial a este tipo de Ordenanzas municipales. Este autor, que parte de cuestionar que la cláusula general del art. 84 LRBRL sea suficiente para habilitar la competencia municipal para intervenir normativamente en la actividad de los ciudadanos⁽¹⁶⁾, y que nota también la fuerza de la opinión doctrinal que subraya la singularidad de la potestad normativa local, en modo alguno equiparable a la potestad reglamentaria ejecutiva de la ley⁽¹⁷⁾, pone certeramente el dedo en la llaga cuando se pregunta si efectivamente el principio de vinculación negativa⁽¹⁸⁾ es el único límite que cabe oponer válidamente a la potestad normativa local, incluso cuando penetra en el ámbito de las materias reservadas constitucionalmente a la ley en sentido formal⁽¹⁹⁾.

A poco que se observe muy difícil resulta no ver en buena parte de las prohibiciones que tipifican estas nuevas Ordenanzas de Convivencia comprometido el ejercicio de determinados derechos y libertades individuales. Es el caso, señaladamente, de la prohibición de ejercer la mendicidad o la prostitución en la vía pública⁽²⁰⁾. Pero también el de la prohibición de pasear en bikini o con el torso desnudo o, en fin, el de la prohibición de vestir determinadas prendas vinculadas a ciertas creencias religiosas⁽²¹⁾, y que figuran en buena parte de las Ordenanzas consultadas.

(15) Manuel REBOLLO PUIG, «El art. 84 LRBRL», en *Comentarios a la Ley Reguladora de las bases de Régimen Local* (dir. M. REBOLLO PUIG; coord. Manuel IZQUIERDO CARRASCO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 2153 y s.

(16) El citado art. 84 LRBRL establece que «las Corporaciones locales podrán intervenir en la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: a) ordenanzas y bandos; b) sometimiento a previa licencia y otros actos de control previo; y c) órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo».

(17) Sobre esta cuestión, entre otros, vid. Luciano PAREJO ALFONSO, *La potestad normativa local*, Marcial Pons, Madrid, 1998; Alfredo GALÁN GALÁN, *La potestad normativa autónoma local*, Atelier, Barcelona, 2001; Antonio EMBID IRUJO, «Ordenanzas y reglamentos municipales», en *Tratado de Derecho municipal*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2003; Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo II, Iustel, Madrid, 2005; y Francisco VELASCO CABALLERO, *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

(18) Últimamente al respecto, vid. Alfredo GALÁN GALÁN, «La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local», en *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 8, 2010.

(19) Manuel REBOLLO PUIG, «El art. 84 LRBRL», en *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 2181, en donde se cuestiona «si ese poder normativo local, sin necesidad de ley específicamente habilitante ni de regulación material que desarrollar, cabe en cualquier materia y con cualquier contenido, salvo que vulnere una ley. Porque afirmar que los reglamentos locales no precisan siempre e ineludiblemente una habilitación legal específica no significa que no la necesiten nunca». Para seguidamente añadir que «lo que interesa saber es si [las Ordenanzas] tampoco necesitan una ley específica para intervenir o limitar la actividad privada de los ciudadanos ni siquiera cuando afecte a sus derechos, incluso a los reservados a la ley por la Constitución» (*ibidem*, p. 2182).

(20) A propósito de la prostitución, por todos, Ricard GRACIA RETORTILLO, «Convivencia ciudadana, prostitución y potestad sancionadora municipal. El caso de Barcelona», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 17 (2008), pp. 99 y ss.

(21) Sobre la prohibición del uso de símbolos y prendas religiosas vid. últimamente, por todos, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «Símbolos religiosos en actos y espacios públicos», *El Cronista*, núm. 16, 2010, pp. 54 y ss.

La conexión de estas prohibiciones con el derecho fundamental a la libertad individual del art. 17.1, en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad que garantiza el art. 10.1 CE, y con la libertad religiosa del art. 16 CE, salta enseguida a la vista y justifica de sobra la pregunta de si efectivamente tales conductas individuales pueden ser prohibidas por simple Ordenanza municipal o, por el contrario, solo el legislador orgánico puede hacerlo⁽²²⁾.

En las contadas ocasiones que una cuestión de este tipo ha llegado a los Tribunales, nuestra jurisprudencia la ha despachado por lo común sin mayor preocupación. Sirva de ejemplo la citada Sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de marzo de 2009, que niega que la Ordenanza de Barcelona impugnada vulnere la reserva de ley orgánica en materia de derechos fundamentales, puesto que «una ordenanza sí puede incidir en la regulación municipal de los derechos fundamentales y libertades públicas, ya que el criterio general es que puede regular materias accesorias de esos derechos fundamentales [...]».

Esta declaración judicial, hasta donde concluye que las ordenanzas municipales pueden colaborar con el legislador orgánico en la determinación normativa de aspectos meramente adjetivos del correspondiente derecho fundamental, me parece irrefutable⁽²³⁾. Mucho más difícil es, sin embargo, poder compartir la conclusión de que la prohibición de la prostitución, la mendicidad o las reglas sobre la vestimenta de los ciudadanos sea, como afirma la citada Sentencia, una cuestión simplemente «accesoria, accidental o circunstancial» de la libertad individual y religiosa. Sobre todo porque esta conclusión está formulada además en la Sentencia sin pararse a argumentarla.

La misma idea, razonada incluso *expressis verbis* en forma idéntica, luce igualmente en la reciente Sentencia del TSJ de Cataluña de 7 de junio de 2011, y que la utiliza ahora

(22) Sobre el derecho a la libertad personal, en su dimensión de derecho a la autodeterminación de la propia conducta lícita, por todos, Joaquín GARCÍA MORILLO, *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; y Luciano PAREJO ALFONSO, *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, en especial pp. 28 y ss. Sobre el principio general de libertad que toma pie en el preámbulo y en los arts. 1.1 y 10.1 CE, y la consecuente necesidad de que cualquier limitación a la libertad se fundamente en una ley previa véanse, entre otros, Javier JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 35 y ss.; y Margarita BELADIEZ ROJO, «La vinculación de la Administración al Derecho», *RAP*, núm. 153 (2000), pp. 315 y ss.

(23) Como recuerda entre otras la STC 101/1991, de 13 de mayo, con cita de otras muchas resoluciones del Tribunal, la reserva de ley orgánica en materia de desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 81 CE) comprende «las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o las desarrollen de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto, aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites [...]». De manera que «las peculiaridades de la Ley Orgánica [...] en modo alguno justifican el que, respecto a este tipo de fuente, se hayan de considerar alteradas las relaciones entre Ley y Reglamento ejecutivo, siendo, por ello, constitucionalmente legítimo que el legislador orgánico remita al Reglamento para completar el desarrollo normativo de las materias reservadas al mismo, lo cual en muchos casos será obligado y necesario, ya que no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias». Lo que no significa, no obstante, que esa remisión a la regulación reglamentaria «sea, en todo caso, constitucionalmente legítima, abstracción hecha de los términos en que se realice, puesto que, muy al contrario, es preciso que la delegación se formule en condiciones que no contraríen materialmente la finalidad de la reserva, de la cual se derivan, según la STC 83/1984, ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley».

para negar que la prohibición de usar el velo integral islámico introducida en 2010 en la Ordenanza de Civismo y Convivencia de Lleida de 2005 vulnera el derecho fundamental a la libertad religiosa. Sencillamente a juicio del Tribunal porque «el ocultamiento del rostro en la realización de actividades cotidianas produce perturbación en la tranquilidad [ciudadana]».

En línea con esta forma de razonar, que pone el acento en la perturbación de la tranquilidad ciudadana, y habida cuenta en particular la discutida competencia municipal para intervenir por vía normativa en este asunto de la convivencia ciudadana, REBOLLO PUIG ha defendido que, sin perjuicio de otras habilitaciones legales expresas, la cláusula general de «policía» u «orden público» presta a este tipo de Ordenanzas municipales la necesaria habilitación legal, de modo que los Ayuntamientos pueden dictar, «sin necesidad de ningún otro fundamento legal, las ordenanzas y órdenes individuales que sean necesarias para mantener y conservar el orden público»⁽²⁴⁾.

Reconozco que esta tesis, sobre la que el propio autor ya había razonado antes con su habitual acierto⁽²⁵⁾, es ciertamente sugerente y admito también que vale para explicar la potestad de los Ayuntamientos para, mediante órdenes individuales o resoluciones administrativas, salir al paso de determinadas perturbaciones de la tranquilidad y convivencia ciudadanas. Sin embargo, y aquí radica el motivo de mi principal discrepancia, según yo lo entiendo y he razonado en otro lugar⁽²⁶⁾, el concepto de «orden público» remite a la comprobación de una muy cualificada situación de hecho y, en consecuencia, sólo autoriza, a diferencia de lo que permite la materia «seguridad pública» del art. 149.1.29.^a CE, la adopción de medidas de policía estrictamente administrativa o ejecutivas, nunca normativas.

Si se prefiere, por decirlo en otras palabras, no dudo de que efectivamente los Ayuntamientos, sin necesidad de contar con una habilitación legal específica, pueden adoptar las medidas y dictar las resoluciones que sean necesarias a fin de evitar que se produzca una perturbación del orden público o que, una vez alterado, permitan restablecerlo, y siempre naturalmente bajo la atenta mirada del principio de proporcionalidad. Lo que no tengo ya por seguro es que la cláusula de orden

Una ordenanza sí puede incidir en la regulación municipal de los derechos fundamentales y libertades públicas, ya que el criterio general es que puede regular materias accesorias de esos derechos fundamentales.

(24) Manuel REBOLLO PUIG, *Comentarios...*, cit., pp. 2189 y ss.; la cita del texto está tomada de la página 2196.

(25) Manuel REBOLLO PUIG, «La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 54 (1999), pp. 247 y ss.

(26) Miguel CASINO RUBIO, «El orden y la seguridad pública y privada», en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, tomo VII, *Servicios públicos* (coord. T. CANO CAMPOS), Iustel, Madrid, 2009, pp. 13 y ss. También en «Seguridad ciudadana y orden público», en *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia* (dir. Luciano PAREJO ALFONSO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 103 y ss.

público consienta la intervención municipal en la libertad y derechos de los ciudadanos por vía normativa.

Principalmente porque el orden público, según certeramente ya advirtiera HAURIOU, no es en efecto un orden meramente formal susceptible de ser definido libremente por los poderes públicos, sino un estado de hecho opuesto al desorden, un estado en el que está ausente la perturbación⁽²⁷⁾. Por lo mismo, entre nosotros, SANTAMARÍA DE PAREDES dirá también por entonces que «no hay perturbación del orden público, sino cuando aquella vida normal y tranquila de la población se altera»⁽²⁸⁾.

Por mi parte, resumiendo mucho las cosas, y habida cuenta de la imposibilidad cierta de la previsión *ex ante* por el ordenamiento jurídico, siquiera sea en los términos precisos para la correcta programación de la actividad administrativa de Policía, de todos los supuestos (que, en su expresión máxima, son ciertamente infinitos) de posible perturbación de la normal convivencia ciudadana⁽²⁹⁾, el concepto de «orden público» refiere los comportamientos individuales o colectivos no regulados normativamente pero que son considerados por la conciencia social como presupuesto de la necesaria normalidad mínima, cubriendo de este modo el extenso campo de la acción policial que no está habilitado y programado directamente por el ordenamiento jurídico.

Dicho de otra forma, mientras que la «seguridad pública» atiende a la protección de las personas y bienes y a la tranquilidad ciudadana tutelados por la norma correspondiente, el «orden público» comprende la prevención y represión de esos mismos riesgos para la normal convivencia ciudadana pero que, en cambio, no son susceptibles de ser regulados normativamente, so pena de convertir el ordenamiento en un verdadero Estado de Policía. Esto sucederá cuando los riesgos sean improbables o imprevisibles o, en general, se estimen insuficientes para justificar la programación normativa de la defensa frente a los mismos a través de la Policía de seguridad, o bien porque sólo cabe que se produzcan en el ejercicio de libertades individuales que no son susceptibles de restricción legal *ex ante*, como sucede significativamente en el caso del derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE), o con el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE).

Esta comprensión del orden público, que pone el acento en la existencia de una verdadera y actual perturbación de la tranquilidad ciudadana o en la existencia de un riesgo cierto de que la misma se produzca, es justo también la que hoy maneja la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, y que usualmente advierte de consuno que para activar la cláusula de orden público no bastan las meras sospechas, sino que es preciso siempre «una real alteración del orden [material]» (STS de 25 de noviembre de 1996), entendiéndose por tal la «que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que ponen en peligro la integridad de las personas o de los bienes» (STC 59/1990, de 29 de marzo).

(27) Maurice HAURIOU, *Précis de Droit administratif et Droit public*, Sirey, París, 1919, pp. 562-563.

(28) Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo: según sus principios generales y la legislación actual de España*, 8.ª ed., Imprenta española, 1914, Madrid, p. 257.

(29) En este punto coincido, pues, con REBOLLO PUIG, que también por su parte subraya esta característica transversal del orden público (*ibidem...*).

Por estas razones, como advierte la STC 46/2001, de 15 de febrero, «el orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos [que en su expresión máxima son ciertamente infinitos], porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro para el ejercicio de[l] derecho de libertad. Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado [en la realidad] la existencia de un peligro cierto para la seguridad, la salud o la moralidad pública, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio [del correspondiente derecho fundamental]».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1990 resume muy bien esta concepción del orden público. El caso entonces resuelto fue bastante simple. Un ciudadano, que se dedicaba a activar de modo voluntario, normalmente a altas horas de la noche, la alarma instalada en su domicilio en réplica por los malos olores que decía provenían de la casa de uno de sus vecinos, fue repetidamente denunciado por este motivo ante el Ayuntamiento, que, luego de las oportunas comprobaciones, ordenó al propietario que procediera a desmontar el aparato de alarma en el plazo de diez días. Contra esta decisión municipal el interesado formuló recurso contencioso-administrativo denunciando, entre otros motivos de oposición, la incompetencia del Ayuntamiento para ordenar una medida semejante y, en cualquier caso, su desproporción, puesto que, en el criterio del recurrente, para reprimir su comportamiento el Ayuntamiento debió imponerle, en su caso, pero todo lo más, la correspondiente sanción de multa, pero nunca la obligación de desmontar el aparato de alarma, que es, además, un medida administrativa que no está prevista por el ordenamiento.

La respuesta del Tribunal es desde luego bien concluyente. De consono con el razonamiento de instancia declara que, con arreglo a los arts. 84 LRBRL y 1, 5 y 8 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1956, los Ayuntamientos pueden y deben efectivamente intervenir, en el ejercicio de su función de policía, la actividad de los ciudadanos mediante órdenes individuales siempre que exista perturbación de la tranquilidad ciudadana con el fin precisamente de restablecerla y en beneficio de la población.

Y dicho esto añade que el carácter innominado o atípico de la orden municipal recurrida nada tiene de irregular ni habilita tampoco su anulación por supuesta infracción del principio de legalidad de la Administración. Para empezar porque no constituye en rigor ninguna sanción administrativa, sino, como se ha observado, una simple medida de restablecimiento de la tranquilidad ciudadana indebidamente alterada por el recurrente. Pero sobre todo porque el principio de tipicidad

Mientras que la «seguridad pública» atiende a la protección de las personas y bienes y a la tranquilidad ciudadana tutelados por la norma correspondiente, el «orden público» comprende la prevención y represión de esos mismos riesgos para la normal convivencia ciudadana pero no susceptibles de ser regulados normativamente, so pena de convertir el ordenamiento en un verdadero Estado de Policía.

no es exigible cuando el bien jurídico comprometido es el «orden público», toda vez que, por su natural y lógica indeterminación, el catálogo de medidas destinadas a lograr su restablecimiento no se presta fácilmente a una descripción individual y cerrada, siendo en consecuencia suficiente con que la medida en cada caso considerada supere el principio de proporcionalidad.

Aunque esta Sentencia me parece que resuelve de modo ejemplar el asunto, es fácil imaginar que no siempre será así. Entre otras razones porque la noción de orden público es posiblemente una de las más desatendidas entre nosotros, seguramente por culpa también de su odiosa carga histórica⁽³⁰⁾. Sin ignorar además que ese tipo de respuestas administrativas no consigue saciar la sed de castigo de los vecinos, que de ordinario reclaman de la Administración que el perturbador sea corregido con algo más de rigor.

Si todas estas precisiones son correctas no hay duda entonces de que la cláusula general de orden público pierde buena parte de su utilidad, porque no sirve ya para legitimar constitucionalmente este tipo de Ordenanzas municipales y, en especial, las prohibiciones fundadas en la protección del orden y la seguridad ciudadana o, si prefiere, en la prevención de los comportamientos que puedan alterar la pacífica convivencia, y que es confesadamente el principal objetivo de estas nuevas Ordenanzas. Un objetivo, debo precisar, seguramente irreprochable desde el punto de vista sustantivo, pero para el que, en lo que ahora más importa, no es fácil encontrar justificación competencial sin acabar pensando en la ordenación de la «seguridad pública» que el art. 149.1.29.^a CE atribuye en exclusiva al Estado.

Importa notar este extremo porque, en el estado actual de nuestro ordenamiento y jurisprudencia constitucional, el protagonismo local en la protección de personas y bienes y en el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, y que es, según conviene en definirlo el Tribunal Constitucional, lo que significa el concepto constitucional de «seguridad pública» del art. 149.1.29.^a CE, según declaró la temprana STC 33/1982, de 8 de junio, y a la que luego han seguido simplemente todas las demás dictadas hasta la fecha (SSTC 117/1984, 123/1984, 104/1989, 54/1990, 313/1994, 179/1998, 175/1999, 148/2000, 235/2001 y 154/2005), es ciertamente muy reducido⁽³¹⁾.

Probablemente ese limitado papel de los Ayuntamientos en materia de seguridad pública y ciudadana deba ser corregido por vía legislativa, dando entrada entre nosotros al concepto de «*sicurezza urbana*», que tan bien conocen en Italia⁽³²⁾. Pero mientras esto sucede,

(30) Por todos, vid., Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973; Javier BARCELONA LLOP, *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997; José Carlos DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El orden público como límite al ejercicio de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002; y más recientemente, Luciano PAREJO ALFONSO, *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

(31) Miguel CASINO RUBIO, «Las funciones de las Policías Locales en materia de seguridad y orden públicos en la Comunidad de Madrid», en *Régimen de la policía local en el Derecho estatal y autonómico* (coord. Javier BARCELONA LLOP), Bosch, Barcelona, 2003, pp. 339 y ss.

(32) El concepto de «*sicurezza urbana*», de acuerdo con la definición dada al mismo por el art. 1 del Decreto del Ministerio del Interior de 5 de agosto de 2008, dictado en ejecución del art. 6 del Decreto-Ley núm. 92, de 23 de mayo de 2008, de medidas urgentes en materia de seguridad pública (luego convertido en Ley núm. 125 de 24 de julio de 2008), y que ha sido repetidamente confirmado por la doctrina de la *Corte Costituzionale* (últimamente, por todas,

y en tanto el Tribunal Constitucional no perfile algo mejor su doctrina sobre los conceptos constitucionales de «seguridad pública», «seguridad ciudadana» y «orden público»⁽³³⁾, no hay duda de que, al final, tampoco desde esta perspectiva las Ordenanzas de Convivencia se justifican fácilmente. Salvo que se decida atajar por la calle de en medio y afirmar, como hace por ejemplo la Sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2009, que la competencia municipal para sancionar «los actos contrarios al orden y la seguridad ciudadana» o que produzcan «desórdenes y daños graves a personas y bienes de dominio público» prevista en los arts. 128 y 129 de la Carta Municipal de Barcelona nada tiene que ver con la materia de «seguridad pública» de competencia exclusiva del Estado. Lisa y llanamente porque «la seguridad ciudadana, espacio de actividad propio de la policía administrativa, no puede ser identificada con la seguridad pública» (*sic*).

Sin embargo, en mi opinión, como las cosas no son tan simples, es preciso rebuscar algo más en el fundamento constitucional de este tipo de Ordenanzas de Convivencia, que sorprendentemente han sido bien recibidas por la doctrina y jurisprudencia, pero que, según he tratado de demostrar, suscitan serias dudas que, además, las explicaciones más recientes no han logrado despejar por completo. De cualquier manera que sea, demasiados interrogantes a mi juicio para una cuestión jurídicamente muy significada, en la que están comprometidos bienes y valores constitucionales de primer orden, y que resulta bastante discutible en efecto, y a la que, por lo mismo, es fácil pronosticar un futuro incierto y controvertido.

Sentenza núm. 220/2010, de 21 de junio), refiere «*un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale*».

Sobre esta materia existe en Italia una abundante bibliografía. En cualquier caso, entre otros, vid. Luciano VANDRELLI, «I poteri del Sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica nel nuovo art. 54 dei T.U.E.L.», en *Atti della Giornata di studio «Nuovi orizzonti della sicurezza urbana dopo la legge 24 luglio 2008, n. 125 e il decreto del Ministro dell'Interno*», Bologna, Bononia University Press, 2009, pp. 51 y ss.; Tommaso F. GIUPPONI, «Sicurezza urbana e ordinamento costituzionale», *Le Regioni*, núms. 1-2, 2010, pp. 49 y ss.; Giuseppe TROPEA, «La sicurezza urbana, le ronde, e il disagio (sociale) della Corte», *Diritto Amministrativo*, núm. 1, 2011, pp. 55 y ss.; y la obra colectiva de la Fundación ASTRID *La sicurezza urbana* (coord. Alessandro PAJNO), Maggioli Editore, 2010.

(33) Una tarea reconocidamente nada sencilla y que, de hecho, está salpicada de declaraciones constitucionales que dificultan su comprensión, según he razonado en otro lugar (*Seguridad pública y Constitución*, pendiente de enviar a imprenta). Por cierto, la misma o mayor confusión luce también en la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* según lo prueba la, a mi juicio, sorprendente *Sentenza* núm. 21/2010, de 25 de enero. Un comentario a la misma puede verse en Tommaso F. GIUPPONI, «Nascita e trasfigurazione di una materia trasversale: il caso della “sicurezza” (nota a Corte Costituzionale, *Sentenza* n. 21/2010)», *Le Regioni*, núm. 5, 2010, pp. 1118 y ss.

EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL MERCADO EUROPEO DE DERECHOS DE EMISIÓN DE GASES DE EFECTO INVERNADERO

M.^a CONSUELO ALONSO GARCÍA

*Profesora titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha*

RESUMEN

El nuevo régimen jurídico del mercado europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero

En el presente trabajo se analiza el nuevo régimen jurídico del mercado europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero determinado por las Directivas 2008/101/CE y 2009/29/CE y el Reglamento 1031/2010, examinando la especial incidencia de las mismas en el Derecho español, que ha modificado notablemente las reglas de funcionamiento del mismo a través de la Ley 13/2010, de 5 de julio.

Palabras clave: Cambio climático, Mercado europeo de Derechos de emisión, mecanismos de flexibilidad, Protocolo de Kioto, gases de efecto invernadero.

ABSTRACT

The new legal regime of the European Union Emission Greenhouse Trading Gases

This paper analyzes the new legal regime of the European Union Emission Greenhouse Trading Gases, which is determined by the Directives 2008/101/CE and 2009/29/CE and the Regulation 1031/2010. It considers its special incidence on the Spanish Law. The rules of this market have been changed by the Law 13/2010, 5 July.

Key words: Climate change, European Emission Trading Scheme, flexible mechanisms, Kyoto Protocol, greenhouse gases.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: BREVES PRECISIONES SOBRE ESTE MECANISMO.
 - II. LA REGULACIÓN JURÍDICA, EN ESPECIAL, LA NUEVA LEY 13/2010, DE 5 DE JULIO, DERIVADA DE LA NECESIDAD DE INCORPORAR A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO LAS DIRECTIVAS EUROPEAS 2008/101 Y 2009/29.
 - III. ÁMBITO DE APLICACIÓN: LA AMPLIACIÓN DE LAS ACTIVIDADES SOMETIDAS AL MERCADO DE EMISIONES, PARTICULARMENTE EL SECTOR DE LA AVIACIÓN.
 - IV. LAS NOVEDADES EN EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO.
 1. **La asignación de los derechos.**
 2. **La autorización de emisión.**
 3. **Remisión de informes de emisiones debidamente verificados.**
 4. **Entrega y cancelación de los permisos de emisión.**
 5. **Transmisión de los derechos y consignación en el Registro de Derechos de Emisión.**
-

I. INTRODUCCIÓN: BREVES PRECISIONES SOBRE ESTE MECANISMO

El comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero⁽¹⁾ forma parte, junto con los sumideros de carbono, el mecanismo de desarrollo limpio y el mecanismo de implementación conjunta, de lo que el Protocolo de Kyoto denominó *mecanismos de flexibilidad*, destinados a mitigar de alguna forma el rigor de las obligaciones de reducción de las emisiones de determinado tipo de gases que provocan en la atmósfera el fenómeno del cambio climático.

Este instrumento permite asignar a las empresas cuotas o permisos para poder verter al aire una serie de contaminantes cuya disminución interesa. El número total de estos contingentes representa el límite global de emisiones permitido. Estas autorizaciones pueden ser intercambiadas entre las instalaciones, posibilitando de esta manera la superación del tope inicialmente otorgado a condición de que encuentren otro establecimiento que haya emitido una cantidad de gases inferior a su máximo permitido y que esté dispuesto a ceder, mediante contraprestación onerosa, su sobrante.

Las ventajas de la utilización de este instrumento son de dos tipos: por un lado, de carácter medioambiental, ya que la severidad de la cuota total de derechos asignada representa la globalidad de las emisiones autorizadas, por lo que se consigue una certidumbre relativa sobre su no superación. De otra parte, de naturaleza económica, en la medida en que la reducción de las emisiones se puede producir allí donde el empresario considere que el coste para alcanzarla sea más bajo: bien modificando el proceso productivo de su actividad, bien renunciando a este objetivo y adquiriendo en el mercado las cuotas que precise.

Este sistema se inspira en el de los *tradable pollution rights* de Estados Unidos, definidos en el *Acid Program* recogido en la *Clear Air Act Amendments* de 1990⁽²⁾, aunque ins-

(1) Sobre el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero puede consultarse una interesante bibliografía: FORTES MARTÍN, A.: «Comercio de derechos de emisión de GEI. Régimen europeo y transposición a España», *Diccionario de Derecho Ambiental*, dirigido por E. Alonso García y B. Lozano Cutanda, Iustel, Madrid, 2006, pp. 206 a 217; FORTES MARTÍN, A.: «Reflexiones a propósito del futuro Régimen Europeo de Intercambio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, 5 (2004), pp. 89 a 113; MORA RUIZ, M.: *La gestión ambiental compartida: Función Pública y Mercado*, Lex Nova, Valladolid, 2007; PAQUES, M.: «La directive 2003/87/CE et le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne», *Revue trimestrielle de droit européen*, 2 (2004), pp. 249 a 282 ; RODRÍGUEZ ARIZA, L., FERNÁNDEZ PAVÉS, J., LÓPEZ GORDO, M.G. y LÓPEZ GORDO, J.F.: «El Mercado Europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», *Noticias de la Unión Europea*, 232 (2004), pp. 85 a 106; ROSEMBUJ GONZÁLEZ-CAPITEL, F.: «El mercado financiero de derivados de derechos de emisión», *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, junio de 2004, pp. 29 a 37; SANZ RUBIALES, I.: «Una aproximación al nuevo mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 125 (2005), pp. 31 a 64; VV.AA. (Dir. I. SANZ RUBIALES): *El mercado de derechos a contaminar. Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Lex Nova, Valladolid, 2007; YÁBAR STERLIND, A.: «La aplicación de los mecanismos derivados del Protocolo de Kyoto para mitigar los efectos del cambio climático. Balance de situación el mundo, en la Unión Europea y en España», *Noticias de la Unión Europea*, 193 (2001).

(2) Para ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, el sistema americano «... básicamente ha consistido en el establecimiento de un límite máximo para las emisiones de dióxido de azufre a la atmósfera por parte de las grandes centrales eléctricas, otorgándoles permisos equivalentes a la emisión de una tonelada de SO₂ por año. Tales permisos pueden ser objeto de compra y venta, pero también pueden ser mantenidos por las empresas en un sistema de *banking*, lo que permitiría a éstas optimizar en el tiempo su esfuerzo destinado a la reducción de las emisiones» [«La emisión de gases de efecto invernadero y su régimen de intercambio», *Revista de Administración Pública*, 170 (2006), p. 232].

trumentos similares se han implantado en otros países, como Alemania, Suecia, Eslovaquia, Suiza, Canadá, Australia, Dinamarca —aunque este último está concentrado a unas pocas empresas productoras de electricidad—, y Reino Unido —en el que los participantes reciben un incentivo económico a cambio de disminuir sus emisiones, o bien, tras la suscripción del acuerdo de reducción de emisiones o de ahorro energético, ven reducida la cantidad que deben satisfacer en concepto de impuesto energético, al que pueden sumarse las empresas que elaboran programas de limitación de emisiones—. También se han producido iniciativas de estas características entre las propias instalaciones, como es el caso de la *British Petroleum* o el grupo *Royal Dutch-Shell*, u otras que organizan varias sociedades, gobiernos nacionales u organizaciones internacionales quienes, a partir de proyectos de reducción de las emisiones entre las mismas, diseñan las reglas a las que deberán ajustarse⁽³⁾.

II. LA REGULACIÓN JURÍDICA, EN ESPECIAL, LA NUEVA LEY 13/2010, DE 5 DE JULIO, DERIVADA DE LA NECESIDAD DE INCORPORAR A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO LAS DIRECTIVAS EUROPEAS 2008/101 Y 2009/29

En el Derecho de la Unión europea ese mecanismo ha sido objeto de una regulación bastante exhaustiva: la primera norma que lo contempla es la Directiva 2003/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad. Más adelante se aprobaron las Directivas 2008/101/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, que tiene como objeto reducir el impacto en el cambio climático atribuible a la aviación, mediante la inclusión de las actividades de este sector en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión, y la Directiva 2009/29/CE, del Parlamento y del Consejo de 23 de abril de 2009⁽⁴⁾, que acomete una revisión en profundidad de este régimen para aprovechar mejor sus beneficios potenciales, evitar distorsiones en el mercado interior y facilitar vínculos entre los distintos mercados⁽⁵⁾.

La reducción
de las emisiones
se puede producir
allí donde
el empresario
considere que
el coste para
alcanzarla sea
más bajo.

(3) «La emisión...», cit., pp. 232 y 233.

(4) La Directiva 2009/29 forma parte del denominado paquete comunitario de legislación sobre energía y cambio climático, cuya principal finalidad es poner en marcha un conjunto de medidas que garanticen el cumplimiento del compromiso asumido por el Consejo Europeo en marzo de 2007: reducir para 2020 las emisiones globales de gases de efecto invernadero de la Comunidad al menos un 20% respecto a los niveles de 1990, y un 30% siempre que otros países desarrollados se comprometan a realizar reducciones comparables y que los países en desarrollo económicamente más avanzados se comprometan a contribuir convenientemente en función de sus responsabilidades y capacidades (Exposición de Motivos de la Ley española 13/2010, de 5 de julio).

(5) Las normas europeas se basan en el *Libro Verde sobre el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea*, aprobado en 2000 (COM 2000/0087 final).

En el Ordenamiento jurídico español, el incumplimiento del plazo de transposición previsto en la primera de las referidas Directivas, así como el respeto del calendario impuesto en esta norma, que obligaba, además, a que todas las instalaciones sometidas a su ámbito de aplicación contasen con una autorización de emisión de GEI a más tardar el 1 de enero de 2005, a que el Registro estuviera operativo el 1 de octubre de 2004, y a que las empresas afectadas solicitasen la autorización y asignación de derechos como fecha límite el 30 de septiembre de 2004, dio lugar en nuestro país a la publicación del Real Decreto Ley 5/2004, de 27 de agosto, reproducido después en la Ley 1/2005, de 9 de marzo.

Asimismo, es de aplicación en nuestro Derecho el Real Decreto 1264/2005, de 21 de octubre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro Nacional de Derechos de Emisión (RENADE), y el Real Decreto 1315/2005, de 4 de noviembre, por el que se establecen las bases de los sistemas de seguimiento y verificación de emisiones de GEI en las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley.

Las Directivas de 2008 y 2009, que prevén una serie de obligaciones previas de notificación que deben exigirse a los operadores aéreos y los titulares de plantas industriales que se incorporan a dicho comercio a partir de 2013, se trasladaron a nuestro Derecho mediante la disposición adicional 2.^a de la Ley 5/2009, de 29 de junio, que modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y el Texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados —aprobado por RD Legislativo 6/2004, de 29 de octubre—, para la reforma del régimen de participaciones significativas en empresas de servicios de inversión, en entidades de crédito y en entidades aseguradoras. El resto de disposiciones se han incorporado a través de la Ley 13/2010, de 5 de julio, por la que se modifica la inicial Ley 1/2005, para perfeccionar y ampliar el régimen general de comercio de estos gases⁽⁶⁾.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN: LA AMPLIACIÓN DE LAS ACTIVIDADES SOMETIDAS AL MERCADO DE EMISIONES, PARTICULARMENTE EL SECTOR DE LA AVIACIÓN

El Anexo I de la Directiva de 2003 señala cuáles son las actividades sometidas a este mercado. Las mismas suponen el 46% de las emisiones de CO₂ en la UE en 2010, lo que significa entre 4.000 y 5.000 instalaciones, teniendo en cuenta que las emisiones de CO₂ suponen el 80% de las emisiones de gases con efecto invernadero.

Concretamente, las instalaciones incluidas en el mecanismo ambiental son las siguientes:

- Las energéticas, en las que se incluyen las plantas de combustión con una potencia térmica nominal superior a 20 MW, refinerías de hidrocarburos y coquerías;
- Las dedicadas a la producción y transformación de metales férreos: Instalaciones de calcinación o sintetización de minerales metálicos e instalaciones para la producción de arrabio o de acero;

(6) La Ley de 2005 continuará aplicándose hasta el 31 de diciembre de 2012, en algunos casos.

- Las industrias minerales, destinadas a la fabricación de cemento sin pulverizar, fabricación de vidrio y fabricación de productos cerámicos mediante horneado;
- Otras: las destinadas a la fabricación de pasta de papel a partir de madera o de otras materias fibrosas y papel y cartón con una capacidad de producción de más de 20 toneladas diarias.

No se incluyen los sectores químicos. La razón es que sus emisiones de CO₂ no son significativas, ya que suponen el 1% respecto de los niveles de 1990. Además, el gran número de industrias de este tipo existentes en Europa (unas 34.000 plantas) aumentaría considerablemente la complejidad del sistema.

En el Derecho español, la Ley 1/2005, reproduciendo en este punto la primera Directiva comunitaria de 2003, señala en su Anexo I los sectores incluidos en el ámbito de aplicación del mecanismo⁽⁷⁾. No obstante, esta lista se ha visto ampliada por la nueva Ley 13/2010, que no sólo ha aumentado este catálogo hasta contemplar un total de 28 actividades —sectores industriales nuevos, como la producción de aluminio, cobre, zinc y metales no féreos en general, el secado y calcinado de yeso, la producción de ácido nítrico, ácido atípico, glioxal y ácido glioxático, amoníaco, compuestos orgánicos de base, hidrógeno y carbonato sódico, y la captura, transporte por tubería y almacenamiento de CO₂—,

La decisión más controvertida de la incorporación de nuevas actividades a este mercado ha sido la inclusión del sector de la aviación.

(7) En el primer bloque se incluyen las Actividades energéticas:

1. Instalaciones de combustión con una potencia térmica nominal superior a 20 MW, incluyendo: a) Instalaciones de producción de energía eléctrica de servicio público, y b) Instalaciones de cogeneración que producen energía eléctrica en régimen ordinario o en régimen especial, independientemente del sector en el que den servicio.

Quedan excluidas las instalaciones de residuos peligrosos o de residuos urbanos.

2. Refinerías de hidrocarburos.
3. Coquerías.

Un segundo sector afectado por la norma es el de producción y transformación de metales féreos, que incluye los siguiente epígrafes:

4. Instalaciones de calcinación o sintetización de minerales metálicos incluido el mineral sulfurado.
5. Instalaciones para la producción de arrabio o de acero (fusión primaria o secundaria), incluidas las correspondientes instalaciones de colada continua de una capacidad de más de 2,5 toneladas por hora.

En tercer lugar, las industrias minerales:

6. Instalaciones de fabricación de cemento sin pulverizar («clinker») en hornos rotatorios con una producción superior a 500 toneladas diarias, o de cal en hornos rotatorios con una capacidad de producción superior a 50 toneladas por día, o en hornos de otro tipo con una capacidad de producción superior a 50 toneladas por día.

Otros sectores:

7. Instalaciones de fabricación de vidrio, incluida la fibra de vidrio, con una capacidad de fusión superior a 20 toneladas por día.

8. Instalaciones para la fabricación de productos cerámicos mediante horneado, en particular de tejas, ladrillos, ladrillos refractarios, azulejos, gres cerámico o porcelanas, con una capacidad de producción superior a 75 toneladas por día, y, una capacidad de horneado de más de 4 m³ y de más de 300 kg/m³ de densidad de carga por horno.

9. Instalaciones industriales destinadas a la fabricación de: a) Pasta de papel a partir de madera o de otras materias fibrosas, y b) Papel y cartón con una capacidad de producción de más de 20 toneladas diarias.

sino que, además, adopta una interpretación de la instalación de combustión exhaustiva, que incluye cualquier dispositivo donde se oxiden combustibles, incluyendo las actividades directamente asociadas, como el lavado de gases residuales, y se modifica la definición del sector cerámico, de manera que pasa a aplicarse sólo el primero de los tres umbrales o condiciones de inclusión que con la anterior regulación debían satisfacerse para que la instalación estuviera afectada por este régimen⁽⁸⁾.

La decisión más controvertida desde el punto de vista de la incorporación de nuevas actividades a este mercado ha sido la inclusión, determinada por la Directiva 2008/101, del sector de la aviación, considerando como tal los vuelos con origen o destino en un aeródromo situado en territorio de un Estado miembro al que se aplica el Tratado de la Unión Europea o un Estado del Espacio Económico Europeo, circunstancia que, evidentemente, ha provocado un fuerte rechazo de las compañías aéreas⁽⁹⁾.

Por lo que se refiere a los gases cuya emisión se pretende controlar, los mismos se consideraban en el Anexo II de la Ley, constituyendo toda la lista de gases de efecto invernadero contemplados en el Protocolo de Kyoto [dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄), óxido nitroso (N₂O), hidrofluorocarburos (HFC), perfluorocarburos (PFC), hexafluoruro de azufre (SF₆)]. No obstante, la implantación del sistema sólo tenía en cuenta las emisiones de CO₂ de las actividades enumeradas en el Anexo I. La inclusión de los demás gases dependerá de la resolución de problemas de seguimiento, información y verificación, posibles impactos locales, así como de otras políticas comunitarias (enmienda de la Directiva). Una vez dado este paso, la nueva Ley incorpora en su ámbito de aplicación otros

(8) La exclusión de los residuos urbanos y peligrosos —justificada en la Directiva de 2003 en las dificultades de medición del contenido del carbono en los residuos incinerados— afecta sólo a las instalaciones donde se incineran este tipo de residuos. Es novedad relevante en la Ley de 2010 la exclusión de las instalaciones que usan exclusivamente biomasa, entendiéndose por tal una unidad que usa solamente este combustible, aunque se valga de combustibles fósiles para el arranque y parada. También se permite la exclusión de pequeños emisores y hospitales, siempre y cuando cumplan una serie de requisitos entre los que se encuentran la implantación de medidas equivalentes de reducción de las emisiones y la implantación de un sistema de seguimiento y notificación de las emisiones. En el caso de instalaciones donde se realicen actividades de combustión, la exclusión sólo operará si su capacidad térmica nominal es inferior a los 35 MW. La exclusión es competencia de las Comunidades autónomas, si bien se exige informe favorable del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino.

(9) Según informa Europa Press el 2 de abril de 2012, las aerolíneas defienden que sólo generan el 2% de las emisiones totales y subrayan el importante peso de la industria en la actividad económica. Concretamente, el director general y consejero delegado de la IATA, Tony Tyler, aseguró que la aplicación de la Directiva podría costar a las aerolíneas unos 1.200 millones de euros en 2012, una cantidad equivalente a una cuarta parte de los beneficios previstos para la industria, señalando, además, que aquéllas no podrán trasladar el coste del sistema a los billetes de avión debido a la debilidad del mercado en un momento de desaceleración económica.

Por otro lado, varias aerolíneas y asociaciones de transportistas aéreos con sede en EE.UU. y en Canadá interpusieron un recurso de nulidad contra esta norma ante la justicia británica, alegando que la UE vulnera una serie de principios de Derecho internacional consuetudinario y diversos acuerdos internacionales. Los tribunales de Reino Unido remitieron el caso al Tribunal de la Unión Europea, quien dictaminó finalmente que hacer pagar a las aerolíneas estadounidenses por sus emisiones de gases de efecto invernadero no vulnera el derecho internacional porque sólo se hará con los vuelos que despegan o aterrizan en la UE y que, por tanto, no se infringen los principios de territorialidad y soberanía de Estados terceros.

Pero, además, según informa el diario *El País*, de 21 de febrero de 2012, en la Conferencia de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) celebrada a principios de 2012 en Moscú, la «coalición antieuropea», integrada por Rusia, China y Estados Unidos, se ha opuesto firmemente a pagar lo que ellos mismos denominan el «impuesto» cobrado a las aerolíneas.

gases diferentes del CO₂, como los perfluorocarburos en la producción de aluminio y ácido nitroso en la fabricación de algunos productos de la industria química.

IV. LAS NOVEDADES EN EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO

El mercado europeo de derechos de emisión se desarrolla en las siguientes etapas: asignación de las cuotas de emisión pertinentes a las explotaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la medida, otorgamiento a la instalación por parte de la autoridad administrativa de la autorización necesaria para emitir este tipo de gases, obligación que asume el titular de la actividad de entregar anualmente un número de cuotas de emisión equivalente a las emisiones totales vertidas por su empresa, e inscripción de todas las operaciones de intercambio de los permisos en un Registro, hoy de carácter nacional.

Veamos las diferentes fases de la implantación del mecanismo.

1. La asignación de los derechos

La determinación del número total de contingentes de emisión que han de ser asignados durante cada uno de los períodos de comercio se ha de prever, según establece el artículo 9 de la Directiva de 2003, a través de un Plan que elaborará cada Estado miembro. Se trata, según expresión de la propia norma europea, de la pieza central en el sistema comunitario de comercio de derechos de emisión y marco de referencia para su correcto funcionamiento.

El contenido del Plan nacional de asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero es el siguiente:

- Como se ha señalado, el número total de derechos de emisión que se prevé asignar.
- El procedimiento de asignación individualizada de tales derechos.
- La cantidad de reducciones certificadas de emisión y unidades de reducción de emisiones que es previsible emplear.
- El porcentaje de la asignación a cada instalación en el que se autoriza el uso de este tipo de créditos a su titular.
- Reservas para nuevos entrantes, entendiéndose por tales «Toda instalación que lleve a cabo una o más de las actividades indicadas en el anexo I, a la que se le conceda una autorización de emisión de GEI por tratarse de una nueva instalación o una

El cómputo del total de derechos de emisión para cada Estado miembro no estaría completo sin la asignación individualizada de los permisos correspondientes a cada una de las instalaciones sometidas al ámbito de aplicación del mecanismo.

renovación de la autorización debido a un cambio en el carácter o en el funcionamiento de la instalación o a una ampliación de ésta, con posterioridad a la notificación a la Comisión Europea del Plan nacional de asignación».

En España, el I Plan Nacional de asignación para el período 2005-2007 fue aprobado por Real Decreto 1866/2004, de 6 de septiembre, una semana después del Decreto-ley 5/2004. El mismo fue modificado por Real Decreto 60/2005. Este Plan era el vigente para el primer período de aplicación del intercambio de derechos de emisión de GEI⁽¹⁰⁾. A partir de esa fecha debía elaborarse un segundo plan, que habría de comprender un nuevo período de cinco años, y en el que se debía actualizarse la cuantía global de los permisos en atención a los niveles de reducción efectivamente alcanzados. Ese nuevo Plan fue aprobado por Real Decreto 1370/2006, de 24 de noviembre, modificado por el RD 1030/2007, de 20 de julio, y más tarde por el RD 1402/2007, de 29 de octubre. Posteriormente, la Orden de la Presidencia del Gobierno de 19 de octubre de 2009 modificó las cuantías de las asignaciones sectoriales establecidas en el mismo^{(11) (12)}.

(10) El primer Plan Nacional preveía para su período de vigencia no sobrepasar las 400,7 MT de CO₂ equivalente en promedio anual, lo que suponía una reducción de 0,2% respecto de las emisiones de 2002.

El número total de derechos de emisión asignados ascendía a 172,31 MT/año, que se repartía entre los sectores incluidos en el Anexo I de la Directiva, concretamente el sector energético e industrial —que supone el 40% del total de emisiones de CO₂ a la atmósfera—, al que les correspondían 160,28 MT/año, incluidas las reservas. A los sectores no incluidos en el ámbito de aplicación de la norma europea —que representan el 60% de las emisiones y está constituido por las actividades de cogeneración—, les corresponden un total de 12,03 MT/año. Las medidas adicionales, incluidos transporte, uso residencial, comercial e institucional, agrario, gestión de residuos y gases fluorados, obtenían un total de 52 MT. B. LOZANO CUTANDA ha criticado el I Plan Nacional de asignación. *Vid.* los argumentos de esta autora en contra del mismo en su obra *Derecho ambiental administrativo*, 5.ª ed. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 449 y 450.

(11) La aprobación del Plan por la Unión Europea se produjo en febrero de 2007, aunque condicionado a la modificación por España de tres aspectos, concretamente: que se tuviera en cuenta que la utilización por parte de las empresas de créditos derivados de la realización de proyectos de reducción de emisiones en terceros países tendría que sujetarse al 20% de la asignación aprobada, que se facilitara más información sobre el tratamiento de los nuevos entrantes en el régimen de comercio de derechos de emisión, y que se proporcionase un listado individualizado de todas las instalaciones, precisando el número de derechos que se pensaba asignar a cada una de ellas.

(12) El segundo Plan Nacional de asignaciones establece un nuevo reparto de los derechos de emisión con la finalidad de lograr los objetivos y compromisos ratificados por España en el marco del Protocolo de Kioto. Alcanzar este objetivo apareja una notable reducción de las asignaciones, ya que la evolución de las emisiones, situadas un 47,9% por encima de las del año base en 2004, y las previsiones oficiales, estiman un crecimiento por encima del 50% en el período 2008-2012 si no se adoptan medidas adicionales.

El objetivo actual es conseguir que estas emisiones no superen en más de un 37% las del año base en promedio anual en el período considerado. La cifra se alcanza de la suma del 15% del incremento del objetivo de Kioto, un 2% adicional de la absorción por los sumideros y de la adquisición del equivalente a un 20% en créditos de carbono procedentes de los mecanismo de flexibilidad del Protocolo de Kioto, lo que conlleva un importante esfuerzo adicional de reducción.

El listado de sectores sujetos al régimen de comercio de emisiones es más restrictivo que el previsto en el Plan anterior, de modo que el total asignado corresponde a las emisiones en 1990 de los sectores afectados incrementadas en un 15%. La asignación promedio anual asciende, en aplicación de este criterio, a 144,85 millones de toneladas de derechos de emisión, a las que se añaden 7,825 millones anuales de reserva (5,4%), de lo que resulta un total de 152,673, que significa un recorte del 16% respecto del Plan anterior y de casi el 20% respecto de las emisiones del año 2005.

Este II Plan actualiza los mecanismos de flexibilidad previstos en el artículo 14 de la Ley, previendo la posibilidad de que el titular de cada instalación cumpla con sus obligaciones entregando reducciones certificadas de emisiones (RCE) y unidades de reducción de emisiones (URE), hasta un porcentaje que será del 70% para el sector de producción de energía eléctrica de servicio público y del 20% para el resto de sectores.

La naturaleza jurídica del Plan es la de una norma reglamentaria que desarrolla las disposiciones legislativas. Por otro lado, se trata de un texto altamente consensuado, como no podía ser de otra manera, dada la enorme trascendencia que para los sectores implicados tiene el mismo, así como la necesidad de asegurar la participación pública en la toma de decisiones relativas al medio ambiente. Para la aprobación del mismo se han tenido en cuenta las alegaciones formuladas directamente o a través de los cauces de consulta y participación en los trámites de audiencia e información pública, en especial las correspondientes a los sectores de actividades incluidas en su ámbito de aplicación⁽¹³⁾.

La conflictividad sobre el contenido de los Planes ha sido muy abundante, habiéndose llegado en algunos casos a declarar su nulidad en algunos aspectos⁽¹⁴⁾.

(13) El primer Plan fue puesto en línea el 8 de julio de 2004 en la web del Ministerio de Medio Ambiente, y su anuncio correspondiente se publicó en el BOE, disponiendo el público hasta el 19 de julio para realizar alegaciones, un resumen de las cuales, junto con la consideración de las mismas por la Administración Pública, se incluye en la norma. Asimismo, el texto del borrador se remitió a las asociaciones empresariales de los sectores incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, a las Comunidades autónomas, a la Federación Española de Municipios y Provincias, y a las principales ONG, sindicatos y organizaciones de consumidores. El texto fue presentado al Consejo Económico y Social, al Consejo Asesor de Medio Ambiente y al Consejo Nacional del Clima. Este diálogo se mantuvo abierto durante la vigencia del Plan.

El apartado 7 del Real Decreto que aprobó el I Plan determinó cómo se hace el plan accesible al público y cómo se garantiza que se tengan en cuenta los comentarios presentados. Asimismo, su aprobación se realizó a propuesta de los Ministros de Economía y Hacienda, de Industria, Turismo y Comercio y de Medio Ambiente, y previo informe preceptivo del Consejo Nacional del Clima y de la Comisión de Coordinación de Políticas de Cambio Climático, habiéndose también constituido mesas de diálogo social para garantizar la participación de las organizaciones sindicales y empresariales en la elaboración y el seguimiento del Plan en cuanto a sus efectos en la competitividad, la estabilidad en el empleo y la cohesión social.

Similares reglas de participación han sido las tomadas en cuenta para la aprobación del II Plan Nacional de Asignación. El apartado 8 del Real Decreto que aprueba el mismo señala el procedimiento de información pública seguido para su elaboración, en el que se incluyen varias fases: 1. Previa a la elaboración del borrador del Plan, en la que se mantuvieron reuniones sectoriales con asociaciones de sectores afectados por la aplicación de la norma (vidrio, cal, fritas, refinerías, cemento, siderurgia, papel y cartón, ladrillos y tejas, azulejos, etc.), y empresas no asociadas a asociaciones sectoriales, así como una consulta pública. 2. Fase posterior a la elaboración del borrador del Plan, en la que se realizó el preceptivo trámite de información pública, considerándose los comentarios recibidos al respecto. 3. Seguimiento del Plan, a través de mesas de diálogo social, que garantice la participación de las organizaciones sindicales y empresariales en la elaboración y seguimiento del Plan cuya composición y funcionamiento se fijó en el Decreto 202/2006, de 17 de febrero, constituyéndose dos mesas: una general, compuesta por representantes sindicales, organizaciones empresariales y representantes de los Ministerios de Medio ambiente, Trabajo y Asuntos sociales, Economía y Hacienda e Industria, Turismo y Comercio, y otra sectorial para las diferentes actividades afectadas por la Ley.

(14) La STS de 27 de noviembre de 2008, en la que se cuestionaba la validez del Real Decreto 60/2005, de 21 enero, por el que se modifica el Real Decreto 1866/2004, de 6 septiembre, por el que se aprueba el Plan nacional de asignación de derechos de emisión 2005-2007, entendió que la metodología empleada para la asignación no vulneraba el principio de jerarquía normativa, por lo que se declaró la improcedencia de la nulidad; en la STS de 15 de julio de 2009 se admite la nulidad del Plan Nacional de Asignación 2005-2007 por la falta de justificación de la distinción entre el sector eléctrico y el sector industrial; la STS de 17 de julio de 2009 considera que ni los derechos de propiedad ni a la libre empresa pueden entenderse lesionados por el contenido del Plan Nacional de Asignación, atendido el régimen jurídico que diseña la Directiva respecto del comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, pues las limitaciones de emisión no resultan irrazonables ni exorbitantes respecto de la finalidad perseguida, justificándose de manera objetiva la diferencia de trato para el sector siderúrgico con los químicos y metales no férreos; la STS de 25 de febrero de 2010 examina el contenido de los Planes Nacionales de asignación en el contexto de las normas internacionales y los protocolos aprobados por la Unión Europea de efecto en los países miembros; en la STS de 9 de marzo de 2010 el Tribunal anuló parcialmente el Plan Nacional de Asignación 2008-2012 porque su regulación difiere de la expuesta por la Ley 1/2005, de 9 de marzo, no habiéndose incluido en el mismo una determinada instalación; en la STS de 4 de marzo de 2010 se entiende la improcedencia de la regulación de la reducción de dióxido de azufre en

La caracterización «nacional» del Plan de asignación desaparece el 1 de enero de 2013, es decir, para el tercer período de comercio. En efecto, siguiendo las nuevas pautas europeas en la materia, la Ley 13/2010 indica que a partir de la referida fecha se adoptará un enfoque comunitario, tanto en lo que respecta a la determinación del volumen total de derechos de emisión como en lo relativo a la metodología para asignar las cuotas, calculándose la cantidad de estos derechos en todo el espacio de la Unión por la Comisión Europea, operación que ésta ha realizado a través de la Decisión 2010/384, de 9 de julio de 2010⁽¹⁵⁾.

No obstante, el cómputo del total de derechos de emisión para cada Estado miembro no estaría completo sin la asignación individualizada de los permisos correspondientes a cada una de las instalaciones sometidas al ámbito de aplicación del mecanismo.

El artículo 19.4 de la Ley española, redactado conforme a la Ley 13/2010, establece que la asignación concreta de cuotas para cada instalación se adoptará mediante acuerdo del Consejo de Ministros, realizado el trámite de información pública, previa consulta a la Comisión de Coordinación de Políticas del Cambio Climático, y a propuesta de los Ministerios de Economía y Hacienda, de Industria, Turismo y Comercio y de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino.

En virtud del principio de transparencia, estas resoluciones serán accesibles al público, en los términos y con las limitaciones previstas en las normas reguladoras del acceso a la información en materia de medio ambiente.

La asignación individualizada para el período de comercio del I Plan Nacional de Asignación se produjo por acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de enero de 2005. Para el II Plan, esta operación la concretó el acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007⁽¹⁶⁾. El reparto concreto de los derechos para una determinada instalación puede causar rechazo por parte de alguna de éstas, habiéndose planteado una importante conflictividad judicial en este tema, que ha sido finalmente resuelta por el Tribunal Supremo. Los motivos esgrimidos por los titulares de las actividades para oponerse al concreto reparto asignado a sus empresas se han basado fundamentalmente en la falta de motivación del acuerdo que aprueba la asignación⁽¹⁷⁾, en los errores del cálculo de las emisiones efectuado por el

el cálculo de los derechos de emisión de las centrales de carbón; en la STS de 10 de marzo de 2010 la alta instancia judicial determinó la ausencia de diferencias injustificadas en el Plan Nacional de Asignación entre sectores de actividad e instalaciones, así como tampoco discriminación alguna entre el sector industrial y el eléctrico; la STS de 7 de diciembre de 2010 anuló parcialmente el Plan por infracción de la Directiva Europea, al discriminar en la metodología utilizada para asignar los derechos de emisión entre los distintos sectores de la producción de energía, estableciendo un trato de favor para las centrales de carbón y las que han llevado a cabo desulfurización en perjuicio de las centrales de gas. Finalmente, la STS de 29 de diciembre de 2010 anula parcialmente la distribución de los derechos de emisión por discriminación entre los distintos sectores de producción.

(15) El volumen total de los derechos se determina utilizando la asignación que se aprobó en el conjunto de los Estados miembros para el período 2008-2012. Se parte del punto medio de dicho período y se reduce anual y linealmente un 1,74%. Esto corresponde aproximadamente a una reducción del 21% en 2020 respecto a 2005 para el conjunto de sectores afectados por este comercio.

(16) ORDEN PRE/3420/2007, de 14 de noviembre, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueba la asignación individual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a las instalaciones incluidas en el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, 2008-2012.

(17) SSTs de 23 y 24 de septiembre de 2008, 1 y 6 de octubre de 2008, 18 y 19 de noviembre de 2008, 1 de diciembre de 2008, 6 de julio de 2009, 9, 14 y 20 de julio de 2010, 8 de octubre de 2010, 16 de noviembre de 2010, 28 de diciembre de 2010, y 25 de enero de 2011.

Gobierno⁽¹⁸⁾, y el aumento de capacidad de la empresa, razón en la que se escudan sus titulares para solicitar más permisos que los inicialmente previstos⁽¹⁹⁾.

Para los operadores aéreos, la determinación individualizada de sus cuotas en España fue aprobada por el Consejo de Ministros en diciembre de 2011, debiéndose remitir a la Comisión Europea antes de fin de año para que los operadores europeos la reciban antes del 28 de febrero de 2012. Esta asignación es aplicable para 2012 y el periodo de comercio 2013-2020. Para el cálculo de estos permisos, la alta instancia supranacional determinó los valores de referencia que deben usarse para calcular las asignaciones de los períodos correspondientes, calculada multiplicando el dato de toneladas-kilómetro transportadas en 2010, aportado por cada operador aéreo en aplicación de su plan de seguimiento, por el valor de referencia o «benchmark» publicado por la Comisión Europea. Estos derechos son gratuitos.

Los instrumentos de asignación de las cuotas, tanto a nivel global como individual, tienen que prever una reserva para los «nuevos entrantes», considerados como toda instalación que lleve a cabo una o varias actividades indicadas en el anexo I, a la que se le conceda una autorización de emisión de gases de efecto invernadero por primera vez en los dieciocho meses anteriores al comienzo de un período de comercio o durante el mismo, o aquella otra «... que lleva a cabo una o varias actividades indicadas en el anexo I, que haya sido objeto de una ampliación significativa en los dieciocho meses anteriores al comienzo de un período de comercio o durante el mismo, a la que se le conceda una nueva autorización de emisión de gases de efecto invernadero o renovación de la misma» [artículo 2.k) de la nueva Ley].

Según la Ley de 2005, la cantidad de derechos de emisión que se reserva a estas nuevas actividades se realizaba en el Plan Nacional, así como los criterios de distribución de los derechos incluidos en la reserva, teniendo en cuenta el orden temporal de solicitud y el uso de tecnologías energéticamente eficientes. Asimismo, se podrían tener en cuenta criterios de cohesión territorial⁽²⁰⁾. Para el nuevo período de 2013 a 2020, la nueva disposición

(18) SSTs de 30 de septiembre de 2008, 1 y 6 de octubre de 2008, 3 de diciembre de 2008, 8 de abril de 2009, y 26 de enero de 2011.

(19) SSTs de 27 de noviembre de 2008, 1, 2 y 3 de diciembre de 2008, y 29 de mayo de 2009.

(20) La determinación de las asignaciones para los nuevos entrantes en nuestro Derecho se ha realizado como se expone:

- Asignación nuevos entrantes 2005-2007: Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de marzo de 2006.
- Asignación nuevos entrantes 2005-2007: Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de marzo de 2007.
- Asignación nuevos entrantes 2005-2007: Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007.
- Asignación primer conjunto de nuevos entrantes 2008-2012: Acuerdo del Consejo de Ministros del 20 de marzo de 2009.
- Asignación segundo conjunto de nuevos entrantes 2008-2012: Acuerdo del Consejo de Ministros del 20 de marzo de 2009.
- Asignación tercer conjunto de nuevos entrantes 2008-2010: Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de marzo de 2010.
- Asignación cuarto conjunto de nuevos entrantes 2008-2010: Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2010.
- Asignación quinto conjunto de nuevos entrantes 2008-2010: Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2011. Según este último, se asignan derechos de emisión a 30 proyectos que suponen nuevas instalaciones o ampliación de otras existentes, lo que significa la asignación de 7.292.943 derechos de emisión a un conjunto

general establece una reserva de un porcentaje del 5% de la cantidad total de derechos de emisión asignados a escala comunitaria, siendo esta previsión común y única para toda la Unión Europea (art. 18).

En cuanto al método de asignación de los permisos, en el primer período el mismo ha sido gratuito, salvo lo dispuesto para la reserva de nuevos entrantes. En el segundo, el 90% es, asimismo, gratuito, salvo lo dispuesto para la reserva de nuevos entrantes, asignándose el 10% restante de acuerdo con lo que se establece en el correspondiente Plan Nacional y considerando la necesaria competitividad de la industria española ⁽²¹⁾ ⁽²²⁾.

No obstante, esta gratuidad se concibe como un régimen transitorio, cuya existencia queda condicionada por la evolución de las políticas globales de cambio climático, y más concretamente por la posibilidad de que se produzcan «fugas de carbono» (traslado de las emisiones con un balance neto positivo desde la Comunidad hacia terceros países que no han impuesto a sus industrias obligaciones comparables en materia de emisiones de carbono. Estos sectores expuestos tendrán el 100% de asignación gratuita, imponiéndose en la nueva regulación instaurada por las Directivas europeas de 2008 y 2009, y para el período 2013-2010, la subasta como mecanismo para la adquisición de las cuotas de contaminación⁽²³⁾. Dicho régimen ha sido aprobado por la Unión Europea a través del Reglamento (UE) núm. 1031/2010 de la Comisión, de 12 de noviembre de 2010, sobre el calendario, la gestión y otros aspectos de las subastas de los derechos de emisión de gases de efecto⁽²⁴⁾ ⁽²⁵⁾.

de 30 proyectos. Respecto del uso de unidades procedentes de los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto (RCE y URE) por estas instalaciones, por vez primera se limita su empleo para las instalaciones objeto de asignación, por haberse alcanzado el cupo máximo autorizado por el Plan Nacional de Asignación.

(21) Acerca de las ventajas e inconvenientes de los métodos de asignación desde el punto de vista económico puede examinarse el interesante artículo de P. DEL RÍO: «Ventajas e inconvenientes de los métodos de asignación de derechos de emisiones de CO₂ en el contexto de la Directiva Europea de Comercio de Emisiones», *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, noviembre de 2004, pp. 16 a 30.

(22) Esta gratuidad de los permisos, junto con la rebaja de la actividad de la producción de determinados sectores, especialmente la ligada al sector de la construcción (azulejos, ladrillos, cemento, ...), ha permitido a los mismos vender sus derechos de emisión entre 20 y 25 millones de toneladas, básicamente a empresas energéticas (eléctricas o refinerías), con lo que han ingresado entre 400 y 500 millones de euros.

(23) El nuevo artículo 14 de la Ley de 2010 considera que el régimen de las subastas se establecerá reglamentariamente con arreglo a los principios de libertad de concurrencia, publicidad, transparencia, no discriminación y eficiencia. La organización de las mismas corresponderá a la Secretaría de Estado de Cambio Climático, así como también controlar que su aplicación se lleve a cabo de acuerdo con lo que establezca la normativa comunitaria y la normativa de desarrollo de la Ley nacional.

(24) Las primeras subastas de derechos para el período de comercio que comienza en 2013 se celebrarán en 2011. La cantidad total de derechos que se va a subastar se determina por exclusión: al volumen total de derechos, a escala comunitaria, se le resta la cantidad destinada a ser asignada de forma gratuita. El reparto de la bolsa de subasta entre los Estados miembros y, en definitiva, la cantidad de derechos de emisión que corresponde a España subastar, se realiza conforme a los criterios establecerlos en la Directiva de 2009. Los ingresos de la subasta deberán destinarse a políticas de cambio climático, incluida la cooperación internacional, y en especial los esfuerzos deben centrarse en la reducción de emisiones de los sectores difusos con el fin de que España cumpla con sus compromisos de reducción de emisiones difusas para el año 2020, sí como en la aplicación de medidas de adaptación a los efectos del cambio climático.

(25) Las industrias españolas necesitan unos 167 millones de toneladas, siendo las que más demandan las eléctricas (unos 104 M.), seguidas por las plantas industriales. Estimando que en un régimen de subasta el precio del permiso a unos 20 €, se prevé que el Estado recaude unos 3.340 millones €, de los que el 50% ha de invertirse en proyectos de lucha contra el cambio climático (captación y almacenamiento de CO₂, energías renovables, etc.).

2. La autorización de emisión

Las instalaciones incluidas en el Anexo I de la Ley reguladora del Comercio de Emisión de Gases de Efecto Invernadero han de contar, de manera obligatoria, con una autorización de emisión de gases de efecto invernadero. La misma será exigible desde el 1 de enero de 2005⁽²⁶⁾, y será expedida por el órgano competente que designe la Comunidad autónoma en cuyo territorio se va a ubicar el establecimiento.

El contenido de la solicitud se describe en el artículo 4.2 de la disposición de 2005, aunque dicho precepto ha sido en parte modificado por la Ley 13/2010:

- a) Nombre y dirección del titular de la instalación.
- b) Identificación y domicilio de la instalación.
- c) Una descripción básica de las actividades y emisiones de la instalación.
- d) Las obligaciones de seguimiento de emisiones. La nueva Ley ha introducido al respecto la obligación de incorporar un plan de seguimiento que cumpla los requisitos con arreglo a la normativa comunitaria aplicable y a la normativa de desarrollo que se adopte⁽²⁷⁾.
- e) Las obligaciones de suministro de información, de acuerdo con la normativa comunitaria aplicable y, en su caso, con la normativa de desarrollo⁽²⁸⁾. La reciente disposición legal ha introducido un nuevo apartado e) bis en el precepto. En él se indica que este permiso ha de contener, asimismo, las obligaciones sobre el uso de sistemas automatizados y formatos de intercambio de datos para armonizar la comunicación sobre el plan de seguimiento, el informe anual sobre las emisiones y las actividades de verificación entre el titular, el verificador y las autoridades competentes.
- f) La obligación de entregar, en los cuatro meses siguientes al final de cada año natural, derechos de emisión en cantidad

El permiso habrá de otorgarse en el plazo de tres meses. Transcurrido éste sin haberse notificado resolución expresa, se entenderá desestimado por silencio administrativo.

(26) Las instalaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley de 2005 debían solicitar la autorización de emisión antes del 30 de septiembre de 2004 (Disposición transitoria 2.ª de la Ley de 2005). La Ley de 2010 ha introducido una nueva Disposición transitoria, la 8.ª, para regular las actividades incluidas en el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a partir de 2013, indicando que para las mismas la autorización será exigible a partir del 1 de enero de 2013, debiendo presentar su solicitud al órgano autonómico antes del 31 de diciembre de 2010.

(27) La Exposición de Motivos de la Ley de 2010 considera que la importancia que ha ido cobrando el plan de seguimiento en el sistema de seguimiento, verificación y notificación de las emisiones determina que el mismo se integre en la autorización.

(28) El RD 1315/2005, de 4 de noviembre, establece las bases de los sistemas de seguimiento y verificación de emisiones de gases de efecto invernadero de estas instalaciones.

equivalente a las emisiones totales verificadas de la instalación durante el año anterior.

- g) Fecha prevista de entrada en funcionamiento.
- h) La obligación de abrir una cuenta de haberes de titular en el registro de derechos de emisión⁽²⁹⁾.

El permiso habrá de otorgarse en el plazo de tres meses. Transcurrido éste sin haberse notificado resolución expresa, se entenderá desestimado por silencio administrativo. No obstante, la instalación podrá seguir funcionando de manera provisional siempre que haya establecido un sistema de seguimiento de emisiones conforme a la Ley, y hasta tanto el órgano competente resuelva de manera expresa (art. 4.4).

La autorización podrá cubrir, si así lo solicita el titular, una o más instalaciones, siempre que las mismas se ubiquen en un mismo emplazamiento, guarden una relación de índole técnica y cuenten con un mismo titular. No obstante, a partir del 1 de enero de 2013 deja de ser posible la «agrupación de instalaciones», técnica contemplada en la legislación española de 2005, que permitía a varios establecimientos cumplir de forma conjunta las obligaciones de entrega anual de derechos de emisión.

La ausencia de esta licencia determina la comisión de una infracción tipificada como muy grave, que puede llevar aparejada como sanción la multa desde 50.001 hasta dos millones de euros, clausura, temporal, total o parcial, de las instalaciones por un período máximo de dos años, extinción de la autorización, o suspensión de ésta por un período mínimo de un año y máximo de dos⁽³⁰⁾.

El nuevo texto legal español ha incorporado a esta regulación la necesidad de revisar la licencia al menos cada cinco años, posibilitando al respecto que el órgano competente introduzca en la misma las modificaciones oportunas⁽³¹⁾. No obstante, los planes de seguimiento podrán ser actualizados sin necesidad de modificar la autorización, si se aprueban y lo permite el órgano competente. En cualquier caso, los cambios en el carácter, funcionamiento, tamaño de la instalación o los que supongan ampliación o reducción significativa de su capacidad, así como de todo el que afecte a la identidad o al domicilio del titular, deberán ser notificados por el titular al órgano competente, quien, a la vista de la información remitida, podrá modificar de oficio la autorización en el plazo máximo de tres meses (nuevo artículo 6).

En relación a la compatibilidad de la autorización de emisión de gases de efecto invernadero y otras licencias ambientales, la Ley de Prevención y Control integrado de la Contaminación, 16/2002, de 1 de julio, indica que no formarán parte del contenido de la autorización ambiental integrada por la misma regulada «los valores límite para las emisiones

(29) Precepto introducido por la Ley 13/2010.

(30) La clausura de la instalación fue la decisión tomada por la Generalidad Valenciana en 2005 como sanción a una instalación que no contaba con licencia. Véase sobre esta cuestión el artículo de G. DOMÉNECH PASCUAL: «¿Es proporcionado cerrar una empresa por infracciones a la Ley del mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero?», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 9 (2006) (pp. 77 a 94), en la que defiende lo desproporcionado de la medida.

(31) Nuevo artículo 4.5.

directas de aquellos gases especificados en el anexo I de dicha Ley, a menos que sea necesario para garantizar que no se provoque ninguna contaminación local significativa».

Ya se ha señalado que a partir del momento del otorgamiento de la autorización, la instalación deberá solicitar la asignación individualizada de los derechos de emisión para el período de comercio considerado⁽³²⁾. Esta petición se dirigirá al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, presentándose ante el órgano autonómico competente para tramitar la licencia de emisión, quien habrá de remitirla al referido órgano estatal en el plazo de 10 días. La solicitud deberá presentarse 22 meses antes del inicio de cada período de comercio⁽³³⁾ (art. 19 Ley).

La solicitud deberá incorporar la siguiente documentación:

- Acreditación de ser titular de la instalación y disponer de autorización de emisión de gases de efecto invernadero.
- Todos aquellos datos de la instalación que sean necesarios para calcular su asignación de acuerdo con las normas comunitarias armonizadas sobre asignación gratuita transitoria y, en su caso, en la normativa de desarrollo de esta Ley.
- Una declaración responsable de que la instalación cuenta con todos los permisos y licencias administrativos exigidos por la normativa aplicable estatal, autonómica y local para poner la instalación en funcionamiento⁽³⁴⁾.

3. Remisión de informes de emisiones debidamente verificados

Antes del 28 de febrero de cada año, el titular de la instalación deberá remitir al órgano autonómico competente un informe verificado sobre las emisiones del año precedente⁽³⁵⁾. El mismo deberá ajustarse a lo exigido en la autorización, según lo dispuesto en el artículo 4.2.e) (obligaciones de suministro de información para las instalaciones fijas), y en la Parte B del Anexo III para las actividades de aviación⁽³⁶⁾ (nuevo artículo 22 de la Ley).

Los verificadores acreditados en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán certificar las emisiones de gases de efecto invernadero de las instalaciones ubicadas en España, siempre que comuniquen su intención al órgano autonómico competente en el territorio donde deseen actuar con una antelación mínima de tres meses.

(32) Estos períodos tendrán una duración de 8 años a partir del 1 de enero de 2013, sucediéndose de forma continua en el tiempo.

(33) Este plazo ha sido ampliado por la Ley de 2010, ya que su antecesora exigía la solicitud 12 meses antes del inicio de cada período de vigencia de cada Plan Nacional de Asignación.

(34) Requisito introducido por la Ley 13/2010.

(35) RD 1315/2005, citado.

(36) La Ley 13/2010 ha modificado el Anexo III de la regulación de 2005, dividiéndolo en dos partes: Parte A, denominada «Seguimiento y notificación de las emisiones de instalaciones fijas», con el contenido original del Anexo III, y Parte B, denominada «Seguimiento y notificación de las emisiones de las actividades de aviación».

El contenido del mismo vendrá determinado por la normativa comunitaria sobre notificación y seguimiento de emisiones y, en su caso, por la normativa de desarrollo de la Ley. Sin embargo, este desarrollo legal aún no se ha producido en nuestro país, porque si bien se ha redactado el referido Real Decreto 1315/2005, por el que se establecen las bases de los sistemas de seguimiento y verificación de emisiones, el texto, lejos de incluir determinaciones de carácter técnico para poder realizar el control de estas emisiones, y del correspondiente informe en el que han de quedar reflejadas, se refiere exclusivamente a la necesidad de validar el informe y la determinación de quiénes son los organismos de acreditación y los criterios para la acreditación de quienes hayan de realizar las funciones de verificación.

El informe deberá ser verificado conforme a lo dispuesto en el anexo IV de la Ley de 2005, para las instalaciones fijas, y de 2010 para las actividades de aviación. La validación de estos documentos sólo la podrá realizar un verificador debidamente acreditado por un Organismo de acreditación.

El artículo 4 del RD 1315/2005 determina que los Organismos de acreditación son entidades, públicas o privadas, sin ánimo de lucro, designadas expresamente por el órgano autonómico para realizar la acreditación o reconocimiento formal de la competencia de un verificador. Dada la remisión que la citada norma reglamentaria efectúa a la función de acreditación a favor del órgano autonómico, y en aras de la coordinación administrativa, se prevé que los verificadores acreditados en una Comunidad autónoma puedan realizar sus tareas en el territorio de otra distinta, siempre que comunique su intención al órgano autonómico competente (art. 3.3 RD).

Asimismo, los verificadores acreditados en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán certificar las emisiones de gases de efecto invernadero de las instalaciones ubicadas en España, siempre que comuniquen su intención al órgano autonómico competente en el territorio donde deseen actuar con una antelación mínima de tres meses y aporten la documentación que pruebe que disponen de una acreditación en vigor emitida con respecto a criterios y requisitos similares, como mínimo, a los establecidos en la normativa española prevista en el RD 1315/2004, y siempre que el órgano autonómico competente no adopte una resolución expresa motivada en sentido contrario (Disposición adicional única del Real Decreto).

En la actualidad, y en atención a lo dispuesto en el RD 1715/2010, de 17 de diciembre, la autoridad competente para designar quiénes pueden verificar ha pasado de ser una función del órgano autonómico a concentrarse en la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC)⁽³⁷⁾. Esta decisión obedece a la necesidad de que en los Estados miembros no exista más que un organismo al que se le encomiende el ejercicio de este fin, garantizando de esta manera que actúen cumpliendo ciertos requisitos mínimos relativos a su forma de proceder en sus funciones y de conformidad con unos principios de funcionamiento y organización

(37) Sobre esta Entidad se puede consultar su página web: <www.enac.es>. En la misma se puede encontrar el siguiente listado de verificadores de informes de emisión de gases de efecto invernadero: Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR); Bureau Veritas Certification, S.A.; European Quality Assurance Spain, S.L.; LGAI Technological Center, S.A.; Lloyd's Register España, S.A.; SGS Tecnos, S.A.; y Tüv Rheinland Iberica Inspection, Certification and Testing, S.A.

comunes. Se posibilita así que todos los Estados miembros confíen en los certificados de conformidad por ellos emitidos, con independencia del país en el que se han acreditado las empresas que los elaboren. No obstante, el Tribunal Constitucional en pleno ha admitido a trámite un conflicto de competencia promovido por el Gobierno de Cataluña en el que se opone al nuevo Real Decreto.

En cualquier caso, para obtener la correspondiente acreditación, los verificadores habrán de reunir los requisitos previstos en el artículo 9 del texto reglamentario de 2005.

El nuevo artículo 22.5 de la Ley de 2010 dispone que Comunidades autónomas y Administración General del Estado colaborarán para crear y mantener una base de datos de comercio de derechos de emisión basada en la información contenida en estos informes verificados.

Una vez verificado el informe anual⁽³⁸⁾, el titular de la instalación deberá someterlo a la conformidad del órgano autonómico competente, quien si presta su aquiescencia al mismo procederá a inscribir, antes del 31 de marzo, el dato sobre emisiones del año precedente en la tabla de emisiones verificadas que a tal efecto se habilite en el Registro de derechos de emisión. Si, por el contrario, el órgano autonómico discrepara del mismo, lo notificará al titular de la instalación, así como la propuesta de resolución de las advertidas controversias para poder considerar satisfactorio el informe y, en su caso, la estimación de emisiones. Examinadas las alegaciones del titular de la instalación, el órgano autonómico resolverá y procederá como se ha explicado más arriba.

Si el titular de la instalación (o el operador aéreo) no remitiese el informe verificado en el plazo establecido, o no se pudiese haber inscrito por el órgano autonómico el dato sobre emisiones por no haberse solucionado las discrepancias con el órgano competente, no se podrán transmitir los derechos de emisión (art. 24).

4. Entrega y cancelación de los permisos de emisión

La entrega y cancelación de los permisos de emisión va precedida de la expedición de los mismos desde la cuenta de su titular originario, la Administración General del Estado,

(38) Según la página web de la Asociación Española de Normalización y Certificación —AENOR, acreditada por ENAC— (que certificó cerca del 75% de las emisiones en 2005), la verificación de Informe de Emisiones de Gases de Efecto invernadero se estructura en las siguientes fases: 1. Análisis estratégico: Se estudia la naturaleza, escala y complejidad de los equipos y procesos que han originado las emisiones, así como el sistema de gestión de datos usados para medirlas. Del mismo modo, se verifica el cumplimiento de la autorización de emisiones otorgada. 2. Análisis de riesgos: Trata de encontrar los niveles más altos de riesgo de error u omisión en los datos. Así, estudia la fiabilidad y exactitud de los sistemas de seguimiento aplicados y de los datos e informaciones de las emisiones consideradas. 3. Análisis de procesos: Comprueba la veracidad de la información aportada por la empresa, y confirma si se adapta o no a la realidad de la instalación. En virtud de esto, AENOR realiza la comprobación total de emisiones declarada por la instalación, estudia la exactitud de los sistemas de seguimiento aplicados y de los datos de las emisiones consideradas, comprueba también el informe de seguimiento realizado por la empresa, y emite un Dictamen de Verificación y una Declaración de las Emisiones de CO₂ verificadas. 4. Validación del Informe de Emisiones de GEI: Se analizan de forma exhaustiva los datos de emisiones del período notificado (emisiones declaradas, metodología implantada, determinación de las posibles fuentes de errores, métodos de control de riesgos...) con objeto de reducir al máximo la incertidumbre y evaluar en relación con la fiabilidad de todas las fuentes. 5. Emisión del Dictamen de Verificación y de la Declaración de Emisiones de CO₂. Acompañan al Informe de Emisiones de la instalación y deben ser presentados por su titular a la Administración autonómica competente en materia de medio ambiente (<www.aenor.es>, abril de 2012).

al titular de la instalación. A estos efectos, cada año el órgano competente en materia de registros ordenará al administrador central del mismo la expedición de los derechos de emisión que deben distribuirse ese año. Seguidamente, antes del 28 de febrero de cada año, esta misma autoridad administrativa ordenará al administrador central la transferencia a la cuenta de haberes de cada titular y operador aéreo la cantidad de derechos de emisión otorgados que le correspondan (art. 26 Ley 2010).

Las operaciones de entrega y cancelación de los permisos de emisión consisten en que, antes del 30 de abril de cada año, los titulares de las instalaciones deberán entregar un número de derechos de emisión equivalente al dato inscrito de emisiones verificadas. Los derechos de emisión entregados pueden proceder, además de su compra en el mercado de permisos, de las «reducciones certificadas de emisiones» o de las «unidades de reducción de emisiones» procedentes de los mecanismos de flexibilidad⁽³⁹⁾. A partir del 1 de enero de 2013 no habrá obligación de entregar derechos de emisión relativos a emisiones cuya captura esté comprobada y que se hayan transportado para su almacenamiento permanente a una instalación con una autorización vigente de conformidad con la legislación en vigor sobre almacenamiento geológico de dióxido de carbono (artículo 27 Ley).

A continuación, los derechos entregados se transfieren desde la cuenta de haberes del titular de la instalación a la de la Administración General del Estado, quedando dicha operación reflejada en las tablas de entrega de derechos y de estado de cumplimiento del Registro de derechos de emisión.

La no entrega de los derechos es considerada una infracción administrativa muy grave (nuevo artículo 29.2.5.º), que puede conllevar la imposición de una multa de 100 € por cada tonelada emitida en exceso y la publicación, a través de los medios que la autoridad competente considere oportunos, de las sanciones impuestas una vez que éstas hayan adquirido firmeza, así como los nombres, apellidos o razón social de las personas físicas o jurídicas responsables y la índole de las infracciones⁽⁴⁰⁾.

5. Transmisión de los derechos y consignación en el Registro de Derechos de Emisión

Finalmente, la transmisión de los derechos se hará entre personas físicas o jurídicas de la Unión Europea, o entre éstas y terceros Estados, previo reconocimiento mutuo de los derechos de las partes firmantes en virtud de instrumento internacional.

Lo que se pretende por parte de la Unión Europea es la creación de un mercado europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero eficaz, de dimensión comunitaria, basado en el principio de libre transferencia de los permisos entre personas físicas o jurídicas. Por consiguiente, la Directiva europea 2003/87/CE no limita el intercambio transfronterizo de derechos de emisión entre personas de un mismo grupo de empresas, independientemente de su domicilio económico y/o social en el mercado interior, por

(39) La previsión de utilización de estos mecanismos se prevé en el nuevo artículo 27 bis.

(40) Nuevo artículo 30.4.º, redactado conforme a la Ley 13/2010.

lo que no vulnera la libertad de establecimiento en todo el territorio común⁽⁴¹⁾.

Tanto la expedición como la titularidad, transferencia, transmisión, entrega y cancelación de los derechos de emisión deberá ser objeto de inscripción en un Registro, que ha de crearse en cada Estado miembro con la finalidad de llevar cuenta exacta de todas las operaciones que conlleva este mercado. Debe ser accesible al público y dotarse de cuentas separadas donde constarán los derechos de emisión de que sea titular cada persona a la que se expidan o transfieran o de la que se transfieran los mismos.

En nuestro país esta función la asume el Registro Nacional de Derechos de Emisión (RENADE), adscrito al Ministerio de Medio Ambiente⁽⁴²⁾. Su organización y funcionamiento se regula en el RD 1264/2005, de 21 de octubre, habiéndose encomendado su gestión a *Iberclear*, en el Consejo de Ministros celebrado el día 19 de noviembre de 2004⁽⁴³⁾.

El Registro reconoce la publicidad y permanente actualización de la titularidad y control de los derechos de emisión y permite llevar la cuenta exacta de la expedición, titularidad, transmisión y cancelación de los derechos de emisión asignados a cada instalación afectada. Está supervisado y conectado al *Community Transaction Log* (CITL) europeo, y lo estará al diario independiente de transacciones de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, cuando éste sea constituido.

Además de ese acto obligatorio, las instalaciones pueden recibir y entregar derechos tantas veces como consideren oportuno como consecuencia de las operaciones de venta que realicen en el comercio de derechos de emisión.

Sin embargo, a partir del primer día del año 2012, los derechos de emisión deben estar consignados en el Registro comunitario único.

Lo que se pretende por parte de la Unión Europea es la creación de un mercado europeo de derechos de emisión de gases de efecto invernadero eficaz, de dimensión comunitaria, basado en el principio de libre transferencia de los permisos entre personas físicas o jurídicas.

(41) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal General) de 2 de marzo de 2010.

(42) Puede consultarse la página web del RENADE en <www.renade.es>. Los titulares de las instalaciones pueden acceder a información privada sobre las cuentas. Además, incluye información pública relevante, expresada en los Informes de aplicación, que se publican dos veces al año desde 2006: uno de carácter global/sectorial y otro por instalaciones. Asimismo se ofrece información sobre cuentas de instalación (listado de cuentas de instalación, listado de cuentas de persona, y autorización de tenencia de unidades de emisión), y acerca de cuentas de parte (cuentas de haberes). Asimismo se pueden realizar operaciones on line, como la apertura de cuentas (de Persona y de instalación) y un suscribir un Contrato de apertura y mantenimiento.

(43) Según se contiene en su página web, *IBERCLEAR* es el Depositario Central de Valores español encargado del registro contable y de la compensación y liquidación de los valores admitidos a negociación en las Bolsas de Valores españolas, en el Mercado de Deuda Pública en Anotaciones, en AIAF Mercado de Renta Fija, así como en Latibex, el Mercado de Valores Latinoamericanos en Euros. (<www.iberclear.es>, de 16 de abril de 2012).

Los registros nacionales dejan de tener un papel en la gestión del régimen comunitario de comercio de derechos de emisión⁽⁴⁴⁾.

El nuevo artículo 28 de la Ley establece que cuando el administrador central al que la Comisión europea encomiende la función de gestión del Registro comunitario detecte irregularidades en relación con alguna operación de transferencia de derechos de emisión, informará de ello al órgano competente, y se suspenderá cautelarmente la inscripción de la operación afectada y de cualquier otra en la que estén implicados los derechos de emisión correspondientes hasta tanto no se hayan resuelto las anomalías.

Esta situación es la que ocurrió en España en octubre del 2011, según difundió en una noticia aparecida en el diario *El País*⁽⁴⁵⁾, circunstancia que obligó al cierre temporal del RENADE dada la existencia «de indicios de un incidente de seguridad». Según el Ministerio, hubo dos transferencias no autorizadas de derechos de emisión, realizadas desde una cuenta alojada en el registro español a otra ubicada en otro registro de la Unión Europea. Esta circunstancia fue denunciada y está siendo investigada, aunque el órgano central no detalló el importe de las supuestas irregularidades y se limitó a señalar que «los derechos de emisión objeto de dichas transferencias se encuentran localizados y bloqueados». El mercado europeo de derechos de emisiones siguió funcionando con normalidad. La actividad del Registro español se reanudó, no obstante, el 18 de enero de 2012.

(44) Reglamento (UE) núm. 1193/2011 de la Comisión, de 18 de noviembre de 2011, por el que se establece el Registro de la Unión para el período de comercio que comienza el 1 de enero de 2013, y para los períodos de comercio posteriores, del régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y con la Decisión núm. 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 2216/2004 y (UE) núm. 920/2010 de la Comisión.

(45) 25 de octubre de 2011.

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

SUMARIO

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

2. PRINCIPIOS GENERALES

En la sentencia del TJUE de 24 de abril de 2012, asunto C-571/10, que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Bolzano (Italia), se reflexiona sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas.

El demandante en el litigio principal era nacional de un país tercero y residía desde hace varios años en el territorio de la *Provincia autonoma di Bolzano* y el litigio principal versaba sobre la denegación de su solicitud de ayuda a la vivienda motivada por el agotamiento del presupuesto previsto para los nacionales de países terceros, al no encontrarse ya disponibles los fondos necesarios para el pago de la ayuda a dichos nacionales.

En se sentencia, el TJUE recuerda que de, conformidad con el artículo 6 TUE, apartado 3, los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

Dicha disposición del Tratado UE refleja la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia según la cual los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia (véase, en particular, la sentencia de 29 de septiembre de 2011, *Elf Aquitaine/Comisión*, C-521/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 112).

No obstante, el artículo 6 TUE, apartado 3, no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, ni establece las conclusiones que debe sacar un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional.

Por tanto, la referencia que hace el artículo 6 TUE, apartado 3, al CEDH no obliga al juez nacional, en caso de conflicto entre una norma de Derecho nacional y el CEDH, a aplicar directamente las disposiciones de dicho Convenio y a no aplicar la norma de Derecho nacional incompatible con el mismo.

El órgano jurisdiccional remitente solicitó al TJUE que se dilucide si el Derecho de la Unión, en particular las Directivas 2000/43 y 2003/109, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional o regional como la que es objeto del litigio principal, que, a efectos de la concesión de una ayuda a la vivienda, prevé un trato diferente para los nacionales de países terceros residentes de larga duración del que gozan los ciudadanos de la Unión, sean o no nacionales italianos, que residen en el territorio de la *Provincia autonoma di Bolzano*.

De acuerdo con la normativa cuestionada, a partir del año 2009 la determinación de la parte de los fondos concedidos en concepto de ayuda a la vivienda a los ciudadanos de la Unión, por un lado, y a los nacionales de países terceros, por otro lado, es objeto de un método de cálculo diferente. La aplicación de coeficientes diferentes resulta desfavorable para la categoría compuesta por nacionales de países terceros, puesto que el presupuesto disponible para hacer frente a sus solicitudes de ayuda a la vivienda es más reducido, y, por tanto, puede agotarse antes que el asignado a los ciudadanos antes mencionados.

Por tanto, para el TJUE la diferencia existente entre los coeficientes relativos a la importancia numérica de, por una parte, los nacionales de países terceros, y, por otra, los ciudadanos de la Unión, sean o no italianos, que pertenecen a los tres grupos lingüísticos, origina una diferencia de trato entre ambas categorías de beneficiarios.

En lo que atañe a la comparación entre los ciudadanos de la Unión, sean o no italianos, y los nacionales de países terceros, la *Provincia autonoma di Bolzano* alega que el uso de mecanismos diferentes para fijar la importancia numérica de ambas categorías o

para cuantificar sus necesidades demuestra que las mismas no se encuentran en situación comparable.

No obstante, aun suponiendo que, como alega la *Provincia autonoma di Bolzano*, la gestión de las solicitudes de ayuda a la vivienda presentadas en particular por nacionales de países terceros suscite dificultades de orden estadístico o administrativo, dichas dificultades no explican por qué razón la situación de esos nacionales, siempre y cuando hayan obtenido el estatuto concedido por la Directiva 2003/109, hayan cumplido tanto el procedimiento como los requisitos establecidos por dicha Directiva y no dispongan de recursos suficientes para cubrir los gastos de vivienda, no es comparable con la de un ciudadano de la Unión que tenga la misma necesidad económica.

Cuando el legislador de la Unión realiza una remisión expresa a la legislación nacional, tal y como ocurre con el artículo 11, apartado 1, letra d), de la Directiva 2003/109, no corresponde al Tribunal de Justicia efectuar una interpretación autónoma y uniforme, con arreglo al Derecho de la Unión, de las expresiones de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, Rec. p. 107, apartado 14). En efecto, tal remisión implica que el legislador de la Unión quiso respetar las diferencias que siguen existiendo entre los Estados miembros en lo que atañe a la interpretación y al alcance exacto de los conceptos controvertidos.

No obstante, la falta de una interpretación autónoma y uniforme, con arreglo al Derecho de la Unión, de los conceptos de seguridad social, de asistencia social y de protección social y la remisión al Derecho nacional que contiene el artículo 11, apartado 1, letra d), de la Directiva 2003/109, en relación con dichos conceptos, no suponen que los Estados miembros puedan menoscabar el efecto útil de la Directiva 2003/109 al aplicar el principio de igualdad de trato establecido en dicho artículo.

Del tercer considerando de la Directiva 2003/109 se desprende que ésta respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, por la Carta, la cual tiene, de conformidad con el artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo primero, el mismo valor jurídico que los Tratados. En virtud de lo dispuesto en el artículo 51, apartado 1, de la Carta, las disposiciones de la misma están dirigidas a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.

De ello se deriva para el TJUE que, al determinar las medidas de seguridad social, de asistencia social y de protección social definidas en sus legislaciones nacionales respectivas y sujetas al principio de igualdad de trato que consagra el artículo 11, apartado 1, letra d), de la Directiva 2003/109, los Estados miembros respetarán los derechos y observarán los principios recogidos en la Carta, y en particular los declarados en el artículo 34 de la misma. Con arreglo al apartado 3 de este último artículo, con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión (y, por tanto, los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la propia Unión) «reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales».

Dado que la integración de los nacionales de países terceros que estén instalados permanentemente en los Estados miembros y el derecho de dichos nacionales a la igualdad

de trato en los ámbitos enumerados en el artículo 11, apartado 1, de la Directiva 2003/109 constituyen la regla general, la excepción contemplada en el apartado 4 del mismo artículo deberá interpretarse en términos estrictos (véase, por analogía, la sentencia de 4 de marzo de 2010, Chakroun, C-578/08, Rec. p. I-1839, apartado 43).

A este respecto, procede señalar que las autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, únicamente pueden invocar la excepción prevista en el artículo 11, apartado 4, de la Directiva 2003/109 si las instancias competentes para la aplicación de dicha Directiva en el Estado miembro de que se trate han manifestado claramente la voluntad de hacer uso de la misma.

De los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia no se desprende que la República Italiana haya manifestado su intención de acogerse a la excepción al principio de igualdad de trato que recoge el artículo 11, apartado 4, de la Directiva 2003/109.

Por tanto, según el TJUE el sentido y el alcance del concepto de «prestaciones básicas» que figura en el artículo 11, apartado 4, de la Directiva 2003/109 deberán buscarse teniendo en cuenta el contexto en que se inserta dicho artículo y el objetivo perseguido por dicha Directiva, es decir, la integración de los nacionales de países terceros que hayan residido de manera legal y permanente en los Estados miembros.

El artículo 11, apartado 4, de la Directiva 2003/109 debe entenderse en el sentido de que permite a los Estados miembros limitar la igualdad de trato de que gozan los titulares del estatuto otorgado por la Directiva 2003/109, con excepción de las prestaciones de asistencia social o de protección social concedidas por las autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, que contribuyan a que los particulares puedan hacer frente a necesidades elementales como la alimentación, la vivienda y la salud.

A este respecto, procede recordar que, de conformidad con el artículo 34 de la Carta, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes. De ello se deriva que, en la medida en que una ayuda como la del litigio principal cumpla la finalidad declarada por dicho artículo de la Carta, no podrá considerarse, con arreglo al Derecho de la Unión, que no forma parte de las prestaciones básicas en el sentido del artículo 11, apartado 4, de la Directiva 2003/109. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias, tomando en consideración la finalidad de la ayuda, su importe, los requisitos para su concesión y el lugar que ocupa en el sistema italiano de asistencia social.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el TJUE concluye que el artículo 11, apartado 1, letra d), de la Directiva 2003/109 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional o regional, como la que es objeto del litigio principal, que prevé, en relación con el reparto de los fondos destinados a la concesión de una ayuda a la vivienda, un trato diferente para el nacional de un país tercero que goza del estatuto de residente de larga duración, concedido de conformidad con las disposiciones de dicha Directiva, respecto del trato dispensado a los nacionales residentes en la misma provincia o región, siempre que la citada ayuda esté comprendida en una de las tres categorías contempladas en dicha disposición y que no resulte aplicable el apartado 4 de ese mismo artículo.

3. FUENTES

En el período de referencia, deben destacarse los siguientes pronunciamientos.

En primer lugar, en relación con las distintas versiones lingüísticas de un texto comunitario, la **STJUE de 1 de marzo de 2012, as. C-420/10, Söll**, destaca que, en caso de discrepancia entre ellas, la disposición deberá interpretarse en función de la sistemática general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte (fundamento 26). Y la **STJUE de 26 de abril de 2012, as. C-510/10, DR y TV2 Danmark**, añade que la formulación utilizada en una de las versiones lingüísticas de una disposición comunitaria no puede constituir la única base de interpretación de dicha disposición y tampoco se le puede reconocer, a este respecto, un carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas; dicho enfoque sería incompatible con la exigencia de uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión (fundamento 44).

Por otro lado, la **STJUE de 15 de marzo de 2012, as. C-135/10, SCF Consorzio Fonografici**, aborda la aplicabilidad directa en el Derecho de la Unión del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio («Acuerdo sobre los ADPIC», que constituye el anexo 1 C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio) y del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas («WPPT», adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). A este respecto, el Tribunal de Justicia señala que las disposiciones de los convenios celebrados por la Unión forman parte integrante de su ordenamiento jurídico y, por tanto, son aplicables en ella (fundamento 39). Así sucede con el Acuerdo sobre los ADPIC y con el WPPT. En cambio, no forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión las disposiciones del Convenio de Roma, pues, de una parte, la Unión no se ha adherido a dicho instrumento internacional y, de otra, no ha sustituido a sus Estados miembros en el ámbito de aplicación de este Convenio, aunque sólo sea porque éstos no son en su totalidad partes del mismo (fundamento 41).

Ahora bien, para que los particulares puedan invocar directamente las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC y del WPPT, no basta con que formen parte del ordenamiento jurídico de la Unión, sino que, desde el punto de vista de su contenido, dichas disposiciones deberán ser incondicionales y suficientemente precisas y su naturaleza y su sistemática no deberán oponerse a la posibilidad de ser invocadas (fundamento 43). El primer requisito se cumple cuando las disposiciones invocadas impongan obligaciones claras y precisas y no supeditadas, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de acto ulterior alguno (fundamento 44). Lo que conduce a negar efecto directo a las disposiciones de los Acuerdos sobre los ADPIC y el WPPT.

En lo que atañe a la Convención de Roma, hay que destacar que el artículo 1.1 del WPPT señala que ninguna disposición de dicho Tratado irá en detrimento de las obligaciones que las Partes Contratantes tenga entre sí en virtud de la Convención de Roma. De ahí que, aunque la Unión no sea Parte Contratante de la Convención de Roma, está obligada, no obstante, en virtud del artículo 1.1 del WPPT, a no obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre los Estados miembros en virtud de dicha Convención. Por

consiguiente, esta Convención produce efectos indirectos en el seno de la Unión (fundamento 50).

Seguidamente, el Tribunal recuerda que los textos del Derecho de la Unión deben interpretarse, en la medida de lo posible, a la luz del Derecho internacional, en particular cuando dichos textos tengan por objeto precisamente la aplicación de un acuerdo internacional celebrado por la Unión (fundamento 51).

En otro orden de ideas, la **STJUE de 15 de marzo de 2012, as. C-574/10, Comisión/Alemania**, al declarar el incumplimiento de Alemania de las obligaciones impuestas por la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, señala que si un Estado incumple las obligaciones derivadas de un Tratado o del Derecho Derivado, desvincula tal incumplimiento de la voluntad del Estado miembro al que sea imputable (fundamento 49).

Por su parte, la **STJUE de 29 de marzo de 2012, as. C-185/10, Comisión/Polonia**, apunta que las disposiciones que tengan el carácter de excepción a un principio se han de interpretar estrictamente (fundamento 31).

En cuanto a la responsabilidad extracontractual de la Unión, la **STJUE de 19 de abril de 2012, as. C-221/10, Artogodan/Comisión y Alemania**, destaca que, si bien el incumplimiento del sistema de reparto de competencias entre las diferentes instituciones de la Unión —cuyo objetivo es garantizar el equilibrio institucional previsto por los Tratados y no la protección de los particulares— no basta, por sí solo, para generar la responsabilidad de la Unión frente a los operadores económicos afectados, la situación sería distinta si se adopta una medida de la Unión que no sólo vulnere el reparto de competencias entre las instituciones sino que también infrinja, en sus disposiciones materiales, una norma superior de Derecho que proteja a los particulares (fundamento 81).

En su **STJUE de 19 de abril de 2012, as. C-461/10, Bonnier Audio y otros**, el Tribunal determina que, a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico interno —entre otras, a las Directivas 2002/58 y 2004/48—, los Estados miembros deben procurar basarse en una interpretación de las Directivas que garantice un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. A continuación, en el momento de aplicar las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico interno a dichas Directivas, incumbe a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no sólo interpretar su Derecho nacional de conformidad con estas mismas Directivas, sino también procurar no basarse en una interpretación de éstas que entre en conflicto con dichos derechos fundamentales o con los demás principios generales del Derecho de la Unión, como el principio de proporcionalidad (fundamento 56).

La **STJUE de 26 de abril de 2012, as. C-125/09, Comisión/Chipre**, incide en una reiterada doctrina del Alto Tribunal Comunitario con relación al momento en el que ha de constatarse el incumplimiento de un Estado miembro de su obligación de adaptar el Derecho interno a una Directiva comunitaria. Pues bien, la apreciación de tal circunstancia tendrá lugar en función de la situación normativa del Estado miembro al final del plazo señalado en el dictamen motivado, de modo que cualquier cambio acaecido con posterioridad no tendrá ningún efecto (fundamento 39).

Y la **STJUE de 26 de abril de 2012, as. C-510/10, DR y TV2 Danmark**, destaca una regla hermenéutica respecto del Derecho de la Unión. De este modo, tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme (fundamento 33).

Por último, la **STJUE de 24 de mayo de 2012, as. C-97/11, Amia**, trata dos importantes cuestiones, como son la interpretación conforme en el Derecho de la Unión y, de nuevo, el efecto directo de las Directivas.

En cuanto a la primera, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretar el Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de una Directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue (fundamento 28). Para ello, deberán considerar la totalidad de su Derecho interno y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para garantizar la plena efectividad de la Directiva y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ella (fundamento 29).

Sólo cuando tal interpretación no fuera posible, procede examinar si la Directiva de que se trate tiene efecto directo. A este respecto, cuando las disposiciones de una Directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares pueden invocarla ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando lo haya hecho de modo incorrecto (fundamento 33).

4. RECURSOS

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

Durante el período al cual se suscribe la presente crónica de jurisprudencia no se percibe un cambio sustancial de la jurisprudencia comunitaria en los recursos de anulación y de omisión. No obstante, a continuación, vamos a reseñar algunas de las sentencias más importantes recaídas en estos recursos.

Podemos recordar, en primer lugar, la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 24 de mayo de 2012, *Formula One Licensing/OAMI*, asunto C-196/11 P, por medio de la cual el Tribunal de Justicia puso de relieve que la validez de una marca internacional o nacional no puede ser cuestionada en un procedimiento de registro de una marca comunitaria, sino únicamente en un procedimiento de anulación iniciado en el Estado miembro en cuestión.

El Tribunal General (Sala Quinta) en su sentencia de 4 de mayo de 2012, *In't Veld/Consejo*, asunto T-529/09, anuló la decisión del Consejo de 29 de octubre de 2009 en la medida en que denegaba el acceso a las partes no divulgadas del documento núm. 11897/09 que no sean aquellas relacionadas con el contenido específico del acuerdo previsto o de las directrices de negociación que pudieran revelar los objetivos estratégicos perseguidos

por la Unión en las negociaciones. El documento núm. 11897/09, de 9 de julio de 2009, contiene un dictamen del Servicio Jurídico del Consejo titulado «Recomendación de la Comisión al Consejo para que se autorice la apertura de negociaciones entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América con vistas a un acuerdo internacional destinado a poner a disposición del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos datos de mensajería financiera en el marco de la prevención del terrorismo y de su financiación, así como de la lucha contra estos fenómenos – Base jurídica».

El Tribunal General (Sala Tercera) en su sentencia de 5 de junio de 2012, Imperial Chemical Industries/Comisión, asunto T-214/06, recordó la línea jurisprudencial establecida que cuando el Tribunal conoce de un recurso de anulación de una decisión de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, debe ejercer de modo general un control completo sobre si concurren o no las condiciones de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1. Así como la existencia de una duda en el juez debe favorecer a la empresa destinataria de la decisión mediante la que se declara una infracción (principio de la presunción de inocencia).

En referencia al Reino de España podemos recordar por su importancia la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 3 de mayo de 2012, Reino de España/Comisión Europea, asunto C-24/11 P, pues, a diferencia de lo mostrado por la abogada general Eleanor Sharpston en sus conclusiones, el Tribunal de Justicia anuló la decisión 2008/68 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2007, en la medida en que excluía de la financiación comunitaria los gastos efectuados por el Reino de España en el sector del aceite de oliva fuera del plazo de veinticuatro meses que precedió a la fecha de notificación del escrito de la Comisión de 24 de noviembre de 2004, mediante el que se convocaba la reunión bilateral de 21 de diciembre de 2004, en cuanto tales gastos fueron objeto de la corrección aplicada debido a que las autoridades españolas no dieron curso suficiente a las propuestas de la Agencia del Aceite de Oliva tras los controles realizados en las almazaras. Igualmente podemos recordar cómo el Reino de España recientemente ha interpuesto un recurso, el día 28 de junio de 2011 (Asunto T-339/11), solicitando que se anule la decisión de la Comisión 2010/152/UE, ya que esta decisión excluye 37.252.551,10 euros de la financiación con cargo al FEOGA, al considerar que las ayudas comunitarias para sufragar los costes generados por la gestión medioambiental de envases, en las campañas 2006 a 2008, no se concedieron conforme a lo dispuesto a la normativa de la Unión.

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

De todo un poco, como en botica, podemos encontrar en las numerosas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia europeo en materia prejudicial durante el período de tiempo que comprende esta crónica; eso sí, sin que en ninguna de ellas se aprecien ni introduzcan gran-

des novedades en la que viene siendo la «reiterada jurisprudencia» de la Corte comunitaria respecto de este tópico del Derecho de la Unión.

Así, y en primer término, cabría dar noticia de la **STJ de 19 de abril de 2012, Grillo Star Fallimento, as. C-443/09**, donde la Curia Comunitaria nos recuerda cuáles son los requisitos han de poseer los organismos remitentes de una cuestión prejudicial para adquirir *el carácter o rango de «órgano jurisdiccional»* (cuestión ésta que, por cierto, incumbe y atañe exclusivamente al ámbito del Derecho de la Unión). Requisitos que serían (*vid. apdo. 20 de la Sentencia*): «... el origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas, así como su independencia...».

Asimismo, y a lo largo de estos últimos tres meses, la Corte Comunitaria ha tenido ocasión de enfrentar y dar respuesta a alguna *cuestión prejudicial de validez*, lo cual no resulta habitual. Y menos aún lo es que lo haya hecho para apreciar y declarar que, en efecto, la norma comunitaria en cuestión carece de validez.

Se trata de la **STJ de 22 de marzo de 2012, GLS, as. C-338/10**, en la que el *Finanzgericht Hamburg* plantea a la Curia Comunitaria la siguiente pregunta (*vid. apdo. 14 de la Sentencia*): «¿Es nula una normativa *antidumping* adoptada por la Comisión [con arreglo al Reglamento de base 1355/2008/CE, del Consejo, de 18 de diciembre] partiendo de un valor normal calculado «sobre cualquier otra base razonable» [en este caso, atendiendo al precio realmente pagado o pagadero por la Comunidad por el producto similar] sin realizar mayores averiguaciones sobre el valor normal, después de haberse dirigido sin éxito a dos empresas cuando una de ellas ni contestó y la otra mostró su disposición a colaborar pero después ya no respondió al cuestionario que se le envió de un país análogo, en el que inicialmente se había fijado como tal la Comisión, y habiéndole señalado algunas de las partes del procedimiento otro posible país análogo?».

Pues bien, a esta larga y ciertamente enrevesada cuestión prejudicial que, en síntesis, duda de la validez del Reglamento «de base» antes citado, el Tribunal de Justicia declara que (*vid. fallo de la Sentencia*): «... el Reglamento 1355/2008/CE, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, por el que se establece un derecho *antidumping* definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinados cítricos preparados o conservados (principalmente mandarinas, etc.) originarios de la República Popular de China, carece de validez...». Es decir, que el Reglamento de la Unión por el que aquí se pregunta se entiende inválido por el Tribunal de Justicia, algo que —como ya antes hemos apuntado— no resulta usual y, a buen seguro y desde un punto de vista sustantivo, va a acarrear importantes consecuencias en el ámbito sustantivo al que aquél afecta. Consecuencia que serán objeto de análisis pormenorizado en otras partes de esta revista a las que desde aquí nos remitimos.

Dejando a un lado lo anterior, también el llamado «*tiempo de las sentencias prejudiciales*» ha sido objeto de atención por parte del Tribunal de Justicia en algunos de los pronunciamientos emitidos durante el tiempo que comprende esta crónica. Así ocurre con la **STJ de 10 de mayo de 2012, FIM Santander Top 25 Euro Fi, as. C-338/11**, en la que (*apdo. 56*) una de las partes en el proceso (en concreto el Gobierno francés) pide que se limiten los efectos de una posible y futura sentencia prejudicial «... en el tiempo...», si la Curia comunitaria llegara a la conclusión de que una normativa nacional como la contro-

vertida en los procedimientos principales resulta incompatible con los artículos 63 y 65 del TFUE. Y ello porque —en opinión siempre del Gobierno francés— habrían de tenerse en cuenta «... las graves consecuencias económicas que produciría una sentencia en la que se declarara tal incompatibilidad...», así como el hecho de que «... el comportamiento de la Comisión Europea y de los demás Estados miembros...» habrían inducido a que la República Francesa creyese que la normativa controvertida era conforme al Derecho de la Unión.

Pues bien, en este caso concreto, y ante esta solicitud, la Corte comunitaria inicia su argumentación recordándonos (apdo. 58 de la Sentencia) que, «... según jurisprudencia reiterada, la interpretación que el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor...». De lo que infiere, a su vez, que «... la norma que ha sido 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, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (...)». En suma, y en su consecuencia (*vid.* apdo. 59 de la Sentencia): «... sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe...».

De hecho (continúa afirmándose en este apdo. 59 de la Sentencia): «... Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los sectores interesados y el riesgo de trastornos graves (...)». Más en concreto (precisa el apdo. 60 de este pronunciamiento), el Tribunal de Justicia únicamente ha recurrido a esta solución «... en circunstancias muy concretas, cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión; incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión (...)».

Esto sentado (y en los apdos. 61 y 62 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia desmonta los argumentos del Ejecutivo de Francia con base, en primer término, en que: «... la alegación del Gobierno francés basada en la incertidumbre objetiva y considerable en cuanto al alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión, el citado Gobierno no ha precisado en qué contribuyó el comportamiento de la Comisión y de otros Estados miembros a esa incertidumbre...». En segundo lugar, y a juicio siempre del Tribunal de Justicia, parece claro que «... no puede sostenerse que en los litigios principales exista una incertidumbre objetiva y considerable en cuanto al alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión...». A lo que añade la Curia comunitaria como tercer elemento, y como también lo hace el órgano jurisdiccional remitente, que «... la apreciación de la compatibilidad en

relación con los artículos 63 TFUE y 65 TFUE de una normativa como la controvertida en el litigio principal, no plantea ningún problema particular. Por último, en cuarto término y en lo que concierne a alusión del Gobierno francés a las implicaciones presupuestarias de la presente sentencia, recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión que según reiterada jurisprudencia: «... las consecuencias financieras que podrían derivarse para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación de los efectos de esa sentencia en el tiempo...». Y sucede, precisamente, que en el presente caso la República Francesa parece haberse limitado a solicitar en la vista que se limitaran los efectos de la presente sentencia en el tiempo sin aportar datos que hayan permitido al Tribunal de Justicia apreciar si la República Francesa corría efectivamente el riesgo de sufrir consecuencias económicas graves.

Así pues, y a la luz de lo expuesto y razonado en precedencia, la conclusión a la que llega la Corte comunitaria no puede ser otra, a saber: la de que «... no procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia...» (*vid.* apdo. 63 de la misma).

Con todo, y por enésima vez, han sido *los motivos o causas de inadmisión prejudicial* los que se han constituido en el «argumento estrella» y recurrente de un buen número de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión durante los últimos tres meses; entre otras razones porque aquéllos son evocados e invocados por las partes, cada vez con mayor frecuencia —y en particular por los Estados—, al objeto de intentar impedir que la Corte Comunitaria llegue a conocer del fondo de determinadas cuestiones prejudiciales.

En buena lógica, parece evidente que resulta imposible dar cuenta de todas ellas en el reducido espacio que tenemos a disposición en esta crónica. De modo y manera tales que habremos de conformarnos con señalar, aquí y ahora: *a)* que la que viene siendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión en cuanto a los motivos de inadmisión prejudicial no ha experimentado variación alguna (ni cuantitativa, ni cualitativamente hablando); *b)* que, sin embargo e insistimos en ello, el número de sentencias en las que se ha abordado este argumento de forma más o menos directa ha sido elevado (catorce de un total de cincuenta y una); *c)* que, entre las más destacadas y casi como modélicas, cabría citar la **STJ de 8 de marzo de 2012, Huet, as. C-251/11**, la **STJ de 22 de marzo de 2012, Nilaş y otros, as. C-248/11**, la **STJ de 28 de febrero de 2012, Inter-Environnement Wallonie y Terre wallonne, as. C-41/11**, la **STJ de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, as. C-599/10**, la **STJ de 24 de abril de 2012, Kamberaj, as. C-571/10**, la **STJ de 29 de marzo de 2012, 3M Italia, as. C-417/10**, la **STJ de 22 de marzo de 2012, GENESIS, as. C-190/10**, la **STJ de 26 de abril de 2012, ANETT, as. C-456/10**, la **STJ de 1 de marzo de 2012, Ascafor y Asidac, as. C-484/10** y la **STJ de 1 de marzo de 2012, González Alonso, as. C-166/11** (estas cuatro últimas, por cierto, frutos de otras tantas peticiones prejudiciales formuladas por órganos jurisdiccionales españoles); y *d)* que si tuviésemos que quedarnos con tan sólo una de ellas, ésta sería la **STJ de 24 de abril de 2012, Kamberaj, as. C-571/10**, dado que es la única que, siquiera parcialmente, declara inadmisibles una de las cuestiones prejudiciales planteadas en su seno.

Así es, del total de catorce sentencias prejudiciales dictadas durante el período que comprende esta crónica, tan sólo en ésta la Corte Comunitaria ha inadmitido una de las cuestiones prejudiciales planteadas (la primera). Y lo ha hecho porque el órgano de remisión incurre en lo que podríamos llamar vicio de inadmisión por «cuestión hipotética»;

o, en palabras del propio Tribunal de Justicia, porque en este caso concreto (*vid.* apdo. 46 de la Sentencia): «... lo que la primera cuestión prejudicial en realidad pretende es que el Tribunal de Justicia formule una opinión consultiva sobre una cuestión general relativa a una situación que no tiene relación alguna con la realidad u objeto del litigio del que conoce el órgano jurisdiccional remitente...». De modo que, en buena lógica: «... procede declarar la inadmisibilidad de dicha cuestión...».

E) Medidas cautelares

Ninguna de las sentencias estudiadas durante el período de tiempo que comprende esta crónica ha hecho mención alguna a este tópico del Derecho de la Unión, por lo que nada cabe decir, ni puntualizar, en cuanto al mismo.

5. MERCADO INTERIOR

A) y B) Libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

Durante el tiempo que comprende esta crónica, ninguna sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha modificado en modo alguno la jurisprudencia sobre la materia. De este modo, nada nuevo cabe señalar en cuanto a este tópico del sistema jurisdiccional comunitario.

C) Libre circulación de trabajadores

1. Igualdad de trato

La **STJUE de 2 de febrero de 2012, Comisión c. Reino Unido, as. C-545/09**, resuelve un recurso relativo al estatuto del personal de las Escuelas Europeas. Las Escuelas Europeas, que están principalmente destinadas a los hijos del personal de las Instituciones Comunitarias, se rigen por un Convenio de 21 de junio de 1994. Según dicho convenio, los profesores en comisión de servicio en las Escuelas Europeas conservarán los derechos de ascenso y de jubilación que les garanticen sus normativas nacionales. El conflicto surge porque las autoridades de Inglaterra y Gales impiden a los trabajadores que se hallan destinados en comisión de servicios en Escuelas Europeas la progresión en su escala salarial interna.

En la sentencia que ahora reseñamos, el Tribunal Europeo declara que Reino Unido aplica incorrectamente el Convenio, ya que este instrumento obliga a los Estados miembros partes a velar por que los profesores destinados en las Escuelas Europeas gocen, durante su destino, de los mismos derechos de progresión en su carrera y de jubilación que los que se aplican a sus homólogos nacionales en virtud de la normativa de su Estado miembro de origen.

2. Seguridad social de los trabajadores de las plataformas continentales

La **STJUE de 17 de enero de 2012, Salemink, as. C-347/10**, analiza la aplicabilidad del Reglamento núm. 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a

los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad, a un trabajador que presta sus servicios en una plataforma de extracción de gas situada en la plataforma continental adyacente a los Países Bajos, fuera de las aguas territoriales neerlandesas. El citado Reglamento 1408/71 establece que la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación de este Estado, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro. No obstante, el Gobierno neerlandés considera que el alcance territorial de esta norma se limita al territorio nacional.

El TJUE declara la aplicabilidad del Reglamento controvertido a los trabajadores de las plataformas continentales. Se advierte que, dado que la plataforma continental adyacente a un Estado miembro está sometida a su soberanía, aunque funcional y limitada, debe considerarse, a efectos de aplicación del Derecho de la Unión, que el trabajo realizado en instalaciones fijas o flotantes situadas sobre dicha plataforma continental, en el marco de actividades de exploración y/o explotación de los recursos naturales, se ha llevado a cabo en el territorio de dicho Estado. Y así, concluye que el Estado miembro que se beneficia de las prerrogativas económicas de exploración y/o explotación de los recursos ejercidas sobre la parte de la plataforma continental que le es adyacente no puede sustraerse a la aplicación de las disposiciones de Derecho de la Unión dirigidas a garantizar la libre circulación de los trabajadores que ejercen su actividad profesional en dichas instalaciones.

3. Límites

La **STJUE de 8 de diciembre de 2011, Ziebell, as. C-371/08**, analiza los límites a los que se somete la libertad de circulación de los trabajadores turcos, regulada en la Decisión núm. 1/80, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía. Según el art. 14 de la citada Decisión, la libre circulación de trabajadores turcos se aplicará «sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas». Pues bien, ante una orden de expulsión alemana, el Sr. Ziebell, nacional turco, pretende la aplicación analógicamente del art. 28.3.a) de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Este precepto sólo permite la expulsión de ciudadanos europeos que hayan residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores si la decisión se basa «en motivos imperiosos de seguridad pública».

El Tribunal de Luxemburgo rechaza la aplicación analógica de la Directiva 2004/38/CE a una persona que no es nacional de ninguno de los Estados miembros. Aunque el TJUE reconoce que los principios admitidos en relación con los artículos del Tratado relativos a la libre circulación de trabajadores deben aplicarse, en la medida de lo posible, a los nacionales turcos que gozan de derechos derivados de la Asociación entre la CEE y Turquía, constata que la Asociación se fundamenta en un objetivo exclusivamente económico. Frente a ello, la Directiva 2004/38/CE pretende facilitar el ejercicio del derecho fundamental e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que el Tratado confiere directamente a los ciudadanos de la Unión, y tiene por objeto, en particular, reforzar dicho derecho. No obstante, ello no impide al TJUE ser bastante crítico con la orden de expulsión que da origen al litigio, y así, en el apartado 85 se afirma que:

«corresponderá a tal órgano jurisdiccional apreciar [...] si la conducta del nacional turco representa actualmente una amenaza suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad, habida cuenta del conjunto de las circunstancias concretas que concurren en la situación de éste y entre las que figuran no sólo los elementos presentados en la vista ante el Tribunal de Justicia (...), sino también los vínculos particularmente estrechos que el extranjero en cuestión ha creado con la sociedad de la República Federal de Alemania, en cuyo territorio ha nacido, ha vivido regularmente durante un período ininterrumpido de más de 35 años, ha contraído matrimonio con una nacional de ese Estado miembro, y actualmente mantiene una relación profesional».

Por su parte, la **STJUE de 29 de marzo de 2012, Kahveci e Inan, as. C-7/10 y C-9/10**, tiene igualmente ocasión de responder a una duda surgida en la interpretación de la ya citada Decisión 1/80. En concreto, en esta sentencia se analizan los límites al derecho a la reagrupación familiar en los supuestos en los que el trabajador turco adquiere la nacionalidad del Estado Miembro de acogida.

El TJUE concluye que el artículo 7 de la citada Decisión debe interpretarse en el sentido de que los miembros de la familia de un trabajador turco que forma parte del mercado legal de trabajo de un Estado miembro pueden continuar invocando esta disposición una vez que el trabajador ha adquirido la nacionalidad del Estado miembro de acogida, conservando al mismo tiempo la nacionalidad turca. En otro caso, se frustraría la finalidad de la norma de mejorar, en el ámbito social, el régimen de que disfrutaban los trabajadores turcos y los miembros de sus familias, a fin de conseguir progresivamente la libre circulación.

D) Libre circulación de capitales

1. *Impuesto de matriculación: vehículos matriculados en otros Estados miembros*

La legislación neerlandesa somete al pago del impuesto de matriculación tanto la matriculación de un vehículo como la primera utilización de un vehículo de motor en la red viaria neerlandesa cuando se trata de un turismo o motocicleta matriculado en otro Estado. La **STJUE de 25 de abril de 2012, Van Putten y otros, as. C-578/10 a C-580/10**, analiza si vulneran el contenido del art. 56 CE distintas resoluciones que exigen el pago del impuesto en relación con vehículos matriculados en otros Estados miembros y que son utilizados en los Países Bajos en virtud de préstamos basados en relaciones personales.

La sentencia parte de que un préstamo de uso transfronterizo a título gratuito de un vehículo automóvil es un movimiento de capitales en el sentido del art. 56 CE. Además, existe una restricción a la libre circulación de capitales, ya que el préstamo de uso a título gratuito de un vehículo de motor no queda sometido al impuesto cuando el vehículo ha sido matriculado en los Países Bajos. Por ello se concluye que si los vehículos no se destinan a ser utilizados esencialmente en territorio neerlandés con carácter permanente o, de hecho, no son utilizados de este modo, se da una diferencia de trato real y la imposición controvertida no estaría justificada. La conexión de los vehículos con el territorio neerlandés sería insuficiente para justificar la exigencia de un impuesto que normalmente se devenga por la matriculación de un vehículo en los Países Bajos.

2. *Ventajas fiscales: deducción del impuesto devengado pero no pagado en otros Estados miembros*

La **STJUE de 8 de diciembre de 2011, BBVA, as. C-157/10**, se dicta en el marco del recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria contra una sentencia de la Audiencia Nacional que confirma la legalidad de la resolución administrativa que deniega a BBVA la deducción del impuesto sobre sociedades correspondiente a determinado ejercicio fiscal la cuota devengada en Bélgica por los intereses obtenidos en dicho Estado miembro pero que no se pagó por estar exenta.

El TJUE concluye que el Derecho de la Unión Europea no prohíbe deducir la cuota devengada en otros Estados miembros por rendimientos obtenidos en su territorio y sometidos a dicho tributo, cuando, pese al devengo, la cuota no se paga en virtud de exención, bonificación o cualquier otro beneficio fiscal. Ahora bien, también se añade en el fallo que ello es así siempre que dicha regulación no sea discriminatoria en relación con el tratamiento que se aplique a los intereses obtenidos en ese mismo Estado miembro, extremo éste que incumbe determinar al órgano jurisdiccional remitente. En este sentido, en los apartados 45 y 46 de la sentencia se subraya que la legislación permitía la deducción de los impuestos devengados pero no pagados, si los intereses se habían obtenido en España.

3. *Limitación de las inversiones de los fondos de inversión en el extranjero*

Finalmente, la **STJUE de 13 de marzo de 2012, Comisión c. Polonia, as. C-271/09**, ha declarado que la República de Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE al mantener en vigor la Ley sobre organización y funciones de los fondos de pensiones de 28 de agosto de 1997. La norma restringía las inversiones de los fondos de pensiones abiertos polacos en los demás Estados miembros.

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

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. PROCESOS CONSTITUCIONALES.
 - A) **Recurso de inconstitucionalidad.**
 - B) **Cuestión de inconstitucionalidad.**
 - C) **Recurso de amparo.**
3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.
 - A) **Evaluación de impacto ambiental: competencia de la Administración que realiza o autoriza el proyecto.**
 - B) **Competencias sobre bases del régimen estatutario de los funcionarios (art. 149.1.18.^a CE): nulidad del precepto legal autonómico que establece una dispensa de titulación para la promoción interna de los policías locales.**
 - C) **Competencias sobre telecomunicaciones (artículo 149.1.21.^a CE) y medios de comunicación social (artículo 149.1.27.^a CE): la competencia autonómica de ejecución en materia de medios de comunicación incluye las facultades de inspección y sanción de emisiones de televisión local sin título habilitante.**
 - D) **Competencias en materia de telecomunicaciones (artículo 149.1.21.^a CE), control del espacio aéreo (artículo 149.1.21 CE) y bases en materia de sanidad (artículo 149.1.16.^a CE): nulidad del precepto legal autonómico que obliga a los operadores a incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes.**
 - E) **Competencias en materia de patrimonio histórico: concurrencia de competencias sobre unos mismos bienes y prevalencia del título correspondiente a la Generalitat de Cataluña.**
 - F) **Competencias en materia de medio ambiente (art. 149.1.23.^a CE): bases del régimen sancionador. Competencias en materia de administración de justicia (artículo 149.1.5.^a CE): atribución de la presidencia de un órgano autonómico a un magistrado de lo contencioso-administrativo.**
 - G) **Legislación procesal: normas autonómicas derivadas de las particularidades de su Derecho sustantivo: nulidad del precepto legal autonómico que permite la acumulación de la acción de división de cosa común en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio para los matrimonios en régimen de separación de bienes.**

- H) Bases y coordinación de la sanidad: validez de los preceptos reglamentarios estatales que regulan los establecimientos de tejidos humanos.
 - I) Legislación mercantil (art. 149.1.6.^a CE) y ordenación general de la economía (art. 149.1.13.^a CE): nulidad de las disposiciones legales autonómicas que contradicen la legislación básica del Estado sobre comercio.
 - J) Legislación civil (artículo 149.1.8.^a CE): nulidad del precepto legal autonómico que constituye un derecho de retracto en favor de particulares.
 - K) Hacienda general (artículo 149.1.14.^a CE): apuestas cuyo ámbito abarque el territorio nacional o exceda de los límites de una concreta Comunidad Autónoma.
 - L) Legislación mercantil (artículo 149.1.6.^a CE) y colegios profesionales: competencia del Estado para regular la actividad de auditoría de cuentas e interpretación conforme de los estatutos del colegio de censores jurados de cuentas de Cataluña.
 - M) Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a CE): no es aplicable a la renta básica de emancipación de los jóvenes por la escasa relevancia económica de las ayudas. Competencias autonómicas sobre vivienda y asistencia social.
-

1. INTRODUCCIÓN

Se analizan en la crónica las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas los meses de enero, febrero y marzo de 2011. La última resolución analizada es la STC 69/2012, de 29 de marzo. A lo largo de este trimestre, el TC ha resuelto 7 recursos de inconstitucionalidad, 11 cuestiones de inconstitucionalidad, 7 conflictos competenciales y 44 recursos de amparo, entre los que destaca una larga lista de amparos (SSTC 39/2012-69/2012) en los que el TC se pronuncia sobre la legitimidad constitucional de la conocida como doctrina «Parot».

En materia de distribución de competencias, debe destacarse que la duración excesiva de los procesos constitucionales hace que el Tribunal Constitucional deba pronunciarse frecuentemente sobre disposiciones que se encuentran derogadas en el momento en que se dicta Sentencia. El Tribunal Constitucional considera que la modificación legal no extingue el objeto del recurso pues persiste el interés objetivo en la resolución de la competencia controvertida. El envejecimiento del proceso también provoca cambios en la legislación básica del Estado que se utiliza para enjuiciar el ejercicio de las competencias de desarrollo normativo de las Comunidades Autónomas. Ambas circunstancias plantean problemas respecto de los efectos de las Sentencias y de las consecuencias de la declaración de nulidad.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

No hay doctrina novedosa.

B) Cuestión de inconstitucionalidad

- a) *Admisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la interpretación de un precepto cuando la misma vincula a jueces y tribunales*

La **STC 37/2012, de 19 de marzo**, admite a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la interpretación realizada por el TS de los arts. 81 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (LSV) y 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPC). Al hilo del debate sobre el cumplimiento del juicio de relevancia que determinaría la admisión o inadmisión de la cuestión, el TC se ve abocado a pronunciarse sobre la posibilidad de admitir una cuestión en la que se dilucidaría la eventual inconstitucionalidad de la interpretación de los preceptos indicados realizada por la Sala de lo contencioso del TS en dos sentencias estimatorias de sendos recursos de casación en interés de ley. Tras recordar que procedería la inadmisión de una cuestión que se centrara en una interpretación jurisprudencial en la medida en que la cuestión de inconstitucionalidad sólo puede plantearse contra leyes y normas con rango de ley (art. 35 LOTC), el TC señala que el caso objeto de estudio presenta ciertas peculiaridades ya que la interpretación realizada por el TS de los preceptos en liza al hilo de sendos recursos de casación en interés de ley tiene verdadera fuerza vinculante para jueces y tribunales, según indica el art. 100.7 LJCA, de modo que los tribunales de lo contencioso están obligados a aplicar los arts. 81 LSV y 132 LPC en el sentido indicado por el TS en su jurisprudencia y, en caso de no hacerlo, podrían incluso incurrir en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por inaplicar los referidos preceptos legales sin plantear cuestión de inconstitucionalidad alguna. El TC equipara así la inaplicación de una ley postconstitucional vigente sin planteamiento de la previa cuestión de inconstitucionalidad con la aplicación de una norma en un sentido diferente al marcado por la jurisprudencia sentada por la Sala de lo Contencioso del TS en recursos de casación en interés de ley. Y admite así la cuestión de inconstitucionalidad con la intención de estudiar la eventual inconstitucionalidad de los preceptos litigiosos a la luz de la interpretación de los mismos realizada por ese tribunal dado el carácter vinculante de la misma.

C) Recurso de amparo

- a) *Admisibilidad de la demanda. Supuestos en los que el Tribunal Constitucional aprecia especial trascendencia constitucional del recurso de amparo (art. 50 LOTC)*

- a.1) Por nueva doctrina constitucional

El TC ha admitido a trámite varios recursos de amparo porque planteaban cuestiones carentes de desarrollo constitucional:

- En las **SSTC 12/2012, de 30 de enero, y 24/2012, de 27 de febrero**, la Sala Primera subraya la inexistencia de jurisprudencia constitucional sobre la legitimidad constitucional de los reportajes realizados con «cámara oculta», desarrollando los criterios que deben aplicarse para la resolución de eventuales colisiones entre la libertad de

información y los derechos a la propia imagen y la intimidad en supuestos en los que un medio de comunicación haya hecho uso de este recurso periodístico.

- En la **STC 25/2012, de 27 de febrero**, la Sala Segunda parece admitir el recurso amparo con la intención de aclarar la jurisprudencia constitucional referida al vicio de incongruencia omisiva y a cuándo éste determina la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una resolución congruente (art. 24 CE). Señala así el TC que se produce una vulneración de tal garantía cuando «se produzca una falta de respuesta a la invocación de unos hechos jurídicamente determinantes del sentido del fallo, pudiendo decirse que es la incidencia en el fallo la que cualifica a la alegación (de una de las partes) haciendo que la falta de respuesta judicial a la misma ostente relevancia constitucional» (FJ 4).
- En las **SSTC 39/2012- 69/2012**, todas ellas **de 29 de marzo**, el Pleno del TC se pronuncia sobre la eventual vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la legalidad (art. 25.1 y 2 CE), a la libertad (art. 17.1 CE) y a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), que se derivaría de la aplicación de la conocida como doctrina «Parot». Según esta doctrina, sentada por el Tribunal Supremo en la STS 197/2006, de 28 de febrero, los beneficios penitenciarios y, en concreto, las redenciones de penas por el trabajo, han de computarse sobre cada una de las penas impuestas y no sobre la condena refundida, tal y como se hacía hasta ese momento. En 25 de los 31 amparos resueltos por el TC sobre la cuestión, el TC da por válida la aplicación de la doctrina del TS realizada por los tribunales ordinarios.

a.2) Por incumplimiento de doctrina constitucional

A pesar de que varias sentencias del TC no hacen referencia alguna al motivo de «especial trascendencia constitucional» por el que se admite el recurso de amparo correspondiente, parece que el incumplimiento de doctrina constitucional bien establecida sería el único que justificaría la admisión a trámite de los siguientes recursos de amparo:

- En la **STC 14/2012, de 6 de febrero**, la Sección Cuarta admite a trámite un recurso de amparo en el que se aplicaba la jurisprudencia constitucional establecida en la STC 20/2011, de 14 de marzo, en relación con la eventual vulneración del derecho de participación política (art. 23 CE), que se derivaría de la decisión de los órganos del Ayuntamiento de Majadahonda de convocar a ciertos concejales no adscritos a sesiones ordinarias de una de las comisiones del ayuntamiento permitiéndoles hacer uso de la palabra, pero sin derecho a voto.
- En la **STC 15/2012, de 13 de febrero**, la Sala Primera admite el recurso de amparo interpuesto por los trabajadores de una empresa a los que se negó la condición de parte en el concurso abierto en relación con la entidad por vulneración de la jurisprudencia constitucional referida al derecho de acceso al proceso (art. 24 CE).

a.3) Por grave vulneración de los derechos del recurrente

El TC ha admitido un recurso de amparo en el que el motivo aparente de admisión parece relacionarse con la gravedad de la vulneración de los derechos del recurrente. En la **STC**

16/2012, de 13 de febrero, el TC admite a trámite un amparo en el que se recurría una sentencia que condenaba al recurrente como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar. Aunque el recurrente sólo consideraba vulnerados sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia (art. 24 CE), el Ministerio Fiscal subrayaba que tales vulneraciones estaban ligadas a los derechos a la libertad personal (art. 17 CE) y al principio de legalidad penal (art. 25 CE); motivo por el que el TC parece decidir pronunciarse sobre el fondo del asunto, estimando que el recurrente vio vulnerado su derecho a la presunción de inocencia porque el razonamiento seguido por los tribunales ordinarios para entender probada la concurrencia de uno de los elementos del tipo penal por el que fue condenado fue irrazonable. Se discutía así la razonabilidad del actuar de los tribunales ordinarios, pero en el marco de un proceso penal que podía provocar la imposición de una medida privativa de libertad al recurrente.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Evaluación de impacto ambiental: competencia de la Administración que realiza o autoriza el proyecto

La STC 1/2012, de 13 de enero, que es relevante por el análisis sobre la utilización del decreto-ley para transponer las directivas de la Unión Europea, también tiene una dimensión competencial. Esta Sentencia y la posterior STC 34/2012, de 15 de marzo, sostienen que es conforme con el orden constitucional de competencias que la normativa estatal confíe la evaluación del impacto ambiental a la propia Administración General del Estado respecto de los proyectos de obra, instalación o actividad que sean competencia del Estado (STC 13/1998, de 22 de enero, y STC 101/2006, de 30 de marzo). La evaluación de impacto ambiental se incluye en los títulos competenciales específicos relacionados con los proyectos que se someten a evaluación. La STC 34/2012 afirma que el nuevo Estatuto de Andalucía «no plantea cambios sustanciales» con respecto a la atribución de competencias en materia de protección del medio ambiente.

B) Competencias sobre bases del régimen estatutario de los funcionarios (art. 149.1.18.^a CE): nulidad del precepto legal autonómico que establece una dispensa de titulación para la promoción interna de los policías locales

Las SSTC 2/2012, 3/2012 y 4/2012, todas ellas de 13 de enero, analizan el mismo problema que la STC 175/2011, de 8 de noviembre (comentada en JA 55). Si en aquella ocasión se anuló una disposición transitoria de la Ley cántabra de coordinación de policías locales, ahora se declara la nulidad de preceptos análogos en otras normas autonómicas (Ley canaria 6/1997, de 4 de julio, y Ley del Parlamento de Andalucía 13/2001, de 11 de diciembre). Se confirma que el legislador autonómico no puede establecer una dispensa de titulación para la promoción interna de los policías locales, porque la «titulación» se erige en requisito esencial de la «promoción interna» en las normas básicas del Estado (Ley 30/1984, de 2 de agosto).

C) Competencias sobre telecomunicaciones (artículo 149.1.21.^a CE) y medios de comunicación social (artículo 149.1.27.^a CE): la competencia autonómica de ejecución en materia de medios de comunicación incluye las facultades de inspección y sanción de emisiones de televisión local sin título habilitante

La STC 5/2012, de 17 de enero, considera que corresponde a la Generalitat de Cataluña la competencia para inspeccionar y sancionar las emisiones clandestinas de televisión. Este criterio ya había sido adoptado por la STC 278/1993, de 23 de septiembre. Estas facultades se incluyen dentro de la materia «medios de comunicación social» (artículo 149.1.27.^a CE) y no «telecomunicaciones» (artículo 149.1.21.^a CE), como pretende el Abogado del Estado. Basándose en la STC 168/1993, de 27 de mayo, el Tribunal Constitucional opta por aplicar los títulos competenciales en materia de «medios de comunicación social» por la directa relación del fenómeno de las licencias de televisión con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el artículo 20 CE. El carácter expansivo de la materia telecomunicaciones aconseja, según la citada jurisprudencia constitucional, interpretar restrictivamente el art. 149.1.21.^a CE para incluir sólo «aspectos técnicos claramente atinentes a la regulación del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven». El TC señala que la Comunidad Autónoma, que ostenta la competencia sustantiva para el otorgamiento de las concesiones de emisoras, es quien debe poseer también las facultades, accesorias de aquella principal, de inspección y control de emisiones clandestinas, precintado de los equipos y, en su caso, sanción.

D) Competencias en materia de telecomunicaciones (artículo 149.1.21.^a CE), control del espacio aéreo (artículo 149.1.21.^a CE) y bases en materia de sanidad (artículo 149.1.16.^a CE): nulidad del precepto legal autonómico que obliga a los operadores a incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes

La STC 8/2012, de 18 de enero, estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Presidente del Gobierno frente a diversos preceptos de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 8/2001, de 28 de junio, para la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación en Castilla-La Mancha. Se analiza la incidencia de la ley autonómica en la competencia exclusiva que atribuye el artículo 149.1.21.^a CE al Estado en materia de telecomunicaciones y se toma como parámetro interpretativo la Ley general de telecomunicaciones (la Ley 11/1998, de 24 de abril, que estaba vigente en el momento en que se interpuso el recurso ha sido sustituida por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, que es la que toma como referencia la Sentencia). El Tribunal Constitucional recuerda que la competencia en materia de telecomunicaciones tiene un gran potencial expansivo, a pesar de su carácter sectorial, por lo que debe limitarse y contrapesarse con otros títulos competenciales, como los relacionados con la ordenación del territorio, el urbanismo, la protección del medio ambiente y la protección de la salud.

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del art. 7, en el inciso en el que obliga a los operadores a «incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes», y el apartado 2 del art. 19, ambos de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha, que tipifica como in-

fracción grave el incumplimiento de esta obligación. La Sentencia sostiene que la norma autonómica contradice las bases estatales en materia sanitaria (artículo 149.1.16.^a), que están contenidas en el Real Decreto 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.

La Sentencia contiene pronunciamientos de carácter interpretativo, que se llevan al fallo, respecto de varios artículos de la Ley de Castilla-La Mancha. Se establece que el artículo 2.2, que fija el ámbito de aplicación de la Ley, debe ser interpretado en el sentido de que quedan excluidos, además de los supuestos expresamente previstos (los equipos y estaciones de Telecomunicación para la Defensa Nacional, la Seguridad Pública y Protección Civil), también las instalaciones radioeléctricas necesarias para el funcionamiento de los aeropuertos de interés general o para el control del espacio aéreo español y la seguridad del tránsito y transporte aéreo en el mismo. Se impone, asimismo, una interpretación del primer apartado del artículo 7 de la ley castellano-manchega acorde con la legislación estatal de telecomunicaciones. La obligación de los operadores de incorporar mejoras tecnológicas que contribuyan a minimizar el impacto ambiental y visual de las instalaciones está condicionada a que se justifique la necesidad y la proporcionalidad de la obligación en aras de la protección de intereses ambientales o urbanísticos y siempre que no se alteren las competencias estatales sobre las características técnicas de la red y las condiciones de prestación del servicio, de gestión del espacio radioeléctrico o de explotación de la red.

E) Competencias en materia de patrimonio histórico: concurrencia de competencias sobre unos mismos bienes y prevalencia del título correspondiente a la Generalitat de Cataluña

La STC 6/2012, de 18 de enero, resuelve un conflicto de competencia entre el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y la Diputación General de Aragón en relación con unos bienes procedentes del Monasterio de Sigüenza. Estos bienes se encontraban depositados en Cataluña desde antes de 1970 y habían sido adquiridos por la Generalitat en 1983 y 1992. La Consejería de Educación y Cultura de Aragón ejerció en 1997 un derecho de retracto sobre estos bienes amparándose en el artículo 38 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español.

El Tribunal Constitucional rechaza, en primer lugar, la falta de jurisdicción opuesta por la representación del Gobierno de Aragón. Afirma que existe un conflicto competencial sobre si la Comunidad Autónoma de Aragón se ha extralimitado en el ejercicio de sus competencias de ejecución en materia de patrimonio histórico y cultural menoscabando las competencias propias de la Generalitat de Cataluña. El Tribunal excluye del objeto del conflicto constitucional aquellas controversias relacionadas con la calificación de los bienes y con eventuales vicios de legalidad en el proceso de enajenación.

Según el Tribunal Constitucional, tanto la adquisición de los bienes por el Gobierno de la Generalitat como la ejecución del derecho de retracto por el Gobierno de Aragón son actuaciones que se realizan en ejercicio de los títulos competenciales que cada Administración tiene atribuidos. La Sentencia sostiene que la adquisición por parte de Cataluña de

los bienes responde a la función que le atribuye su Estatuto de preservación del patrimonio histórico y artístico. Mientras, el ejercicio por la Diputación General de Aragón del derecho de retracto es expresión de la habilitación contenida en su Estatuto para desarrollar «las políticas necesarias encaminadas a recuperar el patrimonio aragonés que se encuentre ubicado fuera del territorio de Aragón». Se produce, según la Sentencia, una «conurrencia de competencias» sobre unos mismos bienes.

El Tribunal dirime esta conurrencia haciendo «prevalecer» la competencia de Cataluña. Los argumentos que utiliza el Tribunal para establecer la prevalencia de las competencias de la Generalitat son de dos tipos. En primer lugar, se toma en consideración «que el objetivo de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección del patrimonio histórico es la preservación de los bienes de esta naturaleza». Se afirma que la permanencia de los bienes en Cataluña es congruente con esta finalidad y se valora la circunstancia fáctica de que los bienes sobre los que versa la controversia están en adecuadas condiciones de conservación en Cataluña. En segundo lugar, la Sentencia alude de forma contradictoria al principio de territorialidad. Primero parece aceptar la extraterritorialidad del ejercicio de las competencias de Aragón sobre protección del patrimonio y posteriormente apela a la «funcionalidad general del territorio en el entramado de distribución de competencias» para respaldar la prevalencia de las competencias de Cataluña.

La estimación del conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña conlleva en este caso la declaración de nulidad de las disposiciones de la Diputación General de Aragón en las que se ejercía el derecho de retracto.

La Sentencia tiene dos votos particulares, el primero de la Magistrada Elisa Pérez Vera, al que se adhiere el Magistrado Ramón Rodríguez Arriba. Se argumenta que si la actuación de ambas Comunidades Autónomas encuentra «perfecto acomodo» en los respectivos Estatutos de Autonomía, el Tribunal Constitucional debería haber dejado a los tribunales ordinarios examinar si la adquisición por parte de Cataluña y el ejercicio por Aragón de la acción de retracto se ajustan a los términos fijados por el legislador estatal. También se formulan objeciones a la utilización del criterio de territorialidad y a las consecuencias anulatorias del fallo. El segundo voto particular, firmado por el Magistrado Francisco José Hernando Santiago y al que se adhiere el Magistrado Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, se basa en la falta de jurisdicción del Tribunal Constitucional para conocer de la pretensión deducida, cuya resolución correspondía —a juicio de estos Magistrados— a la jurisdicción contencioso-administrativa.

**F) Competencias en materia de medio ambiente (art. 149.1.23.ª CE):
bases del régimen sancionador. Competencias en materia de administración
de justicia (artículo 149.1.5.ª CE): atribución de la presidencia de un órgano
autonómico a un magistrado de lo contencioso-administrativo**

El recurso de inconstitucionalidad que resuelve la STC 7/2012, de 18 de enero, se refiere a dos materias perfectamente diferenciadas. Por un lado el Presidente del Gobierno impugnaba varios preceptos de la Ley del Parlamento de Canarias 9/1999, de 13 de mayo, de ordenación del territorio de Canarias, por vulnerar las normas básicas del Estado sobre protección del medio ambiente. El Tribunal Constitucional declara la nulidad parcial de

los preceptos legales autonómicos que establecen un régimen sancionador no acorde con la normativa básica de protección ambiental. Se sigue la solución adoptada en la STC 166/2002, de 18 de septiembre. La Sentencia advierte de que ha habido un cambio en la normativa estatal que ha de servir como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas. Si en el momento de la interposición del recurso la normativa básica eran los artículos 38 y 39 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, en el momento de resolver la norma de referencia son los artículos 76 y 77 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de patrimonio natural y biodiversidad.

En segundo término, el Tribunal Constitucional considera que la atribución por parte de la legislación canaria a un Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de la presidencia del órgano que fija el justiprecio en determinadas expropiaciones (la comisión de valoraciones de Canarias) vulnera las competencias del Estado en materia de administración de justicia del art. 149.1.5.ª CE, pues únicamente correspondería al Estado la atribución a los Jueces y Magistrados de funciones distintas de la jurisdiccional. Este pronunciamiento carece de efectos anulatorios, porque el Parlamento de Canarias ya había modificado la norma para atribuir la presidencia de la comisión de valoraciones al Director General del servicio jurídico del Gobierno de Canarias, suprimiendo de este modo la atribución de la presidencia de la citada comisión a un Magistrado.

G) Legislación procesal: normas autonómicas derivadas de las particularidades de su Derecho sustantivo: nulidad del precepto legal autonómico que permite la acumulación de la acción de división de cosa común en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio para los matrimonios en régimen de separación de bienes

La STC 21/2012, de 16 de febrero, declara la inconstitucionalidad del art. 43.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia. Esta norma procesal permitía la acumulación de la acción de división de cosa común en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad de matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes. Este precepto había sido derogado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. La nulidad afecta —según la Sentencia— sólo a los casos, como el que origina la cuestión de inconstitucionalidad, en los que resulta aplicable la norma derogada de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria tercera de la Ley 25/2010. Nada se dice en la Sentencia acerca del vigente artículo 232-12 de la Ley 25/2010, cuyo contenido es similar al del precepto declarado inconstitucional.

El artículo 149.1.6.ª CE permite al legislador autonómico establecer las «necesarias especialidades» en el orden procesal que «se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas». En la STC 47/2004, de 25 de marzo, se afirma que la existencia de una regulación autonómica de carácter sustantivo no permite sin más introducir especialidades procesales. La expresión «necesarias especialidades» que utiliza el citado precepto constitucional sólo incluye «innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del

Derecho creado por la propia Comunidad Autónoma». Se sostiene que las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas «han de limitarse a aquéllas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas». Corresponde, según la citada Sentencia, al «legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas necesarias especialidades»

El Tribunal Constitucional niega en este caso la existencia de una conexión directa entre la innovación procesal (la acumulación de acciones de separación o divorcio y de división de cosa común) y las particularidades de la legislación catalana de Derecho de familia. La Sentencia argumenta que el problema de la división de cosas comunes en el supuesto de liquidación del régimen de separación de bienes por razón de separación o divorcio «se produce con la misma intensidad en el Derecho civil catalán, en los demás derechos civiles especiales o forales y en el Derecho civil común».

El Magistrado Eugeni Gay Montalvo formula un voto particular en el que discrepa acerca de la vinculación entre el derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas y las particularidades en la legislación procesal que pueden derivarse de éste. Las particularidades de la legislación civil de Cataluña, que favorecen el régimen de separación de bienes, justificarían la acumulación de la acción de división de la cosa común con la de disolución del matrimonio.

H) Bases y coordinación de la sanidad: validez de los preceptos reglamentarios estatales que regulan los establecimientos de tejidos humanos

La STC 22/2012, de 16 de febrero, confirma el carácter básico del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, que excluye el carácter lucrativo de los establecimientos de tejidos humanos y regula las autorizaciones administrativas de este tipo de centros. La Sentencia considera además que la fijación por la norma estatal de un intervalo de dos años para que las autoridades competentes de las Comunidades Autónomas efectúen la inspección regular de los establecimientos de tejidos autorizados es una regla que encaja dentro de la coordinación general de la sanidad. La misma naturaleza tiene el deber que se impone a las Comunidades Autónomas de informar a la Organización Nacional de Trasplantes acerca de las autorizaciones concedidas a centros o unidades sanitarias para la aplicación de células y tejidos.

I) Legislación mercantil (art. 149.1.6.ª CE) y ordenación general de la economía (art. 149.1.13.ª CE): nulidad de las disposiciones legales autonómicas que contradicen la legislación básica del Estado sobre comercio

La STC 26/2012, de 1 de marzo, declara la inconstitucionalidad de diversos preceptos de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears por contravenir las normas básicas del Estado en la definición del comercio minorista, la

fijación de horarios comerciales y la regulación de determinados tipos de venta. La Sentencia confirma el carácter básico de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista.

J) Legislación civil (artículo 149.1.8.^a CE): nulidad del precepto legal autonómico que constituye un derecho de retracto en favor de particulares

La STC 28/2012, de 1 de marzo, declara la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias, que constituía un derecho de retracto a favor de particulares. La norma, que fue derogada en 2000, establecía un derecho de adquisición preferente en relación con las ventas de inmuebles no destinados a la actividad turística en un edificio o complejo sujeto a explotación de esta naturaleza. Los titulares del derecho de retracto eran los copropietarios o la empresa que realiza las tareas de explotación turística. El Tribunal Constitucional afirma que la norma regula las relaciones entre particulares, por lo que forma parte de la legislación civil. Este supuesto, en el que el retracto se constituye en beneficio de particulares, es distinto al retracto a favor de una Administración pública que se establece, por ejemplo, en la legislación medioambiental (SSTC 170/1989, de 19 de octubre; 102/1995, de 26 de junio y 156/1995, de 26 de octubre) o urbanística (STC 207/1999, de 11 de noviembre). La Sentencia concluye que la norma autonómica «se sitúa extramuros» de las facultades legislativas que el art. 149.1.8.^a CE reconoce a las Comunidades Autónomas, porque Canarias no ostenta competencias sobre Derecho civil foral o especial.

K) Hacienda general (artículo 149.1.14.^a CE): apuestas cuyo ámbito abarque el territorio nacional o exceda de los límites de una concreta Comunidad Autónoma

La STC 32/2012, de 15 de marzo, declara la constitucionalidad del Real Decreto 844/1999, de 21 de mayo, por el que se autoriza la explotación de una lotería instantánea o presorteada y del Real Decreto 1336/2005, de 11 de noviembre, por el que se autoriza a la Organización Nacional de Ciegos Españoles la explotación de una lotería instantánea o presorteada. El Tribunal Constitucional declara, basándose en su anterior STC 163/1994, de 26 de mayo, que la competencia exclusiva autonómica en materia de juego comprende los supuestos de juegos que se desarrollen exclusivamente en el territorio de la Comunidad Autónoma. Mientras, corresponde al Estado *ex art.* 149.1.14.^a CE «la gestión del monopolio de la lotería nacional, y con él la facultad para organizar loterías de ámbito nacional; y además, en cuanto suponen una derogación de la prohibición monopolística establecida a favor del Estado, el otorgamiento de las concesiones o autorizaciones administrativas para la celebración de sorteos, loterías, rifas, apuestas y combinaciones aleatorias solamente cuando su ámbito se extienda a todo el territorio del Estado».

La STC 35/2012, de 15 de marzo, se plantea el problema de los juegos y apuestas cuyo ámbito supere el autonómico y sea inferior al nacional. Se declara inconstitucional en parte la disposición adicional vigésima de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que atribuye al Estado la competencia para la

autorización de apuestas cuyo «ámbito de desarrollo, aplicación, celebración o comercialización abarque el territorio nacional o exceda de los límites de una concreta Comunidad Autónoma». La inconstitucionalidad se limita al inciso «exceda de los límites de una concreta Comunidad Autónoma». La Sentencia sostiene que en este no está justificada la necesidad de la aplicación de la supraterritorialidad como criterio determinante de la atribución de competencias al Estado y considera que deben adoptarse otras soluciones más respetuosas con las competencias autonómicas, como el fraccionamiento en el ejercicio de la competencia y el establecimiento de mecanismos de cooperación. El precepto que se declara inconstitucional había sido previamente derogado por la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

L) Legislación mercantil (artículo 149.1.6.^a CE) y colegios profesionales: competencia del Estado para regular la actividad de auditoría de cuentas e interpretación conforme de los estatutos del colegio de censores jurados de cuentas de Cataluña

La STC 33/2012, de 15 de marzo, reitera —siguiendo a la STC 386/1993, de 23 de diciembre— que corresponde al Estado regular la actividad de auditoría de cuentas en virtud de la competencia sobre legislación mercantil (artículo 149.1.6.^a CE) y a las Comunidades Autónomas la competencia para crear mediante ley un colegio profesional y aprobar los estatutos del colegio. Lo que se plantea en este proceso es si los estatutos del colegio de censores jurados de cuentas de Cataluña invaden la competencia estatal sobre legislación mercantil. El Tribunal Constitucional descarta que los estatutos del colegio, en contra de la interpretación que hacía de los mismos el Abogado del Estado, dispensen a sus miembros de la carga de obtener el título habilitante requerido con carácter general por el legislador estatal para acometer la actividad de auditoría de cuentas (texto refundido de la Ley de auditoría de cuentas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio). Por otra parte, la Sentencia hace una interpretación conforme de los estatutos en el sentido de que el carácter representativo que los estatutos atribuyen al colegio debe entenderse que está referida sólo a los censores jurados de cuentas y no a la totalidad de los profesionales que realizan la actividad de auditoría de cuentas.

M) Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a CE): no es aplicable a la renta básica de emancipación de los jóvenes por la escasa relevancia económica de las ayudas. Competencias autonómicas sobre vivienda y asistencia social

La STC 36/2012, de 15 de marzo, anula a instancias del Gobierno de La Rioja varios preceptos del Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes. La norma, que ha sido derogada por el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, establecía un conjunto de ayudas directas del Estado destinadas a apoyar el pago del alquiler de la vivienda. La Sentencia descarta la aplicación de la competencia del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a CE) por la escasa relevancia económica de las ayudas. Se sostiene que la renta básica de emancipación no supone «una medida que incida directa

y significativamente sobre la actividad económica general». El Tribunal Constitucional considera que la conexión de la ayuda con los títulos competenciales en materia de vivienda es indirecta, porque del preámbulo del Real Decreto se deduce que el fin primordial de las ayudas era fomentar la emancipación de los jóvenes y no el desarrollo de una política en materia de vivienda, fomentando de forma más intensa el alquiler. Esta finalidad lleva al Tribunal Constitucional a encuadrar la renta básica de emancipación en el título competencial sobre asistencia social.

El Tribunal Constitucional toma como referencia su jurisprudencia sobre la potestad de gasto establecida en la STC 13/1992, de 6 de febrero. Dentro de los distintos supuestos que se contemplan en la citada Sentencia, se clasifica el actual supuesto de hecho dentro del grupo de casos en los que la Comunidad Autónoma ostenta una competencia exclusiva sobre una determinada materia, como es la asistencia social, y el Estado no ostenta título competencial alguno, genérico o específico, sobre la misma. La Sentencia recuerda que, en estas circunstancias, el Estado sólo puede determinar el destino de las partidas presupuestarias de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad. También señala que «esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica, consignándose en los Presupuestos Generales del Estado como Transferencias Corrientes o de Capital a las Comunidades Autónomas, de manera que la asignación de los fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos Presupuestos Generales del Estado». La misma doctrina se aplicó en la reciente STC 178/2011, de 8 de noviembre, también respecto de programas en materia de asistencia social (comentada en JA 55). El Tribunal Constitucional anula, en aplicación de esta jurisprudencia, los preceptos del Real Decreto 1472/2007 que concretan los requisitos y el procedimiento de concesión de las ayudas.

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

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
 - A) **Obligación de respetar los derechos humanos (art. 1 CEDH).**
 - a) Aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos.
 - B) **Derecho a la vida (art. 2 CEDH).**
 - a) Incumplimiento de obligaciones positivas derivadas de la no previsión del daño y de la falta de información.
 - C) **Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH).**
 - a) Derechos de las personas internadas por problemas mentales.
 - b) Legitimidad convencional en procedimientos de expulsión, de la privación de libertad, en centros inadaptados, de menores extranjeros acompañados.
 - c) Ausencia de remedio efectivo frente a procedimiento sumario de denegación de asilo.
 - d) Pilot judgement contra Rusia por condiciones inhumanas de detención y ausencia de remedio efectivo.
 - e) Ausencia de cumplimiento de las medidas provisionales.
 - D) **Derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH).**
 - a) La renuncia de los detenidos a ser asistidos por un letrado.
 - b) Vulneración de la presunción de inocencia por las declaraciones efectuadas sobre la culpabilidad de un acusado por oficiales públicos.
 - c) Dudas razonables sobre imparcialidad objetiva de jueces y magistrados en asuntos con primera instancia. Condena a España.
 - d) Declaraciones de miembros del Gobierno sobre un proceso abierto vulnera el derecho a un proceso justo.
 - e) La ausencia de audiencia pública en el recurso de casación penal viola el derecho de defensa. Condena a España.
 - E) **Derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH).**
 - a) La cobertura mediática de la vida privada de personajes famosos es aceptable si existen interés general y equilibrio razonable respecto de la vida privada.
 - b) Derechos parentales, rechazo del derecho de adopción de parejas de homosexuales y derecho a la vida familiar.

- c) Falta de consenso europeo respecto de los derechos parentales del padre biológico frente al padre legal.
- d) Derechos parentales y vida familiar: discriminación masculina y permiso de paternidad reservado a mujeres durante el servicio militar.

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

- a) Información sobre particular incurso en procedimiento criminal puede estar justificada si concurre interés general suficiente.
- b) Una información veraz, pero distorsionada, puede ser objeto de sanción civil.
- c) Existencia de interés público en reportajes sobre famosos: el margen de apreciación de los Tribunales nacionales.
- d) Discurso del odio: la condena penal por distribuir publicidad contra homosexuales no es contraria a la libertad de expresión.
- e) Estereotipos negativos sobre un grupo minoritario, los gitanos, y límites a la libertad de expresión derivados de la vida privada.

G) Libertad sindical (art. 11 CEDH).

- a) El reconocimiento de la titularidad de la libertad sindical a clérigos y personal laico de una Iglesia.

H) Derecho de propiedad (art. 1 Protocolo núm. 1 CEDH).

- a) Ausencia de cumplimiento de obligación positiva de restitución de vivienda en caso de embargo.

I) Derecho a unas elecciones libres (art. 3 Protocolo núm. 1 CEDH).

- a) La anulación de una candidatura individual sin pruebas suficientes supone una vulneración del derecho a elecciones libres.
- b) Derecho al sufragio activo de los expatriados o nacionales que vivan en el extranjero: amplio margen de apreciación nacional a la hora de ponderar la ausencia de residencia de los ciudadanos.

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

A) Libertad de empresa y derecho de propiedad intelectual (arts. 16 y 17.2 CDFUE).

B) Derecho de defensa (art. 47 CDFUE).

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A) Igualdad (art. 14 CE).

- a) Igualdad tributaria: la convivencia no puede ser la única causa que justifique una deducción por mantenimiento de descendientes.
- b) Diferenciación por razón de edad para solicitar la movilidad dentro de la policía local.

B) Derecho a la intimidad (art. 18 CE).

- a) La utilización del método periodístico de «cámara oculta» vulnera los derechos a la intimidad y a la propia imagen si puede utilizarse un medio menos lesivo.

C) Derecho de acceso a los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE).

- a) El nombramiento para cargos de gobierno municipales no se integra en el núcleo esencial de la función representativa del concejal.

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

- a) Falta de prescripción de la sanción mientras está pendiente de resolución el recurso de alzada, aunque la Administración no resuelva en plazo legal.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

A) Derechos de los extranjeros (art. 13 CE).

- a) Denegación de visado para reagrupación familiar de mujer marroquí con su madre, a pesar de haberse concedido la autorización de residencia temporal por agrupación familiar.
- b) Denegación de asilo a mujer nigeriana, pero concurrencia de circunstancias que permiten la concesión de la permanencia por razones humanitarias.
- c) Denegación de visado para reagrupación familiar de tres menores con su padre nacionalizado español y su nueva esposa.
- d) Denegación de visado de residencia no lucrativa a matrimonio ruso.

B) Derecho a la intimidad (art. 18 CE).

- a) Sobre la relevancia pública de noticias dirigidas a «satisfacer la curiosidad ajena»: la visión del TS sobre la prensa rosa.
 - b) La aplicación de la jurisprudencia «López Ostra» a un litigio entre particulares.
-

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Recogemos en esta primera crónica del 2012, la número 56, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

Debemos destacar que, en este primer cuatrimestre, el TEDH vuelve a condenar a España nuevamente en relación con nuestro sistema procesal [asuntos *Alony Kate*, de 17 de enero de 2012; y *Serrano Contreras*, de 20 de marzo de 2012], lo que pone en evidencia la necesaria reforma del proceso de casación. Si tenemos en cuenta que el año pasado España fue condenada en siete ocasiones, y la mayoría de ellas por problemas procesales, siendo éste que ahora relatamos el primer cuatrimestre del 2012, las esperanzas no son muy halagüeñas.

Además de estos casos, entre la jurisprudencia del TEDH de este periodo debemos citar el asunto *Trymbach contra Ucrania*, de 12 de enero de 2012, relativo a la posibilidad que ofrece el CEDH de renunciar a la asistencia letrada sin que se produzca una indefensión del detenido (a diferencia de normativas nacionales como la española), evidenciando que el CEDH va más allá de la normativa nacional.

Mención especial merece el caso *Hirsi Jamaa contra Italia*, de 23 de febrero de 2012, en el que se analiza la aplicación extraterritorial del CEDH en un caso de interceptación de embarcaciones de inmigrantes clandestinos que tenían como destino Italia; o el *pilot judgment* contra Rusia por las condiciones inhumanas de los procesos de detención y ausencia de un remedio efectivo (asunto *Ananyev contra Rusia*, de 10 de febrero de 2012).

Relevantes son también los casos en los que se evidencia el posible conflicto surgido por el análisis del margen de apreciación nacional, y la transformación del TEDH en una cuarta instancia judicial, lo que podemos ver en los casos donde entra en juego la ponderación entre la vida privada y la libertad de expresión (casos *Von Hannover (núm. 2)*, y *Axel Springer AG, de 7 de febrero de 2012 contra Alemania*, ambos); o en los asuntos en los que se tratan temas relacionados con la vida familiar, tan delicados como el derecho de adopción de las parejas de un mismo sexo (asunto *Gas y Dubois contra Francia, de 15 de marzo de 2012*), los permisos de paternidad en el servicio militar (asunto *Konstatin Markin contra Rusia, de 22 de marzo de 2012*); o los estereotipos negativos sobre minorías (caso *Aksu contra Turquía, de 15 de marzo de 2012*).

En relación a la jurisprudencia del TJUE, debemos indicar que el Tribunal todavía sigue sin dar muestras de grandes pronunciamientos, aunque sí que va sentando jurisprudencia en relación con las cuestiones relativas a la propiedad intelectual en lo que se refiere a las descargas ilegales por Internet, como se puede ver en el asunto *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (SABAM) y Netlog NV, de 16 de febrero de 2012*.

Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, destacan las sentencias sobre la ilicitud de las «cámaras ocultas» por parte de los medios de comunicación aunque la noticia sea de relevancia pública (*STC 12/2012, de 30 de enero, y 24/2012, de 27 de febrero*); así como la *STC 9/2012, de 18 de enero*, relativa al fenómeno del transfuguismo, sobre lo que el TC va sentando cierta jurisprudencia.

Finalmente, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debemos mencionar la *STS de 24 de febrero de 2012*, en la que se tienen en cuenta las circunstancias personales para la concesión de un visado por razones humanitarias; o la *STS de 5 de marzo de 2012*, en la que el TS, más acorde con la jurisprudencia del TEDH, se desmarca de la jurisprudencia más restrictiva seguida por el TC respecto de la contaminación acústica.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Obligación de respetar los derechos humanos (art. 1 CEDH)

a) Aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos

En el caso *Hirsi Jamaa contra Italia, de 23 de febrero de 2012*, el TEDH, por primera vez en su historia, tiene que aplicar el art. 4 del Protocolo núm. 4 del Convenio a un caso en el que la expulsión de extranjeros a un tercer Estado se lleva a cabo fuera del territorio nacional (en un barco de bandera italiana). Destaca de este caso el hecho de que el TEDH no sólo aplicó el CEDH, sino Informes de distintas ONGs, como ACNUR o *Human Rights Watch*, y se refiere al «principio de no devolución» que consagra la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

En mayo de 2009 barcos guardacostas y de aduanas italianos interceptaron al sur de Lampedusa (en el mar territorial de Malta) tres embarcaciones procedentes de Libia, con más de 200 inmigrantes clandestinos que tenían como destino el Estado italiano. Los pasajeros fueron trasladados a buques de guerra italianos y entregados en Trípoli (capital Libia).

Los demandantes (11 ciudadanos eritreos y 13 somalíes) alegaban, por un lado, la vulneración del art. 3 CEDH, al entender que la decisión de las autoridades italianas de enviarles de vuelta a Libia les había expuesto a sufrir malos tratos en sus países de origen; y, por otro lado, que habían sido objeto de una expulsión colectiva, prohibida por el art. 4 del Protocolo núm. 4 de CEDH, así como una vulneración del art. 13 al no haber tenido en Italia ningún recurso efectivo.

Finalmente, el TEDH declaró la vulneración del art. 3 CEDH por los argumentos expuestos por los demandantes. Pero lo que resulta más relevante en este caso es la interpretación y aplicación que hace el TEDH de la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros, establecida en el art. 4 Protocolo núm. 4 CEDH, recordando la doctrina establecida en el caso *Conka contra Bélgica*, de 5 de febrero de 2002: en primer lugar, el TEDH realiza una interpretación extensiva del concepto de «jurisdicción» y concluye que si un Estado, de manera excepcional, ha ejercido su jurisdicción fuera de su territorio nacional —como ha sido el caso del Estado italiano al actuar en el mar territorial de Malta—, igualmente debe entenderse que la expulsión de extranjeros es fruto del ejercicio de esa misma jurisdicción extraterritorial; y, en segundo lugar, respecto a la «expulsión colectiva de extranjeros», el TEDH afirma rotundamente que al no haberse producido un examen individual de las circunstancias de cada individuo que iba a ser expulsado —con independencia de que muchos de ellos pudieron estar en una situación similar—, inmediatamente se había producido una expulsión colectiva prohibida por el art. 4 Protocolo núm. 4 CEDH. Así las cosas, condenó a Italia por vulneración del citado precepto en conexión con el art. 13 CEDH.

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

a) *Incumplimiento de obligaciones positivas derivadas de la no previsión del daño y de la falta de información*

En el asunto *Kolyadenko y otros contra Rusia*, de 28 de febrero de 2012, se condena a Rusia por incumplimiento de sus obligaciones positivas en el caso de unas inundaciones provocadas tras la evacuación de agua de una presa, en agosto de 2011, sin previo aviso a la población.

En este caso, el TEDH tras reiterar su jurisprudencia sobre las obligaciones positivas derivadas del artículo 2 CEDH, señala que en situaciones como la ocurrida, donde se producen actividades industriales, peligrosas por su propia naturaleza, el Estado debe poner un énfasis especial para asegurar la protección de los ciudadanos, incluyendo el hecho de brindar información pública suficiente. Y concluye que aunque las autoridades no pudieron evitar las inundaciones producidas, sin embargo deberían haber previsto los potenciales riesgos existentes y deberían haber adoptado las medidas necesarias para evitarlo, como limitar la construcción de viviendas en esa zona o adoptar las medidas efectivas para prevenir riadas, como un canal de desagüe desatascado o un correcto sistema de alarmas de emergencia.

El TEDH sentenció una vulneración del artículo 2 CEDH por estos hechos y por la falta de una investigación oficial independiente e imparcial que satisficiera ciertos estándares mínimos de efectividad que asegurase responsabilidades criminales.

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

a) Derechos de las personas internadas por problemas mentales

El caso *Stanev contra Bulgaria*, **decisión de Gran Sala de 17 de enero de 2012**, supone un hito en la defensa de los derechos de las personas con desórdenes mentales que se encuentran bajo la tutela de los poderes públicos. Por un lado, el demandante, después de ser incapacitado parcialmente a iniciativa de sus parientes, fue puesto a disposición de una entidad para personas con problemas y/o discapacidades mentales, pero sin posibilidad de revisar su incapacidad ni su situación de internamiento. Por otro lado, el centro en que el demandante fue acogido había sido denunciado por diversas instituciones, incluido el Comité contra la Tortura del Consejo de Europa, por no cumplir con las condiciones mínimas de higiene y salubridad.

El caso destaca porque, además de condenarse a Bulgaria por lesión del artículo 3 CEDH por tratos degradantes, y de los artículos 5 (privación de libertad sin causa y sin garantías) y 6.1 (imposibilidad de acceder a la justicia para la defensa de sus derechos), el TEDH, en virtud del artículo 46 CEDH, considera que las medidas necesarias para dar correcto cumplimiento a su decisión deberían pasar por consultar al demandante si quiere permanecer bajo tutela y donde y, si es que no, reexaminar su situación al hilo de las conclusiones alcanzadas en la decisión europea; y, por la modificación de su legislación para hacer posible que personas en la situación del Sr. Stanev pudieran, llegado el caso, solicitar la revisión de su incapacitación.

b) Legitimidad convencional en procedimientos de expulsión, de la privación de libertad, en centros inadaptados, de menores extranjeros acompañados

En el asunto *Popov contra Francia*, **de 19 de enero de 2012**, el TEDH vuelve a analizar la problemática de la privación de libertad de menores extranjeros acompañados. En este caso, se analiza la situación de una familia de Kazajstán, con dos niños de tres años y cinco meses, que tras entrar en Francia solicitando asilo, se les deniega el estatus solicitado, se dicta una orden de expulsión contra los padres y se decide internar a toda la familia en un centro para extranjeros en régimen cerrado durante un período de 15 días. El internamiento de la familia es analizado desde el punto de vista de los artículos 3, 5.1, 5.4 y 8 CEDH, estimando el TEDH que todos los derechos fueron violados en relación con los menores de edad.

El TEDH considera que la reclusión en el centro de internamiento de los menores, a pesar de estar supuestamente adaptado a las necesidades de familias con niños, estaba sobrepoblado, no contaba con mobiliario e infraestructuras adecuadas para niños de corta edad, ni tampoco con personal con experiencia en puericultura, todo lo cual propiciaba el stress y la angustia de los menores y, por lo tanto, podía considerarse un trato inhumano y degradante.

Por otro lado, el TEDH estimó vulnerado el artículo 5.1.f) y 5.4 CEDH, recordando que, si bien ese precepto permite la reclusión de extranjeros por motivos asociados al control de la inmigración, la legalidad de una privación de libertad basada en ese precepto depende, entre otras cosas, de su duración y de que el lugar en el que se produzca se adecue

al motivo de la detención. Y, en este caso, la privación de libertad de los menores se produjo en un lugar totalmente inadaptado y sin posibilidad de revisión.

Finalmente, el TEDH recuerda que el derecho a la vida familiar puede vulnerarse no sólo con la separación de sus miembros, sino en aquellos casos en los que las autoridades impidan a los miembros de una familia llevar una vida familiar normal. El TEDH añadió que, cuando el internamiento afecta a menores de edad, la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas impone la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor y exige que la privación de libertad sea utilizada como último recurso, lo que no habían llevado a cabo en este caso las autoridades francesas, que podían haber sustituido el internamiento por otros regímenes más adecuados a las necesidades de los menores. Así, en el presente caso, aunque el TEDH consideró que la legalidad y la legitimidad del objetivo perseguido por la medida analizada no planteaba problema alguno, sí que lo planteaba su proporcionalidad, produciéndose una vulneración del artículo 8 CEDH.

c) *Ausencia de remedio efectivo frente a procedimiento sumario de denegación de asilo*

En ***I.M. contra Francia, de 2 de febrero de 2012***, un ciudadano sudanés inmigrante ilegal en Francia cuestiona la existencia de un remedio efectivo (art. 13) tras la denegación, por parte de las autoridades francesas mediante un procedimiento sumario, de la petición de asilo solicitada para evitar sufrir malos tratos en su país de procedencia.

El TEDH recuerda que los procedimientos sumarios o rápidos para la denegación del asilo y consiguiente deportación del solicitante son comunes en Europa, y que los mismos son un procedimiento adecuado, siempre y cuando la solicitud de asilo hubiera sido ya examinada en otros procedimientos o fuera evidente su falta de contenido con la única finalidad de retrasar la deportación. Con carácter general podría afirmarse que el TEDH acepta la conformidad de este tipo de procedimientos urgentes, pero sometido a un control global de su funcionamiento en cada caso.

En el presente asunto el TEDH realiza una valoración global del procedimiento y concluye que el Estado francés no garantizó suficientemente la existencia de un remedio efectivo frente a la denegación de la solicitud de asilo presentada produciéndose una lesión del artículo 3 CEDH.

La complejidad de esta sentencia se deriva de la combinación de la normativa sobre asilo existente (la nacional, la aprobada por el Consejo de Europa, la todavía reducida regulación de la UE y la Convención de Ginebra), así como de la participación del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados como *amicus curiae* ante el TEDH, o de la referencia a la STJUE de 28 de Julio de 2011 (C-69-10), asunto *Brahim Samba Diouf*, o a la compleja STEDH *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011, para reiterar el amplio margen de apreciación dejado a los Estados miembros en este tema. Complejidad que se refleja en el hecho de que actualmente hay pendientes un millar de recursos ante el TEDH en relación con la tramitación de peticiones de asilo en el marco de la regulación de la UE (la Convención de Dublín y el Reglamento Dublín II) y el riesgo de malos tratos en el caso de deportación.

d) *Pilot judgement contra Rusia por condiciones inhumanas de detención y ausencia de remedio efectivo*

En **Ananyev y otros contra Rusia, de 10 de febrero de 2012**, el TEDH dicta una nueva sentencia piloto contra Rusia por las condiciones y el marco normativo de la detención provisional en aquel país. Después de 80 sentencias desde la condena en *Kalashnikov* contra Rusia el 15 de julio de 2002 y con más de 250 casos pendientes ante el TEDH, éste decide dictar esta sentencia en la que no sólo se condena al Estado por violación de los arts. 3 y 13 CEDH, sino que se ordena a Rusia: mejorar las condiciones de las celdas de detención; cambiar la legislación y las actitudes en la imposición de la prisión provisional; establecer la capacidad máxima para cada centro de detención; y asegurar un remedio efectivo para que los detenidos puedan denunciar un trato inhumano y obtener la compensación adecuada.

e) *Ausencia de cumplimiento de las medidas provisionales*

En **Mannai contra Italia, de 27 de marzo de 2012**, se condenó a Italia por la expulsión a Túnez de un radical islámico. El asunto tiene interés desde un doble punto de vista: en primer lugar porque el TEDH considera que para el análisis de la posible vulneración se debe tener en cuenta la situación del país en el momento en el que se produjo la expulsión, con independencia de la evolución posterior del país; y, en segundo lugar, porque la Corte considera que el hecho de que Italia no respetase las medidas provisionales dictadas por el Presidente de la Sección segunda del TEDH implican una vulneración del 34 CEDH.

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

a) *La renuncia de los detenidos a ser asistidos por un letrado*

En el asunto **Trymbach contra Ucrania, de 12 de enero de 2012**, el TEDH analiza el caso del demandante, condenado a una pena de prisión por haber cometido un triple homicidio, en el marco de un proceso irregular, destacando la posible vulneración del derecho a ser asistido por un abogado. En este caso, el recurrente no había contado con la asistencia de letrado alguno durante los primeros 15 días posteriores a su arresto, esto es, mientras se encontraba detenido. Durante ese tiempo, el recurrente fue interrogado y, en varios documentos, firmó su voluntad de defenderse a sí mismo y su renuncia a contar con la asistencia de un letrado. A pesar de que la normativa interna exigía la presencia de letrado en un caso como el del recurrente, el TEDH consideraba que no se produjo vulneración alguna del derecho reconocido en el art. 6.3 CEDH en relación con el art. 6.1 CEDH, ya que la renuncia del recurrente a su derecho se realizó conociendo la legislación interna y, por tanto, el alcance de su derecho, y no le causó indefensión, ya que las declaraciones del recurrente realizadas en esos días fueron consistentes y no determinaron su condena, que se produjo porque las pruebas forenses demostraron su culpabilidad. El TEDH reconoce así la posibilidad de que los detenidos renuncien a la asistencia letrada; posibilidad que nuestro ordenamiento sólo contempla para los casos de delitos de tráfico. Vemos cómo el CEDH va más allá de lo previsto en la normativa nacional.

b) *Vulneración de la presunción de inocencia por las declaraciones efectuadas sobre la culpabilidad de un acusado por oficiales públicos*

En el caso ***Dovzhenko contra Ucrania, de 12 de enero de 2012***, el TEDH analiza las irregularidades producidas en el marco de un proceso penal. Sin embargo, la parte más interesante de la sentencia es aquella en la que el Alto Tribunal vuelve a analizar los contornos de una garantía, la presunción de inocencia, que parece configurarse de forma más extensa en el nivel europeo que en el español. En el caso analizado, el recurrente había sido calificado de «criminal» y señalado como el posible culpable de 17 asesinatos por varios oficiales de policía y fiscales. A pesar de que ni unos ni otros llegaron nunca a mencionar su nombre, en sus declaraciones ante la prensa hicieron ver la culpabilidad del recurrente antes de que un juez se pronunciara sobre ella. El TEDH analiza el caso desde su jurisprudencia habitual sobre la presunción de inocencia, indicando que este derecho puede verse vulnerado tanto por manifestaciones del tribunal juzgador que hagan pensar en la culpabilidad de un acusado antes de la finalización del proceso como por manifestaciones de otros oficiales públicos que puedan prejuzgar la decisión del tribunal juzgador o puedan hacer pensar al público en la culpabilidad del acusado antes de que el tribunal competente se pronuncie sobre ella. El TEDH recuerda así la necesidad de utilizar la expresión «sospechoso» para hacer referencia a todos aquellos cuya culpabilidad no ha sido todavía demostrada ante un tribunal.

Así las cosas, en el presente caso, el TEDH subraya que, aunque los oficiales públicos nunca pronunciaron el nombre del recurrente ante la prensa, éste fue conocido rápidamente, debido a las peculiaridades de los crímenes cometidos, y ese hecho, unido a las declaraciones policiales sobre su culpabilidad, fue lo que vulneró la presunción de inocencia del recurrente y, por lo tanto, del artículo 6 CEDH.

c) *Dudas razonables sobre imparcialidad objetiva de jueces y magistrados en asuntos con primera instancia. Condena a España*

El caso ***Alony Kate contra España, de 17 de enero de 2012***, supone una nueva muestra de los problemas de imparcialidad objetiva que plantea el hecho de que del Tribunal enjuiciador forme parte un juez o magistrado que en una instancia previa hubiera conocido el mismo asunto. En este caso, la Magistrada Ponente de la Sala de la Audiencia Nacional que condenó al demandante había formado parte de la Sala del tribunal que decretó su prisión provisional y su posterior confirmación. El Tribunal de Estrasburgo acaba concluyendo que, en este caso, en que para dictar la medida privativa de libertad hubo que proceder a un análisis somero de los hechos, se puso en duda la legítima confianza del demandante en la imparcialidad objetiva de la Magistrada ponente y, por tanto, se produjo una conculcación del art. 6.1 CEDH.

d) *Declaraciones de miembros del Gobierno sobre un proceso abierto vulnera el derecho a un proceso justo*

En el asunto ***Kinsky contra República Checa, de 9 de febrero de 2012***, determinados miembros del Gobierno (entre ellos el Ministro de Cultura y el Ministro de Justicia) criti-

caron el proceso de devolución de ciertos territorios expropiados a un ciudadano austriaco, por su presunta vinculación con el nacionalsocialismo. Estas declaraciones, junto a otras actividades llevadas a cabo por los Tribunales nacionales —que estaban siendo controlados por el Ministerio de Justicia— llevaron al TEDH a concluir que, en su conjunto, el procedimiento no cumplió con los requisitos de un proceso justo, vulnerándose el artículo 6.1 CEDH.

- e) *La ausencia de audiencia pública en el recurso de casación penal viola el derecho de defensa. Condena a España*

En el caso ***Serrano Contreras contra España, de 20 de marzo de 2012***, el TEDH vuelve a condenar a España, porque en un recurso de casación (artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) se apreció error en la apreciación de la prueba documental y se modificó la sentencia recurrida, mediante una nueva apreciación, sin dar audiencia a la parte, quien no tuvo la oportunidad de exponer ante el tribunal sus razones sobre el engaño o intencionalidad en el delito de falsificación. Se invoca la doctrina sentada en el asunto *Lacadena Calero contra España*, de 22 de noviembre de 2011.

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

- a) *La cobertura mediática de la vida privada de personajes famosos es aceptable si existen interés general y equilibrio razonable respecto de la vida privada*

Destaca el asunto ***Von Hannover (núm. 2) contra Alemania, de 7 de febrero de 2012***, donde el TEDH vuelve a pronunciarse nuevamente sobre la vida privada de la princesa Carolina von Hannover III de Mónaco, y su esposo, el príncipe Ernst August von Hannover, que desde principios de la década de 1990 han estado tratando de impedir la publicación de fotos de su vida privada en la prensa. Así, tras los procesos seguidos en los noventa, se producen ahora nuevos casos por fotografías tomadas entre los años 2002, 2004 y 2007, alegando los recurrentes que los Tribunales alemanes no habían tomado en cuenta el anterior pronunciamiento del TEDH de 2004.

En este caso, el TEDH señala que no era su tarea examinar si Alemania había cumplido con sus obligaciones en la ejecución de la sentencia de 2004, pero reconoce el trabajo realizado por los Tribunales alemanes al respecto.

Y, en relación con las fotografías —aunque reconoce que la publicación de una fotografía puede inmiscuirse en la vida privada de una persona, aun cuando esa persona es una figura pública, pues puede existir una «expectativa legítima» de privacidad— en este caso, no había indicios de que las fotografías se hubieran tomado en un clima de hostigamiento hacia los recurrentes. Y, por ello, añade que lo que debía realizarse era una ponderación entre los derechos en juego, teniendo en cuenta los siguientes criterios: a) Contribución al debate de interés general; b) La relevancia pública de la persona; c) La conducta previa de la persona en cuestión; d) Contenido, forma y consecuencias de la publicación; e) Circunstancias en las que las fotos fueron tomadas; f) La naturaleza o la gravedad de la intrusión y las consecuencias de la publicación de la foto de la persona en cuestión.

Así las cosas, el TEDH concluyó que en el presente caso no hubo violación del artículo 8 CEDH en tanto que existía un interés general unido al margen de apreciación de los Tribunales nacionales cuando se equilibran los citados intereses en conflicto, y al hecho de que las autoridades alemanas no dejaron de cumplir con sus obligaciones positivas.

b) *Derechos parentales, rechazo del derecho de adopción de parejas de homosexuales y derecho a la vida familiar*

En el asunto ***Gas y Dubois contra Francia, de 15 de marzo de 2012***, se enjuicia un supuesto de hecho donde una mujer, que convivía *more uxorio* en una relación afectiva y familiar con otra mujer, concibió un niño por inseminación artificial, y posteriormente la segunda instó a los tribunales a reconocer su derecho de adopción. Esta petición fue rechazada porque el ordenamiento francés no reconoce el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, sino el llamado Pacto Civil de Solidaridad (PACS), del cual se extrae un estatuto con ciertos derechos y deberes, que no incluyen la adopción según el Código civil francés. El TEDH desestima la demanda y sostiene que el CEDH no impone a los Estados miembros la obligación de reconocer el matrimonio a parejas del mismo sexo, existiendo un amplio margen de apreciación nacional para definir su estatuto jurídico. La cuestión de fondo, como se apunta en el Voto Particular, es llegar a entender la justificación de esta diferencia de trato desde la perspectiva del interés del menor.

En este caso destaca un muy interesante y elocuente Voto Particular del Juez Villiger, quien razona que debió ponderarse el «interés superior del menor» como criterio para resolver la autoridad parental; y advierte que no encuentra, desde esta perspectiva, razón alguna que justifique la diferencia de trato a las parejas homosexuales en las legislaciones nacionales. El Juez argumenta que el conflicto debió razonarse sin conectarlo con el derecho al matrimonio. Hay también otros dos Votos concurrentes: en uno se afirma que no es sencillo censurar en esta materia a un legislador nacional, pues es fácil sucumbir a la idea de que el TEDH actúe como una cuarta instancia; y, en el segundo, se pide al legislador francés que adapte el artículo 365 del Código Civil a las realidades sociales contemporáneas.

c) *Falta de consenso europeo respecto de los derechos parentales del padre biológico frente al padre legal*

En el caso ***Ahrens contra Alemania, de 22 de marzo de 2012***, el recurrente presenta una acción de reconocimiento de paternidad frente a la madre de la menor que en la actualidad convivía *more uxorio* con un tercero que ya había reconocido la paternidad de la niña. El recurrente alegaba que era el padre biológico, pues había mantenido una relación íntima con la madre, aunque sin ánimo marital o familiar. A esta petición se opuso el padre legal que convivía con la menor, así como los Tribunales nacionales —a pesar de un informe médico sobre la elevada probabilidad de que el recurrente fuera el padre biológico—, aduciendo que las leyes alemanas reclaman una convivencia familiar, estable y por un mínimo período de tiempo para poder reconocer la paternidad.

Es, sobre todo, relevante que el TEDH utiliza de nuevo un método de Derecho Comparado —al que acude cada vez más en los últimos tiempos— y sistematiza las regulaciones

nacionales de 26 Estados miembros relativas al reconocimiento de la paternidad de niños nacidos fuera del matrimonio (21 demandan el consentimiento de la madre; 17 reconocen el derecho del supuesto padre biológico de discutir judicialmente la paternidad del padre legal establecida por reconocimiento de la madre; en varios, el derecho se somete a límites temporales, o se impide si el niño ha convivido familiarmente con el padre que lo reconoció legalmente; en 9 no existe una acción de reconocimiento del padre biológico). De este intenso pluralismo cultural y normativo, y ante la falta de consenso europeo, el TEDH deduce un amplio margen de apreciación nacional en esta materia, y concluye que, dado que se trataba de una relación de naturaleza puramente sexual, venía afectado el derecho a la vida privada y no a la vida familiar, por lo que no se habían violado los derechos implicados.

d) *Derechos parentales y vida familiar: discriminación masculina y permiso de paternidad reservado a mujeres durante el servicio militar*

En el caso ***Konstantin Markin contra Rusia, de 22 de marzo de 2012***, la Gran Sala analiza el permiso de paternidad durante el servicio militar. En este caso, el recurrente —quien alcanzó un acuerdo de divorcio con su esposa asumiendo la custodia de sus tres hijos—, vio rechazada la solicitud de un permiso de paternidad, debido a su género masculino, puesto que la ley rusa sólo reconoce ese derecho a las mujeres. El caso llegó al Tribunal Constitucional ruso, que trajo a colación una doctrina semejante a la de las relaciones de sujeción especial.

El TEDH, tras realizar un estudio de Derecho comparado de 33 Estados, reconoce el amplio margen de apreciación nacional respecto del servicio militar y su disciplina. Y si bien resalta la rigidez de la legislación rusa y reconoce que no existe una obligación positiva de los Estados de proveer el permiso de paternidad, sí que existe respecto de la promoción de la vida familiar sin discriminaciones. Por lo que concluye que la tradicional diferencia social de roles según los géneros no puede justificar esta exclusión ni tampoco una supuesta discriminación positiva en favor de las mujeres —como aducía con cinismo el Estado demandado, máxime cuando el soldado trabajaba como radioescucha en un servicio donde estaba rodeado de mujeres, quienes podían reemplazarle perfectamente—. La exclusión de los derechos de paternidad de los hombres en servicio frente a las mujeres en servicio carece de justificación y no puede considerarse ni razonable ni objetiva. Hay un Voto concurrente y otro disidente.

F) Libertad de expresión (art. 10 CEDH)

a) *Información sobre particular incurso en procedimiento criminal puede estar justificada si concurre interés general suficiente*

En ***Standard Verlags GMBH contra Austria (núm. 3), de 10 de enero de 2012***, el TEDH ha de analizar la publicación en los medios de comunicación del nombre y apellidos del director de un banco envuelto en una importante crisis y sometido a investigación judicial. En su jurisprudencia anterior el TEDH había realizado una interpretación bastante restrictiva del alcance de la libertad de expresión en estos supuestos, considerando conforme con

el CEDH la imposición de restricciones a la publicación de los nombres de los implicados en investigaciones penales, al menos en los primeros pasos del proceso. Sin embargo, en este supuesto el TEDH considera que la imposición de una sanción al medio fue lesiva de su derecho a la libertad de información. Recuerda su doctrina sobre las personas públicas (entre las que no se encuentra el afectado) y las personas envueltas en asuntos públicos, y reconoce que el presente asunto tenía un interés público muy acusado por tratarse de la quiebra de un banco con importantes conexiones con el mundo político y por ser además el director el hijo del controvertido presidente del *Land* afectado. En este tipo de situaciones el TEDH admite muy pocas interferencias en el ejercicio de la libertad de expresión, por considerar la existencia de un indudable interés público más allá de la mera satisfacción de curiosidad, justificándose así la publicación de los datos del recurrente y siendo desproporcionada cualquier tipo de limitación.

b) Una información veraz, pero distorsionada, puede ser objeto de sanción civil

En el asunto ***Rüzonvy Panter contra República Checa, de 2 de febrero de 2012***, el TEDH enjuicia un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión por parte de una organización que publicó un comunicado difamatorio contra personajes políticos. El TEDH entiende que la restricción a la libertad de expresión está justificada y que no hubo lesión del citado derecho en la medida en que, aunque la base fáctica última pudiera considerarse necesaria, la información estaba tan sumamente distorsionada que no podía apreciarse buena fe en quienes la transmitieron. En tal sentido se considera que tal buena fe es una manifestación de los deberes y responsabilidades de quienes ejercen la libertad de expresión aunque lo hagan, como era el caso, no mediante los medios de prensa clásicos sino a través de páginas web. Por otra parte, la sanción era proporcionada al tratarse de una sanción civil de aproximadamente tres mil euros.

*c) Existencia de interés público en reportajes sobre famosos:
el margen de apreciación de los Tribunales nacionales*

En el asunto ***Axel Springer AG contra Alemania, de 7 de febrero de 2012***, se analiza la publicación de varios reportajes sobre un famoso actor de televisión que había sido arrestado por posesión de drogas.

Debemos destacar aquí que en el presente caso no entra en juego el artículo 8 CEDH porque el TEDH ha considerado que no se producía un ataque a la reputación del actor del nivel de seriedad y de repercusión tal que dañara su vida privada.

Así las cosas, el TEDH recuerda su jurisprudencia sobre la libertad de expresión y el hecho de que la misma es aplicable no sólo a las «ideas» favorables o inofensivas, sino también a las que ofenden o perturban, aunque siempre que no se sobrepasasen ciertos límites, como el respeto a los derechos de los demás. Asimismo, el TEDH reitera su jurisprudencia sobre el concepto de «interés público», resaltando que su definición dependerá de las circunstancias de cada caso. No obstante, se debe tener en cuenta, por un lado, el papel o función de la persona en cuestión y la naturaleza de sus actos, distinguiéndose así particulares de personas que actúan en un contexto público, como las figuras públicas o

políticas; y, por otro lado, la forma en la que se publicaron los reportajes o imágenes; o el grado de fama del personaje.

Por todo ello, en el presente caso, teniendo en cuenta estos factores y los términos empleados por los Tribunales nacionales a la hora de evaluar la fama del citado actor, el TEDH consideró que el demandante era un personaje público y que existía un interés público. Por este motivo, el TEDH concluyó que, a pesar del margen de apreciación de los Estados contratantes, no existía una relación razonable de proporcionalidad entre las restricciones impuestas por los Tribunales nacionales y el fin legítimo perseguido. Y, en consecuencia, se produjo una violación del artículo 10 CEDH.

En este caso destaca el Voto discrepante del Juez López Guerra, que considera que el TEDH dio más peso a la libertad de expresión que al derecho a la vida privada al considerar que los Tribunales nacionales no habían actuado correctamente, lo que llevaba a afirmar que el TEDH volvía de nuevo a convertirse en una cuarta instancia para revisar las evaluaciones debidamente llevadas a cabo por los Tribunales nacionales. Se abre nuevamente la cuestión sobre el margen de apreciación de los Estados y la consideración del TEDH como una cuarta instancia.

d) Discurso del odio: la condena penal por distribuir publicidad contra homosexuales no es contraria a la libertad de expresión

En este caso (*Vejdeland y otros contra Suecia, de 9 de febrero de 2012*), los demandantes, unos ciudadanos suecos, habían sido condenados por un delito de instigación contra un grupo nacional o étnico, por dejar, en los armarios de los estudiantes de una escuela de secundaria, un centenar de panfletos en los que se calificaba la homosexualidad como «*tendencia sexual anormal*» de «*efecto moralmente destructivo en el seno de la sociedad*». El Tribunal Supremo sueco consideró que los alumnos de la escuela donde se repartieron los folletos no tuvieron posibilidad de rechazar los folletos y que el propósito alegado por los demandantes de alentar al debate sobre la homosexualidad se podría haber logrado sin las declaraciones ofensivas para los homosexuales como un grupo.

En este caso, el TEDH recuerda que la discriminación basada en la orientación sexual de las personas es tan grave como la discriminación basada en «*raza, origen o color*». Y, aunque reconoce el derecho de los demandantes para expresar sus ideas, sentenció que la condena de dos años de cárcel y unos dos mil euros de multa no suponían una lesión de su derecho reconocido en el artículo 10 CEDH porque las declaraciones de los folletos «*habían sido innecesariamente ofensivas*»; y porque la condena que se les había impuesto cumplía con el requisito de la previsibilidad, así como con el hecho de estar «*prescrita por la ley*», perseguir un fin legítimo (a saber, «*la protección de la reputación y los derechos de los demás*») y ser proporcionada. La interferencia en el derecho fue, por lo tanto, una medida necesaria en una sociedad democrática para proteger los derechos de terceras personas.

e) Estereotipos negativos sobre un grupo minoritario, los gitanos, y límites a la libertad de expresión derivados de la vida privada

En el asunto *Aksu contra Turquía, de 15 de marzo de 2012*, se vuelve a evidenciar el debate sobre si la doctrina del margen de apreciación nacional obliga a detenerse en la

revisión de los hechos. En este caso el TEDH analiza las manifestaciones estereotipadas realizadas sobre la minoría gitana (*Roma*). El Ministerio de Cultura turco editó un libro y dos diccionarios sobre los gitanos en Turquía que contenían afirmaciones, expresiones y definiciones estereotipadas que podían considerarse ofensivas para este grupo étnico. El TEDH recuerda que los estereotipos negativos, si alcanzan cierto nivel, pueden suponer un impacto en la identidad de un grupo y producir un sentimiento de pérdida de confianza en sus miembros; y que esta desconfianza se puede producir con mayor razón respecto de minorías que poseen unas necesidades y estilo de vida muy diferentes, como puede ser la minoría gitana. No obstante, la mayoría desestima la demanda al entender que el Gobierno demandado no ha sobrepasado el margen de apreciación nacional en la ponderación de los hechos, al entender que se trataba de una publicación académica que no tenía voluntad alguna de humillar a los gitanos y en la que también existían expresiones semejantes respecto de otros grupos. El TEDH concluye que no hubo violación del CEDH. Un Voto disidente discrepa advirtiendo, por un lado, la diferente actitud y sensibilidad que los tribunales del Estado demandado adoptan cuando se trata de revisar ofensas a la nacionalidad y cultura turcas; y, por otro lado, resaltando el hecho de que el que las publicaciones fueran académicas no es una excusa para verter insultos a la dignidad étnica.

G) Libertad sindical (art. 11 CEDH)

a) El reconocimiento de la titularidad de la libertad sindical a clérigos y personal laico de una Iglesia

En el asunto *Sindicatul păstorul cel bun contra Rumanía, de 31 de enero de 2012*, el TEDH analiza si la decisión de las autoridades rumanas de denegar la inscripción de un sindicato formado por clérigos y personal laico que trabajaban para la Iglesia ortodoxa rumana lesionaba el artículo 11 CEDH. En esta línea, el TEDH recuerda que la libertad sindical protege el derecho a defender los intereses profesionales de sus miembros, de modo que un Estado vulneraría la libertad indicada si la negativa a registrar el sindicato correspondiente le impidiera desarrollar actividades tendentes a defender tales intereses. El TEDH añade, además, que el personal religioso y laico de una Iglesia no se encuentra comprendido entre aquellos supuestos previstos en la legislación rumana cuya libertad sindical podía ser objeto de restricciones especiales, y que hace referencia expresa a los miembros de las fuerzas armadas, de la policía y de la Administración.

Reconocida la titularidad del derecho a los demandantes, el TEDH procede a realizar su test de proporcionalidad y, si bien la legalidad y la legitimidad del objetivo perseguido por la medida no planteaban problema alguno, mayores controversias parecía plantear la proporcionalidad. Aunque el TEDH reconocía que el CEDH permite a un empleador, cuya ética se base en una religión, imponer obligaciones especiales de lealtad a sus empleados, esas obligaciones no pueden impedir a las autoridades nacionales analizar la proporcionalidad de eventuales restricciones a los derechos fundamentales de tales empleados. En esa lógica, el TEDH tenía en cuenta que el sindicato creado pretendía defender los derechos e intereses socioeconómicos de sus afiliados y que, en ningún caso, pretendía poner en tela de juicio la tradición cristiana ortodoxa o el estatuto de la Iglesia ortodoxa rumana, como mantenían los Tribunales rumanos. La negativa a registrar el sindicato no parecía

adecuarse a la finalidad supuestamente perseguida por la medida y, por tanto, resultaba desproporcionada, y lesionaba el artículo 11 CEDH.

H) Derecho de propiedad (art. 1 Protocolo núm. 1 CEDH)

a) Ausencia de cumplimiento de obligación positiva de restitución de vivienda en caso de embargo

En el asunto *Kontsevych contra Ucrania*, de 16 de febrero de 2012, la demandante alegó que la entrega de su casa como consecuencia de la falta de pago de un préstamo personal por no haber podido hacerle frente, y el haber estado viviendo con cuatro hijos en un edificio en ruinas, se debió al no cumplimiento de la obligación de los poderes públicos de proteger la propiedad privada. En este caso, el TEDH consideró que las autoridades nacionales que analizaron el caso actuaron de forma ilícita y no ejecutaron una orden de restitución del apartamento a la demandante, provocando que la misma entregara su vivienda y pasara a vivir prácticamente en la calle, lesionando su derecho de propiedad.

I) Derecho a unas elecciones libres (art. 3 Protocolo núm. 1 CEDH)

a) La anulación de una candidatura individual sin pruebas suficientes supone una vulneración del derecho a elecciones libres

En los asuntos *Abil contra Azerbaiyán* y *Khanhuseyn Aliyev contra Azerbaiyán*, ambas de 21 de febrero de 2012, y *Atakishi contra Azerbaiyán*, de 28 de febrero de 2012, los hechos son idénticos: los recurrentes habían presentado su candidatura para las elecciones a la Asamblea Nacional de Azerbaiyán como candidatos independientes y sus candidaturas fueron anuladas por los Tribunales nacionales, al ser acusados de soborno a los votantes (de haberles ofrecido dinero para obtener su voto, e incluso, como en el caso *Atakishi*, de haber insultado a los otros candidatos y haber interrumpido sus mítines).

En primer lugar, el TEDH reitera que, a que pesar de que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para imponer las condiciones para ejercer el derecho de sufragio, tanto activo como pasivo, es el mismo TEDH quien decide en última instancia si se cumplen los requisitos establecidos en el art. 3 del Protocolo núm. 1 CEDH.

En segundo lugar, el Tribunal resalta que si se demuestra que un candidato ha utilizado métodos ilegales para hacer campaña podría acarrear graves consecuencias para el candidato en cuestión, como su descalificación como candidato. Por ello, el Tribunal considera que es preciso que, para el correcto y efectivo ejercicio de cada uno de los derechos electorales consagrados en el CEDH, los sistemas nacionales debían establecer procedimientos que contengan garantías suficientes para proteger a los candidatos de posibles acusaciones abusivas e injustificadas, así como que el procedimiento en el que se decide la anulación de una candidatura por estas causas ha de estar basada en pruebas suficientes y que tengan carácter relevante, no en meras sospechas.

Por todo ello, el TEDH, a la vista de que, a su juicio, en ambos casos la decisión de las autoridades nacionales se había basado en pruebas inadecuadas, insuficientes e irrelevantes, afirmó que se había producido una vulneración del derecho a las elecciones libres consagrado en el art. 3 del Protocolo núm. 1 CEDH.

- b) *Derecho al sufragio activo de los expatriados o nacionales que vivan en el extranjero: amplio margen de apreciación nacional a la hora de ponderar la ausencia de residencia de los ciudadanos*

El caso *Sitaropoulos y Giakomoupoulos contra Grecia*, de 15 de marzo de 2012, es relevante por dos razones. Vuelve a practicarse un método de Derecho comparado a la búsqueda de un —inexistente— consenso normativo europeo; y vuelve a revocarse, en cuestiones políticamente sensibles, una decisión de una Sala por una Gran Sala, como ya sucedió con los casos *Lautsi I y II*. La Gran Sala parece pues ser más diplomática y deferente con los Estados demandados que las Salas en sus aproximaciones, lo que no es extraño a la vista de su composición (artículo 26.5 CEDH), repleta de presidentes y vicepresidentes dotados de una mayor dimensión institucional.

Los recurrentes, funcionarios del Consejo de Europa, que viven en Estrasburgo, pidieron al embajador de Grecia en Francia que facilitara su derecho de voto, invocando el artículo 51.4 de la Constitución griega, que establece que «las condiciones que regulen el ejercicio del derecho de sufragio por personas fuera del país podrán ser especificadas por las leyes»; pero las elecciones de 2007 se desarrollaron sin que pudieran votar en ausencia de previsión legal. En la Sentencia de Sala se reconocieron sus derechos electorales en una suerte de declaración de inconventionalidad derivada de una inconstitucionalidad por omisión.

El TEDH practica un muy detallado método de análisis según el Derecho comparado y argumenta que hay 37 Estados miembros donde se reconoce el derecho de los ciudadanos a votar en el extranjero en las elecciones al Parlamento mediante diversas regulaciones y sistemas, y otros 8 que no lo reconocen o imponen restricciones muy significativas. Por consiguiente, deben reconocerse muy diversas maneras de regular las competiciones electorales según la evolución política de cada país. Existe respecto del derecho de sufragio una presunción en favor de su inclusión en un Estado democrático y, en consecuencia, las exclusiones del mismo de grupos o categorías por las legislaciones nacionales deben ser revisadas. Además caben importantes «restricciones implícitas» al derecho analizado. No obstante, el criterio de la residencia puede ser ponderado por el legislador electoral sin violarse el Convenio y permitir —según la jurisprudencia europea que se reseña— justificar restricciones en virtud de fines o razones como pueden ser, por ejemplo, la presunción de que los ausentes no están tan preocupados por el día a día de sus países o el tiempo de residencia en el extranjero. Se concluye que el CEDH no impone adoptar medidas que reconozcan a los expatriados el derecho de voto, pese a que el Parlamento y las instituciones del Consejo de Europa hayan invitado a los Estados miembros a facilitar esta participación, y a que estas medidas han ganado terreno en Europa desde 1980.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Libertad de empresa y derecho de propiedad intelectual (arts. 16 y 17.2 CDFUE)

Es en el asunto *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (SABAM) y Netlog NV (C- 360/10)*, de 16 de febrero de 2012, donde el TJUE resuelve un caso idénti-

co al asunto *Scarlet Extended SA y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (C- 70/10)*, comentado en el número 55 de *Justicia Administrativa*, sobre descargas de Internet de archivos musicales sin autorización y sin pago de derechos de autor.

B) Derecho de defensa (art. 47 CDFUE)

En el asunto *G y Cornelius de Visser (C-292/10)*, de 15 de marzo de 2012, se analizan las dudas sobre si el Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil permitía condenar en rebeldía cuando se ha comunicado la demanda mediante edicto.

Los hechos que provocaron el presente caso fueron los siguientes: la Señora G. contrató los servicios de fotografía y video del Sr. de Visser en el 2003 para que le hiciera unas fotos en Alemania en las que aparecía parcialmente desnuda para «una fiesta». Sin embargo, a pesar de que la señora G. no autorizó la publicación o difusión de estas fotos, en el año 2009 supo por unos compañeros de trabajo que habían sido colgadas en un sitio de Internet. A pesar de conocer que el propietario del citado sitio había declarado dos direcciones de contacto en los Países Bajos, las comunicaciones allí enviadas fueron devueltas con la mención «desconocido en destino». Y, en aplicación del derecho alemán, se notificó en el tablón de anuncios del *Landgericht* de Regensburg (donde se había iniciado el procedimiento).

El TJUE considera que el art. 47 CDFUE no es absoluto. Aunque el art. 26 del Reglamento citado exige que se suspendan los procedimientos hasta que se acredite que el demandado ha recibido la demanda con tiempo suficiente para defenderse o que se han tomado las diligencias oportunas para dicho fin, dicho artículo no es aplicable si se desconoce el domicilio del demandado. Por ello, añade el TJ que (recordando la jurisprudencia del TEDH, caso *Nunes Días contra Portugal*, de 10 de febrero de 2003), el Tribunal ordinario debe cerciorarse de que se han llevado a cabo las averiguaciones exigidas por los principios de diligencia y buena fe para encontrar al demandado.

Por tanto, el TJUE concluye que cabe la condena en rebeldía tras haberse notificado una demanda mediante edicto. Ahora bien, el derecho de defensa exige que la sentencia resultante no pueda considerarse un título ejecutivo europeo. En otros términos, la sentencia dictada en rebeldía no podrá ejecutarse de manera automática en otro Estado Miembro y, por tanto, deberá someterse a los controles que sean oportunos en el Estado Miembro en que deba ser ejecutada.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Igualdad (art. 14 CE)

a) *Igualdad tributaria: la convivencia no puede ser la única causa que justifique una deducción por mantenimiento de descendientes*

La **STC 19/2012, de 15 de febrero**, considera inconstitucional que la Ley 40/1998, reguladora del IRPF, utilizara la «convivencia» para atribuir una deducción por los gastos que genera el mantenimiento de los descendientes. Al igual que el Grupo Parlamentario

Socialista, promotor del recurso de inconstitucionalidad, el TC encuentra que supone una diferencia injustificada respecto de los contribuyentes que, aun concurriendo al sostenimiento de sus hijos, no conviven con ellos.

b) Diferenciación por razón de edad para solicitar la movilidad dentro de la policía local

¿Resulta constitucional que la Ley andaluza 13/2001, de coordinación de policías locales, exija, para solicitar la movilidad a los policías locales, que falten más de 10 años para el cumplimiento de la edad que determinaría el pase a la relación de segunda actividad? El juez *a quo* consideró que dicha disposición podría contradecir los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, previstos en los arts. 23.2 y 103.3 CE. La **STC 29/2012, de 1 de marzo**, recuerda que, aunque la edad podría constituir una categoría sospechosa de discriminación, el legislador no tiene prohibido utilizarla en lo que respecta al acceso a las funciones públicas siempre y cuando lo justifique en atención a las características del puesto de que se trate.

La cuestión de inconstitucionalidad se resuelve razonando que aceptar a un aspirante en edad más o menos cercana al pase a la segunda actividad —en la que el policía local queda excluido de actuaciones policiales operativas— supondría un perjuicio económico para el municipio, que debería reponerlo, pero también un perjuicio para la prestación del servicio al ciudadano. La ley resulta constitucional por haberse encontrado una justificación doble para utilizar la edad como elemento diferenciador: garantizar la estabilidad de las plantillas y el ahorro de costes de personal, y también asegurar la eficacia del servicio activo de policía, al procurar una cierta permanencia en éste.

B) Derecho a la intimidad (art. 18 CE)

a) La utilización del método periodístico de «cámara oculta» vulnera los derechos a la intimidad y a la propia imagen si puede utilizarse un medio menos lesivo

La **STC 12/2012, de 30 de enero**, se pronuncia por primera vez sobre la legitimidad constitucional de un instrumento periodístico utilizado con cierta asiduidad por los medios de comunicación españoles: la llamada «cámara oculta». El caso objeto de estudio planteaba la eventual vulneración de la libertad de información de un canal televisivo que fue condenado por violar los derechos a la intimidad y a la propia imagen de una esteticista que había sido objeto de una grabación con cámara oculta por un periodista, que se hizo pasar por un cliente y se introdujo así en su despacho profesional. Tras recordar su jurisprudencia habitual referida a las colisiones entre la libertad de información y los derechos a la intimidad y a la propia imagen, el TC llega a idéntica conclusión que el TS (*Justicia Administrativa*, núm. 45), confirmando la prevalencia de estos últimos en el caso analizado. El TC subraya así que la libertad de información prevalece sobre el derecho a la intimidad en aquellos casos en que se difunde una información considerada de interés general, indicando que sólo existe éste cuando se transmite una información que por su importancia puede contribuir a la formación de la opinión pública, centrándose en «aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona

se haya visto involucrada» (FJ 4). Igualmente, el TC recuerda que el derecho a la propia imagen puede ceder frente a la libertad de información en relación con personas que tienen proyección pública o en aquellos casos en los que una persona se encuentre en un lugar abierto al público.

Sin embargo, en el caso objeto de estudio, la relevancia pública de los hechos o la proyección pública de la afectada no es siquiera objeto de discusión: el TC se centra en el medio utilizado por el periodista para acceder a la información y, en esa lógica, señala que ni siquiera cuando la noticia sea de relevancia pública pueden los periodistas utilizar instrumentos que no sean proporcionados al fin perseguido. El actuar del periodista debe ser así adecuado, necesario y proporcionado para la realización constitucional de la libertad de información; lo que no ocurría en el caso objeto de estudio, en la medida en que se utilizó un medio especialmente intrusivo, que captó tanto la imagen como la voz de la persona, permitiendo su completa identificación, sin que ésta tuviera conocimiento de ello y pudiera, por tanto, oponerse a la difusión del contenido. Además, señala el TC, la grabación se realizó en un contexto en el que la afectada tenía legítimas expectativas de ver preservada su intimidad (su propio despacho profesional) y utilizando una treta, en la medida en que el periodista se hizo pasar por un cliente para obtener declaraciones que probablemente no habría obtenido en caso de presentarse como profesional de la comunicación. La utilización del ardid periodístico fue excesiva, según señalaba el propio TC, en la medida en que el periodista podría haber obtenido idéntica información (referida al correcto actuar profesional de la afectada) entrevistando a alguno de sus clientes. (En la misma línea: **STC 24/2012, de 27 de febrero**).

C) Derecho de acceso a los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE)

a) *El nombramiento para cargos de gobierno municipales no se integra en el núcleo esencial de la función representativa del concejal*

La **STC 9/2012, de 18 de enero**, desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante, sobre la supuesta inconstitucionalidad del párrafo tercero del art. 73.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL) por su posible contradicción con el art. 23.2 CE al haberse nombrado Teniente de Alcalde y miembro de la Junta Local a un concejal que había pertenecido al Grupo Socialista, pasando a ser «concejral no adscrito». El art. 73.3 LBRL establece: «Los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia y se ejercerán en la forma que determine el reglamento orgánico de cada corporación». Para el órgano judicial el trato diferente recibido entre concejales adscritos a un grupo y los que pasan a ser no adscritos (por abandono de su grupo municipal) incide en el núcleo esencial de sus funciones representativas.

El análisis del Tribunal se centra en determinar si el precepto cuestionado, tal y como es entendido por el órgano judicial, afecta al núcleo del derecho al ejercicio de cargos públicos representativos protegido por el art. 23.2 CE, en cuyo caso debería ser declarado inconstitucional. Comienza parafraseando las alegaciones del Fiscal General del Estado, según las cuales el art. 73.3 LBRL forma parte de una serie de medidas «para frenar y re-

ducir el condenable fenómeno de deslealtad política conocido como transfuguismo», entre las que se encuentra la creación legal de la figura de los «concejales no adscritos», que no pueden integrarse en grupo alguno. Según una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, estas medidas pueden limitar los derechos de los representantes electos siempre que no afecten al núcleo de la función representativa.

A este respecto, la Sentencia comentada recuerda la anterior STC 169/2009 (reseñada en el núm. 46 de esta Revista), conforme a la cual «entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación provincial se encuentran la de participar en la actividad de control del gobierno provincial, la de participar en las deliberaciones del pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores», doctrina que considera extrapolable a las funciones de los miembros una corporación municipal. Conforme a ella, el Tribunal mantiene que la pertenencia a la Comisión de Gobierno y la designación como Teniente de Alcalde del concejal no están incluidas en el núcleo básico del mandato representativo. Por tanto, no se ve vulnerado el art. 23.2 CE. Esta doctrina se reitera en la **STC 30/2012, de 1 de marzo**, dictada en un caso similar. Vemos cómo se empieza a consolidar esta jurisprudencia constitucional.

El Voto Particular del Magistrado Don Luis Ignacio Ortega Álvarez se manifiesta de acuerdo con el fallo de la Sentencia pero considera que ésta debió avanzar un paso más en su línea de razonamiento descartando la posibilidad de una interpretación del precepto cuestionado como la que se apunta en el Auto de planteamiento de la Cuestión de Inconstitucionalidad. Una vez descartada la interpretación del art. 73.3 LBRL realizada por el órgano judicial proponente, la presente Cuestión habría quedado privada de fundamento lo que, a juicio del Magistrado discrepante, debió haberse puesto de manifiesto en la Sentencia.

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

a) *Falta de prescripción de la sanción mientras está pendiente de resolución el recurso de alzada, aunque la Administración no resuelva en plazo legal*

En la **STC 37/2012, de 19 de marzo**, pronunciada por el Pleno en Cádiz en el Oratorio de San Felipe Neri —el día en que se cumplían doscientos años de la promulgación de la Constitución Española de 1812— se abordaron dos cuestiones preliminares de interés: la posibilidad de que por un juzgado o tribunal se plantee una cuestión de inconstitucionalidad contra determinados preceptos legales en la interpretación que les ha dado el TS a través de la fijación de una determinada doctrina legal vinculante para los juzgados y tribunales inferiores; y si ese carácter vinculante, concebido como excepcional para los recursos de casación contencioso-administrativos «en interés de la ley», no atenta contra la independencia judicial porque la ley lo prevé así para ese ámbito tan excepcional y porque —se afirma, en una argumentación que el Magistrado Sr. Pérez Tremps en su voto particular juzgará confusa— la vinculación no llega precisamente hasta el punto de no poder plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

El TS había interpretado los arts. 81 de la Ley de Seguridad Vial y 132 de la Ley 30/1992, aplicables en el proceso *a quo*, sentando doctrina legal, en este sentido: «El límite para el ejercicio de la potestad sancionadora, y para la prescripción de las infracciones, concluye con la resolución sancionadora y su consiguiente notificación, sin poder extender la misma a la vía de recurso» (STS de 15 de diciembre de 2004); y por otro lado, «interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción» (STS de 22 de septiembre de 2008).

El TC rechaza que tales preceptos, así interpretados por el TS, sean contrarios al principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE ni al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE con relación al silencio administrativo. Por otra parte, el TC se hace eco de la precaución del TS en su jurisprudencia, al referirse a las «consecuencias indeseables, como sería la pervivencia indefinida de una resolución sancionadora que estuviese pendiente de recurso de alzada y de la que no pudiese predicarse la prescripción de la infracción ni de la sanción», afirmando que esa doctrina puede ser revisada en casos en que se plantee la prescripción, ya no de la sanción, sino de la infracción, como advierte expresamente en su Sentencia en interés de la ley de 22 de septiembre de 2008; a juicio del TC, con ello se deja por el TS abierta la puerta a sucesivas reconsideraciones cuando el caso así lo precisare, lo que reforzaría la legitimidad constitucional de la doctrina legal sentada.

En el Voto Particular del Magistrado Sr. Gay Montalvo se considera que la jurisprudencia del TS que ahora avala el TC implica que la pasividad de la Administración en resolver el recurso de alzada, por muy duradera que fuera, no produciría la prescripción de las sanciones, quedando así el administrado en una permanente situación de inseguridad jurídica.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derechos de los extranjeros (art. 13 CE)

- a) *Denegación de visado para reagrupación familiar de mujer marroquí con su madre, a pesar de haberse concedido la autorización de residencia temporal por agrupación familiar*

STS 190/2012, de 27 de enero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, ponente D.^a María Isabel Perelló Doménech. El recurso de casación es estimado, dado que aunque se concedió la autorización de residencia temporal por agrupación familiar a favor de la madre de la recurrente residente en España, posteriormente se denegó el visado necesario para entrar en territorio nacional por el Consulado al entender éste que las circunstancias no justificaban la necesidad de autorizar su residencia en España, considerando de forma implícita la equivocación cometida al concederse el permiso de residencia temporal. El Consulado debió haberse abstenido de valorar aquello que ya había sido tomado en consideración para la concesión del permiso de residencia, y conceder el visado, siendo viable la revisión de oficio de lo acordado si consideraba que otro órgano de la misma Ad-

ministración había aplicado mal el derecho y había concedido lo que no debía. Se estima el recurso y se anula la denegación del visado.

- b) *Denegación de asilo a mujer nigeriana, pero concurrencia de circunstancias que permiten la concesión de la permanencia por razones humanitarias*

STS 1197/2012, de 24 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, ponente D.^a María Isabel Perelló Doménech. El Tribunal de instancia desestimó el recurso planteado por no encontrar suficientes elementos de prueba que permitieran creer los motivos alegados, apreciando contradicciones entre su relato y el realizado por su marido al solicitar asilo, así como no concurrir indicios suficientes de persecución. No obstante las circunstancias concurrentes familiares conllevan el reconocimiento de razones humanitarias y permanencia de la mujer con su hija.

Con las sucesivas reformas del Reglamento de asilo, además de los supuestos en que se aprecien motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado, se introduce la posibilidad de valorar una autorización de permanencia por razones humanitarias distintas, como es la índole personal o social concurrente en el solicitante (esta última posibilidad reviste la forma de autorización de residencia). La Sala, ponderando las circunstancias personales de la recurrente, cuyo informe psicológico diagnosticaba depresión aguda por los traumas causados durante la travesía —la muerte de su hija— y estima en parte el recurso de casación, autorizando la permanencia en España de la mujer y por extensión a su hija nacida después en España, por razones humanitarias. Los Tribunales van desvinculando las razones humanitarias a la situación de persecución y lo enfocan a una vinculación con hechos y circunstancias personales.

- c) *Denegación de visado para reagrupación familiar de tres menores con su padre nacionalizado español y su nueva esposa*

STS 1485/2012, de 28 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, ponente D. Pedro José Yagüe Gil. Se formula el recurso de casación contra la sentencia desestimatoria del recurso contra la denegación de solicitud de reagrupación familiar instado por un hombre nacionalizado español con sus hijos menores de edad habidos de su primera esposa, que queda en Gambia. Se pretende la reagrupación de los hijos con el padre y su actual pareja. El Tribunal de instancia fundaba su denegación en que se pretendía el desarraigo de los menores de su país de origen y que el consentimiento prestado por la madre biológica era cuestionable.

Se estima el recurso de casación, con un voto particular, que entiende debe ser desestimado el recurso por las razones de que: los tres hijos cuya reagrupación se pretendía eran menores de corta edad y vivían en Gambia al cuidado de su madre; la madre a la hora de firmar la aceptación de salida de los menores, lo hizo mediante estampación de huella dactilar, sin constancia de que hubiera llegado a entender lo que firmaba; que la denegación del visado en el Consulado estaba razonada en la duda sobre la veracidad de las razones invocadas; y que su eventual otorgamiento produciría la ruptura del vínculo familiar

ya existente en ese momento entre la madre y sus tres hijos pequeños; y, finalmente, que la reagrupación con el padre implicaría la desvinculación de su madre en Gambia.

d) Denegación de visado de residencia no lucrativa a matrimonio ruso

En las SSTS 2061/2012 y 1859/2012, de 22 de marzo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, ponentes D.^a María Isabel Perelló Doménech y D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, se presentaron recursos de casación contra denegaciones de visados de residencia no lucrativa: por no reunir las condiciones del arraigo en España; no acreditar medios de vida fijos en su cuantía y periódicos en su devengo; no acreditar el origen y licitud de sus ingresos; y no existir certeza de que no se fueran a realizar en España actividades laborales teniendo en cuenta su edad, ni que fueran a residir en España más de 180 días. El Tribunal de instancia desestimó el recurso con base en los indicios suficientes, ya observados por el Consulado, de que se quería obtener una situación privilegiada que permitiría el libre tránsito por todo el ámbito de la UE, sin necesidad de obtener sucesivos visados.

Sin embargo, el TS estimó el recurso de casación, por resultar insuficientes las razones que justifican la denegación del visado —entre otras, que la Administración había expedido anteriormente distintos visados al matrimonio sin cuestionar su buena conducta o su peligrosidad real o potencial para la seguridad y el orden público español, que en ningún momento se les había impedido el acceso a España, o se les había sancionado por conducta antijurídica—. Así las cosas, como la denegación se produjo por las dudas sobre la veracidad de los motivos invocados para pedir el visado, y, por otro lado, la demostración de un asentamiento estable impedía denegar directamente el visado, el TS ordenó que el expediente continuara su sustanciación administrativa.

B) Derecho a la intimidad (art. 18 CE)

a) Sobre la relevancia pública de noticias dirigidas a «satisfacer la curiosidad ajena»: la visión del TS sobre la prensa rosa

En la STS 5/2012, de 19 de enero, Sala de lo Civil, ponente Juan Antonio Xiol Ríos, el TS vuelve a reiterar una concepción de la «relevancia pública» de una noticia que parece contradecir la jurisprudencia del TC en la materia y lo hace al hilo de una colisión entre la libertad de información y los derechos a la intimidad y a la propia imagen. El litigio traía causa de la difusión en un programa de televisión de unas imágenes en las que aparecía un conocido periodista y presentador televisivo, con varios amigos, disfrutando de una noche juntos, y en el que se insinuaba la existencia de una relación sentimental entre el citado periodista y una de las acompañantes. Aunque el afectado consideró lesionados sus derechos a la intimidad y a la propia imagen, el TS realizó una valoración diferenciada de ambos derechos y concluyó que sí se había vulnerado el derecho a la intimidad, aunque no el derecho a la propia imagen.

En esta lógica, el TS señalaba que la libertad de información debe prevalecer sobre el derecho a la intimidad en relación con hechos de relevancia pública. Siguiendo su jurisprudencia habitual, el TS consideraba que «la valoración acerca de la naturaleza y del conte-

nido de los programas o de su calidad televisiva no puede excluir *a priori* su trascendencia para la formación de la opinión pública libre, que no sólo depende de programas en los que se aborde directamente información sobre temas políticos o se promueva la expresión de opiniones sobre estos, sino de todos aquellos que, cualquiera que sea su objeto o su formato, sean susceptibles de influir sobre la opinión pública». Sin embargo, en el caso objeto de estudio, el TS consideraba que la trascendencia informativa de la noticia (la supuesta relación sentimental de los dos sujetos) era débil, mientras que los comentarios sobre la supuesta relación sentimental del periodista constituían un atentado excesivo contra su intimidad, máxime si se tenía en cuenta que el afectado no había difundido datos sobre su vida sentimental.

La conclusión era diferente en relación con el derecho a la propia imagen. El TS subrayaba así que tal derecho sólo podría verse vulnerado por las imágenes difundidas y nunca por los comentarios de los tertulianos del programa. Sin embargo, tal no era el caso, en la medida en que las imágenes habían sido grabadas en lugares públicos, los afectados eran personajes públicos, que no habían tratado en ningún caso de esconderse o de buscar lugares que propiciaran cierta intimidad y que nunca se mostraban en actitudes cariñosas o íntimas. Por todos esos motivos, el TS consideraba que la difusión de la grabación no había supuesto en sí una vulneración del derecho a la propia imagen ni tampoco del derecho a la intimidad, en la medida en que la vulneración de este derecho provenía únicamente de los comentarios que se hicieron sobre las imágenes difundidas.

b) La aplicación de la jurisprudencia «López Ostra» a un litigio entre particulares

La **STS 1606/2012, de 5 de marzo, Sala de lo Civil, ponente Francisco Marín Castán**, aplica la jurisprudencia *López Ostra* a un litigio entre particulares, condenando a la parte demandada a indemnizar a la demandante por el perjuicio causado por los constantes ruidos sufridos en su vivienda habitual, provocados por la afición de las hijas de la demandada a tocar el piano. La parte demandante señalaba así que los constantes ruidos que hubo de padecer todos los días, entre las 3 de la tarde y las 10 de la noche, derivados de los ensayos con el piano realizados por las hijas de los demandados, vulneraban su derecho a la intimidad personal y familiar, en la medida en que excedían de los niveles de ruido fijados en la normativa de la Comunidad Valenciana. El TS, tras recordar la jurisprudencia del TEDH, del TC y su propia jurisprudencia en la materia, señala que el derecho a la intimidad en el ámbito del propio domicilio puede ser vulnerado por los ruidos que se sufran en el interior del mismo, en la medida en que el afectado no pueda disfrutar de ese ámbito de privacidad. El Alto Tribunal analizaba, partiendo de esta premisa, dos problemas esenciales: la cuestión probatoria y la eventual eficacia horizontal del derecho afectado. En relación con la cuestión probatoria, el TS estima suficientemente probada la vulneración del derecho (varios informes policiales y un informe de un ingeniero técnico industrial, así como informes médicos que señalaban que los demandantes sufrían insomnio y estrés acústico). En relación con la eficacia horizontal del derecho a la intimidad en el ámbito domiciliario, el TS señalaba que, a pesar de que la jurisprudencia del TC había recalcado que para que la exposición prolongada a determinados niveles de ruido supusiera una vulneración del art. 18 CE la lesión del derecho debía provenir de los poderes públicos, la jurisprudencia del TEDH en la materia no exigía tal condición, de modo que procedía considerar vulnerado

el derecho a pesar de que la violación proviniera de otros particulares. La aproximación del TS parecía así más acorde con la jurisprudencia del TEDH, separándose a su vez de la exigente jurisprudencia *Moreno Gómez* del TC. La jurisprudencia del Supremo y la del Constitucional se distancian en esta materia.

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

IV. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. BASES CONSTITUCIONALES.
 - A) **La titularidad estatal sobre las bases en materia de medio ambiente no permite al Estado centralizar la gestión y la concesión de las subvenciones en ese sector, salvo en casos excepcionales.**
 - B) **Contenido de las competencias sobre las bases, la coordinación general y la alta inspección en materia de sanidad.**
 3. LEY ORGÁNICA.
 - A) **La regulación de las elecciones locales se subsume en el concepto régimen electoral general.**
 4. DECRETO-LEY.
 - A) **Adecuación de la utilización de este tipo de norma jurídica para la trasposición de Directivas comunitarias, principalmente, para evitar una sentencia de condena por incumplimiento por parte del Tribunal de Justicia.**
 5. REGLAMENTO.
 - A) **Es inconstitucional una regulación reglamentaria estatal que regula la gestión y tramitación de competencias autonómicas en materia de asistencia social.**
 - B) **La Sentencia que declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos de un Reglamento debe respetar los efectos derivados de los derechos adquiridos.**
 - C) **Límites a la potestad reglamentaria: procedimiento de elaboración de disposiciones generales.**
 - a) **La omisión del informe del Ministro de Administraciones Públicas en la reforma parcial de un reglamento estatal anterior no es un vicio invalidante.**
 6. COSTUMBRE.
 - A) **La costumbre prevalece como fuente del Derecho en materia de aprovechamientos de montes.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Id. Cendoj 28079130052012100083. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la **STC 87/2012, de 18 de abril**.

2. BASES CONSTITUCIONALES

A) La titularidad estatal sobre las bases en materia de medio ambiente no permite al Estado centralizar la gestión y la concesión de las subvenciones en ese sector, salvo en casos excepcionales

En la **STC 38/2012**, de 26 de marzo, se resuelve el conflicto positivo de competencias planteado por la Junta de Galicia frente a la resolución de 31 de agosto de 2009, de la Dirección general de medio natural y política forestal, por la que convoca la concesión de ayudas a entidades y organizaciones no gubernamentales de ámbito estatal para la realización de actividades privadas relacionadas con los principios inspiradores de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, y con las finalidades de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes.

Para la Junta de Galicia, la resolución objeto de conflicto no respeta la distribución de competencias en materia de medio ambiente derivada del bloque de constitucionalidad, en cuanto dicha disposición centraliza en los órganos estatales la regulación, tramitación y resolución de las ayudas referidas, ignorando la doctrina constitucional recaída en relación con las subvenciones, principalmente en la STC 13/1992, de 6 de febrero. Por su parte, el Abogado del Estado sostiene la conformidad de la centralización de la regulación, tramitación y resolución de las ayudas en cuestión con la doctrina constitucional, al tratarse de uno de los supuestos en que puede producirse tal centralización.

El Tribunal Constitucional afirma en primer lugar que el Estado tiene competencia sobre las bases en materia de medio ambiente y montes, correspondiendo a la Comunidad Autónoma las competencias de desarrollo normativo y de ejecución. Se trata, por tanto, de un caso en el que la potestad de fomento del Estado se hace patente en un ámbito material en el que ostenta competencias básicas. A este respecto, considera que la centralización en el Estado de funciones relacionadas con la regulación del régimen de otorgamiento y de la gestión de las ayudas sólo puede tener lugar en supuestos excepcionales que aparezcan plenamente justificados.

El Tribunal concreta los supuestos en los que cabe la centralización en estos casos en el siguiente sentido: «cuando, además del alcance territorial superior al de una Comunidad Autónoma del objeto de la competencia, la actividad pública que sobre él se ejerza no sea susceptible de fraccionamiento y, aun en este caso, cuando dicha actuación no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o coordinación, sino que requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un solo titular, que forzosamente deba ser el Estado, o cuando sea necesario recurrir a un ente con capacidad de integrar intereses contrapuestos de varias Comunidades Autónomas. De este modo, correspondería al Estado la carga de probar que en los supuestos de aquellas ejecuciones con

alcance supraautonómico, la ejecución no puede llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o coordinación, bien sean de naturaleza vertical —entre el Estado y las Comunidades Autónomas—, bien de naturaleza horizontal —entre Comunidades Autónomas—, ya que tales son los instrumentos que han de servir, en principio, para resolver la eventual contraposición de intereses entre los distintos entes territoriales».

En conclusión, el Tribunal determina que en este caso resulta aplicable el segundo de los supuestos —el b)— de delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas enunciados en el fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992, en que el Estado tiene competencias sobre las bases y la coordinación general en las materias afectadas, correspondiendo a la Comunidad Autónoma las competencias de desarrollo normativo y ejecución. Por tanto, la resolución impugnada, al centralizar en el Estado la gestión de las ayudas que en ella se establecen, invadió las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Esto no significa que el Estado no pueda fijar con el detalle que considere necesario las condiciones y requisitos básicos que deben respetarse en relación con la concesión y disfrute de las ayudas, con la finalidad de garantizar una aplicación homogénea en todo el territorio nacional. Lo que no resulta admisible para el Tribunal es la centralización total de la gestión de las mismas. Por tanto, lo que el Estado debió hacer, en ejercicio de sus facultades de coordinación, fue crear mecanismos que permitieran a las Comunidades Autónomas afectadas realizar la gestión de las ayudas, integrando su actividad del modo que resultase más adecuado.

B) Contenido de las competencias sobre las bases, la coordinación general y la alta inspección en materia de sanidad

La **STC 22/2012, de 16 de febrero**, resuelve el conflicto positivo de competencias planteado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid frente al Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

Este conflicto se enmarca en el sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias en materia de sanidad. En este marco competencial, corresponden al Estado en materia de sanidad interior las bases, la coordinación general y la alta inspección (art. 149.1.16.^a CE).

Las bases son los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, o, en otros términos, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, por tanto, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, «en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto». Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la

materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma. Por tanto, ni la fijación de las bases ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16 del art. 149.1 CE deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia.

En este sentido, es preciso entender que la Constitución exige al Estado que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, sin perjuicio de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias, que les permiten, en su caso, tanto una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado como el ejercicio de las competencias de gestión o de financiación que tengan sobre la materia conforme a la Constitución y a los Estatutos. Cuando el art. 149.1.16.^a CE atribuye al Estado las bases en materia de sanidad, pretende asegurar el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en relación con el disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos.

Por lo que se refiere a la coordinación, ésta «persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema». El Tribunal delimita el contenido de esta competencia estatal señalando, en primer lugar, que es una competencia distinta a la de fijación de bases; en segundo término, que la competencia de coordinación general presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades en materia de Sanidad, competencia que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar; en tercer lugar, que la coordinación general, por su propio carácter, incluye a todas las instituciones territoriales en la medida en que tengan competencias en materia sanitaria y, por tanto, a las corporaciones locales; en cuarto lugar, que la competencia estatal de coordinación general significa, no sólo que hay que coordinar las partes o subsistemas del sistema general de sanidad, sino que esa coordinación le corresponde hacerla al Estado; y, por último, que la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario.

A los anteriores conceptos de «bases y coordinación» hay que añadir el de «alta inspección». Este título competencial, que no recoge expresamente el art. 149.1.16.^a CE, sí viene reconocido por los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, y en concreto por el de Madrid. La alta inspección constituye una competencia estatal de vigilancia, «pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración del Estado, sino un instrumento de verificación o fiscalización que puede llevar, en su caso, a instar la actuación de los controles constitucionalmente establecidos en relación a las Comunidades Autónomas, pero no a sustituirlos convirtiendo a dicha Alta inspección en un mecanismo de control».

El Tribunal Constitucional aplica estos conceptos en relación con el Real Decreto 1301/2006, y sentencia que el Estado no ha invadido las competencias de la Comunidad de Madrid en materia de sanidad.

3. LEY ORGÁNICA

A) La regulación de las elecciones locales se subsume en el concepto régimen electoral general

En la **STC 81/2012, de 18 de abril**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 110.1.g) de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, que dispone que «en ningún caso podrá presentarse una moción de censura si hubiera sido publicada en el “Boletín Oficial del Estado” o en el “Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya” una convocatoria electoral política y hasta que hayan tenido lugar las elecciones correspondientes».

El órgano judicial considera que dicho precepto infringe la reserva de ley orgánica prevista en el art. 81.1 CE y la competencia que la Constitución atribuye al Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1.^a CE). La cuestión de inconstitucionalidad se fundamenta en que el precepto en cuestión limita y restringe el ejercicio de la moción de censura contra el alcalde, desconociendo que la regulación de la moción de censura en las corporaciones locales, de un lado, forma parte del régimen electoral general (art. 81.1 CE) y, de otro, se integra en el contenido del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE).

El Tribunal Constitucional destaca que la expresión «régimen electoral general» no se refiere exclusivamente a las «elecciones generales», por lo que abarca la regulación de las elecciones locales, que no quedan integradas en la materia régimen local, cuyo régimen competencial define el art. 149.1.18.^a CE. En consecuencia, queda claro que la regulación de las elecciones locales cae dentro de la materia «régimen electoral general» y está reservada a ley orgánica de acuerdo con los artículos 81.1, 140 y 23.1 CE.

Para el Tribunal, el precepto cuestionado es una norma que establece un supuesto en el que se prohíbe la presentación de mociones de censura, introduciendo una limitación o restricción nueva respecto a las previstas en la legislación estatal. La Ley Orgánica del régimen electoral general establece los límites al ejercicio de la moción de censura por los concejales, incluyendo únicamente el supuesto de no poder firmar más de una moción de censura por mandato (art. 197.2 LOREG) y el necesario respeto de un plazo de seis meses para poder presentar una moción de censura por parte de concejales que hubieran votado a favor de la aprobación de un asunto al que se hubiere vinculado una cuestión de confianza (art. 198 bis.8 LOREG). Más allá de estos límites, lo que persigue la Ley Orgánica del régimen electoral general es asegurar la efectividad del mecanismo de la moción de censura, previendo la convocatoria automática del Pleno el décimo día hábil siguiente a la presentación del escrito de la proposición de moción diligenciado y registrado.

En consecuencia, la prohibición de presentación de la moción de censura cuando se ha publicado una convocatoria de elecciones en el «Boletín Oficial del Estado» o en el

«Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya», según establece el artículo 110.1.g) de la Ley 8/1987, de 15 de abril, municipal y de régimen local de Cataluña, altera la configuración del mecanismo de la moción de censura establecido en la legislación electoral general. Esta regulación elimina posibilidades de remoción del anterior alcalde y de elección de uno nuevo y menoscaba el estatus representativo de los concejales, invadiendo ilegítimamente la competencia estatal *ex art. 149.1.18.ª CE* y vulnerando la reserva de ley orgánica que impone el art. 81.1 CE en relación con los arts. 23 y 140 CE.

El Tribunal Constitucional afirma además que el artículo 100.1.g) de la Ley 8/1987 no tiene tampoco cobertura en la competencia que tiene la Comunidad Autónoma de Cataluña para la regulación de las elecciones autonómicas. Considera que la prohibición de la presentación de la moción de censura prevista en este precepto no se refiere únicamente a la publicación de una convocatoria de elecciones autonómicas, sino a la de cualquier tipo de convocatoria electoral. En todo caso, lo que resulta determinante es que este artículo no tiene por objeto la regulación del régimen electoral catalán, sino la moción de censura al alcalde, institución que no puede entenderse comprendida dentro de la materia «elecciones autonómicas», sino, por el contrario, como reiteradamente se ha señalado, se ubica en el concepto «elecciones generales».

4. DECRETO-LEY

A) Adecuación de la utilización de este tipo de norma jurídica para la trasposición de Directivas comunitarias, principalmente, para evitar una sentencia de condena por incumplimiento por parte del Tribunal de Justicia

En la **STC 1/2012, de 13 de enero**, se plantea un caso de incorporación de Derecho de la Unión Europea al ordenamiento jurídico español a través de un Decreto-ley. En concreto se trataba del Real Decreto-ley 9/2000, de 6 de octubre, de modificación del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 85/337/CEE y 97/11/CE.

En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional reitera que las normas internas adoptadas para la incorporación de las directivas al ordenamiento español deben respetar tanto los condicionantes jurídicos del Derecho de la Unión como los del propio marco constitucional. En consecuencia, se debe conciliar, en la mayor medida posible, el orden interno de distribución de poderes, por un lado, y el cumplimiento pleno y tempestivo de las obligaciones del Estado en el seno de la Unión.

En el caso que resuelve esta Sentencia, el Gobierno había alegado expresamente dos circunstancias concretas para fundamentar el recurso al Decreto-ley: la expiración del plazo de transposición de las dos directivas a las que pretendía dar cumplimiento el Real Decreto-ley 9/2000 y la existencia de dos litigios promovidos por la Comisión Europea contra el Reino de España por incumplimiento de la transposición de ambas directivas. Además, también alegó el alcance extraordinario de la modificación pretendida por el decreto-ley, en cuanto que, a partir de su entrada en vigor, casi la totalidad de los proyectos con relevancia económica y social iban a quedar sometidos a evaluación de impacto ambiental, con la importancia que ello suponía para la tutela del medio ambiente y la preservación de

los recursos naturales, finalidad que sin duda cabe considerar como constitucionalmente legítima con arreglo al art. 45 CE.

En primer lugar, el Tribunal rechaza que el retraso en la trasposición de las Directivas sea fundamento suficiente para justificar la regulación por Decreto-ley. El Tribunal Constitucional señala que la incorporación de las directivas de la Unión Europea es una obligación «normal, previsible y hasta cotidiana» derivada de la pertenencia del Reino de España a la Unión Europea, lo cual excluye que deba o pueda ser realizada con carácter general en virtud de la regulación de urgencia.

En segundo lugar, se alega la necesidad de evitar sentencias de incumplimiento del Tribunal de Justicia como consecuencia del retraso en la trasposición de las Directivas. En relación con esta cuestión, el Tribunal Constitucional señala que lo relevante a los efectos de valorar la concurrencia del presupuesto habilitante del art. 86.1 CE es si la finalidad de alcanzar este objetivo resultaba razonable en ese momento. En este caso el Gobierno sólo alcanzó parte del objetivo perseguido pues, como consecuencia de la aprobación del Decreto-ley en cuestión, la Comisión Europea sólo retiró una de las dos demandas de incumplimiento presentadas y pendientes de resolución ante el Tribunal de Justicia. En consecuencia, este éxito, aunque parcial, que obtuvo el Gobierno a través de la aprobación del Decreto-ley, pone de manifiesto que la finalidad pretendida sí era razonable y que, en circunstancias como las de este caso, la utilización del Decreto-ley sí puede contribuir a que la Comisión tome cuanto antes la decisión de archivar un procedimiento ya abierto y puede contribuir a evitar que el Tribunal de Justicia dicte una sentencia que declare un incumplimiento por parte del Reino de España.

En conclusión, el Tribunal Constitucional considera que en este caso concurre el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad requerido por el art. 86.1 CE y fundamenta esta decisión en la valoración conjunta de tres factores: el elemento temporal (el patente retraso en la trasposición de las directivas correspondientes), el elemento causal (la existencia de dos procedimientos de incumplimiento contra el Reino de España, cuya terminación mediante sendas sentencias que constataran el correspondiente incumplimiento se quería evitar a todo trance), así como el elemento material (la importancia que, conforme al art. 45 CE, cabe conferir al hecho de que la casi totalidad de los proyectos con relevancia económica y social quedara sometida cuanto antes a evaluación de impacto ambiental).

También se refiere a la determinación del tipo de norma adecuada para trasponer el Derecho europeo la **STC 22/2012, de 16 de febrero**.

5. REGLAMENTO

A) Es inconstitucional una regulación reglamentaria estatal que regula la gestión y tramitación de competencias autonómicas en materia de asistencia social

En la **STC 36/2012, de 15 de marzo**, se plantea un conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno de La Rioja, contra el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes. La renta

básica de emancipación consiste en un conjunto de ayudas directas del Estado, destinadas al apoyo económico para el pago del alquiler de la vivienda que sea el domicilio habitual y permanente de los solicitantes, los cuales habrán de cumplir, entre otros, unos requisitos de edad y de ingresos para poder ser beneficiarios.

Para el Gobierno de La Rioja, la disposición impugnada no respeta el orden de competencias derivado del bloque de constitucionalidad, ya que el Estado carece de competencia para aprobar una disposición como el Real Decreto 1472/2007, que vulnera las competencias autonómicas exclusivas en materia de vivienda y asistencia social. También alega la vulneración de la autonomía financiera de La Rioja, ya que el poder de gasto del Estado no le permite asumir competencias en títulos que no le son propios, así como que el rango de la norma es claramente insuficiente para fijar unas bases como las establecidas.

La representación del Estado sostiene que la ayuda establecida en el Real Decreto 1472/2007 se fundamenta en la competencia estatal del art. 149.1.13.ª CE, que se tiene que articular con la competencia autonómica sobre asistencia social, ya que trata de resolver una problemática social facilitando a determinados grupos de personas con rentas reducidas la efectiva emancipación respecto de sus familias. En este caso las funciones que el Estado se reserva las justifica por la necesidad de garantizar la eficacia de las ayudas, así como la igualdad de los solicitantes, evitando, al mismo tiempo, que se sobrepase la cuantía global de los fondos destinados a esta finalidad.

El Tribunal inicia su análisis examinando, en primer lugar, la alegación relativa a la insuficiencia de rango del Real Decreto 1472/2007, el cual, a juicio de la representación del Gobierno de La Rioja, no podría realizar una regulación básica de la materia al amparo del art. 149.1.13.ª CE, puesto que tal función estaría reservada a las normas con rango de ley. En este caso, el Tribunal mantiene que las concretas ayudas objeto de regulación en el Real Decreto 1472/2007 no forman parte de la competencia estatal del art. 149.1.13.ª CE, tal y como sostiene la representación del Gobierno de La Rioja, por no tiene sentido analizar si el rango de la norma impugnada es suficiente para constituir normativa básica.

El Tribunal, para determinar el fundamento de las competencias estatales en este ámbito, acude a los criterios de delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas enunciados en el fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992, de 6 de febrero, en concreto, al primero de los supuestos definidos en el mismo, que se refiere a los casos en los que la Comunidad Autónoma ostenta una competencia exclusiva sobre una determinada materia y el Estado no invoca título competencial alguno, genérico o específico, sobre la misma. Evidentemente, el Estado puede decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios a esas materias o sectores. Pero, de una parte, la determinación del destino de las partidas presupuestarias correspondientes no puede hacerse sino de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad. Por otra parte, esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica, consignándose en los Presupuestos Generales del Estado como Transferencias Corrientes o de Capital a las Comunidades Autónomas, de manera que la asignación de los fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos Presupuestos Generales del Estado.

Para la delimitación de los ámbitos competenciales en relación con la competencia de asistencia social, el Tribunal recuerda su jurisprudencia, en virtud de la cual «consideraremos incluida en la esfera de la competencia estatal la regulación de los aspectos centrales

del régimen subvencional —objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas, beneficiarios y requisitos esenciales de acceso—, mientras que situaremos dentro de la competencia autonómica lo atinente a su gestión, esto es, la tramitación, resolución y pago de las subvenciones, así como la regulación del procedimiento correspondiente a todos estos aspectos, ya que es doctrina reiterada de este Tribunal que las normas procedimentales *ratione materiae* deben ser dictadas por las Comunidades Autónomas competentes en el correspondiente sector material, respetando las reglas del procedimiento administrativo común».

A continuación el Tribunal aplica estos criterios en relación con el Real Decreto objeto del conflicto, declarando nulos diversos artículos del mismo que invadían la competencia autonómica.

Sobre la misma cuestión en relación con la Generalitat Valenciana, **SSTC 72/2012 y 77/2012, ambas de 16 de abril**; y, en relación con la Comunidad de Madrid, **STC 73/2012, de 16 de abril**.

B) La Sentencia que declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos de un Reglamento debe respetar los efectos derivados de los derechos adquiridos

En la **STC 36/2012, de 15 de marzo**, se plantea un conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno de La Rioja, contra el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes.

El Tribunal Constitucional decide, en este caso, no sólo la estimación parcial del conflicto con declaración de la titularidad de la competencia controvertida a favor de la Comunidad Autónoma de La Rioja, sino también la anulación de los preceptos correspondientes, con respeto, en todo caso, de las ayudas que ya hayan sido concedidas.

En este caso el Tribunal debe pronunciarse, además de sobre la constitucionalidad de la regulación, sobre el alcance de las consecuencias de la vulneración de competencias. En este sentido se ve obligado a distinguir distintas situaciones:

- En primer lugar, se refiere a que la disposición cuestionada no ha agotado su virtualidad, ya que, a pesar de haber sido derogada por el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, el apartado 2 de la disposición derogatoria primera del mismo deja a salvo el derecho a la percepción de la renta básica de emancipación de los beneficiarios que lo tuvieran reconocido al amparo de lo dispuesto en el citado real decreto, que continuarán disfrutándolo en las condiciones establecidas en la norma que se deroga y de acuerdo con los términos de la resolución de su reconocimiento.
- En segundo lugar, es posible que se reconozcan nuevos beneficiarios de las ayudas, en los términos que se establezcan en la resolución correspondiente, siempre que las hayan solicitado a 31 de diciembre de 2011 y que cumplan a dicha fecha los requisitos contemplados en el Real Decreto 1472/2007.

En consecuencia, en la medida en que las ayudas se conceden por un plazo máximo de cuatro años (art. 3.2), pueden existir algunas ya concedidas o que se concedan antes de dic-

tar la Sentencia, y que están siendo objeto de percepción por parte de los beneficiarios, que no pueden verse menoscabadas por la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos enjuiciados.

C) Límites a la potestad reglamentaria: procedimiento de elaboración de disposiciones generales

a) *La omisión del informe del Ministro de Administraciones Públicas en la reforma parcial de un reglamento estatal anterior no es un vicio invalidante*

La STS de 14 de febrero de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, ponente: Eduardo Espín Templado, núm. rec.: 427/2010), Id. Cendoj 28079130032012100088, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Unión Nacional de Asociaciones Libres de Autopatronos y Empresarios del Taxi (UNALT) y la Asociación Unauto (Unión Nacional de Autoturismos) contra el Real Decreto 919/2010, de 16 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres para adaptarlo a la Ley 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. El recurso se fundamenta en la vulneración de distintas normas de carácter procedimental y sustantivo.

En relación con el procedimiento de elaboración del Real Decreto impugnado, alegan las recurrentes que se ha vulnerado el artículo 24.3 de la Ley del Gobierno, puesto que no se ha emitido el informe preceptivo del Ministerio de Administraciones Públicas en relación con los artículos 148.1 y 149.1.21.^a de la Constitución. Asimismo, señalan que no se ha tenido en cuenta el informe de una de las asociaciones a pesar de haberse registrado en tiempo y forma.

En relación con la ausencia del informe del Ministro de Administraciones Públicas señala el Tribunal que supone una infracción formal de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley del Gobierno. Sin embargo, dada la finalidad del informe y de las circunstancias del reglamento impugnado, entiende que esa infracción no determina la nulidad del reglamento. A juicio del Tribunal, la exigencia del informe mencionado tiene como objetivo asegurar que no se afecta al orden constitucional de competencias. Sin embargo, en el supuesto planteado no se trata de la elaboración de un nuevo reglamento, sino de la modificación parcial de un reglamento estatal anterior. Por esa razón, se entiende que se está dictando una norma sobre una materia de competencia estatal y que no se va a alterar el reparto competencial. En consecuencia, la omisión del informe no puede determinar la nulidad del reglamento impugnado (FJ 2).

A la misma conclusión llega el Tribunal en relación con la falta de elevación de las alegaciones de una de las actoras a la totalidad de las instituciones (en concreto, al Consejo de Estado). Afirma que se trata de una deficiencia procedimental que puede conllevar la invalidación del reglamento, porque no es determinante de indefensión ni supone la omisión de un trámite esencial del procedimiento (FJ 2).

Con base en estos argumentos el recurso se desestima parcialmente, puesto que sí se estiman otras alegaciones referidas al contenido sustantivo del reglamento impugnado.

6. COSTUMBRE

A) La costumbre prevalece como fuente del Derecho en materia de aprovechamientos de montes

La **STS de 17 de febrero de 2012** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a, ponente: María de Oro-Pulido López, núm. rec.: 6080/2008), Id. Cendoj 28079130052012100083, resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Lena (Asturias) contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 27 de octubre de 2008, dictada en autos del recurso contencioso administrativo núm. 1466/2005. Esta Sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Lena contra la Resolución de la Consejería de Medio Rural y Pesca de 24 de junio de 2005. Dicha Resolución desestimó el recurso de reposición interpuesto por el mismo actor frente a la Resolución de 18 de marzo de 2005, de la misma Consejería, que aprobó el Plan anual de aprovechamientos en montes de utilidad pública para el año 2005.

El problema planteado en instancia se centraba en determinar si el Plan Técnico de Aprovechamientos impugnado respetaba la costumbre local y, en caso de antinomia entre ambas, determinar qué regulación debía prevalecer. El Ayuntamiento, por su parte, entendía que el valor de la costumbre se apoyaba en los artículos 94 y 95 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, RBEL) y en el artículo 111.1 de la Ley 4/1989, de 21 de julio, de Ordenación Agraria y Desarrollo Rural del Principado de Asturias, que dispone que en el marco de sus competencias la Administración del Principado procederá a la ordenación, estructuración y mejora de las posibilidades ganaderas de los terrenos sometidos al régimen de aprovechamientos de sus pastos, sin perjuicio de lo dispuesto en las ordenanzas municipales y respetando, en todo caso, la costumbre del lugar.

El Tribunal *a quo*, sin embargo, desestimó estos argumentos. Para ello se apoyó en Sentencias precedentes. Además, interpretó que el artículo 95 RBEL sitúa en primer lugar a la Ordenanza y después a la costumbre. Por ello entiende que la Ley autonómica atribuye a la Administración del Principado facultades de ordenación de los pastos con preferencia sobre la costumbre, siempre y cuando la Corporación local competente incurra en inactividad y existan razones de utilidad pública y cumplimiento del fin social de la propiedad. Asimismo, afirma que el Plan impugnado no regula *ex novo* una cuestión que se rigiera por la costumbre, sino que limita un Plan anterior de idéntica categoría o rango.

Frente a este pronunciamiento judicial, el Ayuntamiento de Lena aduce diversos motivos casacionales. El más importante se centra en la errónea interpretación del artículo 95 RBEL y en la negación del valor de la costumbre como fuente del Derecho administrativo. El Tribunal Supremo entiende que esta argumentación es correcta. Conforme al artículo 95 RBEL «cada forma de aprovechamiento se ajustará, en su detalle, a las ordenanzas locales o normas consuetudinarias tradicionalmente observadas, o a las que, cuando fuere procedente, apruebe el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en cada caso, oído el Consejo de Estado o el órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de aquella, si existiera». La Sentencia recurrida afirma que este precepto es atendible cuando menciona en primer lugar a la Ordenanza y después a la costumbre; y se apoya en esa interpretación

para reconocer la competencia autonómica para la ordenación de los pastos en detrimento de la «costumbre del lugar» (FJ 4). Pues bien, el Tribunal Supremo afirma que esa interpretación debe corregirse conforme a su jurisprudencia que subraya la relación del artículo 95 RBEL con el artículo 75.2 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (TRRL), que antepone la costumbre a las ordenanzas locales y que ha destacado el carácter esencial de la costumbre en este tipo de aprovechamientos. A continuación, se refiere a distintas Sentencias que se pronuncian en este mismo sentido (FJ 5).

Con base en esta argumentación, el Tribunal casa y anula la Sentencia recurrida. Seguidamente pasa a resolver las cuestiones planteadas en el recurso contencioso-administrativo. Al respecto, señala el Tribunal que «procede estimar la impugnación formulada por el Ayuntamiento de Lena porque no existe referencia alguna a la costumbre local en el acuerdo impugnado, sino un desconocimiento claro y ostensible de la misma» (FJ 7).

La **STS de 12 de enero de 2012** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, ponente: Jorge Rodríguez Zapata Pérez, núm. rec.: 691/2008), Id. Cendoj 28079130052012100010, se pronuncia en los mismos términos.

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ
SILVIA DÍEZ SASTRE

V. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y PROCEDIMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CLASES DE ACTOS.
 - A) **Impugnabilidad.**
 - a) Acto de trámite inimpugnable.
 - b) Acto consentido y firme: inimpugnable.
 - c) Inscripción de aprovechamiento de aguas en el Catálogo de Aguas privadas: acto impugnabile.
 - d) Acuerdo con los sindicatos: acto de trámite inimpugnable.
3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
 - A) **Iniciación.**
 - a) Inicio de expediente sancionador tras anulación de la sanción inicialmente impuesta.
 - b) El procedimiento de declaración de caducidad de una licencia puede ser promovido por un particular.
 - c) Legitimación: concurrencia de interés legítimo.
 - d) Concepto de interesado e interesado necesario.
 - B) **Tramitación.**
 - a) Audiencia del interesado en la resolución de un recurso administrativo.
 - b) Audiencia innecesaria en acuerdo de ejecución directa de Real Decreto-ley.
 - c) Tramitación de expediente separado correspondiente a los preparativos de la asamblea del órgano colegiado.
 - d) Representación necesaria para la firma de actas de conformidad.
 - e) Carga de la prueba sobre el interesado.
 - f) Prueba del derecho a la deducción tributaria, sin carácter constitutivo.
 - C) **Terminación.**
 - a) Distinción entre caducidad de procedimiento y prescripción.
 - b) Distinción entre caducidad de procedimiento y caducidad de acto administrativo.
 - c) Inexistencia de silencio administrativo positivo en solicitud de expropiación total.
4. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

A) Notificación.

- a) Notificación defectuosa en domicilio distinto.
- b) Improcedencia de segunda notificación cuando el destinatario sea desconocido.
- c) Innecesariedad de segunda notificación cuando el destinatario rechace la notificación.
- d) Notificación directamente por el Ayuntamiento.

5. VALIDEZ E INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

A) Validez de acuerdo de Comunidad de Regantes.

6. ELIMINACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

A) Revisión de oficio.

- a) Revisión pruebas selectivas.
- b) Inicio por solicitud del interesado: no es un recurso de reposición.
- c) Rectificación de errores materiales.
- d) Revisión de liquidación tributaria: alcance de la revisión económico-administrativa.

B) Recursos administrativos.

- a) Carácter improrrogable del término de formulación del recurso de alzada.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de enero y marzo de 2012, ambos incluidos, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.

En este período puede destacarse la STS de 16 de febrero de 2012, que, partiendo de la distinción entre caducidad del procedimiento y prescripción, en aplicación del art. 92 LRJPAC, señala que es improcedente computar, a efectos de declarar la caducidad de un segundo expediente sancionador, el período de tiempo que sirvió de base para declarar la caducidad del primero iniciado.

También merece ser destacada la STS de 26 de marzo de 2012, que analiza y se pronuncia en relación con el alcance de la revisión en la vía económico-administrativa.

2. CLASES DE ACTOS

A) Impugnabilidad

- a) *Acto de trámite inimpugnable*

La **STS de 31 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.ª), recurso de casación núm. 1205/2009, declara la inadmisibilidad de la impugnación de una

propuesta de acuerdo de iniciación de procedimiento de deslinde del dominio público marítimo-terrestre, por tratarse de un acto de trámite no cualificado, no impugnabile. Por ello, la casación resulta improcedente.

También sobre un acto de trámite impugnabile, la **STSJ de Murcia de 17 de febrero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.^a), sentencia núm. 111/2012, referida a un acto de iniciación del procedimiento de expulsión de España de extranjero.

b) Acto consentido y firme: inimpugnabile

La **STS de 24 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7.^a), recurso de casación núm. 4240/2011, califica la actuación administrativa como inimpugnabile por tratarse de un acto consentido y firme. Al no haber sido impugnado en tiempo y forma a través de los recursos legalmente establecidos, pasa a ser un acto consentido y firme y, por tanto, inimpugnabile. Por ello, procede declarar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo.

En el mismo sentido, la **STSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a), sentencia núm. 20/2012, referida a un acto por el que se procede a la distribución del complemento de productividad entre los funcionarios de los distintos grupos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

También sobre desestimación de la impugnación de un acto consentido y firme, la **STSJ de Murcia de 25 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.^a), sentencia núm. 50/2012, referida a una orden relativa a la revisión del Plan General de Ordenación Urbana; y la **STSJ de Murcia de 27 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), sentencia núm. 44/2012.

c) Inscripción de aprovechamiento de aguas en el Catálogo de Aguas privadas: acto impugnabile

La **STS de 20 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 856/2009, afirma el carácter de acto impugnabile de una inscripción de aprovechamiento de aguas en el Catálogo de Aguas Privadas. En concreto, declara improcedente la inscripción de un aprovechamiento extinguido por la reparcelación urbanística aprobada.

d) Acuerdo con los sindicatos: acto de trámite inimpugnabile

La **STS de 16 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7.^a), recurso de casación núm. 7029/2010, califica como acto de trámite y, por tanto, inimpugnabile, un acuerdo suscrito entre representantes de la Administración autonómica y los sindicatos para la mejora de las condiciones del colectivo de agentes medioambientales y forestales. Este acuerdo, con posterioridad, no fue ratificado por el órgano de gobierno autonómico, lo que imposibilita que pueda desplegar efectos jurídicos vinculantes.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Iniciación

a) *Inicio de expediente sancionador tras anulación de la sanción inicialmente impuesta*

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.^a), recurso contencioso-administrativo núm. 547/2008, señala que el inicio de un expediente sancionador como consecuencia de la resolución económico-administrativa que anula una sanción inicialmente impuesta ha de considerarse desligado del procedimiento inicial derivado de la liquidación provisional. Por ello, no es aplicable el artículo 209 de la Ley General Tributaria, que establece que no podrán iniciarse expedientes sancionadores al haber transcurrido más de tres meses desde la notificación de la liquidación inicial, y no se ha producido la caducidad.

b) *El procedimiento de declaración de caducidad de una licencia puede ser promovido por un particular*

La **STS de 27 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 2329/2008, confirma la sentencia de instancia que se pronuncia sobre la solicitud de declaración de caducidad de dos licencias comerciales. En este contexto recuerda la reiterada jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo que ha señalado que la declaración de caducidad de una autorización administrativa se deriva del ejercicio de la potestad de autotutela de la Administración, careciendo de naturaleza sancionatoria. También que la caducidad de la autorización, por lo general, requiere una declaración formal recaída en el específico expediente que se siga con plena intervención del interesado, obedeciendo a un principio elemental de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución). Extingue la autorización o licencia tras la constatación del vencimiento del plazo establecido para el inicio o finalización de la actividad u obra a la que se refiera. En el concreto caso al que se refiere la sentencia, el artículo 9.1 de la Ley canaria 10/2003, de 3 de abril, reguladora de la Licencia Comercial Específica, exige de la Administración autonómica competente en materia de comercio, con carácter inexcusable, la declaración de caducidad de las licencias que incurran en una serie de supuestos tasados, y en este supuesto señala expresamente el Tribunal Supremo que «ningún inconveniente existe en que dicho procedimiento sea iniciado por solicitud de interesado (*ad. ex.* STS de 21 de enero de 2011), tal y como ocurre por ejemplo en los supuestos de revisión de oficio de actos administrativos regulados en los artículos 102.1 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJPAC), en los que se puede producir un efecto similar (extinción de la licencia) aunque por distinta causa» (FJ 2.^o).

c) *Legitimación: concurrencia de interés legítimo*

La ya citada **STS de 27 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 2329/2008, tras afirmar que el procedimiento de declaración de caducidad de una licencia puede ser promovido por un particular —cuestión comentada en esta misma **Crónica**, *vid.* **3.A**)a)—, analiza la existencia de interés legítimo

mo para ello en el caso concreto de la Confederación Regional de Comercio de Canarias (CORECO). Señala el Tribunal Supremo que dicha confederación ostenta un interés legítimo específico en la declaración de caducidad de las licencias comerciales de grandes establecimientos en cuestión (art. 31.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), dado que está constituida por organizaciones profesionales representantes del pequeño y mediano comercio de las Islas Canarias, que compiten con esas grandes superficies. En palabras del Tribunal Supremo «la declaración de caducidad por ella pretendida es susceptible de generar un beneficio o ventaja real y evidente en los pequeños y medianos comerciantes cuyos intereses defiende CORECO, pues impediría la creación de dos nuevos hipermercados de grandes entidades mercantiles competidoras con los pequeños y medianos comerciantes de las islas. Debe por ello considerarse legitimada a la referida Confederación Regional de Comercio para instar la declaración de caducidad, tal y como consideró el Tribunal Constitucional en recientes sentencias sobre este particular (legitimación de entidades representativas de sectores profesionales), de las que constituye buena muestra la núm. 38/2010, de 19 de julio» (FJ 3.º).

d) Concepto de interesado e interesado necesario

La **STS de 2 de marzo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.ª), recurso de casación núm. 2691/2008, al confirmar la sentencia de instancia sobre inscripción en el registro de aguas, recuerda la distinción entre «interesado» e «interesado necesario» en el procedimiento administrativo. La titularidad de un derecho confiere un grado más intenso de legitimación administrativa y, por ello, sus titulares son siempre «interesados necesarios», toda vez que aunque no se hayan personado por propia iniciativa, la Administración debe identificarlos y citarlos; mientras que los que ostentan un interés legítimo son simplemente «interesados», se entiende no necesarios, que lo son en la medida que tomen la iniciativa al respecto, personándose en el correspondiente procedimiento. Esta distinción entre los dos tipos de interesados ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala, por todas, STS de 12 de noviembre de 2007 (recurso de casación núm. 179/2004), al declarar, respecto del artículo 31 de la Ley 30/1992, que «Mientras que los interesados comprendidos en los apartados a) y b) de la norma transcrita —los promotores del procedimiento y los titulares de derechos que puedan ser afectados por la decisión— son fácilmente individualizables e identificables con los datos que suministra el propio expediente, no cabe decir lo mismo respecto de cualesquiera otros titulares de intereses legítimos a los que se refiere el apartado c), pues la propia amplitud del concepto de interés legítimo hace posible que aquellos existan sin que la Administración los conozca o los tenga debidamente identificados; y por ello a estos últimos la norma les atribuye la consideración de interesados sólo en el caso de que “se personen en el procedimiento”» (FJ 4.º).

B) Tramitación

a) Audiencia del interesado en la resolución de un recurso administrativo

La **STS de 28 de febrero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7.ª), recurso de casación núm. 3655/2011, se pronuncia sobre la audiencia al interesado en la

resolución de un recurso administrativo, y en particular sobre la obligación del órgano administrativo actuante de poner de manifiesto a los interesados los nuevos hechos y documentos no recogidos en el expediente originario cuando hayan de tenerse en cuenta, en aplicación del art. 112. La Administración alega que si la recurrente no conoció los documentos obrantes en el expediente fue por causa sólo a ella imputable, puesto que el derecho de los interesados en un expediente para conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos, y obtener copias de los documentos contenidos en ellos, se contempla de forma expresa en el art. 35 de la Ley 30 /1992, previa solicitud al respecto. La Sala desestima dicha alegación ya que no aparece en lugar alguno que, de forma expresa o tácita, se excepcione por el Ordenamiento Jurídico el mecanismo contemplado en el párrafo 2.º del art. 112 de la Ley 30/1992 por la posibilidad que con carácter general admite el art. 35 de ese mismo cuerpo legal, recogiendo el mandato de los apartados b) y c) del art. 105 de la Constitución Española.

Por otra parte, es indudable, como la sentencia de instancia advierte y reconocen las partes, que el art. 112 de la Ley 30/1992 impone la obligación respecto al órgano administrativo actuante de poner de manifiesto a los interesados los nuevos hechos y documentos no recogidos en el expediente originario cuando hayan de tenerse en cuenta, cosa que no se produjo. En particular, en el supuesto planteado, señala la Sala: «si la interesada ignoraba que por parte de la Administración se había decidido, en fase de resolución del recurso de alzada, requerir nuevos informes administrativos por su parte, de forma que aquella aspirante creía de buena fe, que el único material existente para resolver eran las alegaciones de la recurrentes en alzada, es evidente que solicitar unilateralmente la puesta de manifiesto del expediente carecía de sentido y suponía un acto de trámite que parecía inútil a todos los efectos, sin perjuicio de apreciar que la solicitud de puesta de manifiesto puede entenderse como un derecho del administrado, una posibilidad a utilizar si es necesaria y hace falta, pero no una carga u obligación procedimental, que destile efectos negativos en caso de inacción porque se cree que no hay hechos o datos nuevos, y que permita convalidar la realización de esenciales actuaciones administrativas, dentro de un expediente y de forma clandestina» (FJ 2.º). A ello se une la indefensión material causada a la interesada, ya que la Administración dio traslado a la interesada, únicamente de la copia del recurso de alzada y según subraya acertadamente la sentencia de instancia, sin hacer referencia alguna a los nuevos documentos y actuaciones que se habían desarrollado, por lo que ocultando su existencia mostró una apariencia jurídica que llevó a la indefensión material de la recurrente, según exige la doctrina recogida en las SSTS de 29 de septiembre de 2005 y 29 de septiembre de 2011, entre otras.

b) Audiencia innecesaria en acuerdo de ejecución directa de Real Decreto-ley

La **STS de 30 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.ª), recurso de casación núm. 47/2010, desestima el recurso interpuesto frente al Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se procede a la ordenación de los proyectos o instalaciones presentados al registro administrativo de preasignación de retribución para las instalaciones de producción de energía eléctrica previsto en el RD-ley 6/2009. La sentencia rechaza la pretensión de nulidad basada en supuestos defectos en su procedimiento de elaboración, dado que el citado acuerdo no requería la previa audiencia de la sociedad recurrente, según

el artículo 84 de la LRJPAC. Como afirma la Sala, «la decisión del Consejo de Ministros no culmina un expediente en cuya “instrucción” deba darse audiencia a cada uno de los eventuales “interesados”, conforme exige aquel precepto de la Ley 30/1992», sino que «se trata por el contrario, como bien afirma el Abogado del Estado, de un acuerdo de ejecución directa del Real Decreto-Ley 6/2009 cuya Disposición transitoria quinta contemplaba un supuesto de hecho (que la potencia asociada a los proyectos inscritos fuera superior al objetivo previsto por el Real Decreto 661/2007) y una doble consecuencia jurídica, respecto de la cual aquella disposición habilita directamente al Consejo de Ministros para dictar las medidas correspondientes» (FJ 4.º). Por ello, en el procedimiento para fijar las restricciones anuales y los criterios de priorización no era necesario, insiste la Sentencia, dar audiencia a cada uno de los titulares de las instalaciones eléctricas de régimen especial como «interesados» singulares en las medidas objeto del acuerdo, dado el carácter de éste y su conexión directa e inmediata con la ejecución de la quinta disposición transitoria del Real Decreto-ley 6/2009.

c) Tramitación de expediente separado correspondiente a los preparativos de la asamblea del órgano colegiado

La **STS de 20 de febrero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7.ª) desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de instancia, sobre la modificación de la plantilla del Consorcio de Emergencias de Gran Canarias. Entre otros argumentos, la parte recurrente alega que dentro del expediente administrativo no consta la tramitación de expediente separado correspondiente a los preparativos de la asamblea del órgano colegiado, según aparece en los arts. 22 a 27 de la LRJPAC y en el art. 81.1 del Reglamento 2568/1986, de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. La Sala desestima dicho motivo de casación señalando que «ciertamente, no puede obviarse que existe unida al citado expediente administrativo certificación librada por el Secretario General del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, en la cual aparecen recogidos ampliamente los particulares de la Sesión Ordinaria de 12 de diciembre de 2007 en la que se adoptaron los acuerdos impugnados por el recurrente, y que se celebró con plena regularidad, sin que miembro alguno del órgano colegiado que estaban legitimados para hacerlo, formulase reparo de ningún tipo, en el sentido de no haber sido debidamente informado o apreciar alguna deficiencia; es por ello que apareciendo la plena regularidad de las actuaciones administrativas realizadas no puede estimarse la causa de nulidad denunciada por la parte recurrida, como acertadamente señaló la sentencia de instancia, dado que tampoco se designó irregularidad por los miembros del Consorcio» (FJ 4.º). En definitiva, dentro del expediente administrativo consta la tramitación de expediente separado correspondiente a los preparativos de la asamblea del órgano colegiado, por lo que se desestima el citado motivo del recurso de casación.

d) Representación necesaria para la firma de actas de conformidad

La **STS de 13 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.ª), recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 60/2010, examina la doctrina jurisprudencial sobre la representación necesaria para la firma de actas de conformidad, y confirma

que es suficiente el apoderamiento suscrito en documento administrativo simple. Es cierto que es necesaria la representación expresa para la firma de actas de inspección, pero ello no implica que dicha representación deba necesariamente contenerse en documento público o bien en documento privado con firma legitimada notarialmente, como exige para otros supuestos el art. 43.2 de la Ley General Tributaria.

e) Carga de la prueba sobre el interesado

La **STS de 17 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 2142/2010, confirma la sentencia de instancia que estima en parte una reclamación económico-administrativa interpuesta contra liquidación girada en concepto de Impuesto sobre Sociedades. Si bien es cierto que la carga de la prueba sobre el cumplimiento de los requisitos sobre una determinada deducción correspondía en este caso al sujeto pasivo, la Sala señala que no puede colocársele en una posición de absoluta indefensión cuando, haciendo todos los esfuerzos probatorios que están en su mano para acreditar lo que la Ley le exige que pruebe en aras a ejercitar su derecho, sin embargo, no lo logra por virtud de una actitud pasiva de los órganos administrativos que tienen en su poder los datos necesarios. En el caso de autos, la Administración Tributaria es la única que tiene a su disposición toda la información acerca de la tributación de los vendedores de las acciones —información necesaria para que el interesado pudiera probar su derecho a la deducción por doble imposición—, por lo que debió incorporar esa información al procedimiento de inspección, cosa que no hizo a pesar del requerimiento expreso de la parte.

f) Prueba del derecho a la deducción tributaria, sin carácter constitutivo

La **STSJ de Galicia de 23 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 4.^a), recurso contencioso-administrativo núm. 16006/2009, se pronuncia sobre la aplicación de las reglas de la prueba en materia de deducciones tributarias. El derecho de la recurrente a la deducción, en relación con el IVA soportado, se articula no sólo en torno a un medio probatorio —que podrá contemplarse como requisito formal— sino en relación con cualquiera de los admitidos en derecho, de suerte que si se presenta el libro de facturas recibidas existe ya un principio de prueba al respecto, con independencia de que se haga depender de un elemento posterior, de carácter formal, que es la factura; pero siempre advirtiendo que el elemento constitutivo de la deducción es haber soportado el IVA previamente, sin que la factura tenga por ello tal carácter constitutivo.

C) Terminación

a) Distinción entre caducidad de procedimiento y prescripción

La **STS de 16 de febrero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 1810/2009, casa la sentencia de instancia, entre otros motivos, por la incorrecta apreciación de la caducidad del expediente sancionador. Tras la declaración declarada de un primer expediente sancionador —archivado por superar el plazo máximo establecido para su resolución y notificación—, es posible iniciar un nuevo procedimiento

sancionador si no ha prescrito la infracción, y es improcedente computar a efectos de declarar la caducidad del segundo expediente el período de tiempo que sirvió de base para declarar la caducidad del primer expediente iniciado.

Partiendo de la distinción entre caducidad del procedimiento y prescripción, la Sala afirma lo siguiente: «A diferencia de la prescripción, que es causa de extinción del derecho o de la responsabilidad de que se trate, la caducidad a que se refiere el artículo 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es un modo de terminación del procedimiento por el transcurso del plazo para resolver fijado en la norma, por lo que su apreciación no impide, si no ha transcurrido el plazo establecido para la prescripción de la acción de la Administración para el ejercicio de la potestad sancionadora, la iniciación de un nuevo procedimiento. En este sentido, el artículo 92.3 de la Ley 30/1992 establece que “la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción”. Ello significa, aplicándolo al caso que nos ocupa, que la Administración autonómica puede perseguir las infracciones que se imputan a la entidad recurrente mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción de la infracción; y, de otra parte, que en el cómputo del plazo de prescripción deben incluirse los meses correspondientes al primer procedimiento, pues, precisamente por haber sido declarada su caducidad, no interrumpe el plazo de prescripción. Pero una cosa es que la tramitación del primer expediente, que se declaró caducado, no interrumpa el plazo de prescripción de la infracción, y otra muy distinta que el tiempo dedicado a aquel procedimiento caducado vuelva a computarse para declarar la caducidad del segundo expediente. Y éste es el error en que incurre la sentencia de instancia» (FJ 6.º).

b) Distinción entre caducidad de procedimiento y caducidad de acto administrativo

La ya citada **STS de 27 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.ª), recurso de casación núm. 2329/2008, al pronunciarse sobre la solicitud de declaración de caducidad de dos licencias comerciales —cuestión comentada en esta misma Crónica, *vid.* **3.A)b**)—, señala que la sentencia impugnada no ha infringido lo dispuesto en el artículo 44.2 LRJPAC, ya que dicho artículo se limita a regular la caducidad del procedimiento administrativo susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen en los interesados. Nada tiene ello que ver con lo que en realidad se discute en el citado litigio, que es la caducidad de un acto administrativo (licencia) y no de un procedimiento.

c) Inexistencia de silencio administrativo positivo en solicitud de expropiación total

En la **STS de 20 de febrero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 6.ª), recurso de casación núm. 248/2009, se confirma la sentencia de instancia que había desestimado la existencia de silencio administrativo positivo tras la solicitud de expropiación total de una finca. Según el recurrente, en aplicación del art. 43.2 y 115.2 de la LRJPAC, se le habría reconocido la expropiación forzosa pedida de la totalidad de la finca, por silencio administrativo positivo, al haberse iniciado el procedimiento a solicitud del interesado y no haberse resuelto la alzada frente a la desestimación presunta, de forma expresa, en el plazo de tres meses previsto por la ley. Sin embargo, el Tribunal Supremo rechaza el citado motivo de casación, ya que la jurisprudencia de dicha Sala ha señalado en reiteradas ocasiones

que la solicitud de expropiación de la totalidad de la finca no constituye un procedimiento nuevo sino que se integra en el procedimiento expropiatorio, iniciado de oficio, del que forma parte, y por ello no puede entenderse producida una estimación de la expropiación total por vía del silencio administrativo positivo, que el art. 43 LRJPAC reserva exclusivamente para los supuestos de procedimiento iniciado a instancia de parte.

4. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Notificación

a) *Notificación defectuosa en domicilio distinto*

La **STS de 12 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 73/2009, admite la eficacia en la notificación realizada en lugar distinto al domicilio social o al designado por el interesado para las notificaciones, pero únicamente desde que el mismo realiza actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de dicha notificación, lo que ocurre en este caso con la interposición de la reclamación económico-administrativa.

b) *Improcedencia de segunda notificación cuando el destinatario sea desconocido*

La **STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a), recurso de apelación núm. 4/2011, analiza la práctica de una notificación de resolución de expulsión de España. El Servicio de Correos trató de notificarla en el domicilio de referencia, con el resultado de «desconocido», por lo que se procedió a notificar por vía edictal. Tras analizar el contenido de los arts. 43 y 59 LRJPAC y ponerlos en relación con el intento de notificación obrante en el expediente, el Tribunal llega a las siguientes conclusiones: «a) La corrección y regularidad del mismo, sin que la parte actora haya articulado elemento probatorio ninguno del que pudiera deducirse que, en la fecha de dicha notificación, el domicilio donde se practicó era, o seguía siendo realmente, el de su patrocinado; y b) Que no era preceptivo ni necesario un segundo intento de notificación, que sí lo es, con toda lógica, en el supuesto distinto de ausencia circunstancial del destinatario de la notificación». Por ello, el Tribunal confirma el pronunciamiento de inadmisibilidad, por extemporáneo, del recurso contencioso.

Sobre la identificación del receptor de la notificación y sus efectos, la **STSJ de Murcia de 25 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), sentencia núm. 77/2012.

c) *Innecesidad de segunda notificación cuando el destinatario rechaza la notificación*

La **STS de 31 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 1977/2009, recuerda la no necesidad de efectuar un segundo intento de notificación del acto administrativo por causa imputable al interesado y la no necesidad

de realizar la notificación edictal, ya que el interesado se negó a la recepción de la notificación efectuada en su domicilio. Por tanto, el cómputo del plazo de interposición del recurso se inicia desde la notificación rechazada, ya que se da por realizada de forma correcta.

d) Notificación directamente por el Ayuntamiento

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de marzo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), sentencia núm. 307/2012, considera que es correcta la notificación de un procedimiento administrativo sancionador efectuada directamente a través del funcionario del Ayuntamiento, y no a través de correo certificado con acuse de recibo. Concluye el Tribunal considerando que existe acreditación suficiente de la realización de la notificación y que hay que entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración del procedimiento, por lo que no procede declarar su caducidad por transcurso del tiempo.

5. VALIDEZ E INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Validez de acuerdo de Comunidad de Regantes

La **STS de 12 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 1166/2009, conoce de la impugnación de una Resolución de la Confederación Hidrográfica por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra un Acuerdo de la Junta de Gobierno del Sindicato de Riegos de la Comunidad General de Regantes del Canal de Piñana, que admitió el bombeo de caudales procedentes del río Noguera Ribagorzana para riego de una zona. La parte recurrente sostiene que tal decisión es inválida por no tener cobertura legal, ya que el Consejo de Ministros no aprobó la derivación de caudales mediante bombeo, por lo que esta decisión es una auténtica actuación de vía de hecho de la Confederación Hidrológica. Para el Tribunal, el Acuerdo impugnado tenía por finalidad únicamente manifestar la postura de la Comunidad de Regantes a la Administración Hidrológica sobre la situación excepcional creada por la grave sequía, y que tenía la finalidad de evitar no ya la pérdida de la cosecha de ese año, sino la desaparición de árboles frutales en la zona afectada. Y tal Acuerdo, además de no carecer de motivación o justificación, ya que obedece a la finalidad indicada, se adopta salvaguardando el interés de la propia Comunidad de Regantes. Por todo ello, el Tribunal concluye que procede desestimar el recurso de casación.

6. ELIMINACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Revisión de oficio

a) Revisión pruebas selectivas

Las **SSTS de 12 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7.^a), recurso de casación núm. 5502/2010; **de 13 de febrero de 2012** (Sala de lo contencioso-

administrativo, sección 7.^a), recurso de casación núm. 6884/2009; y **de 8 de febrero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7.^a), recurso de casación núm. 2046/2011, concluyen declarando la procedencia de la revisión de oficio de unas pruebas selectivas de acceso a la función pública por utilización de distintos criterios de corrección para un mismo ejercicio y por la exclusión incorrecta de ciertos aspirantes. Todo ello vulnera el derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública. Esto no implica, por supuesto, el reconocimiento del derecho a que se tenga por superado el proceso selectivo.

b) Inicio por solicitud del interesado: no es un recurso de reposición

La **STSJ de Murcia de 25 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), sentencia núm. 26/2012, conoce de un supuesto de revisión de oficio que se inicia por interesado, a través de un escrito dirigido al órgano que dictó el acto administrativo (en este caso, una liquidación económica), por infracción manifiesta de la Ley. Esta posibilidad está recogida expresamente en la Ley (art. 102 LRJPAC) y no cabe que la Administración califique el escrito presentado por el interesado como escrito de interposición de recurso de reposición y declare extemporáneo dicho recurso.

Por otro lado, el Tribunal afirma que, en cuanto a la determinación de la normativa aplicable al caso, ha de atenerse a la fecha de iniciación del procedimiento de gestión que dio lugar a la liquidación impugnada y no a la fecha de presentación de la autoliquidación.

c) Rectificación de errores materiales

La **STSJ de Castilla y León de 16 de enero de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a), sentencia núm. 30/2012, conoce de un supuesto de revisión de oficio por rectificación de errores materiales, derivadas de unas sanciones tributarias. Tras realizar un repaso de la doctrina constitucional y jurisprudencial al efecto, declara la improcedencia de proceder a la rectificación de resoluciones recaídas en expedientes sancionadores al amparo del art. 220 LGT introduciendo razonamientos no reflejados en las primeras resoluciones y que responden a alegaciones realizadas por el interesado. El Tribunal concluye que, aunque las posibilidades que ofrece la rectificación de errores son amplias, para operar deben respetarse determinados límites, singularmente complejos, y debe realizarse una interpretación restrictiva de su procedencia. La rectificación de errores no puede determinar que se lleve a cabo un juicio valorativo, ni exigir operaciones de calificación jurídica nueva y distintas apreciaciones de la prueba, ni puede suponer resolver cuestiones discutibles y opinables por exigirse que debe evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución o del contexto procesal en la que se inscribe, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones. Sobre esta base doctrinal, el Tribunal entiende que las resoluciones de la Agencia Tributaria no pueden ampararse en el tenor del art. 220 de la Ley General Tributaria, pues lo que hace la Administración tributaria es introducir razonamientos que no había reflejado en sus primeras resoluciones. Tales razonamientos suponen una emisión de unos juicios de valor que exceden de lo que es posible racionalmente entender como rectificaciones de errores materiales.

d) Revisión de liquidación tributaria: alcance de la revisión económico-administrativa

La **STS de 26 de marzo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 5827/2009, se pregunta acerca de si los órganos de revisión económico-administrativa, una vez anulada una liquidación tributaria por razones de fondo (aquí por la falta de vigencia de la norma que le sirvió de cobertura), deben limitarse a decretar esa anulación o si, por el contrario, les es dable decidir además que se desande y reproduzca el camino y se practique una nueva liquidación, conforme a derecho o de acuerdo con los criterios fijados en la propia resolución anulatoria (en el caso, el Tribunal Regional marcó las pautas para esa nueva fijación de la deuda tributaria).

Centrado el debate, y tras analizar la legalidad vigente aplicable al caso, concluye que la resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional se excedió en su función revisora, acordando una improcedente retroacción de las actuaciones del procedimiento de inspección. Eso sí, la anulación de las resoluciones adoptadas por el Tribunal Económico-Administrativo Regional no comporta, *per se*, la imposibilidad de la Administración de liquidar de nuevo el impuesto sobre sociedades, como resultado del procedimiento de comprobación e inspección en el que fue aprobada la liquidación anulada.

Esta Sentencia tiene un Voto Particular elaborado por un Magistrado, al que se adhiere otro más, que disienten del criterio de la mayoría que mantiene, a efectos de la interrupción de la prescripción, la diferencia entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables, al aludir a la jurisprudencia de esta misma Sala que niega eficacia interruptora de la prescripción sólo a los actos nulos de pleno derecho.

B) Recursos administrativos

a) Carácter improrrogable del término de formulación del recurso de alzada

Esto es afirmado por las **SSTS de 2 de marzo de 2012** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 4278/2008 y recurso de casación núm. 4863/2008.

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) **Exclusión de licitadores.**
 - B) **Motivación de la adjudicación. No resulta suficiente la simple constancia numérica.**
 3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.
 - A) **Obras complementarias y fijación de su precio.**
 - B) **Revisión de precios. Prescripción.**
 - C) **Reclamación de intereses de demora. No resulta necesario haber exigido su abono previamente en vía administrativa.**
 - D) **Debe incluirse el IVA en la reclamación de intereses cuando se trate de la liquidación definitiva.**
 - E) **Imposición de penalidad por retraso en la ejecución.**
 4. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS.
 - A) **Resolución del contrato. Plazo de tramitación del expediente de resolución.**
 - B) **Resolución del contrato. Motivación de la decisión.**
 - C) **Resolución de contrato otorgado por una asamblea parlamentaria. Requiere igualmente el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado si media oposición del contratista.**
 - D) **Resolución por incumplimiento del contratista. Necesidad de determinar los perjuicios causados al interés público.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de febrero de 2012 y abril de 2012, 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, sin que se aprecie ninguna cuestión digna de resaltar.

2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Exclusión de licitadores

La **STSJ de Galicia de 8 de marzo de 2012** (rec. contencioso-administrativo núm. 4456/2010) considera incorrectamente excluido del procedimiento de licitación a un licitador que incluyó en el sobre correspondiente a la cualificación profesional aspectos referentes a la oferta económica, al considerar que ello constituye un simple motivo formal no configurado expresamente como causa de exclusión.

B) Motivación de la adjudicación. No resulta suficiente la simple constancia numérica

Como reitera la **STS de 20 de marzo de 2012** (rec. casación núm. 2326/2011), la adjudicación de los contratos suscritos por la Administración no puede consistir en la mera expresión numérica —legalmente irreprochable— de la puntuación atribuida a cada licitador. Ello resulta totalmente insuficiente para conocer si los criterios de valoración han sido correctamente apreciados. Tal acuerdo debe contener una expresa ponderación de los criterios aplicados. Esa explicitación de la ponderación, además de ir encaminada a ilustrar al órgano decisor respecto de la forma en la que la Mesa —órgano de carácter técnico que auxilia al órgano de contratación— ha aplicado los criterios valorativos reflejados en el Pliego, elemento de juicio necesario para valorar la pertinencia de la Propuesta *in genere* y, consiguientemente, asumirla o rechazarla, constituye también la motivación de la Resolución decisoria del concurso cuando asume dicha Propuesta. Motivación que, además y en caso de impugnación, permitirá al órgano jurisdiccional valorar si los parámetros interpretativos aplicados por la Mesa se ajustan a los criterios de valoración establecidos en el Pliego.

El mismo criterio se mantiene en la **STSJ de Aragón de 15 de febrero de 2012** (rec. apelación núm. 210/2008), en relación con la adjudicación de un contrato de servicios.

3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Obras complementarias y fijación de su precio

El precio de las obras complementarias debe fijarse según los precios de la obra principal en la fecha de su adjudicación, surgiendo la duda de si resulta aplicable la actualización de precios a la misma conforme a lo previsto en el artículo 141.d) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Si bien es cierto que el Tribunal Supremo, en sentencias de 16 y 29 de abril del 2008, ha desestimado la aplicabilidad de la figura de la retasación en supuestos de obras complementarias, basándose en la expresa conformidad prestada por la adjudicataria sobre el precio determinado a que quedaba sujeta la ejecución de las obras complementarias. Para el Tribunal Supremo si no resulta acreditado que la intención de los contratantes fue otra, y si los términos del contrato son claros, habrá que estar al sentido literal de sus cláusulas, deviniendo ilícita la extemporánea discrepancia que sobre el precio convenido exteriorice la adjudicataria en el momento posterior en que se procede a la liquidación de aquél.

Aplicando dicha doctrina la **STSJ de Asturias de 14 de marzo de 2012** (rec. contencioso-administrativo núm. 368/2010) considera procedente la aplicación del precio revisado para determinar el precio de las obras complementarias, ya que de los documentos contractuales resulta que el precio del contrato de obras complementarias se estableció con los precios fijados en su día para el contrato de la obra principal, pactándose expresamente en la obra complementaria la revisión de precios, al señalarse que se fijaban inicialmente conforme al precio original que deberían ser actualizados.

B) Revisión de precios. Prescripción

Como recuerda la **STSJ de Castilla y León (Sala de Valladolid) de 24 de febrero de 2012** (rec. contencioso-administrativo núm. 2417/2008), la prescripción de la reclamación de la revisión de precios tiene como *dies a quo* la fecha de la liquidación definitiva. La Sentencia precisa que ciertamente la normativa prevé que con carácter ordinario la revisión de precios se verificará en cada certificación de obra y sólo excepcionalmente en la liquidación final cuando no haya podido verificarse en las certificaciones. Pero si el contratista no ha solicitado dicha revisión de precios en las certificaciones de obra, sino en la liquidación final, no puede luego pretender que los intereses de demora se proyecten a tales certificaciones de obra.

C) Reclamación de intereses de demora. No resulta necesario haber exigido su abono previamente en vía administrativa

Aun cuando el contratista sólo haya reclamado en vía administrativa el pago de las certificaciones no abonadas, en la vía contencioso-administrativa puede anudar a dicha pretensión el abono de los intereses de demora, sin que ello constituya una desviación procesal, sino que por aplicación del artículo 31.2 de la Ley Jurisdiccional debe considerarse que esta segunda pretensión se encuentra anudada a la primera como reconocimiento de una situación jurídica individualizada, a tenor de la **STSJ de Aragón de 28 de marzo de 2012** (rec. apelación núm. 229/2008). Dicha Sentencia precisa que el *dies a quo* que debe tomarse como referencia para el cómputo del devengo de intereses (sin perjuicio del plazo de carencia de 60 días fijado desde la entrada en vigor de la Ley de medidas contra la morosidad de 2004) no es la fecha de presentación de la certificación, sino la fecha de emisión de la misma, dado el tenor literal del artículo 99.4 RDL 2/2000 —en la redacción dada por la Disposición Final primera de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecieron medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, aquí aplicable—, que precisa que «la Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el apartado 4 del art. 110, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de sesenta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales» —Ley 3/2004, de 29 de diciembre—. La misma doctrina se fija por la **STSJ de Galicia de 22 de marzo de 2012** (rec. apelación núm. 4644/2011) y por la

STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de marzo de 2012 (rec. contencioso-administrativo núm. 593/2008).

Ahora bien, lo que no resulta procedente es considerar apropiado el abono del precio y los intereses porque se haya formulado reclamación al respecto ante el órgano de contratación y éste no haya resuelto de forma expresa en el plazo de tres meses. Como recuerda la **STSJ de Asturias de 7 de marzo de 2012** (rec. contencioso-administrativo núm. 385/2010), la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero del 2007, a la que han seguido otras sentencias, como la de 5 de febrero del 2008, ha precisado que en tal supuesto no nos encontramos ante un procedimiento iniciado a solicitud del interesado que deba ser resuelto en un plazo determinado, transcurrido el cual sin recaer resolución expresa deba entenderse estimada la petición por silencio administrativo positivo, sino ante una incidencia producida en la ejecución de un contrato administrativo, y como el procedimiento administrativo para la celebración del contrato es un procedimiento iniciado de oficio, nos encontramos en el ámbito del artículo 44 de la LRJ y PAC, en que la falta de respuesta de la Administración a las solicitudes de los interesados tiene un sentido negativo. Criterio jurisprudencial asumido expresamente por la Disposición Final Octava de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, que estableció expresamente que en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver, no variándose esta prescripción en el Texto Refundido.

D) Debe incluirse el IVA en la reclamación de intereses cuando se trate de la liquidación definitiva

La **STSJ de Aragón de 28 de marzo de 2012** (rec. apelación núm. 229/2008) correctamente precisa que cuando se trata de liquidaciones parciales no resulta procedente la inclusión del IVA en la reclamación de los intereses de demora. Pero por el contrario, tal inclusión es procedente cuando se trata de la demora en el pago de la liquidación definitiva —no es, por tanto, un pago a cuenta— que tiene lugar tras la entrega y recepción de la obra.

E) Imposición de penalidad por retraso en la ejecución

Ante el retraso en la ejecución del contrato, el ordenamiento permite al órgano de contratación imponer penalidades como pase previo a la posible resolución del contrato. Ahora bien, como precisa la **SAN de 29 de febrero de 2012** (rec. apelación núm. 152/2011), las mismas sólo pueden imponerse si el contrato no está aún totalmente ejecutado. No cabe utilizar esta figura *a posteriori*. Y ello, como argumenta la Sala, ya que «... tales penalidades no son sanciones en sentido estricto, sino penalidades contractuales coercitivas para compeler al contratista para que ejecute el contrato cuyo plazo de ejecución total o parcial ha sido rebasado. Por lógica se está ante un contrato cuyo plazo de ejecución total se ha incumplido pero que aún no se ha ejecutado, pues de no ser así el artículo 95.3 no daría a la Administración la posibilidad de optar entre resolver o compeler al contratista con esas penalidades... Esa lógica del sistema de penalización busca, precisamente, que ante un horizonte manifiestamente gravoso, el contratista incumplidor del plazo de ejecución —ya

sea total o parcial—, reaccione, sea diligente para ejecutar cuanto antes el contrato y evitar así que, a base de coerción económica, le acabe resultado antieconómico cuando no ruinoso. Este es el caso de autos donde el beneficio del contratista es ficticio pues el importe de la penalización alcanza al 70,3% del precio del contrato, con lo que cobra sentido lo razonado por el apelante en cuanto que el resultado final ha sido el enriquecimiento injusto de la Administración que, gracias a las penalidades, ha reducido en ese porcentaje el precio del contrato que finalmente se ejecutó.

DÉCIMO. Por otra parte que esas penalidades se hagan efectivas con cargo al precio final no contradice las anteriores conclusiones. Una cosa es que al incumplirse los plazos se acuerde no resolver el contrato, sino exigir su ejecución compeliendo al contratista mediante esa coerción económica, y otra cosa es que el cobro de las mismas se haga al tiempo de emitirse las certificaciones o, como en autos, la factura final. Por tanto, que el cobro material sea posterior, aun ya ejecutado tardíamente el contrato, no quita para que lo relevante sea que tal detracción deba contar con un título que lo ampare, que es la decisión de aplicarle esas penalidades, decisión que por lógica debe adoptarse estando pendiente cumplir el contrato, aunque se liquiden *a posteriori*.

UNDÉCIMO. A las penalidades contractuales les son aplicables, por analogía, el régimen de las multas coercitivas como instrumento de ejecución forzosa. Como el resto de los medios de ejecución forzosa del artículo 96 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deben tener un título que le sirva de fundamento (artículo 93). En este caso serían la orden de incoación del procedimiento de imposición de penalidades y el acto impugnado, resolución que debió dictarse cuando la obligación contractual de realizar el suministro estaba viva y pendiente, pero no cuando ya se ha ejecutado. De no ser así tal potestad de imposición de penalidades incurre en desviación de poder, pues al carecer ya de utilidad coercitiva buscaría un fin o sancionador o indemnizador».

La imposición de tales penalidades, junto con la declaración de prórroga forzosa para la ejecución del contrato, ante el incumplimiento o defectuoso cumplimiento del contratista requieren, necesariamente, la tramitación del correspondiente procedimiento en el que debe darse audiencia al contratista, puesto que en caso contrario tal actuación es contraria a Derecho, como precisa la **STSJ de Castilla y León (Sala de Valladolid) de 17 de febrero de 2012** (rec. contencioso-administrativo núm. 3067/2008).

4. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Resolución del contrato. Plazo de tramitación del expediente de resolución

La **STS de 22 de marzo de 2012** (recurso de casación núm. 6034/2009) reitera nuevamente que el procedimiento de resolución de un contrato administrativo, con la consiguiente decisión sobre la liquidación económica del mismo y la posible incautación de la garantía prestada por el contratista, se constituye en un procedimiento autónomo, y no en una simple fase de la ejecución del contrato, debiendo aplicarse al mismo la regulación derivada de los artículos 42 y 44 de la Ley 30/1992, por lo que al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente el procedimiento de resolución del contrato, el órgano de contratación debe resolver en el plazo de tres meses, ante la falta de presión legal o re-

glamentaria alguna. Transcurrido este plazo, el órgano de contratación no puede acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía, sino que debe declarar la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de los efectos a que se refiere el art. 92.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común.

B) Resolución del contrato. Motivación de la decisión

Evidentemente la decisión de resolver un contrato por desistimiento unilateral de la Administración no es una potestad discrecional. Al ejercerla, el órgano de contratación debe integrar las razones de interés público que lo justifican si es que la ejecución del contrato lo perjudica o es incompatible con él. Se exige, por tanto, esa justificación —que debe constar en el Expediente administrativo— para que el contratista alegue e impugne la realidad de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público. Resulta obvio que se puede justificar el desistimiento en las incidencias que, aun cuando no sean incumplimientos imputables al contratista, aconsejan desistir, como ocurre si hay discrepancias entre Administración y contratista. Bajo esta posición jurisprudencial, la **SAN de 29 de febrero de 2012** (rec. apelación núm. 137/2011) afirma que corresponde al órgano de contratación aportar las pruebas de esa pérdida de confianza, sin que en ningún caso pueda ésta estar motivada en el comportamiento de sujeto distinto al contratista.

C) Resolución de contrato otorgado por una asamblea parlamentaria. Requiere igualmente el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado si media oposición del contratista

La **STS de 7 de marzo de 2012** (rec. casación núm. 1146/2009) precisa que la actividad contractual de las asambleas autonómicas, independiente de su consideración como poderes parlamentarios, está sometida a las prescripciones sobre contratación pública, al ser una actividad materialmente administrativa. Por ello, también están sometidas al control de legalidad que supone el previo informe preceptivo del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente si en el procedimiento de resolución media oposición del contratista.

En concreto, la Sentencia precisa que «... esta Sala no comparte esa principal argumentación del recurso de casación de que la debida salvaguarda de la función parlamentaria impone necesariamente, en la materia de contratación sobre la que versa el actual litigio, que el control de legalidad de los actos de la Administración parlamentaria no quede sometido al dictamen o informe de los órganos consultivos del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas.

La potestad legislativa y el control de la acción del Gobierno, que es el contenido esencial de la institución parlamentaria, es muy diferente a las actuaciones de gestión de personal, administración y gestión patrimonial dirigidas a ofrecer a esa institución el soporte organizativo de medios personales y materiales para el desempeño de su principal función. Como también debe decirse que no hay razones para que esa actividad materialmente administrativa tenga unos mecanismos de control de legalidad diferentes a los establecidos para los entes que formalmente constituyen las Administraciones públicas, y en esta línea parece orientarse el legislador estatal en esas normas que antes se han transcrito de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 y del muy reciente Texto Refundido de 2011.

Debe descartarse, pues, que sea incompatible con la institución parlamentaria la aplicación a su “Administración” del control de legalidad que significa someter sus decisiones al previo informe de los órganos consultivos del Gobierno del Estado o de la correspondiente Comunidad Autónoma. Lo cual no significa que esta Sala afirme que la normativa autonómica de Aragón haya configurado a la Comisión Jurídica Asesora como un órgano consultivo de la Mesa de las Cortes de Aragón (entre otras cosas porque no corresponde a este Tribunal Supremo controlar la aplicación del Derecho autonómico).

Pero lo que aquí es verdaderamente relevante es que han sido las propias Cortes de Aragón las que, tanto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares como en el contrato suscrito con SECURITAS SEGURIDAD ESPAÑA, se sometieron, sin salvedad alguna, al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TR/LCAP) como Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 26 de octubre.

Esto supone, siguiendo el criterio del recurso de casación, que han sido las propias Cortes de Aragón las que por su propia voluntad han decidido aplicar al contrato aquí litigioso esa normativa de contratación de las Administraciones Públicas y lo que en ella se dispone sobre el preceptivo informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos de resolución del contrato [artículos 59.3 TR/LCAP y 109 del Reglamento General de 2001]...».

D) Resolución por incumplimiento del contratista. Necesidad de determinar los perjuicios causados al interés público

Acordada la resolución por incumplimiento del contratista, el órgano de contratación no puede acordar simplemente la incautación la garantía prestada. Por el contrario, y como precisa la **STSJ de Murcia de 24 de febrero de 2012** (rec. apelación núm. 172/2010), su finalidad es la finalidad es puramente de garantía y no penitencial, por cuanto el importe de la fianza incautada se aplica a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, pues esa obligación de indemnizar sólo surge cuando los perjuicios excedan del importe de la garantía incautada. En caso contrario, la consecuencia de la simple incautación de la fianza aprovecharía al gran incumplidor, puesto que siempre beneficiaría que los perjuicios superaran el importe de la fianza ya que, así, la fianza se entendería perdida a cuenta de la indemnización, mientras que el contratista más cumplidor vería desvanecerse la totalidad de la fianza aunque los perjuicios producidos por su incumplimiento no alcanzasen el valor afianzado. Esto, obviamente, no es sostenible. En correspondencia con la mecánica del artículo y el destino de la fianza, la Administración debe en todo caso proceder a liquidar los perjuicios producidos a fin de decidir si el contratista ha de indemnizar en mayor importe que el correspondiente a la fianza o si debe reintegrar a aquél el exceso de fianza incautado.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL.

- A) **Competencias municipales: Ordenanzas reguladoras de telecomunicaciones: limitaciones a la instalación de antenas de telefonía móvil (control continuo de emisiones, obligación de compartir emplazamiento, planes de implantación o desarrollo, mejores técnicas disponibles y límites al emplazamiento).**
- B) **Estatuto de los miembros de las corporaciones locales. Cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 73.3 LBRL. Concejal no adscrito. Núcleo de la función representativa.**
- C) **Organización municipal. Moción de censura: interpretación del requisito previsto en el artículo 197.1.a) de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.**

2. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS.

- A) **Colegios profesionales. Visado colegial obligatorio. Cuestiones diversas derivadas del RD 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio.**
- B) **Profesiones tituladas. La profesión titulada de geólogo no es una actividad regulada por no afectar a los intereses públicos y generales.**

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL

- A) **Competencias municipales: Ordenanzas reguladoras de telecomunicaciones: limitaciones a la instalación de antenas de telefonía móvil (control continuo de emisiones, obligación de compartir emplazamiento, planes de implantación o desarrollo, mejores técnicas disponibles y límites al emplazamiento)**

En otras crónicas, como la 49 o la 52, ya hemos tenido oportunidad de comentar distintas resoluciones relativas a la competencia municipal para ordenar las instalaciones de telecomunicación. Damos ahora breve cuenta de varias resoluciones del Tribunal Supremo que analizan diversas cuestiones sobre el régimen jurídico aplicable a la implantación de instalaciones de telecomunicación.

En primer lugar, la **STS de 6 de marzo de 2012** (recurso 5363/2006), en relación con la exigencia a las operadoras de instalar un equipo de medida continua de la radiación electromagnética generada por las emisiones de radiocomunicación de telefonía móvil, recuerda

que corresponde al Estado las funciones de administración y control del dominio público radioeléctrico, lo que comprende la comprobación técnica de este tipo de emisiones. Las SSTS de 22 de marzo y de 15 de noviembre de 2011 han señalado que «las competencias autonómicas y locales en materia de ordenación del territorio, ambiente o sanidad no pueden terminar desvirtuando las competencias que la propia Constitución reserva al Estado en el repetido artículo 149.1.21 (...) la regulación estatal no es un simple mínimo común que pueda ser unilateralmente ampliado por las Comunidades autónomas con pretendido amparo en los títulos competenciales de ambiente y sanidad, como precisamente en este caso sostiene la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña, sino más bien un marco normativo general con vocación de aplicación sobre la totalidad del territorio nacional, que pondera equilibradamente los diversos intereses concurrentes, definiendo los requisitos técnicos del despliegue de la red que se consideran necesarios para garantizar tanto un desarrollo eficaz de las telecomunicaciones como la salud de los ciudadanos y la preservación del ambiente». Por tanto, el ámbito municipal de preservación de los intereses urbanísticos, medioambientales y sanitarios de su competencia no puede incidir en la competencia del Estado en materia de telecomunicaciones, que comprende, con carácter de exclusividad, las cuestiones estrictamente técnicas sobre el uso del dominio público radioeléctrico que se quiere regular mediante la Ordenanza (así también FJ 7.º STC 8/2012).

Sobre la facultad del Ayuntamiento de imponer, por razones de protección del paisaje urbano y del medio ambiente, la obligación de compartir emplazamientos por parte de las diferentes operadoras (a la que ya se han referido las SSTS de 6 de abril de 2010, y 15 de febrero y 13 de diciembre de 2011) el Tribunal considera adecuada la regulación contenida en la Ordenanza, que exige razones urbanísticas, medioambientales o paisajísticas debidamente justificadas y previa audiencia a los interesados, de conformidad todo ello con la normativa estatal reguladora (en términos similares a lo ya expresado en el F.º J.º 9.º de la STC 8/2012).

También la Ordenanza exige la presentación y actualización de un Plan de implantación o desarrollo de las instalaciones radioeléctricas en el término municipal. Tal y como ya se dijo en la **STS de 13 de diciembre de 2011** (recurso 7454/2004), la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento. El hecho de que la instalación de antenas para telefonía móvil esté vinculada a la aprobación del plan técnico constituye una medida razonablemente proporcionada para asegurar su eficacia.

Los mismos pronunciamientos se contienen en otra **STS de 6 de marzo de 2012** (recurso 3404/2007), que analiza también la exigencia de que las instalaciones de radiocomunicación utilicen la tecnología disponible en el mercado que comporte el menor impacto de exposición electromagnética. Pese a que diversas sentencias consideraban que nada había que oponer a la posible utilización de la mejor tecnología disponible (24 de mayo de 2005, 15 de junio de 2010 o 12 de abril de 2011), la STS de 22 de marzo de 2011 (recurso 1845/2006) ha establecido una doctrina distinta y entiende que la determinación de los

estándares de tecnología idóneos es una cuestión que entra de lleno en el ámbito reservado para el legislador estatal, «conclusión que no se desvirtúa por el hecho de que esa obligación se enmarque en una finalidad de índole ambiental, cual es prevenir las afecciones al paisaje y las emisiones, pues, esa finalidad no puede ser esgrimida para diluir la competencia exclusiva estatal y fraccionar la unidad de mercado en tantas regulaciones como Comunidades Autónomas e incluso Ayuntamientos haya en función de lo que cada uno estime como más adecuado a estos efectos». Por ello, la exigencia de la mejor tecnología disponible debería haberse fundado en normas del Estado, como es el caso del Real Decreto 1066/2001.

Lo mismo sucede con la **STS de 28 de febrero de 2012** (recurso 5320/2006), que pasa también a referirse a la exigencia por las ordenanzas de que entre las ubicaciones de estas instalaciones sea escogida la más alejada de viviendas, centros docentes, clínicas y hospitales, y la prohibición de instalaciones en edificios, conjuntos, emplazamientos y entornos protegidos o catalogados, de forma que las vistas sobre el edificio o elemento objeto de protección no queden afectadas. Sin embargo, el derecho de las operadoras a la prestación del servicio, así como el de los usuarios a su recepción, impiden que puedan imponerse restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones o limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas. Tampoco resulta posible la prohibición de instalación de antenas en cualquier porción de terreno que no esté calificada urbanísticamente como de uso industrial en el término municipal (STS de 5 de octubre de 2010), pues, si se une a la coetánea imposición de su establecimiento a cierta distancia de los suelos clasificados como urbanos o urbanizables imposibilitaría la correcta prestación del servicio por las operadoras. Sin embargo, en el supuesto enjuiciado, la operadora recurrente no ha justificado que las medidas contempladas en la ordenanza restrinjan de forma absoluta su derecho a prestar el servicio en adecuadas condiciones.

B) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales.

Cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 73.3 LBRL.

Concejal no adscrito. Núcleo de la función representativa

El 7 de junio de 1998 la práctica totalidad de los partidos políticos suscribieron el denominado código de conducta política con el confesado propósito de «reducir y frenar el condenable fenómeno de deslealtad política conocido como “transfuguismo”». Tomando pie en ese código, luego renovado por sucesivos acuerdos de 26 de septiembre de 2000 y 23 de mayo de 2006, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno local, modificó, entre otros artículos, el art. 73.3 LBRL. Entre las novedades introducidas entonces destaca la creación de la figura de los «concejales no adscritos» a ningún grupo político y reservada legalmente para los concejales que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia. Para estos concejales no adscritos el citado art. 73.3 LBRL precisa en su tercer párrafo que «sus derechos políticos y económicos [...] no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia».

En este nuevo contexto normativo, que impide que los concejales no adscritos puedan percibir o beneficiarse de los recursos económicos y materiales puestos a disposición de

los grupos políticos de la Corporación, y ejercer o intervenir en las actividades que, conforme a la propia legislación de régimen local, se canalizan a través de los grupos políticos, el Ayuntamiento de Denia, en julio de 2008, y el Ayuntamiento de Benidorm, más tarde, en octubre de 2009, adoptaron determinados acuerdos de nombramiento de representantes de la Corporación en órganos colegiados competencia del Pleno y de Tenientes de Alcalde, en favor en ambos casos de concejales no adscritos.

A la vista de estos nombramientos, la Subdelegación del Gobierno de Alicante, en el primer caso, y el Conseller de Solidaridad y Ciudadanía de la Generalitat Valenciana, en el otro, formularon con arreglo al art. 65 LBRL los oportunos requerimientos interesando la anulación de los respectivos acuerdos municipales por considerar que incumplían la regla del art. 73.3 LBRL, que antes se ha recordado, y que no fueron atendidos por ninguno de los dos Ayuntamientos. Por este motivo, tanto el Abogado del Estado, primero, como el Abogado de la Generalitat Valenciana, más tarde, impugnaron los respectivos acuerdos municipales ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante, al que correspondió el conocimiento de los dos recursos interpuestos, acordó mediante Auto de 10 de febrero de 2010, en el contencioso promovido contra el Ayuntamiento de Denia, y de 11 de julio de 2011, en el caso de los acuerdos adoptados por el Ayuntamiento de Benidorm, plantear ante el Tribunal Constitucional sendas cuestiones de inconstitucionalidad por considerar que el art. 73.3, párrafo tercero, invocado en las respectivas demandas contenciosas podría vulnerar el art. 23 CE, al impedir a los concejales no adscritos ocupar determinados cargos cuyas funciones inciden en el núcleo de su respectiva función representativa, cuando el resto de concejales de la corporación sí pueden optar a dichos cargos.

Las Sentencias del **Tribunal Constitucional 9/2012, de 18 de enero, y 30/2012, de 1 de marzo**, desestiman las citadas dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas (cuestiones números 1490-2010 y 5277-2011, respectivamente). Y lo hacen en ambos casos, como es natural, siguiendo el mismo razonamiento.

El Pleno del Tribunal Constitucional comienza notando que no cualquier acto que afecte al status jurídico aplicable al representante político lesiona el derecho fundamental del art. 23 CE, pues, según es doctrina constitucional consolidada, sólo poseen relevancia constitucional a estos efectos los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa.

A continuación recuerda también que, como ya declaró la STC 169/2009, de 19 de julio, el distinto trato que el art. 73.3 LBRL otorga a los miembros de las corporaciones locales en función de su adscripción o no a un grupo político «está justificado en la diferente situación en la que se encuentran, al no haberse incorporado al grupo político constituido por la formación electoral por la que fueron elegidos [y, en consecuencia], puede someterse a un régimen jurídico parcialmente diferente a los representantes que no se integran en el grupo político constituido por la formación en la que concurrieron a las elecciones respecto de aquéllos que sí lo hacen, todo ello sin perjuicio de respetar las facultades de representación que son propias del cargo electo»

Con arreglo a este punto de partida, las citadas Sentencias precisan, sirviéndose también de la propia doctrina constitucional, con cita destacadamente de la STC 169/2009, de 19 de julio, que «entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función

representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una corporación provincial se encuentran la de participar en la actividad de control del gobierno provincial, la de participar en las deliberaciones del pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores».

Aplicando esta doctrina al asunto en cada caso considerado las dos Sentencias concluyen que la limitación que el párrafo tercero del art. 73.3 LBRL cuestionado impone a los concejales no adscritos no vulnera el art. 23 CE, toda vez que la pertenencia a la Junta de Gobierno Local y la designación como Teniente de Alcalde y, en general, el nombramiento para cargos relacionados con el gobierno y la administración del municipio no forman parte del núcleo esencial de las funciones representativas del concejal, sino que constituyen aspectos de la organización y estructura del gobierno municipal que corresponde determinar al Alcalde de conformidad con los criterios que señala la LBRL (arts. 23 y 125).

C) Organización municipal. Moción de censura: interpretación del requisito previsto en el artículo 197.1.a) de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General

Varios concejales interpusieron recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de la Mesa de Edad que presidió el Pleno extraordinario del Ayuntamiento de Siero, convocado para el 31 de octubre de 2011, por el que se acordó no seguir adelante con la tramitación de la moción de censura formulada por los recurrentes contra el Alcalde. Dado que en un primer momento se consideró que la moción reunía todos los requisitos legales exigidos para su tramitación, se convocó el Pleno para el debate y votación de la misma a las 12 horas del citado día 31.

Sin embargo, y dado que varios de los concejales proponentes de la moción habían sido suspendidos de militancia por la Comisión Nacional de Derechos y Garantías del Partido Popular, el Secretario General del PP del Principado de Asturias presentó escrito en el Registro municipal advirtiendo que dichos concejales no formaban parte ya del Grupo Municipal del Partido Popular. Ante este hecho, se solicita informe jurídico de la Secretaría General, el cual concluye atribuyendo a la Mesa de Edad que ha de constituirse para la celebración del Pleno la facultad de apreciar, con carácter previo a la votación de la moción de censura, si se cumplen o no los requisitos exigidos en el artículo 197.1.a) LOREG. El citado acuerdo de 31 de octubre de 2011, adoptado por la Mesa de Edad, considera que no se mantienen los requisitos establecidos por la legislación electoral y que, en consecuencia, no ha de seguirse con la tramitación de la moción.

El apartado tercero del citado precepto viene a establecer que, para el cómputo de la mayoría absoluta del número de miembros de la corporación que debe proponer la moción de censura, no deberá tenerse en consideración a aquellos concejales que se encuentren entre los proponentes y que hayan dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato. Esta es una consecuencia de la lucha contra el transfuguismo en los partidos políticos, que, según el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2011 que modifica el precepto controvertido de la LOREG, constituye una anomalía que ha incidido negativamente en el sistema democrático y representativo de nuestro país.

La **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Oviedo de 28 de febrero de 2012** (recurso 366/2011) declara la nulidad del acuerdo impugnado y procede a interpretar qué se considera por dejar de pertenecer al grupo municipal al que se adscribió el concejal al inicio de su mandato, a efectos de considerar aplicable o no la letra a) del artículo 197.1 LOREG. En este sentido entiende que, si bien los cuatro concejales han sido suspendidos de funciones, así como de militancia, lo han sido cautelarmente o provisionalmente, por lo que «no cabe entender que los mismos hayan dejado de pertenecer al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato, ya que esa suspensión cautelar no puede equipararse sin más a la expulsión. Se trata del inicio de los expedientes disciplinarios abiertos a los citados concejales porque suscribieron la moción de censura, que requieren la tramitación del correspondiente procedimiento contradictorio». Ello ha sido declarado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 185/1993, en la que considera, citando la STC 218/1988, lo siguiente:

«si bien la potestad de organización que comprende el derecho de asociación se extiende con toda evidencia a regular en los estatutos las causas y procedimientos de expulsión de sus miembros, sin embargo esas decisiones están sometidas a un control de regularidad estatutaria por parte de los órganos judiciales, de forma que una expulsión adoptada en contra de los procedimientos y garantías que regulan los estatutos puede ser objeto de control judicial por vulnerar eventualmente derechos fundamentales de los afectados.

Desde este punto de vista no surge duda alguna al afirmar que el recurrente tenía derecho a que la tramitación de su expulsión siguiese los trámites reglamentarios hasta su conclusión, y que en forma alguna su suspensión provisional —medida igualmente legítima— puede ser equiparada a su expulsión definitiva a efectos de dejar de formar parte de las listas electorales de un determinado municipio».

Es constante la jurisprudencia al entender que ha de tratarse de una expulsión firme y definitiva, «sin que quepa entender dentro de la expresión “por cualquier causa” del artículo 197.1.a), párrafo tercero, incluida la suspensión de cautelar de funciones y militancia como causa por la que se deje de pertenecer al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato».

La interpretación que haya de hacerse del artículo 197.1.a) LOREG «ha de ser conforme al artículo 23 de la CE, cuyo apartado primero recoge el derecho fundamental a la participación política directamente o a través de representantes, y, en su apartado segundo, el derecho fundamental de acceso a cargos públicos representativos en condiciones de igualdad, y con ello ha de hacerse una interpretación favorable a la plena efectividad de dicho derecho fundamental». En consecuencia, la privación o perturbación al representante político de la práctica de su cargo menoscaba tanto el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos, como el de participación en los asuntos públicos de los ciudadanos.

La finalidad pretendida con la reforma de la LOREG ha de ser respetuosa con la doctrina del Tribunal Constitucional que ha quedado reflejada, entre otras, en las SSTC 185/1993 y 208/2003 y, por tanto, la mera suspensión cautelar de funciones y militancia no equivale a entender que se ha dejado de pertenecer al grupo político municipal al que los concejales se adscribieron al inicio del mandato. En consecuencia, el acuerdo impugnado que impi-

de continuar con la tramitación de la moción de censura ha impedido que los concejales firmantes ejercieran su derecho de control al gobierno, función básica del ejercicio del derecho fundamental a la participación política.

2. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

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

Varias Sentencias del Tribunal Supremo han tratado en los últimos meses la cuestión del visado colegial obligatorio, al haber interpuesto varios Colegios Oficiales recurso contencioso-administrativo contra el RD 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio. Tengamos en cuenta que este Real Decreto tiene su origen en el mandato contenido en la Ley llamada «ómnibus» (Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que traspuso la Directiva 2006/123/CE).

Entre ellas cabe destacar las **SSTS de 31 de enero de 2012** (recursos 408/2010, 431/2010, 452/2010 y 468/2010), **9 de marzo de 2012** (recurso 463/2010) y **12 de marzo de 2012** (recurso 388/2010). Todas las sentencias desestimaron los correlativos recursos. Nos centraremos en el contenido y los argumentos de las SSTS de 31 de enero, especialmente en el recurso 431/2010, puesto que a esta Sentencia se refieren los pronunciamientos posteriores. El objetivo de los recursos era la nulidad de la disposición en su conjunto por supuestos vicios en el proceso de elaboración y, subsidiariamente, la declaración de la disconformidad a Derecho de los artículos 2, 5 y 6 del RD, reconociéndose que otros trabajos deben estar igualmente sujetos a visado colegial obligatorio además de los que establece el Real Decreto.

Sobre la vulneración del principio de reserva de ley por superación de los límites de la delegación legislativa. Según los recurrentes el mandato que se realiza al Gobierno es que únicamente establezca los visados que serán exigibles, por lo que, en el resto del RD, existiría extralimitación. La Sala entiende que la autorización que la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, otorga al Gobierno le permite dictar los reglamentos necesarios para su desarrollo, entre los que se encuentra el RD 1000/2010. La DT específica de la misma Ley 25/2009 no excluye que se regulen otros aspectos adjetivos de los visados colegiales obligatorios, como son los contenidos en los artículos 3 a 7 del RD. Según el TS es el carácter especial de las habilitaciones específicas lo que determina la eficacia de las habilitaciones generales de la Ley de Colegios Profesionales (LCP) y de la Ley 25/2009 que capacitan al Gobierno para dictar los preceptos que se impugnan.

Sobre la nulidad del artículo 2 del RD por no establecer la obligatoriedad de visado de trabajos profesionales que superan manifiestamente el doble test de necesidad y proporcionalidad, resultando arbitrario. Según los recurrentes debería reconocerse la obligatoriedad de visado y legalización de los proyectos de edificación fuera del ámbito de aplicación de la LOE y, de modo singular, a la obligatoriedad de visado de la dirección facultativa de obras y del visado de la coordinación de seguridad y salud de obras de construcción.

Pero el TS entiende que la reforma que realizó la Ley ómnibus se concreta especialmente en los correspondientes preceptos de la Ley de Colegios Profesionales optando por

un modelo más liberalizado de servicios y de colegios profesionales. La nueva regulación del visado determina un cambio muy relevante:

- En primer lugar, **el visado se limita a los Colegios de profesiones técnicas únicamente cuando se solicite por petición expresa de los clientes**, sin que en ningún caso los Colegios puedan imponer la obligación de visar los trabajos.
- En segundo lugar, **se habilita al Gobierno para establecer, mediante RD, cuándo puede imponer el visado colegial obligatorio**, a cuyo efecto fija la Ley dos criterios: a) que sea necesario por existir una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas; y b) que se acredite que el visado es el medio de control más proporcionado.
- En tercer lugar, **se precisan las funciones del visado**, tanto de manera positiva: podrá tener por objeto, al menos, comprobar la identidad y habilitación profesional del autor del trabajo, así como la corrección e integridad formal de la documentación de dicho trabajo; como de manera negativa: el visado en ningún caso comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales [...] ni tampoco el control técnico de los elementos facultativos del trabajo. Por lo tanto, **los colegios profesionales, al visar los proyectos, no deben juzgar sobre la mayor o menor adecuación técnica del trabajo desarrollado, esto es, sobre la corrección de la *lex artis***. Son los profesionales quienes responden ante los clientes de la corrección técnica de sus actuaciones, sin que los eventuales errores que contengan puedan ser objeto del visado, por lo que **el visado se reduce, conforme al artículo 13.2 de la Ley 2/1974, a meras constataciones de carácter formal, y de ningún modo abarca los aspectos esencialmente técnicos o facultativos de las actuaciones a él sujetas**.

Partiendo de estas premisas, la Sala no encuentra razones jurídicas para declarar la invalidez del artículo 2 del Real Decreto y concluye que es válida la exclusión de las tres actividades profesionales respecto de las cuales el Colegio recurrente interesa la obligatoriedad del visado obligatorio: proyectos de ejecución de edificación distintos de los previstos en el artículo 2.1 de la LOE, cuyo catálogo se concreta en el artículo 2.2 de dicha Ley (todas las obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta, y las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios); la dirección facultativa de obras una vez que sí se ha exigido el visado para los certificados de final de obra de edificación; y planes de seguridad y salud laborales en el ámbito de la edificación.

Sobre la nulidad del artículo 5 del RD. El TS considera que este artículo debe leerse en conexión con la actual redacción del artículo 3 de la Ley de Colegios Profesionales. Frente a la estricta concepción territorial precedente, en su redacción actual dispone que cuando una profesión se organice por colegios territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio español. Y en los supuestos de ejercicio profesional en territorio distinto al de colegiación, los Colegios deberán utilizar los oportunos mecanismos de comunicación y

los sistemas de cooperación administrativa. El artículo 5.2 del RD se atiene a estas mismas pautas normativas superadoras de la estricta territorialidad anterior al permitir que, cuando una organización colegial se estructure en colegios profesionales de ámbito inferior al nacional, el profesional firmante del trabajo sujeto a visado obligatorio pueda obtenerlo en cualquiera de ellos.

B) Profesiones tituladas. La profesión titulada de geólogo no es una actividad regulada por no afectar a los intereses públicos y generales

La **STS de 14 de febrero de 2012** (recurso 478/2010) resuelve el recurso contencioso-administrativo del Colegio Oficial de Geólogos frente a la desestimación por silencio administrativo por el Gobierno de la petición realizada por el citado Colegio de que el Gobierno estableciera las condiciones a las que deben adecuarse los planes de estudios que habiliten para el ejercicio de esa profesión regulada.

Según el TS, para rechazar la pretensión que se ejercita en el proceso sería suficiente con transcribir parcialmente el preámbulo del RD 1837/2008 donde se establece que el de «profesión regulada» es el concepto central del sistema, pues las profesiones y actividades no reguladas se entiende que son de ejercicio libre y, por tanto, no requieren ningún reconocimiento. Este RD se limita a recoger, en dichos anexos VIII, IX y X, las profesiones y actividades que pueden considerarse reguladas. Como es sabido, la regulación profesional es competencia exclusiva de los Estados miembros. En el caso de España, el art. 36 de la Constitución establece una reserva de Ley que debe entenderse sin perjuicio de la vigencia de las regulaciones profesionales preconstitucionales materializadas a través de instrumentos normativos de menor rango. La creación de un título oficial relacionado con un ámbito profesional, o incluso la existencia de un Colegio Profesional, no ha de implicar por sí misma que esa profesión haya de considerarse regulada. Cuando razones de interés social aconsejen acometer la regulación y ordenación de una profesión, será el legislador quien delimite las diferentes atribuciones que le son propias y, en su caso, su vinculación con la posesión de un determinado título oficial. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, compete en exclusiva al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo una profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión regulada.

Con toda claridad plasma esas ideas el artículo 4 del RD 1837/2008: «A los exclusivos efectos de la aplicación del sistema de reconocimiento de cualificaciones regulado en este RD, se entenderá por “profesión regulada” la actividad o conjunto de actividades profesionales para cuyo acceso, ejercicio o modalidad de ejercicio se exija, de manera directa o indirecta, estar en posesión de determinadas cualificaciones profesionales, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas. A estos efectos, las profesiones y las actividades que entran dentro del ámbito de aplicación del sistema de reconocimiento de cualificaciones según la definición anterior son las que se relacionan en el anexo VIII, sin que de dicha inclusión puedan derivarse otros efectos fuera de ese ámbito».

Sobre esta cuestión de los títulos universitarios y su obtención y regulación ha incidido de modo trascendental la reforma de la Ley de Universidades por la que, haciendo valer el principio de autonomía universitaria, se dispuso que los títulos serán propuestos por

las universidades, que los someterán a la verificación del Consejo de Universidades y a la autorización de la Comunidad Autónoma, procediendo el Consejo de Ministros a declarar el carácter oficial del título y ordenando su inclusión en el Registro de Universidades, Centros y Títulos, en el marco del artículo 149.1.30.^a de la Constitución.

La excepción a esta regla la constituyen los supuestos que contempla el RD 1397/2007, de 29 de octubre, modificado por el RD 861/2010, cuyos artículos 12.9 y 15.4 invoca la demanda, y que se refieren a la competencia que posee el Gobierno para la adecuación y aprobación de los planes de estudios que conduzcan a la obtención de los títulos de Grado y Máster que habiliten para el ejercicio de actividades profesionales reguladas y no solo tituladas en España, y que deberán ajustarse en su caso a la norma europea que resulte de aplicación. Esta excepción solo se contempla para aquellos supuestos en que el legislador actúe de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la CE, que exige que «por Ley se regule (...) el ejercicio de las profesiones tituladas».

Y es que existen en el derecho interno español profesiones tituladas que se regulan de acuerdo con el artículo 36 de la CE, de modo que las mismas requieren de la existencia de una norma con rango de Ley que determine cuál es el ámbito específico de las mismas y las competencias que les son propias una vez obtenido el título que habilita para su ejercicio, siendo estas profesiones reguladas (de las que constituyen una subespecie las tituladas) aquellas que se caracterizan por la afectación real del interés público que supone la actividad profesional que desarrollan y la relación existente entre la titulación que se exige y las actividades que integran la competencia profesional que supone el título que se obtiene.

Según la STC 83/1984: «Este es el caso, (...) del ejercicio de las profesiones tituladas, a las que se refiere el art. 36 CE, y cuya simple existencia (esto es, el condicionamiento de determinadas actividades a la posesión de concretos títulos académicos, protegido incluso penalmente contra el intrusismo) es impensable sin la existencia de una Ley que las discipline y regule su ejercicio». Y en la sentencia STC 42/1986, el Constitucional insiste en que: «Compete, pues, al legislador atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo existe una profesión, cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada. Por ello, dentro de las coordenadas que anteriormente se han mencionado, puede el legislador crear nuevas profesiones y regular su ejercicio, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que la regulación del ejercicio de una profesión titulada debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional».

Por lo tanto, el ámbito de las profesiones reguladas debe tener un tratamiento restrictivo y aplicable solo a las actividades profesionales que afecten a los intereses públicos y generales. Requisitos que no concurren en la profesión de Geólogo, de modo que si no existe Ley que la contemple como tal profesión regulada no existió la inactividad reglamentaria achacada al Gobierno.

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

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SUMARIO

1. CONCEPTO DE SANCIÓN.
 - A) **No es sanción.**
2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS EN MATERIA SANCIONADORA.
 - A) **Potestad sancionadora en materia de defensa de la competencia.**
3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD.
 - A) **Insuficiente rango normativo de ordenanza municipal para prever supuestos de responsabilidad subsidiaria.**
 - B) **Insuficiente rango normativo de ordenanza municipal para prever sanciones no determinadas en el catálogo ofrecido por Ley sectorial.**
 - C) **Las ordenanzas locales pueden calificar como muy graves las infracciones contrarias al orden público, aunque una Ley sectorial las califique como graves.**
4. IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE.
 - A) **Momento en el que debe entenderse cometida la infracción de haber sido condenado por delito doloso.**
5. ANTIJURIDICIDAD.
 - A) **Ejercicio legítimo de un derecho, en concreto, la libertad sindical.**
 - B) **Ejercicio legítimo de un derecho, en concreto, la inviolabilidad del domicilio.**
 - C) **Incumplimiento de una orden ilegal.**
6. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD.
 - A) **Error de prohibición.**
 - B) **Error de transcripción en autoliquidación tributaria que excluye la culpabilidad.**
 - C) **Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad.**
 - D) **El cumplimiento del deber de diligencia consistente en denunciar penalmente al propio empleado excluye la culpabilidad.**
 - E) **Conducta penal de gestor que excluye la culpabilidad de la entidad jurídica sancionada.**
 - F) **Exclusión por confianza legítima.**

7. SUJETOS RESPONSABLES.
 - A) Sanciones entre Administraciones.
 - B) Sujeto responsable: lo es el empresario titular de la actividad y no el mandatario que actúa por cuenta de aquel.
8. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*.
 - A) Concurso real medial.
 - B) Regla de la preferencia de la jurisdicción penal sobre la actuación administrativa sancionadora.
 - C) Vinculación a los hechos de la sentencia penal.
9. COMPETENCIA SANCIONADORA.
 - A) Nulidad de la sanción autonómica cuando la competencia sancionadora pertenece a la Administración del Estado.
 - B) Abstención y recusación: archivo de querrela recurrido y pendiente de resolución.
10. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
 - A) El derecho a conocer la acusación obliga a concretar los hechos imputados.
11. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.
 - A) Valor probatorio de las actas de inspección.
 - B) Denegación de prueba que vulnera el derecho a la prueba.
 - C) Valor probatorio de las actuaciones previas.
12. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
 - A) Sanción de separación del servicio frente a la propuesta de suspensión por el tiempo de la condena.
13. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
 - A) La caducidad de la acción.
 - B) Reanudación del plazo suspendido por diligencias penales.
 - C) Invalidez de notificación por fax a efectos de evitar la caducidad del procedimiento.
14. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES.
 - A) La regla de que la comisión de la infracción no resulte beneficiosa.
 - B) Firmeza de las sanciones a efectos de apreciar reincidencia.
15. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN.
 - A) La prescripción de las infracciones y las sanciones no computa en los recursos administrativos a partir de su desestimación por silencio.
16. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL.
 - A) Suspensión de la pérdida de seis puntos en el carné de conducir como medida cautelar.

17. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA.

- A) **Posibilidad de subsanar los vicios cometidos en el procedimiento administrativo sancionador en sede de recurso administrativo.**
 - B) **El ejercicio de la potestad sancionadora se reputa de cuantía indeterminada a los efectos del recurso de apelación.**
 - C) **La indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la imposición de una sanción privativa de libertad surge automáticamente por su anulación.**
-

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) **No es sanción**

— La inmovilización del vehículo cuando, entre otros supuestos, las pruebas realizadas al conductor arrojen una tasa superior a la que reglamentariamente se establezca de bebidas alcohólicas. En este caso, «nos hallamos ante una medida de seguridad de carácter precautorio, medida de inmovilización que se levantará en el momento en que cese la causa que la motivó» (STS de 23 de septiembre de 2011, Sección Tercera, recurso de casación núm. 4241/2008).

— La revocación de una licencia de armas «al tratarse meramente de una consecuencia jurídica derivada del régimen legal de las autorizaciones administrativas y de la posibilidad de revocarlas cuando falten o desaparezcan las circunstancias, requisitos o condiciones que determinaron en su día su concesión, lo que resulta igualmente predicable de la denegación de la licencia solicitada». En el caso, la STS de 22 de julio de 2011, Sección Tercera, recurso de casación núm. 6256/2008, estima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado y casa la sentencia de instancia recurrida que había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la revocación de una licencia de armas porque el recurrente se hallaba encartado en diligencias policiales por presuntas amenazas en el ámbito familiar y por encontrarse en tratamiento desde hacía un año por un trastorno psicológico. En el mismo sentido, STS de 13 de julio de 2011, Sección Tercera, recurso de casación núm. 1280/2008.

2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS
EN MATERIA SANCIONADORA

A) **Potestad sancionadora en materia de defensa de la competencia**

La empresa concesionaria de la Estación Sur de autobuses de Madrid, *Esamsa*, se negó de manera injustificada a adjudicar a *Aníbal, S.L.*, una taquilla de venta de billetes, necesaria para la explotación de la línea internacional Santarem (Lisboa)-Madrid-París y para la que contaba con la correspondiente autorización administrativa, así como a facilitar una línea telefónica a la agencia de viajes *Aníbal Tours, S.A.*, constituida por la misma empresa y

ubicada en un local de negocio sito en la misma estación. La perjudicada denunció tales hechos ante el Servicio de defensa de la competencia estatal, quien, tras la tramitación del oportuno expediente sancionador, elevó informe-propuesta al Tribunal de Defensa de la Competencia (actual Comisión Nacional de la Competencia) en el que consideraba probada la existencia de unos hechos constitutivos de la infracción de abuso de posición dominante y proponía su sanción. Antes de dictar resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia solicitó informe preceptivo al Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, quien contestó comunicando su decisión de reclamar la competencia para la instrucción y conocimiento del expediente sancionador. Al acordar el Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia mantener la competencia estatal sobre el expediente, la Comunidad de Madrid interpuso conflicto positivo de competencia, que es resuelto por la **STC 71/2012, de 16 de abril**, Sala Primera (conflicto de competencia). De conformidad con la doctrina constitucional sobre la materia, contenida fundamentalmente en la STC 208/1999, el Tribunal Constitucional recuerda que «la competencia ejecutiva que, en materia de defensa de la competencia, cabe atribuir a las Comunidades Autónomas (...) se halla, pues, limitada a aquellas actuaciones que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supracomunitario. De modo que (...) al Estado (...) corresponderán, por lo tanto, las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que pueden alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional». De este modo, en este caso «la disputa se centra (...) en la determinación de si la conducta imputada a *Esamsa* tiene o no trascendencia supraautonómica». El Tribunal Constitucional considera que los hechos tienen tal trascendencia supraautonómica, pues «al tratarse de aspectos relacionados con una línea regular de transporte de viajeros por carretera de carácter internacional con parada en Madrid la decisión sobre la denegación de la taquilla solicitada y de otros servicios tiene consecuencias no solo en el territorio de la Comunidad de Madrid, sino también en el mercado supraautonómico de transporte de viajeros». Desestima el conflicto positivo de competencia.

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) **Insuficiente rango normativo de ordenanza municipal para prever supuestos de responsabilidad subsidiaria**

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona planteó cuestión de ilegalidad sobre un precepto de la Ordenanza Municipal de Convivencia Ciudadana del Ayuntamiento de Teià, según el cual se hacía responsables subsidiarios de las multas impuestas a los menores a los padres, tutores o acogedores o guardadores. A juicio de la **STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2011** (cuestión de ilegalidad 1/2011), el precepto citado establece un supuesto de responsabilidad subsidiaria más amplio de lo que el ordenamiento jurídico permite: «el Ayuntamiento de Teià, mediante la Ordenanza de referencia, aprobada por el Pleno municipal en fecha 30 de abril de 1998, estableció a tenor del cuestionado art. 144.1 b), la responsabilidad de los padres, tutores, acogedores y guardadores, respecto de los menores de edad, autores materiales de cualesquiera de las infracciones administrativas tipificadas en ella, siendo que, con arreglo al art. 140 de la misma, “constituyen infracciones la inobservancia de las disposiciones contenidas en esta

Ordenanza, tanto por acción como por omisión”. Abarcando la Ordenanza ámbitos tan diversos como la utilización y usos de la vía pública, y dentro de ella, entre otras actividades, la venta ambulante, la distribución de propaganda y la colocación de carteles y rótulos, espectáculos y actividades recreativas, instalación de vallas y elementos de obras, ruidos y otras intromisiones, mantenimiento de inmuebles, manifestaciones públicas, y recogida de residuos urbanos, es patente que un título de imputación genérico, como el contenido en el art. 144.1 b) de la Ordenanza, norma de rango reglamentario, afectante a los garantes de los autores de las infracciones menores de edad, es contrario a la previsión del art. 130.3.2 de la Ley 30/92, que exige que esa responsabilidad por la acción de un tercero, venga determinada por “las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”».

B) Insuficiente rango normativo de ordenanza municipal para prevenir sanciones no determinadas en el catálogo ofrecido por Ley sectorial

El Ayuntamiento de Calvià aprobó una ordenanza reguladora de la publicidad en la que, entre otros extremos, se castigaba con una sanción accesoria de cierre temporal de establecimiento la infracción de la prohibición de realizar determinadas modalidades de publicidad dinámica y visual en lugares públicos o privados de concurrencia pública. La **STSJ de Islas Baleares de 7 de noviembre de 2011** (recurso contencioso-administrativo 185/2009) anula dicha previsión en la medida en que la citada sanción accesoria no se encuentra en el catálogo de las sanciones que la Ley de Islas Baleares 5/1997, de Publicidad Dinámica, permite a las entidades locales establecer en la materia.

C) Las ordenanzas locales pueden calificar como muy graves las infracciones contrarias al orden público, aunque una Ley sectorial las califique como graves

La Ley 5/1997, de 8 de julio, de Publicidad Dinámica en Illes Balears tipificaba como infracción grave determinadas modalidades de publicidad dinámica en la vía pública y en las zonas públicas y privadas de concurrencia pública. El Ayuntamiento de Calvià aprobó posteriormente una Ordenanza de Publicidad en la que se calificaban dichas conductas como infracción muy grave. En aplicación de la Ordenanza, el Ayuntamiento de Calvià sancionó a *Magalluf Bora Bora, S.L.* por la comisión de una de esas infracciones muy graves. Recurrida la sanción, el titular del Juzgado de lo contencioso-administrativo la anula por entender que la Ordenanza, al tipificar como infracciones muy graves unas conductas que la Ley califica simplemente de graves, vulneró el principio de legalidad. Contra dicha sentencia, el Ayuntamiento de Calvià formula recurso de casación en interés de la ley. Al resolver dicho recurso, la **STSJ de Islas Baleares de 23 de diciembre de 2011** (recurso de casación en interés de la ley, número de rollo de Sala 238/2011) da la razón al Ayuntamiento, al estimar que, en el caso del municipio de Calvià, las conductas descritas perturban de modo relevante el orden público, y el artículo 140 LRBRLL atribuye a los municipios la facultad de tipificar como infracciones muy graves dichas perturbaciones: «En definitiva el Ayuntamiento no viene constreñido a respetar la calificación jurídica inicialmente prevista en la Ley [sectorial], sino que en atención a lo dispuesto en el artículo 140 y atendiendo a la competencia que tiene para regular esa concreta materia, tendrá competencia para adecuarla a los criterios de gravedad que contempla el artículo 140 de la LRBRLL. Y esto es lo

que en autos ocurre, (...). En consecuencia no se estima que el artículo incida en supuesto de vulneración de la legalidad».

4. IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS.
RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

A) **Momento en el que debe entenderse cometida la infracción de haber sido condenado por delito doloso**

El 11 de marzo de 2007, encontrándose en el interior de un pub, el señor Everardo agredió con un vaso que llevaba en la mano a otro cliente, rompiéndose el vidrio y produciéndole varias heridas que, tras su curación, le dejaron sendas cicatrices. Por tales hechos, y mediante sentencia de 16 de septiembre de 2008, fue condenado penalmente a dos años de prisión. Entre ambas fechas, el señor Everardo ingresó en un Centro Docente de la Guardia Civil como Guardia Civil Alumno. A resultas de los hechos descritos y de su nueva situación, con fecha de 22 de abril de 2009 se le impuso la sanción de baja en el Centro Docente como autor de una falta disciplinaria grave consistente en «la condena en virtud de sentencia firme por un delito doloso, siempre que no constituya infracción muy grave», prevista en el art. 8.29 LORDGC, cuya entrada en vigor se había producido el 23 de enero de 2008. Esta sanción es impugnada alegando, entre otras cuestiones, una posible aplicación retroactiva de la Ley Disciplinaria y una posible falta de tipicidad (por la no concurrencia de ciertas condiciones subjetivas en el sancionado), dado que, en el momento de producirse los hechos por los que se sanciona penalmente, ni el sancionado tenía la condición de Guardia Alumno ni la LORDGC se encontraba en vigor. La **STS de 12 de mayo de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 11/2011), rechaza tales alegaciones afirmando, una vez más, que «la causa determinante de la infracción disciplinaria de condena penal por delito o falta dolosos (...) es la condena penal firme, de la que fluye el reproche penal lesivo del bien jurídico que la norma disciplinaria protege, que no es otro que el interés de la Administración en la irreprochabilidad punitiva de los militares». De este modo, la falta grave por la que se impone la sanción «trae causa del hecho mismo de la condena, y no del hecho por razón del cual ha sido pronunciada la sentencia condenatoria». Ello permite confirmar la procedencia de la sanción impuesta.

5. ANTIJURIDICIDAD

A) **Ejercicio legítimo de un derecho, en concreto, la libertad sindical**

Un funcionario de la Comunidad Autónoma de Canarias y afiliado al sindicato USC resultó elegido miembro de la Junta de Personal de los Servicios Centrales en las elecciones celebradas en 2001, a las que había concurrido en la candidatura presentada por el sindicato SEPCA, con el que su propio sindicato había alcanzado un acuerdo. A partir del 3 de agosto de 2001, y alegando que se encontraba liberado sindicalmente, dejó de acudir a su puesto de trabajo, motivo por el que se le incoó un expediente disciplinario que dio lugar a la imposición de una sanción de separación del servicio como autor de la falta muy

grave de abandono del servicio. Durante la tramitación del expediente, se recabó informe de la Dirección General de la Función Pública y del sindicato SEPCA para que indicasen si el sancionado se encontraba liberado sindicalmente, siendo en ambos casos la respuesta negativa. El sancionado impugna la sanción al entender que su actuación se encontraba amparada por el ejercicio del derecho a la libertad sindical. No obstante, la **STS de 28 de septiembre de 2011**, Sección Séptima (recurso de casación núm. 3923/2005), después de indicar la necesidad de armonizar el derecho fundamental a la libertad sindical de los funcionarios (art. 28 CE) con las exigencias del principio constitucional de eficacia administrativa (art. 103 CE), sostiene que este último impide «que la condición de representante sindical de un funcionario le autorice para incumplir a su conveniencia las obligaciones profesionales que su legal estatuto profesional le impone». De este modo, si bien es cierto que «las personas que resulten elegidas miembros de los órganos de representación de los funcionarios (...) tienen, en efecto, reconocido el crédito de horas mensuales (...) esto no les dispensa de otras obligaciones: la de asistir a sus puestos de trabajo durante las horas restantes que excedan de ese crédito hasta el límite de la jornada aplicable; y la de comunicar anticipadamente a la Administración la concreta manera de utilizar ese crédito, con el fin de que por esta puedan adoptarse las medidas adecuadas para evitar perturbaciones o disfunciones en el funcionamiento de los servicios públicos».

B) Ejercicio legítimo de un derecho, en concreto, la inviolabilidad del domicilio

El Ayuntamiento de Madrid instruyó un expediente de disciplina urbanística contra D. Sergio. Después de su finalización con la orden de cese de la actividad de despacho de abogados en su vivienda, D. Sergio negó la entrada en ella a funcionarios de la policía local que pretendían comprobar si aquel continuaba desarrollando la actividad prohibida en ese lugar. Como consecuencia de la negativa, el Ayuntamiento impuso a D. Sergio una sanción de multa por «negativa u obstrucción de la labor inspectora», tipificada como infracción grave en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid. La **STSJ de Madrid de 13 de octubre de 2011** (recurso de apelación 577/2010) anula la sanción al entender que —al faltar la preceptiva autorización judicial de entrada y registro— la negativa de D. Sergio supone un ejercicio legítimo del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio: «A juicio de este Tribunal, no cabe duda alguna de que en los supuestos de oposición del interesado a la entrada en su domicilio, en supuestos donde se lleve a cabo una actividad inspectora, incluida la urbanística, la Administración deberá obtener la preceptiva autorización judicial. (...) Por tanto, aunque el legislador estatal, en los artículos 91.2 LOPJ y 8.6 LJ, ya citados, circunscribe la exigencia de la autorización judicial a las entradas domiciliarias en ejecución forzosa de un acto administrativo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 50/1995, de 23 de febrero, ha extendido el requisito de la intervención judicial a la actividad administrativa de inspección, por lo que aquélla será imprescindible siempre que ésta haya de practicarse en lugares que tienen la consideración de domicilio a efectos de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Constitución. (...) Por tanto, si ante la negativa de un administrado a la entrada en su domicilio a efectos de llevar a cabo una inspección urbanística, se requiere de la preceptiva autorización judicial, es claro que aquel ciudadano que impide la entrada en su domicilio a los inspectores por carecer estos de dicha autorización, no incurre en la infracción administrativa imputada —negativa u obstrucción de la labor

inspectora—, prevista en el artículo 204.3.d) de la ya citada Ley 9/2001 sino que tal actitud supone un justo, cabal y legítimo ejercicio de un derecho fundamental reconocido en la Constitución».

C) Incumplimiento de una orden ilegal

Un Sargento de la Guardia Civil informó a un Cabo de que se iba a remitir parte disciplinario contra él por haber participado en una romería mientras permanecía de baja médica para el servicio. Mientras duró la reunión, el Cabo adoptó una actitud gestual contraria a las muestras exteriores de subordinación y una actitud desafiante, manifestada en su negativa a adoptar la posición de firmes, a mantenerse callado o a no hablar por el teléfono móvil mientras se dirigían a él sus superiores, a pesar de habersele dado las respectivas órdenes. Por estos hechos fue sancionado con la pérdida de veinte días de haberes como autor de la falta grave de «falta de subordinación cuando no constituya delito» del art. 8.5 LORDGC. El sancionado niega la antijuridicidad de su conducta, al entender que las órdenes de su superior eran ilegítimas pues se habría producido «un exceso antijurídico o exceso en la intervención del superior (pudiendo calificarse de abuso de autoridad), que atenta contra el ordenamiento jurídico y que convertiría *de facto* la actuación seguida por el subordinado como perfectamente legítima». No obstante, la **STS de 23 de septiembre de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 59/2011), destaca que «el sancionado no recibió insulto o amenaza alguna del Sargento y, aunque este en algún momento de la conversación hubiera llegado a proferir alguna expresión malsonante que sobrepasara los límites de la cortesía que debe existir en el trato a un subordinado (...), los modos o maneras incorrectas por parte del superior que emite una orden, aun pudiendo dar lugar a una posible responsabilidad disciplinaria, no inciden en el deber de obediencia que genera para el inferior dicha orden cuando esta es inteligible y atendible por aquel a quien se dirige». Confirma, así, la antijuridicidad de la conducta del sancionado.

6. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Error de prohibición

Una artillero del Ejército de Tierra fue sancionada con diez días de arresto por falta leve consistente en «falta de respeto a superiores», prevista en el art. 7.12 LORDFA. Los hechos constitutivos de tal infracción consistieron en negar, al menos en una ocasión, el saludo reglamentario al Cabo de su Unidad, D. Juan Carlos. Entre las alegaciones presentadas, la sancionada argumenta una representación equivocada, por su parte, de las consecuencias antijurídicas de su conducta, por creer en la ausencia de su ilicitud, lo que constituiría un error de prohibición (expresión que, sin embargo, no es utilizada expresamente). En concreto, se arguye que se trataba de un comportamiento habitual en la Unidad en la que se encontraba destinada, en la que ninguno de los soldados saludaba militarmente al Cabo Juan Carlos ni a ningún otro. La **STS de 10 de mayo de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación núm. 134/2010), rechaza tal argumentación al entender que «aun en el hipotético caso de que se tuviera por probada la práctica consuetudinaria en la Unidad de la recurrente

de no saludar a los Cabos, esta no pasaría de ser una costumbre *contra legem* expresamente proscrita por el artículo 1.3 del Código Civil (...) Ninguna práctica consuetudinaria puede revocar lo previsto en la norma jurídica positiva, y es que la obligación del saludo entre militares no es una facultad discrecional o una decisión que pueda quedar al arbitrio de cada miembro de las Fuerzas Armadas, sino una expresión de respeto mutuo y disciplina que viene expresamente impuesta tanto por las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (...), como por las Ordenanzas del Ejército de Tierra».

B) Error de transcripción en autoliquidación tributaria que excluye la culpabilidad

La Agencia Tributaria sanciona a D. Constantino por dejar de ingresar dentro del plazo establecido la deuda tributaria que debiera resultar de su correcta autoliquidación. La **STSJ de Islas Baleares de 8 de septiembre de 2011** (recurso contencioso-administrativo núm. 287/2010) estima que la infracción obedece a un mero error de transcripción que enerva la culpabilidad y hace inválida la sanción impuesta: «En cuanto a la infracción leve (artículo 191 LGT) por la incorrecta cumplimentación de la declaración en cuanto al importe de la compensación fiscal por el IBI abonado en la adquisición de la vivienda habitual, a partir del recibo del impuesto municipal aportado con la demanda, unido a las alegaciones ofrecidas por el demandante, resulta que la cantidad expresada se obtiene a partir de un obvio error de transcripción en una declaración veraz y completa en este punto, al consignar como cuota abonada 31.175 euros, cuando fue 311,75 euros. Este error era fácilmente perceptible por la AEAT, al haber aportado el recibo, y además notoriamente responde a una equivocación en la transcripción de la cuantía, cuyos dígitos coinciden, variando una coma, sin que se aprecie en la conducta del contribuyente ausencia de diligencia punible. El recurso debe estimarse en este punto, anulando la sanción impuesta por la infracción leve».

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

La entidad mercantil *Hotel Belvedere Salou, S.A.*, fue sancionada con una multa de 98.020,64 euros por infracción grave en materia de Impuesto de Sociedades, relativa al ejercicio de 1995 y vinculada a ciertas operaciones contables resultado de la adquisición de acciones propias. La **STS de 18 de mayo de 2011**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 1677/2006), confirma la tipicidad de los hechos, pero, en relación con la culpabilidad, estima que «la conducta del recurrente ha sido veraz y completa» y que «el recurrente, con argumentos razonables y razonados (...) ha mantenido la disconformidad con el ordenamiento del precepto reglamentario. También es indudable que el recurrente ha intentado sostener su tesis por todos los medios a su alcance al recurrir todos los actos que tenían su origen en dicho precepto. En estas circunstancias, entendemos que no concurre el elemento intencional que la infracción sancionadora requiere, mucho más si se tiene en cuenta que la infracción tiene su origen en el ejercicio 1995 y nuestra sentencia resolviendo la problemática planteada no se produce hasta el año 2003».

D) El cumplimiento del deber de diligencia consistente en denunciar penalmente al propio empleado excluye la culpabilidad

La Agencia Española de Protección de Datos sanciona a *Comercial Redes Sistelcom, S.A.* por la comisión de una infracción muy grave consistente en recoger los datos personales de los denunciantes de forma engañosa y fraudulenta, dándolos de alta en un servicio de telefonía sin su consentimiento. Uno de los empleados de la sociedad mercantil resultó condenado penalmente por la realización de la conducta que dio lugar a la sanción administrativa de la empresa. La **SAN de 22 de septiembre de 2011** (recurso contencioso-administrativo 01/355/2005) estima que tanto dicha circunstancia, como el hecho de que la condena se produjera como consecuencia de la inmediata denuncia penal de la propia sociedad mercantil, conducen a apreciar falta de culpabilidad en la empresa sancionada, y a la anulación de la sanción.

E) Conducta penal de gestor que excluye la culpabilidad de la entidad jurídica sancionada

Eurogamma, S.L. fue sancionada por haberse deducido diversas cuotas de IVA soportado que no reunían los requisitos legalmente exigidos para ello. Finalizado el correspondiente proceso penal, quedó claro que la falta de ingreso se debió a la conducta delictiva del gestor encargado de cumplimentar las obligaciones tributarias de la entidad. Resultó probado que dicho gestor, tras recibir los distintos formularios y el pertinente cheque para cada una de las declaraciones cuyo destino era la Administración Tributaria, ingresaba en la misma cantidades muy inferiores a las realmente entregadas por *Eurogamma, S.L.*, sin que se conozca el destino que dio a ese dinero no ingresado. Las infracciones tributarias, relacionadas con la elaboración de las declaraciones y autoliquidaciones presentadas, se cometieron, por tanto, como un medio para la comisión del delito. Por ello, la **STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2011** (recurso contencioso-administrativo 785/2008) aprecia ausencia de culpabilidad en la sociedad mercantil y anula la sanción: «En tales circunstancias, no cabe apreciar en la recurrente la indispensable negligencia, ni siquiera a título de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, al mediar una conducta delictiva, condenada penalmente, del asesor. No hay responsabilidad objetiva alguna en esta materia que permita atribuir sin más al obligado tributario la responsabilidad derivada de las actuaciones tipificadas penalmente de su asesor o representante, ideadas y ejecutadas en perjuicio del propio obligado tributario. El poder de dirección del empresario justifica el surgimiento de la obligación de satisfacer la deuda tributaria defraudada por el asesor, así como sus obligaciones accesorias (intereses y recargos), pero no se extiende al ámbito sancionador».

F) Exclusión por confianza legítima

La entidad *Natalio de Fuentes, S.A.U.* resultó sancionada por presentar fuera de plazo la autoliquidación del Impuesto de Sociedades correspondiente al ejercicio de 2005. Las normas aplicables señalaban que dicha autoliquidación debía presentarse «en el plazo de los 25 días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del período impositivo». En el caso, el período impositivo coincidía con el ejercicio económico de la

sociedad, que va del 1 de julio al 30 de junio del año siguiente. La empresa sancionada presentó la autoliquidación el 25 de enero, al interpretar que los «seis meses posteriores» a la finalización del período impositivo se extendían del 1 de julio al 31 de diciembre, siendo —por tanto— el último de los «25 días naturales siguientes» el 25 de enero. Para la Administración tributaria, en cambio, el plazo terminaba el 24 de enero, ya que el de seis meses finalizaba el 30 de diciembre (y no el 31) por aplicación del criterio «de fecha a fecha» en relación con el 30 de junio, último día del período impositivo. Aunque la **STSJ de Castilla y León de 30 de noviembre de 2011** (recurso contencioso-administrativo 1330/2008) da la razón a la Administración en este punto, anula, sin embargo, la sanción con base en el principio de protección de la confianza legítima, toda vez que la Administración tributaria había difundido un manual de referencia aplicando una interpretación similar a la realizada por el sujeto sancionado: «De manera que en función de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en la actuación de la propia Administración Tributaria, ha de considerarse que la presentación de la autoliquidación de que se trata el 25 de enero de 2006, no es susceptible de recargo por aplicación del art. 27 de la Ley General Tributaria (...) La aplicación al caso enjuiciado de la doctrina recogida (...) conduce a la anulación de las resoluciones impugnadas. Pues aunque al recurrir en reposición la liquidación del recargo el obligado tributario admitió la errónea presentación de la autoliquidación un día después del indicado por el órgano de gestión, sin embargo, al propio tiempo propugnó que su actuación se hallaba amparada en una interpretación razonable de la norma, interpretación que al corresponderse con la información difundida por la propia Agencia Tributaria, ha de considerarse amparada por los principios jurídicos señalados, que la parte actora hace valer en su demanda».

7. SUJETOS RESPONSABLES

A) Sanciones entre Administraciones

El ente instrumental *Televisión Autónoma Madrid, S.A.*, de la Comunidad de Madrid, que gestionaba el servicio televisivo en dicha Comunidad, es sancionado por la Administración del Estado por utilizar frecuencias radioeléctricas sin autorización. Alega en casación que la solicitud de autorización instada por la Comunidad Autónoma para emitir la programación televisiva en la modalidad analógica debiera haberse resuelto en sentido favorable por la Administración del Estado y que ello excluye la procedencia de las multas impuestas. Al respecto, según la **STS de 11 de julio de 2011**, Sección Tercera, recurso de casación núm. 2101/2009, «que la solicitud instada por la Comunidad Autónoma debiera haberse resuelto en sentido favorable no equivale a que ésta pudiera, sin más —como en efecto sucedió— utilizar las frecuencias del espectro radioeléctrico (...). Al hacerlo así ciertamente incurrió en la infracción (...). Sentado lo anterior, la sanción correspondiente debe, sin embargo, reducirse de modo muy considerable. No cabe olvidar que el fondo del litigio era en realidad un conflicto entre Administraciones Públicas. Sin perjuicio de que, en términos generales, no sea precisamente la respuesta sancionadora de una Administración contra otra la solución más idónea para resolver ese género de controversias, lo cierto es que en el caso de autos la ilegalidad cometida (...) tiene su origen en una decisión (de la Administración del Estado) de rechazo a la solicitud de asignación de dichas frecuencias,

que hemos considerado asimismo ilegal». En virtud de estas consideraciones, la sentencia concluye que la de instancia hizo bien en excluir las agravantes apreciadas por la Administración sancionadora de repercusión social y de tratarse de una entidad integrada en un ente público y concluye que el montante de la multa debe reducirse a la cifra mínima, más bien simbólica, de cinco mil euros.

B) Sujeto responsable: lo es el empresario titular de la actividad y no el mandatario que actúa por cuenta de aquel

El Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino impuso a D. Cándido una sanción por una tala no autorizada de árboles. Recurrida la sanción y demostrado que D. Cándido no actuaba a título individual sino por cuenta de la empresa *Aserradero Jesús, S.L.*, la **SAN de 15 de septiembre de 2011** (recurso contencioso-administrativo 11/2011) la anula por falta de responsabilidad en el sancionado: «La posible intervención que tuviese el sancionado en esta tala no fue a título individual sino que actuaba en nombre de la empresa, por lo que no es posible exigirle responsabilidad personal por estos hechos y en consecuencia procede anular la resolución administrativa».

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

A) Concurso real medial

Lo es, según la **STS de 11 de julio de 2011**, Sección Tercera, recurso de casación núm. 2101/2009, la emisión por la *Televisión Autonomía Madrid, S.A.*, sin título administrativo, de programación televisiva tras haberse instalado a ese efecto una estación radioeléctrica y, en consecuencia, procede sólo una sanción por la infracción cometida de mayor entidad antijurídica.

B) Regla de la preferencia de la jurisdicción penal sobre la actuación administrativa sancionadora

La entidad mercantil *Acqua-Medicina y Cirugía Estética, S.L.* es sancionada por tres infracciones tipificadas en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. Alega en amparo la conculcación de la regla de la precedencia de la jurisdicción penal sobre la Administración en el conocimiento de los hechos por los que resultó sancionada, pues la Administración tramitó y resolvió el procedimiento sancionador pese a que por los mismos hechos se estaban siguiendo diligencias penales, en virtud de denuncia presentada por la propia Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid, que fue la que impuso las referidas sanciones administrativas. Al respecto, la **STC 70/2012, de 16 de abril** (recurso de amparo, Sala Primera) comienza recordando que es doctrina de este Tribunal «que la infracción por la Administración del deber de paralizar el procedimiento administrativo sancionador si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal tiene relevancia constitucional por cuanto estas reglas plasman la competencia exclusiva de la jurisdicción

penal en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal y configuran un instrumento preventivo tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador —administrativo y penal— y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos (STC 2/2003)». «Por ello —continúa la sentencia—, una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser el presupuesto fáctico de una infracción penal (...) la Administración no puede conocer, a efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión. En definitiva, de no hacerse así, la subsunción de los hechos en la disposición administrativa quebranta el principio de legalidad sancionadora y la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para ejercer la potestad punitiva (art. 25.1 CE en relación con el art. 117.3 CE)».

Pero, una vez dicho esto, la sentencia declara que, puesto que la prioridad de la jurisdicción penal se dirige a preservar el *non bis in idem*, la obligación de la Administración de suspender la tramitación del expediente administrativo sancionador tiene como premisa que concurran en los correspondientes procedimientos penal y administrativo una triple identidad subjetiva, objetiva y de fundamento. Y en el supuesto enjuiciado no hay identidad de sujetos, puesto que el procedimiento sancionador se siguió contra la entidad mercantil y el proceso penal contra personas físicas. Por tanto, termina la sentencia, «no cabe apreciar la concurrencia de una identidad subjetiva en los procesos administrativo y penal que pudiera dar lugar a la infracción del principio *non bis in idem* y, en consecuencia, de la regla de prioridad de jurisdicción penal sobre la actividad administrativa sancionadora, sin perjuicio, naturalmente, de lo que finalmente llegue a declararse en su día con valor de cosa juzgada en el proceso penal».

C) Vinculación a los hechos de la sentencia penal

Respecto de los hechos declarados no probados en una sentencia penal absolutoria no queda vinculada la Administración tributaria, pues las normas y los criterios sobre la prueba en el proceso penal son radicalmente distintos a los que rigen en el procedimiento administrativo de investigación y comprobación tributarias. El criterio expuesto es, según la **STS de 7 de julio de 2011**, Sección Segunda, recurso de casación núm. 5417/2009, plenamente trasladable a los casos de sobreseimiento provisional que procede por no resultar debidamente justificada la perpetración del delito por falta de prueba válida a efectos penales.

9. COMPETENCIA SANCIONADORA

A) Nulidad de la sanción autonómica cuando la competencia sancionadora pertenece a la Administración del Estado

La Consejería de Salud y Consumo del Gobierno balear impuso a la compañía aérea Iberia una multa por no atender a la pretensión del reclamante de ser indemnizado por la cancelación de un vuelo. La **STSJ de Islas Baleares de 5 de diciembre de 2011** (recurso de apelación 175/2011) estima que la potestad sancionadora en la materia pertenece a la Administración General del Estado (Agencia Estatal de Seguridad Aérea) y no a la Ad-

ministración autonómica y concluye, por ello, que la sanción es nula de pleno derecho al haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente.

B) Abstención y recusación: archivo de querrela recurrido y pendiente de resolución

El Consejero de Ordenación del Territorio impuso a la sociedad *Valeriano Allés Canet, S.L.* una multa por infracción urbanística grave, en su calidad de propietaria y promotora de unas obras realizadas sin contar con la preceptiva licencia municipal. Con posterioridad a la incoación del procedimiento sancionador, la entidad sancionada presentó una querrela por un presunto delito de prevaricación contra D. Anselmo, titular del órgano administrativo decisor. Aunque a la fecha de la resolución la citada querrela había sido inadmitida a trámite por el Juzgado de Instrucción, la **STSJ de Islas Baleares de 14 de noviembre de 2011** (recurso de apelación 299/2011) estima que concurría en D. Anselmo la causa de abstención consistente en «tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado» [artículo 28.2.a) LAP], en la medida en que el archivo de la querrela era objeto de recurso en ese momento. La concurrencia de esta causa de abstención debió ser apreciada de oficio por la Administración Local competente, y, en su caso, por la autoridad afectada por la misma, a fin de plantear su apartamiento del procedimiento, pero ello no sucedió. Se anula la multa retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la adopción de la misma, a fin de que se designe una nueva persona que resuelva el procedimiento, distinta de Don Anselmo, y que ésta resuelva el mismo conforme a derecho.

10. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) El derecho a conocer la acusación obliga a concretar los hechos imputados

Una artillero del Ejército de Tierra fue sancionada con diez días de arresto por falta leve consistente en «falta de respeto a superiores». Los hechos constitutivos de tal infracción consistieron en negar, al menos en una ocasión, el saludo reglamentario al Cabo de su Unidad. No obstante, y amparándose en la mayor agilidad del procedimiento por faltas leves, no se informó a la sancionada ni del lugar ni del momento en que se produjeron los hechos. De este modo, la **STS de 10 de mayo de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación núm. 134/2010), estima que «al no expresarse la fecha y hora, la ocasión o el lugar en que el hecho imputado se produjo, difícilmente puede la afectada desvirtuar dicho hecho mediante prueba en contrario, es decir, ejercitar su derecho de defensa, y en concreto, su derecho a proponer pruebas que desvirtúen la acusación». Todo ello supone una vulneración del derecho a ser informado de la acusación, el cual «exige, para respetar el contenido esencial de tal derecho, que se ponga de manifiesto al expedientado los hechos imputados de manera que este objetivamente pueda ser consciente de tal imputación y pueda alegar en su descargo y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes, pues en otro caso el presunto infractor no dispondría realmente de la oportunidad de defenderse y se conculcaría el derecho fundamental a no ser sancionado sin haber sido previamente oído». Se anula la sanción.

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

A) Valor probatorio de las actas de inspección

La **STC 70/2012, de 16 de abril** (recurso de amparo, Sala Primera), con relación a un acta de la inspección de sanidad que constituye la prueba de cargo en la que la Administración fundamentó la imposición de la sanción, declara que «es doctrina reiterada de este Tribunal que las actas de inspección o infracción, en las que los funcionarios competentes consignan los hechos que observan en el curso de sus comprobaciones e investigaciones, pueden ser consideradas por la Administración como medios de prueba capaces de destruir la presunción de inocencia, sin perjuicio de que no gocen de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, no hayan de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas».

B) Denegación de prueba que vulnera el derecho a la prueba

El Ayuntamiento de Madrid sancionó a Doña Agustina por estacionar en carril reservado para uso exclusivo del transporte público urbano. Incoado el procedimiento, la sancionada había solicitado interrogar al controlador, sobre cuya denuncia se apoyaba el entero expediente sancionador. Sin embargo, el Ayuntamiento resolvió sin acceder a dicha solicitud. La **STSJ de Madrid de 6 de octubre de 2011** (recurso de apelación 552/2010) entiende que con dicha negativa la Administración sancionadora ha vulnerado los derechos fundamentales de Doña Agustina a la prueba y a la presunción de inocencia: «La denunciada solicitó con total claridad y de forma expresa, tras negar los hechos denunciados, el interrogatorio del controlador denunciante para el supuesto de que por éste se procediese a la ratificación de los hechos denunciados. Hubo ratificación, sin la presencia de la denunciada, y sin que conste resolución alguna, motivada o sin motivar, que denegase la prueba solicitada. (...) Ahora bien, en este caso concreto, es imposible negar la relevancia de la solicitud de interrogar personalmente al controlador denunciante, y ello por cuanto que, en primer lugar, la fotografía obrante en el expediente nada acredita sobre el estacionamiento denunciado, dado que el vehículo aparece detenido ante un semáforo en rojo, y menos aún acredita, por razones obvias, que tal estacionamiento se prolongase durante más de cinco minutos, como afirma el controlador denunciante. Así las cosas, estamos ante dos versiones de los hechos, una del controlador, y otra de la denunciada. La denuncia hace prueba, pero admite la prueba en contrario; (...). Queda de esta forma constatada la indudable relevancia de la prueba testifical propuesta por la denunciada, y con la negativa tácita a su práctica en el expediente se ha vulnerado los derechos fundamentales de la recurrente a la prueba y a la presunción de inocencia reconocidos en el artículo 24 de la Constitución».

C) Valor probatorio de las actuaciones previas

A resultas de una denuncia presentada por un socio del *Real Automóvil Club de España (RACE)* por la cesión de sus datos personales a la entidad *Cepsa*, la Agencia Española de Protección de Datos inició unas actuaciones previas con el fin de determinar si existían hechos relevantes para la apertura de un procedimiento sancionador. Los resultados de tales

actuaciones previas fueron posteriormente incorporados como material probatorio al procedimiento sancionador que finalmente se incoó, lo que es denunciado por *Cepsa* como posible infracción de su presunción de inocencia. Para analizar el supuesto, la **STS de 6 de mayo de 2011**, Sección Sexta (recurso de casación núm. 5225/2007), comienza recordando la doctrina constitucional relativa al valor probatorio de las actuaciones previas, de conformidad con la cual «lo que los valores que subyacen a los derechos fundamentales en juego exigen a las diligencias de prueba en el orden administrativo son unas mínimas condiciones objetivas y subjetivas que hagan posible su fiabilidad. Y si las primeras parecen centrarse en su normatividad y en la posibilidad de contradicción, las segundas aluden a las características del sujeto que las practica». Al aplicar esta doctrina al supuesto enjuiciado, la sentencia concluye que «en el presente caso, tales actuaciones previas se llevaron a cabo en condiciones objetivas y subjetivas que permiten apreciar su fiabilidad (...), se cumplió el principio de contradicción tanto en el momento de levantarse las correspondientes actas, en la que consta la intervención de los representantes legales de las entidades afectadas, como en un momento posterior, habiendo tenido diversas ocasiones, ejercitadas por la recurrente, para formular las alegaciones convenientes (...), así como intervenir en el correspondiente trámite de prueba; y, subjetivamente (...), las actas fueron levantadas por el órgano competente al efecto».

12. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Sanción de separación del servicio frente a la propuesta de suspensión por el tiempo de la condena

Al Cabo Don Demetrio se le impuso la sanción disciplinaria de separación del servicio por infracción del art. 17.6 Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, 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 pena de prisión. En concreto, por haber sido condenado a dos años por delito contra la libertad sexual con abuso de superioridad. Alega el sancionado que se le ha causado indefensión, pues el instructor propuso una sanción de suspensión por el tiempo de la condena y sin embargo se le ha acabado sancionando con la separación definitiva del servicio. Pero la **STS de 5 de julio de 2011**, Sala de lo Militar, recurso contencioso-disciplinario militar núm. 79/2010, da por buena esa actuación de la ministra de Defensa, ya que la propuesta de resolución no vinculaba a la autoridad sancionadora que comunicó al expedientado su intención de imponer la sanción más grave, lo que motivó debidamente, sobre la base de los mismos hechos y calificación jurídica, otorgándole al efecto la posibilidad de que efectuase las alegaciones pertinentes para garantizar su derecho de defensa.

13. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) La caducidad de la acción

Se mantiene constante la ya larga serie jurisprudencial relativa al supuesto de caducidad de la acción contemplado en el art. 49.2 letra j) RGIT y de la que hemos dado noticia en repe-

tidas entregas de esta crónica. En esta ocasión es la **STS de 12 de mayo de 2011**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 410/2007), la que recuerda que el plazo de un mes fijado en el art. 49.2.j) RGIT para iniciar el procedimiento sancionador «resultaba aplicable con independencia de que el actuario hubiera o no hecho constar en el acta la procedencia de la apertura de un procedimiento sancionador», puesto que «en la medida en que la orden a que se remite el referido art. 49.2 letra j) tiene una clara incidencia negativa en la posición jurídica del obligado tributario, debe ir seguida de la notificación a los sujetos afectados de la iniciación en plazo del expediente sancionador».

B) Reanudación del plazo suspendido por diligencias penales

El día 22 de septiembre de 1998 se produce un accidente con resultado de muerte de un trabajador. El 28 de junio de 1999 se incoa procedimiento administrativo sancionador por los referidos hechos contra la empresa *Grúas Martorell, S.L.* El 10 de septiembre de 1999 dicho procedimiento se suspende, en atención a las diligencias penales que se estaban siguiendo por los mismos hechos, y hasta que por parte de la autoridad judicial se acreditara la existencia de sentencia firme o resolución también firme que pusiera fin al proceso. El procedimiento se reanuda el 27 de mayo de 2008, cuando el Juzgado penal núm. 21 de Barcelona comunica a la Administración laboral la firmeza de la sentencia penal. Una vez adoptada la resolución sancionadora, *Grúas Martorell, S.L.* recurre alegando la caducidad del expediente, al sostener que el plazo máximo para resolver y notificar se reanuda cuando la sentencia adquiere firmeza, no cuando el órgano judicial notifica a la Administración la producción de dicho estado. Sin embargo, la **STSJ de Cataluña de 28 de noviembre de 2011** (recurso de apelación 33/2011) confirma la sanción, al interpretar que la reanudación de los plazos de los procedimientos sancionadores en el orden social está condicionada a la comunicación formal a la Administración de la finalización del proceso penal correspondiente por parte del órgano judicial.

C) Invalidez de notificación por fax a efectos de evitar la caducidad del procedimiento

El Ministerio de Fomento sanciona a la entidad *Serveis Funeraris de Barcelona, S.A.*, por unas obras contrarias al Reglamento General de Carreteras. El procedimiento sancionador se inició el 28 de abril de 2008. Antes de que transcurriera el plazo de un año previsto para la caducidad de esta clase de expedientes, la Administración notificó la resolución sancionadora por telefax el 17 de abril de 2009. Posteriormente, se produjo una notificación de la resolución sancionadora por correo certificado con acuse de recibo el 8 de mayo de 2009. La **SAN de 25 de noviembre de 2011** (recurso de apelación 67/2011) declara la caducidad del expediente al negar validez a la notificación realizada por telefax: «No debe olvidarse la vigencia de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Se trata además ésta de una Ley especial que, en su eventual confluencia normativa y concursal, debe prevalecer sobre aquella otra 30/1992, más general (y básica), en razón de la misma especialidad de la primera. Pues bien, dicha Ley 11/2007 articula como un “derecho” —no como una obligación— el que los ciudadanos (empresas incluidas) tienen a relacionarse con las Administraciones Públicas por

medios electrónicos (...) Pues bien, si frente a aquellas diáfanas declaraciones de facultad o de derecho que ostentan los ciudadanos en sus relaciones telemáticas con las Administraciones Públicas, perviviera, en este ámbito, una obligada validez para con ellos de las notificaciones cursadas por dichos cauces, no estaríamos ante un derecho sino ante una obligación. (...) En el presente caso, por tanto, la notificación producida por fax debe estimarse como inválida, a partir de lo cual procede declarar la caducidad en el procedimiento seguido».

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

A) La regla de que la comisión de la infracción no resulte beneficiosa

La Consejería de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad de Cataluña impuso a Doña María una multa de 412.600 euros por cuatro infracciones urbanísticas. La sentencia de instancia anuló tres de las cuatro infracciones pero mantuvo el importe íntegro de la sanción. Doña María recurre en casación por vulneración del principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas. La **STS de 25 de mayo de 2011**, Sección Quinta (recurso de casación núm. 5136/2007), confirma la sentencia de instancia y recuerda que «en la legislación urbanística se contempla (...) la prohibición de beneficio económico, de manera que (...) en ningún caso la infracción urbanística puede suponer un beneficio económico para el infractor, lo que comporta que puede incrementarse la cuantía de la multa hasta alcanzar el montante del mismo». De conformidad con el informe del Arquitecto municipal aportado al expediente, el beneficio obtenido ascendía a la cantidad de 412.600 euros, por lo tanto, «el hecho de que se hayan anulado tres de las infracciones imputadas no supone que deba reducirse la sanción impuesta, pues (...) al mantenerse la infracción prevista en el apartado c) de la Resolución sancionadora (...), ha de mantenerse la sanción impuesta que no puede considerarse desproporcionada ya que la misma está calculada en función del beneficio obtenido por la infractora».

B) Firmeza de las sanciones a efectos de apreciar reincidencia

El art. 131.3 letra c) Ley 30/1992 establece como criterio para la graduación de la sanción «la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme». La **STS de 30 de septiembre de 2011**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 566/2009), vuelve a ocuparse de aclarar a qué tipo de «firmeza» se refiere el artículo transcrito, si administrativa o jurisdiccional. De este modo, y basándose en jurisprudencia anterior, la sentencia considera «preferible la interpretación de que, para que pueda aplicarse la circunstancia de reincidencia para una calificación más grave de la conducta sancionable o para la agravación de la sanción prevista en la norma sancionadora, solo será necesaria la firmeza en vía jurisdiccional del acto sancionador previo cuando explícitamente sea exigida por la norma, pero no cuando se exija genéricamente la firmeza de la resolución administrativa, como ocurre en el supuesto del artículo 131.3.c) LRJPAC». Dicha preferencia se basaría en el principio de autotutela administrativa y en la circunstancia de que «la exigencia de

firmeza jurisdiccional de la sanción o sanciones anteriormente impuestas, dado el tiempo que puede tardar en resolverse el recurso contencioso-administrativo, convertiría, en contra de la finalidad de la Ley, en virtualmente inaplicables los preceptos en que se prevé dicha agravante referida a la comisión de sanciones en periodos breves».

15. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) La prescripción de las infracciones y las sanciones no computa en los recursos administrativos a partir de su desestimación por silencio

La posibilidad de que las infracciones sancionadas y las sanciones recurridas prescriban en vía de recurso administrativo a partir de su desestimación por silencio es una cuestión polémica que no ha previsto el legislador —ni el art. 132 LRJPAC ni en la normativa sectorial— y que el Tribunal Supremo ha resuelto en sentido desfavorable en dos sentencias dictadas en interés de ley. Así, la STS de 15 de diciembre de 2004, Ar. 4800 de 2005, fijó como doctrina legal vinculante que «el límite para el ejercicio de la potestad sancionadora, y para la prescripción de las infracciones, concluye con la resolución sancionadora y su consiguiente notificación, sin poder extender la misma a la vía de recurso». Y, por su parte, la STS de 22 de septiembre de 2008, Ar. 4545, declaró en interés de ley que «interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción».

El asunto ha llegado al Tribunal Constitucional, que sorprendentemente ha admitido, en la **STC 37/2012, de 19 de marzo** (cuestión de inconstitucionalidad, Pleno), una cuestión de inconstitucionalidad contra la jurisprudencia en interés de ley del Tribunal Supremo, y ha declarado que esa jurisprudencia legal, que convierte en imprescriptibles a las infracciones y las sanciones impugnadas en la vía administrativa de recurso en tanto no se dicte resolución expresa, es conforme con la CE.

La posible inconstitucionalidad de la jurisprudencia en interés de ley cuestionada la fundamenta el juzgado contencioso-administrativo, que plantea la cuestión en tres motivos. En primer lugar, porque podría vulnerar la seguridad jurídica (el art. 9.3 CE). En segundo, porque podría contradecir la jurisprudencia constitucional sobre el silencio administrativo negativo y, con ello, el art. 123.1 CE. Y en tercer lugar, porque podría ser contraria a las garantías aplicables en el Derecho Administrativo sancionador (arts. 24.2 y 25.1 CE).

Pero, como ya hemos apuntado, la sentencia desestima la cuestión de inconstitucionalidad y declara que esa jurisprudencia del Tribunal Supremo en interés de Ley que convierte a la prescripción sancionadora en una institución no operativa en vía de recurso administrativo no se opone a la CE. No obstante, la sentencia tiene cuatro votos particulares que en parte, y por motivos parcialmente coincidentes, han considerado que la cuestión hubo de ser estimada por la mayoría.

Esta doctrina de la sentencia 37/2012, de 19 de marzo, se repite en la **STC 75/2012, de 16 de abril** (cuestión de inconstitucionalidad, Sala Primera).

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

A) Suspensión de la pérdida de seis puntos en el carné de conducir como medida cautelar

La Dirección General de Tráfico sanciona a D. Jacobo con una multa de 380 euros, suspensión de la autorización administrativa para conducir durante el tiempo de un mes y pérdida de seis puntos. Recurrida judicialmente, a D. Jacobo se le deniega la suspensión de la sanción como medida cautelar. La **SAN de 28 de septiembre de 2011** (recurso de apelación 87/11) la concede aunque sólo en relación con la pérdida de seis puntos: «El Auto apelado analiza y motiva la denegación de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo impugnado, examinando de una parte, la trascendencia de los hechos incurso en infracción administrativa, y de otra, la naturaleza de la sanción impuesta. Ahora bien en dicho análisis no se contempla una medida colateral, como es que la firmeza de la sanción lleva aparejada la pérdida de 6 puntos, que evidentemente puede ocasionar daños y perjuicios de difícil reparación al apelante, al obligarle a la realización del oportuno curso para su recuperación, razón por la que procede estimar en parte el presente recurso de apelación, suspendiendo única y exclusivamente la medida relativa a la pérdida de los puntos».

17. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) Posibilidad de subsanar los vicios cometidos en el procedimiento administrativo sancionador en sede de recurso administrativo

La entidad mercantil *Acqua-Medicina y Cirugía Estética, S.L.* es sancionada por tres infracciones tipificadas en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. En concreto, con multa de treinta mil euros por falta muy grave de prescribir y dispensar medicamentos no autorizados, con multa de quince mil euros por falta grave consistente en prescribir tratamientos a base de sustancias medicinales cuya prescripción simultánea está prohibida en la Orden de 14 de febrero de 1997, y con multa de quince mil euros por infracción grave de connivencia con oficinas de farmacia para la elaboración y dispensación de los tratamientos indicados. Alega en amparo que la Administración sancionadora extravió el escrito de alegaciones que presentó al acta de inspección y que posteriormente no se le notificó la iniciación del procedimiento sancionador ni se le emplazó a lo largo del mismo, lo que ha lesionado su derecho de defensa. Al respecto, la **STC 70/2012, de 16 de abril** (recurso de amparo, Sala Primera), recuerda que «el ejercicio de este derecho de defensa en el seno de un expediente sancionador presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa (...). En este sentido, (...) ya declaró el Pleno de este Tribunal que los posibles defectos en la notificación o emplazamiento administrativo revisten relevancia constitucional desde la perspectiva del art. 24.2 CE». Pero la sentencia añade: «Debemos asimismo tomar en consideración que la demandante, una vez que se le notificó el acuerdo sancionador, interpuso recurso administrativo de reposición contra el mismo, reproduciendo las iniciales alegaciones que

no habían sido incorporadas al expediente, las cuales, ahora sí, fueron valoradas expresamente en la resolución (...) que desestimó el recurso de reposición. En consecuencia, la irregularidad inicialmente cometida fue reparada en la misma vía administrativa, evitando así que se consumase una indefensión de carácter material. Esta aptitud de los recursos administrativos para reparar las vulneraciones del derecho de defensa ya fue reconocida por la STC 59/2004, de 19 de abril, (...) a diferencia de los supuestos decididos en las SSTC 175/2007, de 23 de julio, y 70/2008, de 23 de junio, en los que, no obstante la interposición de recurso administrativo, la situación de indefensión no fue adecuadamente corregida».

B) El ejercicio de la potestad sancionadora se reputa de cuantía indeterminada a los efectos del recurso de apelación

La Generalidad de Cataluña impone una sanción disciplinaria a un funcionario. Recurrída, el juzgado falla en contra de la Generalidad. La Administración autonómica recurre en apelación, pero el juzgado inadmite el recurso con base en la cuantía de la pretensión, situada por debajo del mínimo legalmente señalado para dichos recursos. Recurrída dicha decisión judicial, la **STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2011** (recurso de queja 6/2011) admite el recurso de apelación, por cuanto que el ejercicio y la materialización de la potestad sancionadora no son susceptibles de valoración económica: «En el ámbito jurisdiccional es cierto que se establece un límite cuantitativo que impide el acceso al recurso de apelación. Pero en este límite cuantitativo no ha sido fijado por el Legislador para impedir que, en vía jurisdiccional, se pueda revisar la calificación tanto de la infracción administrativa como de la sanción impuesta. Y tanto en un caso como en otro, por las especiales consideraciones jurídicas que se derivan del ejercicio de la potestad sancionadora, se pueda volver a revisar judicialmente lo declarado en primera instancia. En caso contrario, se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución. El sancionado pues, siempre debe tener derecho al recurso de apelación, por cuanto el ejercicio y materialización de la potestad sancionadora no puede ser objeto de valoración económica. La trascendencia y efectos jurídicos de dicha potestad supera ese mero concepto cuantitativo en términos económicos, aun cuando, como ocurre en el presente caso, la suspensión de funciones tenga indudablemente también unos efectos económicos, que podrán ser tenidos en cuenta en otro aspecto, pero no en el del acceso al recurso de apelación. Si el sancionado tiene derecho al recurso de apelación para revisar la legalidad de la sanción impuesta, por las distintas consideraciones que inciden en la misma, también debe reconocerse derecho al recurso de apelación a la Administración Pública titular de la potestad sancionadora».

C) La indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la imposición de una sanción privativa de libertad surge automáticamente por su anulación

Según se indicó más arriba, la **STS de 10 de mayo de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación núm. 134/2010) anula la sanción de arresto de diez días impuesta a una artillero del Ejército de Tierra por considerar vulnerado su derecho a conocer la acusación. En la medida en que la sanción ya había sido cumplida, la sentencia acoge también la petición de la sancionada de ser indemnizada económicamente por haber sufrido dicho arresto. A este

respecto, la sentencia razona que «si bien para acordar la concreta indemnización es necesario acreditar la existencia real de los daños causados por la resolución anulada, cuando se trata de daños morales no es siempre necesaria la práctica de una prueba que sirva de fundamento a la pretensión indemnizatoria, habiendo precisado [en sentencias anteriores] que “la sanción de arresto supone una limitación de hecho a la libre circulación, aun en los casos en que sea de carácter domiciliario, sin que sea exigible una pormenorización probatoria de la medida en que dicha limitación al derecho a la libre circulación ha tenido unas consecuencias concretas morales o económicas de mayor o menor alcance (...) [pues] esa limitación de libertad temporal incide durante su duración en la vida y costumbres, ocasionando daños y perjuicios morales siempre, cuya mera invocación, cuando son alegados y se ha ejecutado la sanción de arresto, no exige necesariamente una demostración concreta y puntual de perjuicios efectivos distinta de la que se desprende de la propia imposibilidad de utilizar libremente el tiempo transcurrido durante la limitación de libertad». En atención a lo cual, la sentencia reconoce el derecho de la sancionada a ser indemnizada, fijando la cuantía en sesenta euros por cada día de arresto.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO BUENO ARMIJO
MANUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. SUJETOS DE LA EXPROPIACIÓN.
 - A) **Falta de legitimación del propietario de un negocio ubicado en unos terrenos expropiados para ser considerado expropiado principal: presunción favorable a los titulares inscritos frente al «título contradictorio» esgrimido por aquél.**
 - B) **Falta de legitimación de un Ayuntamiento para recurrir el acuerdo de determinación del justiprecio cuando la beneficiaria de la expropiación es una sociedad mercantil de titularidad 10% municipal.**
 3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO.
 - A) **Imprudencia de que el Jurado de Expropiación acuerde la suspensión del procedimiento iniciado *ministerio legis* para determinar la Administración competente para expropiar.**
 - B) **Requisitos de la motivación de la urgencia.**
 4. GARANTÍAS SUSTANCIALES DE LA EXPROPIACIÓN.
 - A) **Para que el pago del precio caducado excluya el derecho de retasación no basta con el pago del justiprecio, además ha de concurrir la voluntad del expropiado de considerarlo satisfecho.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Para redactar la presente crónica se han tenido en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Supremo producidos en el primer trimestre de 2012 (del 1 de enero al 31 de marzo), periodo en el que el Tribunal Supremo ha dictado más de 200 sentencias sobre la materia expropiatoria, de los que se reseña la doctrina más relevante.

2. SUJETOS DE LA EXPROPIACIÓN

A) **Falta de legitimación del propietario de un negocio ubicado en unos terrenos expropiados para ser considerado expropiado principal: presunción favorable a los titulares inscritos frente al «título contradictorio» esgrimido por aquél**

La **STS de 6 de febrero de 2012** resuelve el recurso de casación deducido por los propietarios de un negocio de restauración (una venta) que se desarrollaba sobre unos que fueron expropiados en virtud de la ejecución del proyecto de expropiación por tasación conjunta de los bienes y derechos incluidos en el Plan Especial de Reforma Interior del campo de la Feria de Sevilla.

La Sentencia de instancia, dictada el 4 de septiembre de 2008 por el Tribunal Superior de Justicia, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los propietarios de la venta, que demandaron judicialmente a la Administración por no haberlos tenido como propietarios del suelo en el procedimiento expropiatorio y haberlos considerado únicamente legitimados como titulares del negocio que explotaban sobre el mismo. La peculiaridad de este caso radicaba en que los propietarios de la venta esgrimían un título sucesorio sobre la misma que entendían comprensivo de los terrenos sobre la que la misma se asentaba, que sin embargo estaban registralmente inscritos como de propiedad de la Administración del Estado (el Ministerio de Defensa) y de la Autoridad portuaria de Sevilla. Los reclamantes achacaban a la Administración actuante el no haber reconocido, con carácter previo a la aprobación definitiva del proyecto expropiatorio, el carácter controvertido de la titularidad de la parcela y así posibilitar la intervención de éstos como propietarios en el expediente de justiprecio.

La sentencia de instancia estimó que la Administración expropiante había hecho en este caso un adecuada interpretación de los arts. 3 a 7 de la LEF que, como es sabido, regulan la condición de sujeto expropiado. Interpuesto recurso de casación contra la citada sentencia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo acogiendo en lo sustancial los argumentos de la instancia.

Según recuerda la sentencia que comentamos, la regla legalmente establecida es que el expediente se entienda con el propietario del bien expropiado, esto es, con quien, salvo prueba en contrario, aparezca como tal en los registros públicos que, como el de la Propiedad, producen presunción de titularidad únicamente destruible mediando intervención judicial (artículo 38 de la Ley Hipotecaria); en su defecto, con las personas a las que los registros fiscales y administrativos atribuyan esa condición; y, en último término, con las que lo sean pública y notoriamente (art. 3 de la LEF). En todo caso, si existe controversia con propietarios que esgrimen «títulos contradictorios», el trámite ha de entenderse con todos ellos (art. 5.2 de la LEF), debiendo consignarse el justiprecio en tal supuesto [art. 51.1.b) del REF].

De los preceptos citados, el Tribunal Supremo colige que, tratándose de bienes inmuebles,

«en primer lugar se reputa dueño o titular de derechos sobre los mismos a quien resulte serlo conforme al Registro de la Propiedad. Sólo en su defecto, esto es, subsidiariamente, merece esa condición quien la acredite en virtud de registros administrativos y en último

lugar, a falta también de los mismos, a quien notoria y públicamente se le tenga por tal (véase en este sentido la STS de 26 de enero de 2005 —recurso 2026/01—).

Ahora bien, la normativa expropiatoria, a efectos de constituir el elemento subjetivo del procedimiento expropiatorio, no jerarquiza aquellas categorías, de modo que, confluyendo sobre un mismo bien varios interesados habilitados por títulos diversos, los amparados por el Registro de la Propiedad desplazan automáticamente a quienes hacen valer una matrícula administrativa o la general y pública reputación. El legislador ha querido que, en tales casos, dado que se trata de transmitir forzosamente el dominio o los correspondientes derechos reales, las diligencias se entiendan con las personas que presentan títulos, en principio, justificativos, para que, en tanto se dilucida ante la jurisdicción competente la titularidad, el procedimiento siga su curso y, llegado el caso, se consigne el justo precio a fin de que, en su momento, lo reciba quien resulte ser el legítimo dueño. Se evita así una demora que no haría más que perjudicar el fin de la expropiación.

Por ello, el artículo 5 de la Ley dispone que también serán parte en el expediente quienes presenten “títulos contradictorios” sobre el objeto a expropiar, expresión que alude a una contraposición irresoluble *prima facie* porque las diferentes credenciales se niegan mutuamente, aunque alguna de ellas se beneficie de una presunción que no deja de ser *iuris tantum* (artículos 38, párrafo primero, y 97, en relación con el 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria) y que, por consiguiente, puede destruirse ante quien tenga la potestad jurisdiccional y la competencia para decidir de forma definitiva y firme sobre la titularidad. En otras palabras, debe darse por existente el derecho que figure inscrito mientras no exista contradicción; derecho que, de haber oposición, puede ser destruido, pero no en un recurso contencioso-administrativo sino en un proceso civil en el que se ventile la cuestión (véanse, por todas, las Sentencias de 17 de noviembre de 2004 —recurso 5402/2000—; de 15 de noviembre de 2006 —recurso 7726/03—; y de 1 de diciembre de 2008 —recurso 3910/2005—).

Cuestión distinta, y aquí reside la clave del argumento de los recurrentes que subyace en el recurso de instancia y reiteran en el recurso de casación, es si realmente éstos habían presentado el «título contradictorio» en el sentido del artículo 5.2 de la LEF. En este punto, el Tribunal Supremo recuerda que hay títulos contradictorios cuando dos documentos atribuyen claramente la propiedad de un mismo objeto a personas distintas, de manera que no pueden ambos ser eficaces a la vez. Sin embargo, no es esto lo que ocurre en el presente caso, lo que obliga al Tribunal Supremo a desestimar el recurso planteado, porque

«como consta en las actuaciones, en el trámite de alegaciones presentadas en fecha 4 de enero de 2000 al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Sevilla de 17 de noviembre de 1999 por el que se aprueba inicialmente el proyecto de expropiación, los recurrentes manifiestan que son titulares de los terrenos donde se asienta la actividad de restaurante-bar (denominado “Venta Pilín”), cuya apertura se autorizó el 24 de abril de 1976 por el Gobernador Civil de Sevilla. Requeridos por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla para aportar los documentos originales en que se fundamentaban la alegaciones formuladas, los recurrentes aportan la escritura de partición de la herencia otorgada en fecha 21 de junio de 1983 en la que figura como único caudal relicto el de la Venta llamada “Pilín”, que ocupa una superficie de 2.703 m² y edificada en 192,30 m², y al cumplimentarse en ella el apartado relativo a “Título e Inscripción”, lo que se consigna es que la misma

fue adquirida por herencia del padre de los otorgantes, sin tener formalizada la titulación y sin que apareciera inscrita en el Registro de la Propiedad, por lo que se solicita en ese momento del otorgamiento de la escritura su inmatriculación.

Mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Sevilla de 29 de marzo de 2001, se responde ampliamente a las alegaciones formuladas por los recurrentes, singularmente en cuanto a la alegada titularidad litigiosa, en el sentido de que no se puede reconocer la condición de propietario del suelo interesada pues, aunque no consta inscrita la edificación destinada a restaurante-bar, sí lo está en cambio la de dicho suelo, que se asienta como parte integrante de diversas fincas registrales de mayor cabida inscritas registralmente a nombre de la Autoridad Portuaria de Sevilla y del Ministerio de Defensa, que son con quienes ha de entenderse el procedimiento conforme dispone el artículo 3 de la LEF.

Quiérese decir, por tanto, que en vía administrativa los recurrentes no habían podido acreditar la condición de propietarios del suelo afectado por el proyecto expropiatorio a que se contraen las actuaciones, por lo que no cabe invocar la existencia de un «título contradictorio» en el sentido del artículo 5.2 de la LEF, pues la esgrimida escritura de partición de herencia no atribuye la propiedad del terreno y, en consecuencia, no se aportó título alguno que cuestionara la titularidad reflejada en la inscripción registral».

B) Falta de legitimación de un Ayuntamiento para recurrir el acuerdo de determinación del justiprecio cuando la beneficiaria de la expropiación es una sociedad mercantil de titularidad 10% municipal

La STS de 22 de febrero de 2012 (rec. núm. 301/2009) resuelve el recurso de casación formulado por el Ayuntamiento de Onil (Alicante) frente a un Auto del TSJ de Valencia que decretó la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por el citado Ayuntamiento contra el acuerdo de determinación de un justiprecio expropiatorio por falta de legitimación activa del Ayuntamiento. En el caso había actuado como beneficiaria de la expropiación una sociedad mercantil municipal de capital 100% de la Corporación municipal, razón por la que el TSJ consideró que el Ayuntamiento era ajeno al justiprecio que pretendía impugnar por no resultar obligado al pago.

Frente a dicho Auto, el Ayuntamiento interpuso recurso de casación por diferentes motivos, basando el primero de ellos en: a) la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, al negar a la recurrente legitimación activa para impugnar las Resoluciones del Jurado de Expropiación Forzosa, cuando dicho Jurado se la había reconocido al notificarle la totalidad de las Resoluciones recaídas en el expediente expropiatorio; b) la condición de legitimado del Ayuntamiento de Onil, en su calidad de socio único y propietario del 100% del capital social de la sociedad beneficiaria; c) que la jurisprudencia aplicada por la Sala de instancia no es aplicable al presente caso por tratarse de supuestos distintos, toda vez que se refieren a supuestos de expropiación en los que la beneficiaria es una sociedad mercantil o persona jurídica privada ajena a la Administración expropiante.

Lo primero que advierte el Tribunal Supremo al resolver la cuestión de la legitimación del Ayuntamiento para recurrir los actos del Jurado es que no pueden prosperar al respecto las alegaciones sobre la legitimación reconocida por el dicho Jurado en vía administrativa al notificarle la totalidad de las Resoluciones recaídas en el expediente expropiatorio en tanto que dicho Ayuntamiento no ha realizado en dicha vía ninguna ac-

tuación, ni la notificación a la corporación local conlleva por sí misma reconocimiento de legitimación alguna.

Por otro lado, en relación ya con el fondo del asunto, el Tribunal Supremo acoge el razonamiento del Auto de instancia, según el cual

«La Administración recurrente no puede confundir interesadamente sus intereses y los de una sociedad anónima, como no puede ignorar las diferencias entre un expediente expropiatorio y otro de justiprecio, entre las facultades expropiatorias y las obligaciones de pago del justiprecio, entre una Administración que expropia una sociedad beneficiaria de la expropiación, habida cuenta que la SOCIEDAD DE PROMOCIÓN ECONÓMICA DE ONIL S.A. detenta su propia personalidad jurídica diferenciada del Ayuntamiento de Onil, actúa jurídicamente de manera autónoma y constituye una sociedad mercantil exponente de la huida de algunas Administraciones públicas del Derecho administrativo, sin que valgan sus excusas de que el capital de esa mercantil es público pues eso implica jugar a la baraja de la economía de mercado como entidad privada y como Administración pública. La Administración expropiante, cuando no es a su vez beneficiaria de la expropiación, no adquiere los bienes o derechos expropiados ni abona el importe del justiprecio ni tiene ninguna intervención en su fijación —ni siquiera puede recusar a los miembros del Jurado, *ex art.* 33.1 del reglamento de la LEF—, sino que es la entidad beneficiaria la adquirente de tales bienes y derechos, inscribiéndolos a su nombre en los registros públicos —*arts.* 60 y 62 del mismo Reglamento—, y la que formula la hoja de aprecio y acepta o rechaza la valoración efectuada por los propietarios expropiados, y asume el deber de indemnizar a éstos, soportando, por tanto, el pago del justiprecio. Ello otorga a la beneficiaria una indiscutible legitimidad para impugnar en sede jurisdiccional las valoraciones fijadas por el Jurado de Expropiación, que el propio Reglamento de la LEF le reconoce en su *art.* 140. Por el contrario, la Administración expropiante en la que no concurra la condición de beneficiaria no viene facultada para impugnar el justiprecio, al carecer de interés legítimo de parte, por cuanto ninguna ventaja o utilidad, de carácter material o jurídico, obtendría si prosperase su pretensión, bien por recibir un beneficio, bien por dejar de sufrir un perjuicio efectivo, derivado inmediatamente del acto recurrido, ya que en el proceso no está en cuestión su potestad expropiatoria ni la gestión de la misma».

Abundando en estos argumentos, el Tribunal Supremo se hace eco de una sentencia suya de 18 de enero de 2006 (*rec. núm.* 7953/2000) en la que se afirmaba que, aunque

«podiera plantearse la duda de si la Corporación recurrente resignó el ejercicio de su potestad expropiatoria en la Comunidad de Madrid (...) en todo caso, la cuestión es irrelevante puesto que de lo que se trata es de conocer si la Corporación recurrente tiene interés, y, por tanto, legitimación en un proceso donde lo que está en cuestión no es su potestad expropiatoria y su ejercicio, o la gestión de la misma, sino la valoración por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa del justo precio del bien concreto expropiado, a ello nos hemos de limitar.

En este supuesto que es el contemplado por la Sentencia recurrida la Administración expropiante carece de interés directo porque el precio a satisfacer cuando existe un beneficiario de la expropiación como ocurre en este caso en el que además concurre la condición de persona jurídica privada, sociedad mercantil, que ha de abonar el precio que haya convenido con el expropiado o el fijado por el órgano de valoración de aquél, sin que se haya planteado

cuestión alguna sobre posibles responsabilidades de la Administración expropiante por demora en la tramitación del expediente expropiatorio, como expresa el art. 5 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, es claro que es algo ajeno a su potestad y por tanto para lo que carece de legitimación porque es una relación entre beneficiario y expropiado a la que es ajena».

No obstante, en ese caso la beneficiaria era una mercantil que nada tenía que ver con la Administración expropiante, mientras que, en el caso que nos ocupa, la mercantil beneficiaria fue constituida por el propio Ayuntamiento expropiante, que es propietario del 100% del capital social, y es sobre esta razón sobre la que se fundamenta la pretensión de la actora. Pese a ello, el Tribunal Supremo considera que esa argumentación no es suficiente para desvirtuar la reseñada doctrina jurisprudencial en virtud de la cual la Administración expropiante carece de interés directo cuando el beneficiario de la expropiación es una sociedad mercantil a quien corresponde en exclusiva satisfacer el precio de la expropiación, como aquí acontece. Ello es así porque

«la sociedad mercantil constituida por el Ayuntamiento goza de personalidad jurídica propia y se sujeta a un régimen jurídico específico, propio del Derecho Mercantil, completamente diferente al régimen estatutario, procedimental y sustantivo que rige la actividad de la Administración, sin que ésta pueda utilizar tales figuras mercantiles y su específico régimen jurídico con una finalidad meramente instrumental en la medida en que sus resultados le son favorables y rechazar aquellas consecuencias, que siendo consustanciales a esa personalidad jurídica diferenciada, pueden llegar a resultar perjudiciales a sus intereses».

3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Improcedencia de que el Jurado de Expropiación acuerde la suspensión del procedimiento iniciado *ministerio legis* para determinar la Administración competente para expropiar

La **STS de 27 de febrero de 2012** (rec. núm. 497/2009) resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 30 de octubre de 2008, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el propietario de unos terrenos contra la Resolución del Jurado de Expropiación de Catalunya que acordó suspender la tramitación del expediente de justiprecio hasta que por sentencia firme se determinase quién era la Administración expropiante, si el Ayuntamiento donde radicaban los bienes o la Administración autonómica.

La duda del Jurado viene provocada porque ambas Administraciones se consideraron incompetentes para expropiar los terrenos en cuestión al ser requeridas por el Jurado en la tramitación del expediente expropiatorio instado por el propietario en virtud del artículo 69 del TRLS de 1976 y del artículo 103 del Decreto Legislativo 1/1990, que aprueba el Texto Refundido de disposiciones vigentes en materia urbanística de Cataluña, que prevén la expropiación por ministerio de la ley una vez transcurridos ciertos plazos desde que se aprueba el instrumento de planeamiento que la contempla.

El objeto de enjuiciamiento de la sentencia que comentamos no es, por tanto, la idoneidad o no del inicio de un expediente de expropiación por ministerio de la ley, sino la decisión del Jurado de suspensión de la tramitación del expediente. En este sentido, el recurrente denunciaba la infracción del artículo 72.1 de la LRJPAC en el que se había amparado el Jurado Provincial de Expropiación para suspender el procedimiento, por no poder considerarse la suspensión —a juicio del propietario afectado— una medida adecuada para asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer. El Jurado había razonado su decisión ponderando la inutilidad de un acuerdo de justiprecio de la finca en el caso de que la vía jurisdiccional confirmase la resolución municipal que negaba su condición de Administración expropiante. El Tribunal *a quo* sostuvo, por su parte, que la declaración del Ayuntamiento de Barcelona negando su condición de Administración expropiante tenía la suficiente entidad para que el Jurado se plantease la eficacia de su resolución.

Frente a esta interpretación, el Tribunal Supremo considera que el artículo 72.1 de la LRJPAC no ampara la suspensión del procedimiento en el presente caso. Advierte el Tribunal Supremo, en este sentido, que el Jurado suspendió la tramitación del expediente de justiprecio «hasta que por sentencia firme se determine quién es la Administración expropiante», pese a que no había constancia de la existencia de un procedimiento jurisdiccional en el que pudiese recaer la sentencia firme que decidiese quién era la Administración expropiante y determinase el final de la suspensión, por lo que ésta, acordada en tales condiciones y sin hacer referencia a ningún procedimiento en el que pueda recaer tal resolución, equivale a una suspensión indefinida, que a juicio del Tribunal Supremo no parece que sirva a los fines de las medidas provisionales del artículo 72.1 LRJPAC de asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, sino que se trata más bien de una medida que impide indefinidamente que recaiga resolución en el expediente de justiprecio.

Junto a ello, la sentencia advierte que ningún perjuicio se sigue para el Ayuntamiento de Barcelona de la continuación del procedimiento de justiprecio, pues como reconocieron las SSTs de 27 de marzo de 2001 (rec. núm. 7970/1996) y de 6 de febrero de 2012 (rec. núm. 6281/2008), nos encontramos en un supuesto de inicio del expediente por ministerio de la ley frente al que los acuerdos denegatorios del Ayuntamiento equivalen al rechazo de la hoja de aprecio, ya que la expropiación se inicia *ope legis* al concurrir los presupuestos previstos por la norma, siendo el momento procedente para oponerse el Ayuntamiento al inicio del expediente el de los recursos contra el Acuerdo del Jurado de determinación del justiprecio, de acuerdo con las previsiones del artículo 126 de la LEP. Del citado precepto se desprende que el recurso contencioso-administrativo contra el acto que fija el justiprecio es adecuado para plantear la procedencia o no de la iniciación del expediente expropiatorio *ope legis*. Dicho precepto dispone que ambas partes podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos que sobre el justo precio se adopten. Añade que el recurso podrá fundarse en vicio sustancial de forma o en la violación u omisión de los preceptos establecidos en la misma Ley. Por extensión podrán invocarse cualesquiera defectos que afecten a los requisitos y procedencia de la expropiación establecidos en leyes especiales. En consecuencia, éste es el momento en que el Ayuntamiento, si considera que no concurren los requisitos legales, debe plantear su oposición a la expropiación.

En consecuencia de todo lo anterior, el Tribunal Supremo concluye que la tramitación del expediente ante el Jurado de Expropiación de Cataluña debe proseguir hasta su finali-

zación, sin perjuicio de cuál haya de ser la decisión que el Jurado pueda adoptar, cuestión esta que no constituye el objeto de este proceso y sobre el que la Sala no puede entrar.

B) Requisitos de la motivación de la urgencia

La STS de 25 de enero de 2012 (rec. núm. 521/2010) analiza un Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se declaraba la urgente ocupación de los bienes y derechos afectados por la expropiación forzosa seguida para la ampliación del aeropuerto de Gran Canaria.

Los recurrentes eran propietarios de diversas naves industriales, locales comerciales y fincas afectadas por el proyecto expropiatorio que impugnaron el referido Acuerdo del Consejo de Ministros por falta de justificación del procedimiento de urgencia, ya que la única motivación que se recoge en dicho Acuerdo era la de dar cumplimiento a las previsiones contenidas en el Plan Director del Aeropuerto de Gran Canaria, sin que existiese indicación de la necesidad de iniciar las obras de manera inminente, más allá de la simple previsión de cubrir necesidades futuras. Para los recurrentes, la mejor prueba de la inexistencia de la urgencia era que, transcurrido un año desde la declaración de la misma, aún no se habían iniciado las obras de ampliación.

Junto a la pretendida nulidad del Acuerdo recurrido, los demandantes interesaban la condena a la Administración expropiante a tramitar el expediente de expropiación forzosa por el procedimiento ordinario y que se condene a la Administración expropiante y a la beneficiaria de la expropiación (AENA) al abono de una indemnización a favor de los expropiados por los daños sufridos por la privación anticipada e irregular de sus bienes y derechos, estimando dichos daños en el 25% del valor que en su momento se fije en el justiprecio.

La Administración expropiante se opuso a tales pretensiones argumentando, de un lado, que el Plan Director es necesario para realizar cualquier actuación en un aeropuerto, según el art. 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que regula esta figura; y que toda actuación debe estar contemplada en este instrumento planificador aeroportuario con independencia de que para llevarla a la práctica sea precisa una expropiación ordinaria o urgente. De otro lado, la Administración expropiante considera que existía un razonamiento preciso, detallado y objetivamente convincente que explicaba la utilización del procedimiento de urgencia que, si no derivaba directamente del Acuerdo ministerial, era posible inferir del expediente (de la solicitud de AENA y del informe del Abogado del Estado previo al Acuerdo gubernamental), siendo así que la jurisprudencia admite la motivación *in alliumde* o por remisión en estos casos. Finalmente, frente al argumento de que un año después a la declaración de urgencia las obras aún no habían comenzado, la Administración expropiante sostiene que no debe identificarse ejecución de las obras con ejecución material de las mismas, obviando que la ejecución de las obras exige la tramitación, aprobación y adjudicación del proyecto constructivo con carácter previo a su ejecución material, sin que, en cualquier caso, la demora en la ejecución de las obras signifique por sí misma la improcedencia del procedimiento de urgencia.

El Tribunal Supremo acepta, en primer lugar, que es cierta esa necesidad de diferenciar entre la motivación de la urgencia y la ejecución de la expropiación en el sentido apuntado por la Administración expropiante; es decir, que las circunstancias que rodean la ejecución

y pueden moderarla no privan razón de ser a una expropiación de urgencia debidamente motivada.

De acuerdo con su consolidada jurisprudencia sobre la motivación de la urgencia, el Tribunal Supremo admite, en segundo lugar, la posibilidad de que la motivación no conste en el propio acuerdo que declara la urgencia, sino en el expediente o en documentos a los que aquél se remita. No obstante, analizado el expediente y los documentos señalados por la Administración expropiante, el Tribunal concluye que ni en la exposición del Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado, ni en los documentos o informes a los que se remite la Administración expropiante se aportan razones de la necesidad imperiosa de ejecutar las obras proyectadas inmediatamente, por lo que faltaría la motivación justificadora de este procedimiento expropiatorio excepcional, sin que pueda acogerse tampoco el argumento de que la simple existencia del Plan Director justifica por sí misma la urgencia, pues ninguna de sus previsiones así lo establece ni puede deducirse de su simple existencia.

Así, pues, el Tribunal Supremo estima que la falta de motivación determina la nulidad del Acuerdo impugnado y procede a casar en este sentido la sentencia de instancia. No obstante, rechaza la pretensión de la parte recurrente de que se condene a la Administración expropiante y a la beneficiaria de la expropiación a tramitar el expediente de expropiación forzosa por el procedimiento ordinario y que se condene a la beneficiaria de la expropiación al abono de una indemnización a favor de los expropiados por los daños sufridos por la privación anticipada e irregular de sus bienes y derechos, estimando dichos daños en el 25% del valor que en su momento se fije en el justiprecio.

Ninguna de estas dos pretensiones puede ser acogida a juicio del Tribunal Supremo, porque no le corresponde a él pronunciarse sobre la urgencia o no de la expropiación, sino que esa decisión le corresponde a la Administración apreciando las circunstancias concurrentes, sin que pueda el Tribunal deducir de la falta de motivación del Acuerdo el hecho de que la expropiación no sea urgente; ni tampoco pueda acordar una indemnización en virtud de unos daños que no han sido acreditados y que no pueden ser deducidos, sin más, de esa inexistente motivación.

4. GARANTÍAS SUSTANCIALES DE LA EXPROPIACIÓN

A) Para que el pago del precio caducado excluya el derecho de retasación no basta con el pago del justiprecio, además ha de concurrir la voluntad del expropiado de considerarlo satisfecho

En el periodo examinado son muchas —más de una veintena— las sentencias que han recaído en relación con solicitudes de retasación de fincas expropiadas en el contexto del desarrollo del Plan Director de ampliación del Aeropuerto de Madrid-Barajas. Sobre esta cuestión ya se pronunciaron tres SSTS de 26 de septiembre de 2011 (recs. núms. 3058/2010, 5553/2010 y 6792/2010) cuya doctrina fue comentada por nosotros en el número 54 de esta Revista; y, que, en lo sustancial, ha sido reiterada por las más recientes SSTS de 6 de febrero (rec. núm. 5692/2010), de 13 de febrero (rec. núm. 6188/2010), de 20 de febrero (rec. núm. 5558/2010), de 27 de febrero (rec. núms. 5555/2010, 6073/2010 y 6187/2010) o de 5 de marzo de 2012 (rec. núm. 5700/2010), entre muchas otras.

Se recordará que, en todos estos casos, la Dirección General de Aviación Civil rechazó las solicitudes de retasación por considerar, siguiendo el criterio de AENA (beneficiaria de la expropiación), que el justiprecio había sido pagado sin que la parte hubiera hecho reserva alguna del derecho de retasación. Concretamente consideran dichas resoluciones administrativas que, habiéndose formulado la solicitud de retasación tras haber recibido el justiprecio determinado por sentencia judicial, sin hacer reserva de tal derecho, «por sus propios actos se acomodaron al *quantum* indemnizatorio, provocando la extinción de su derecho de retasación de las fincas, por lo que procede desestimar las pretensiones de los recurrentes a que se dé trámite a las retasaciones solicitadas».

Los interesados interpusieron recursos contencioso-administrativos frente a las Resoluciones de la Dirección General de Aviación Civil que fueron desestimados por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid por considerar el TSJ que no existía elemento diferenciador alguno entre el supuesto contemplado, la extinción de la obligación por el pago extemporáneo del justiprecio pero anterior a una petición de nueva valoración, con la extinción de las obligaciones civiles de pago, afirmando que en estos casos «hay una obligación de pago que se cumplió extemporáneamente con relación a los dos años dispuestos por el art. 58 y dicho cumplimiento ha sido aceptado con consecuencias extintivas» en aplicación del principio de vinculación a los propios actos.

Frente a ello, y al igual que hicieran las sentencias de 26 de septiembre de 2011, el Tribunal Supremo rechaza el razonamiento de instancia y estima los motivos casacionales deducidos por los propietarios expropiados.

El Tribunal Supremo recuerda que la pendencia de un recurso contencioso-administrativo contra la resolución por la que se fija el justiprecio no es obstáculo a la retasación, y que tampoco obsta al ejercicio de este derecho el hecho de que se haya hecho efectivo o consignado el justiprecio una vez transcurrido el plazo de caducidad fijado en el art. 58 de la LEF, salvo que el expropiado manifieste de modo inequívoco su voluntad de renunciar a dicho derecho o que reciba el pago mostrando su conformidad con el mismo sin hacer reserva o protesta alguna al respecto. Es decir, que sólo la aceptación del pago sin reservas excluye el derecho de retasación.

A partir de estos planteamientos generales, las sentencias que comentamos llegan a las siguientes consideraciones, orientadas ya a las cuestiones que se plantean en los respectivos recursos:

- El hecho determinante del nacimiento del derecho a la retasación es la caducidad del justiprecio fijado por el Jurado por el transcurso del plazo de dos años, sin que aquel se haya abonado o consignado, según dispone el art. 58 LEF.
- El fundamento de dicha caducidad es la necesidad de evitar que el paso del tiempo y la erosión inflacionaria alteren la relación patrimonial existente entre los bienes expropiados y la indemnización establecida como compensación por su pérdida.
- La caducidad del justiprecio opera sobre la fecha de fijación del mismo en vía administrativa, por lo tanto al margen de su impugnación en vía jurisdiccional, cuyo resultado no afecta a la condición de caducado del justiprecio revisado por el órgano judicial. Así pues, el justiprecio que resulta de la revisión jurisdiccional de un justiprecio caducado sigue siendo un justiprecio caducado.

- El pago de dicho justiprecio inicial, más allá del plazo de dos años de caducidad, ya tenga lugar antes o después de la revisión jurisdiccional, no produce en principio y por sí solo el efecto extintivo de la obligación de indemnizar, pues la declaración *ex lege* de caducidad lo priva de la condición de indemnización correspondiente prevista constitucionalmente como contenido de dicha obligación, abriendo simultáneamente el derecho del expropiado a la exigencia de la determinación de un nuevo justiprecio, que es lo que la retasación supone. Dicho de otro modo, el justiprecio caducado ya no representa la indemnización en las condiciones exigidas por la ley como contenido de la obligación derivada de la expropiación y, por lo tanto, su abono y percepción no produce por sí mismo el efecto extintivo de la misma. Por lo demás, la Ley tampoco exige, como condición para hacer efectiva la retasación, la renuncia al abono del justiprecio caducado, lo que es perfectamente entendible en cuanto supondría una carga para el expropiado que vería retrasada la percepción de cantidad alguna hasta el resultado de la retasación. Por eso la jurisprudencia establece con carácter general que solicitud de retasación no puede quedar enervada por el sólo hecho de admitir el pago del precio fijado administrativamente.
- Ello no significa que el ejercicio del derecho de retasación no pueda resultar afectado por las circunstancias en las que se produzca la extemporánea percepción por el expropiado del justiprecio caducado, pero implica examinar en cada caso la voluntad del mismo en relación con el ejercicio de ese derecho, que está sujeto a las reglas generales de todo derecho de tal naturaleza, además de las que específicamente establezca la legislación sectorial.

Sobre tales reglas se pronuncian las sentencias citadas en los siguientes términos:

«(...) aparte de la prescripción del derecho que se produce por el transcurso del tiempo establecido legalmente y que no es de apreciar en este caso, en el que la propia Administración en la resolución de alzada entiende que la acción de retasación no es extemporánea, dado su carácter personal y plazo de prescripción de quince años establecido en el art. 1964 del Código Civil, el ejercicio de la retasación puede verse afectado, según la jurisprudencia ya citada, por las circunstancias en que se acepta el pago del justiprecio caducado, en cuanto medie renuncia expresa o tenga lugar sin reservas, entendiéndose satisfecha la indemnización que le corresponde por la expropiación o cuando actos propios manifiestan una acomodación al *quantum* de la indemnización o, como dice la sentencia de 31 de diciembre de 2002, cuando “del acta de pago o de cualquier otro documento, posterior a la solicitud de la retasación, se deduzca inequívocamente la voluntad de renunciar a ésta”, es decir, cuando medie un acto de voluntad del expropiado dándose por reparado, con la indemnización recibida, del sacrificio patrimonial que la expropiación le ha supuesto, en cuanto con ello viene a renunciar o excluir la retasación como vía para llegar a dicha reparación patrimonial. Así se pone de manifiesto en numerosas sentencias de esta Sala, ya desde la de 13 de mayo de 1991, que cita las más antiguas de 4 de julio de 1979, 26 de diciembre y 18 de marzo de 1983, y que precisamente en un caso de aceptación del pago de las cantidades fijadas jurisdiccionalmente, excluye la retasación en cuanto tal aceptación incluía la cláusula “indicativa de quedar liquidadas todas las cantidades comprendidas, por cualquier concepto en la valoración de los bienes expropiados, sin hacer reserva, protesta u objeción alguna, supone una manifestación expresa de voluntad de acomodación del expropiado al *quantum* de la

valoración...”; en el mismo sentido la sentencia de 6 de febrero de 2007, cuando dice que “lo que enerva el derecho de retasación no es la efectividad o materialización del pago del justiprecio sino la aceptación de dicho pago sin reservas y de plena conformidad en cuanto implica la renuncia a la retasación y por lo tanto su ejercicio con posterioridad a dicha aceptación resulta contrario a sus propios actos”. También la sentencia de 8 de abril anuda la exclusión de la retasación a la voluntad del propio expropiado, que deduce del hecho de que en las actas de pago “no se contiene reserva ni reparo alguno sobre el justiprecio o su subsistencia, e incluso se dan por saldadas y liquidadas las correspondientes obligaciones, manifestando que no tienen nada más que reclamar, lo que constituye una inequívoca postura ante la liquidación del justiprecio que no puede contradecirse con la posterior solicitud de fijación de un nuevo justiprecio, que es lo que en definitiva se persigue con la retasación”».

Por lo tanto ha de entenderse que para que el pago del precio caducado excluya el derecho a la retasación (y con independencia de que tenga lugar antes o después de la revisión jurisdiccional), no basta con el mero pago y percepción del mismo sino que es preciso que de las manifestaciones o actitud del expropiado se desprenda su voluntad de considerar satisfecha de esa forma su derecho a la indemnización, reflejando una voluntad de renuncia o la realización de actos propios contrarios a la retasación.

Y, en todo caso, la valoración de la voluntad del expropiado por parte del Tribunal dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso. Así,

«habiendo mediado ya la solicitud de retasación cuando se recibe el justiprecio caducado, existe una voluntad previa del expropiado de acudir a la determinación de un nuevo justiprecio, por lo que para excluir la retasación habrá de producirse una renuncia expresa o por hechos inequívocos, mientras que a falta de esa solicitud previa al pago, bastarán fórmulas de aceptación del pago en la condición de satisfacción total de la indemnización debida por la expropiación, como las que se han citado antes con referencia a la jurisprudencia, para concluir en la voluntad del expropiado de excluir la retasación, que por lo tanto no podrá ejercitarse posteriormente.

En casos como el presente, en los que media una sentencia firme, que además y acogiendo una doctrina jurisprudencial favorable a la posición del expropiado recurrente, eleva muy notablemente el justiprecio inicialmente establecido por el Jurado, la actitud del expropiado, que conocido por la sentencia el alcance de la indemnización que finalmente le corresponde, no ejercita el derecho de retasación, aguardando más de un año la percepción del justiprecio en ejecución de sentencia, que recibe sin mediar manifestación alguna durante ese tiempo ni en el acta de pago sobre la retasación, de cuyo ejercicio prescinde durante largo tiempo, sin que se invoque la existencia de razones que justifiquen la demora, no pueden sino considerarse hechos propios representativos de la aceptación del *quantum* de la indemnización fijada en la sentencia, como satisfacción de su derecho indemnizatorio por el sacrificio patrimonial sufrido, lo que resulta contrario y excluyente de un posterior ejercicio del derecho de retasación, transcurridos más de tres años desde la sentencia y dos desde las actas de pago del justiprecio, sin ninguna causa que justifique la demora».

Como ya dijimos en el número 54 de esta revista, creemos que esta doctrina es conforme con una cabal interpretación del alcance del derecho de retasación. Primero, porque el ejercicio del derecho de retasación con tan considerable demora (que pudiera entenderse

justificada hasta la obtención de sentencia judicial en cuanto permite conocer el alcance final de la indemnización, pero que no se ha justificado en modo alguno tras tener conocimiento de la misma), no responde a la naturaleza y contenido del derecho de retasación, pues tal cosa no es congruente con el hecho de que la demora por dos años en el pago del justiprecio determine la caducidad del mismo, por entender que pueden haberse modificado las condiciones que se tuvieron en cuenta para tal valoración. Y tampoco puede olvidarse, por otro lado, que la retasación implica establecer un nuevo justiprecio, conforme a las circunstancias y elementos de valoración concurrentes al tiempo de la solicitud, de manera que la elección de tal momento determina el alcance de la indemnización, que quedaría así a la voluntad de una de las partes de la relación expropiatoria, propiciando actitudes especulativas poco conformes con el carácter objetivo que la legislación de expropiación forzosa establece al momento al que ha de referirse el justiprecio y las consecuencias de la demora en su determinación o abono. Finalmente, la situación de pendencia del justiprecio durante el largo plazo de prescripción del derecho a voluntad del expropiado, sin causa que lo justifique, afecta gravemente a la seguridad jurídica y altera sustancialmente los tiempos, referencias y elementos de fijación del justiprecio que la legislación de expropiación forzosa regula como elemento esencial de la institución.

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. Suicidio de detenidos en dependencias policiales: ausencia de responsabilidad por falta de anormalidad en el funcionamiento del servicio.**
 - B) **Responsabilidad por omisión. No cabe imputar a la Administración las consecuencias de un incendio provocado a falta de acreditación de un actuar negligente.**
 - C) **Ruptura del nexo causal por el comportamiento de la víctima al no impugnar en plazo el acto cuyos efectos causaron el perjuicio. Aplicación de la proscripción de desviación de procedimiento.**
 - D) **Asistencia sanitaria: criterio de la culpa. Casos de condenas a indemnizar.**
 - E) **Accidentes de carretera. La mejora de las condiciones de la calzada o de su señalización posterior a un accidente no implica necesariamente la responsabilidad administrativa.**
 - F) **Antijuridicidad. Relación entre la anulación de actos administrativos y la obligación de indemnizar.**
 3. DAÑO INDEMNIZABLE. ADMINISTRACIÓN DE LOTERÍAS: VALORACIÓN DEL PERJUICIO POR LA DIFERENCIA ENTRE EL RENDIMIENTO OBTENIDO POR EL ADJUDICATARIO INICIAL Y LOS RENDIMIENTOS OBTENIDOS POR EL ADJUDICATARIO FINAL EN EL PERÍODO QUE MEDIA ENTRE EL INICIO DE LA ACTIVIDAD POR EL PRIMERO Y SU SUSTITUCIÓN POR EL SEGUNDO.
 4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA DE MUFACE EN LOS CASOS DE DAÑOS DERIVADOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA.
 5. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. NO INDEMNIZABILIDAD DEL CIERRE DE UN NEGOCIO COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN POR LEY DE UN PA-RAJE COMO PARQUE NATURAL.
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica da cuenta de toda una serie de sentencias en materia de responsabilidad que ofrecen, en particular, una panorámica de diferentes cuestiones en torno a la causalidad, la objetividad y la antijuridicidad, esto es, al núcleo mismo del sistema de responsabilidad administrativa.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.

A) Responsabilidad por omisión. Suicidio de detenidos en dependencias policiales: ausencia de responsabilidad por falta de anormalidad en el funcionamiento del servicio

La STS de 20 de julio de 2011, Ar. 6664, no estima que la Administración deba indemnizar por el suicidio de un detenido durante su ingreso por la policía en la sala de prevención. Lo llevó a cabo ahorcándose con los pantalones, y se reputa que ello conlleva una omisión del deber de vigilancia. Se trataba de una persona que había sido detenida por la policía por robo con violencia en un establecimiento comercial. Una vez detenido fue inmediatamente llevado al consultorio médico para ser reconocido, donde se le apreció un estado de ansiedad y nerviosismo, siéndole prescrita medicación. Tras tomarla fue llevado de nuevo a la Comisaría y, tras la práctica de la diligencia policial, llevado a sala de prevención, donde quedó aparentemente en reposo. A las cuatro horas se descubrió que se había ahorcado. Considera el Tribunal Supremo, siguiendo al tribunal de instancia, que ni la ansiedad debía interpretarse como reveladora de tendencias suicidas, ni un pantalón es un medio idóneo para el suicidio, por lo que no hubo anormalidad en el funcionamiento del servicio, ni era exigible, en fin, una vigilancia permanente.

B) Responsabilidad por omisión. No cabe imputar a la Administración las consecuencias de un incendio provocado a falta de acreditación de un actuar negligente

En el período de esta crónica el Tribunal Supremo ha dictado tres sentencias (SSTS de 20 de septiembre de 2011, Ar. 7156 y 7163, y de 27 de septiembre de 2011, Ar. 350538) con un mismo supuesto como telón de fondo: un incendio forestal provocado de grandísimas dimensiones que afectó a dos provincias.

Se pretendía anudar la responsabilidad administrativa a la ausencia de buen estado de conservación y prevención de incendios en las fincas públicas por donde se propagó el incendio y a la defectuosa extinción, pero no se consideran acreditados y se descarta, pues, la indemnización por falta de nexo causal.

C) Ruptura del nexo causal por el comportamiento de la víctima al no impugnar en plazo el acto cuyos efectos causaron el perjuicio. Aplicación de la proscripción de desviación de procedimiento

Las SSTS de 19 de julio de 2011, Ar. 6645, y de 28 de septiembre de 2011, Ar. 350344, acogen la doctrina, conocida también en otros sistemas de responsabilidad en Derecho comparado, conforme a la cual no se puede utilizar la vía de responsabilidad para lograr los efectos que hubieran podido alcanzarse en caso de impugnar en plazo un acto que otorga una ayuda a un nivel inferior al debido o impone una obligación dineraria en cuantía excesiva.

D) Asistencia sanitaria: criterio de la culpa. Casos de condenas a indemnizar

Como es sabido, y hemos insistido en ello hasta la saciedad en estas crónicas, en materia de responsabilidad sanitaria rige un principio de responsabilidad por culpa, cualquiera que sea la forma argumental de que se quiera en ocasiones disfrazar (en otras, se admite de forma expresa e incluso rotunda) y sin perjuicio de la aplicación de principios de inversión de la carga de la prueba referidos a la facilidad probatoria o al daño desproporcionado.

El período de esta crónica está plagado de ejemplos. En la mayoría de los casos, se descarta la procedencia de indemnización, al no haberse acreditado un anormal funcionamiento. Traemos a estas páginas algunos casos (insistimos, minoritarios) en que se condena a la Administración sanitaria.

- La **STS de 6 de julio de 2011**, Ar. 5665, condena a indemnizar por la interpretación indebida de una prueba diagnóstica, que lleva al mantenimiento de un tratamiento contraproducente con la consecuencia de provocar una minusvalía al paciente.
- La **STS de 27 de septiembre de 2011**, Ar. 350537, declara la responsabilidad de la Administración por la demora en el diagnóstico y tratamiento de un cáncer de pulmón, que lo convierte en incurable.
- En la **STS de 30 de septiembre de 2011**, Ar. 361912, se condena a la Administración por insuficiencia de la información previa sobre los riesgos de una intervención quirúrgica. En estos casos, la cuantificación del daño consistente en la lesión del derecho de autodeterminación del paciente al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O en otras palabras: el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria. En este caso, se estima en 30.050,61 euros, ya que fue ésta la que la perjudicada reclamó a la Administración por el concepto de daños morales y la edad de la actora en el momento de ser intervenida, 35 años, y el modo tan notable con que las secuelas incidirán negativamente en su calidad de vida, llevan a concluir que la cifra es la mínima necesaria para resarcir el repetido daño moral. La solución puede contrastarse con la denegación de indemnización en la **STS de 27 de septiembre de 2011**, Ar. 350541, en el caso de un fallecimiento derivado de trasplante de hígado, en que se había informado al paciente de dicho riesgo.

E) Accidentes de carretera. La mejora de las condiciones de la calzada o de su señalización posterior a un accidente no implica necesariamente la responsabilidad administrativa

La **STS de 21 de julio de 2011**, Ar. 6753, aclara que, establecida como hecho probado la suficiencia del estándar de funcionamiento y mantenimiento de una carretera en el momento en que tuvo lugar un accidente, la implantación posterior de otras mejoras o mayores

limitaciones de velocidad no desvirtúa el hecho de que la vía, en el momento en el que se produjo el accidente, gozaba de las condiciones suficientes para garantizar la circulación segura por la misma. En el caso de autos, se juzga, de este modo, que el accidente fue debido a la exclusiva culpa de la víctima por no guardar la distancia de seguridad y colisionar al frenar yendo en motocicleta cargado con varios paquetes.

F) Antijuridicidad. Relación entre la anulación de actos administrativos y la obligación de indemnizar

La **STS de 18 de julio de 2011**, Ar. 5683, reitera que la anulación de actos o disposiciones en vía jurisdiccional no presupone por sí sola el derecho a indemnización. El caso era el de la anulación de una liquidación tributaria, que fue seguida de una solicitud de reintegro de los gastos devengados por los honorarios profesionales causados en vía administrativa para lograr la nulidad de una liquidación tributaria inicialmente girada, los gastos procesales y el lucro cesante por la venta precipitada de unos inmuebles para hacer frente a la liquidación. El primer concepto se deniega con fundamento en la jurisprudencia que limita su indemnización a los casos en que la Administración actúa con temeridad apreciada por los Tribunales. El segundo, porque su cauce es el de la fijación de costas procesales. El tercero, por falta de acreditación del nexo causal y del daño. Mantiene, así, el pronunciamiento del tribunal de instancia.

3. DAÑO INDEMNIZABLE. ADMINISTRACIÓN DE LOTERÍAS:
VALORACIÓN DEL PERJUICIO POR LA DIFERENCIA ENTRE
EL RENDIMIENTO OBTENIDO POR EL ADJUDICATARIO INICIAL
Y LOS RENDIMIENTOS OBTENIDOS POR EL ADJUDICATARIO FINAL
EN EL PERÍODO QUE MEDIA ENTRE EL INICIO DE LA ACTIVIDAD
POR EL PRIMERO Y SU SUSTITUCIÓN POR EL SEGUNDO

En la **STS de 26 de septiembre de 2011**, Ar. 350542, se analiza la indemnizabilidad del perjuicio derivado de una adjudicación por concurso de administración de loterías. Uno de los candidatos recurre la adjudicación, y los tribunales contencioso-administrativos le dan la razón, ordenando una nueva valoración de méritos, tras la cual el recurrente resulta adjudicatario al obtener la mayor puntuación. Se le reconoce el derecho a obtener indemnización por el importe del beneficio neto percibido por el anterior titular de la administración de lotería, restando los rendimientos por trabajo personal obtenidos en dicho período al dedicarse a otra actividad.

4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA
DE MUFACE EN LOS CASOS DE DAÑOS DERIVADOS
DE LA ASISTENCIA SANITARIA

La **STS de 30 de septiembre de 2011**, Ar. 354370, aclara que, en las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria, la demandada no puede ser MUFACE, pues no presta ningún tipo de asistencia sanitaria, sino la entidad concertada elegida por el mutualista.

5. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. NO INDEMNIZABILIDAD
DEL CIERRE DE UN NEGOCIO COMO CONSECUENCIA
DE LA DECLARACIÓN POR LEY DE UN PARAJE
COMO PARQUE NATURAL

La **STS de 28 de septiembre de 2011**, Ar. 359804, establece que no es indemnizable el daño consistente en la pérdida de la actividad de un concesionario de alquiler de material de esquí por el cierre de estación que es consecuencia de la aplicación de la Ley 6/1990, por la que se declara Parque Natural de la Cumbre, el Circo y las Lagunas de Peñalara. El razonamiento radica en que la clave para apreciar la responsabilidad por acto legislativo está en la apreciación de que los daños ocasionados sean de naturaleza especial, y que no se trate de meras expectativas de derecho. Se trata en realidad de una jurisprudencia, como reconoce el propio Tribunal Supremo, referida a las expectativas urbanísticas, pero que considera próxima al supuesto de autos. Pues bien, aplicada al caso, le lleva a considerar que no hay daño antijurídico, porque no había un derecho consolidado sino una mera expectativa mientras durara la concesión.

El razonamiento es, nos parece, insatisfactorio, más cuando se apoya en una sorprendente coda: «Es evidente que el alquiler de material de esquí exige necesariamente la existencia de nieve. Y es notorio que en España en los últimos años no siempre ha habido nieve suficiente en las estaciones, por lo que los negocios desarrollados a su alrededor dependen del tiempo».

EMILIO GUICHOT REINA
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA

SUMARIO

1. CUESTIONES GENERALES.
 - A) **Nulidad del acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se ordenó la remisión a las Cortes de Castilla-La Mancha del Proyecto de Ley de Empleo Público.**
2. ACCESO.
 - A) **El personal laboral de carácter indefinido no puede adquirir la condición de fijo sin haber superado el correspondiente proceso selectivo. Proceso de consolidación para la conversión del personal temporal e interino en personal funcionario o laboral fijo.**
 - B) **No procede la valoración de la experiencia docente previa si la misma no se ha acreditado debidamente. Enseñanzas no universitarias.**
3. CARRERA ADMINISTRATIVA.
 - A) **Puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal. No lo son aquellos pertenecientes a órganos potestativos de la Corporación Local. Juntas Locales de Seguridad.**
4. DERECHOS COLECTIVOS.
 - A) **Negociación colectiva.**
 - a) La desvinculación unilateral de los pactos y acuerdos puede afectar a materias que conlleven un coste económico superior al mínimo previsto legalmente.
 - b) No se aplica analógicamente el Estatuto de los Trabajadores a un acuerdo de condiciones de trabajo aplicable únicamente a funcionarios de un Ayuntamiento.
 - B) **Órganos de representación. Juntas de Personal. El derecho a recibir información sobre la política de personal no implica que se le deban facilitar listados alfabéticos de los funcionarios en comisión de servicios.**
5. DERECHOS LABORALES.
 - A) **Licencia por enfermedad. Este derecho no deriva automáticamente de los informes médicos, sino que requiere la previa comprobación de las condiciones del funcionario por parte de la Administración.**
6. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS.
 - A) **El tiempo de disfrute de la excedencia por cuidado de hijos debe ser computado a efectos de carrera administrativa.**

7. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO.

- A) **En el momento de la jubilación, los funcionarios tienen derecho a una compensación económica por las vacaciones anuales no disfrutadas por causa de enfermedad.**
 - B) **Alcance de la motivación en caso de denegación de la prórroga en el servicio activo una vez cumplida la edad de jubilación.**
 - C) **La pérdida de la condición de funcionario no constituye un acto de ejecución de la pena de inhabilitación especial.**
 - D) **Caducidad de los procedimientos de jubilación por incapacidad permanente.**
-

1. CUESTIONES GENERALES

A) Nulidad del acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se ordenó la remisión a las Cortes de Castilla-La Mancha del Proyecto de Ley de Empleo Público

La STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, núm. recurso 104/2011, declara la nulidad de pleno derecho del acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se ordenó la remisión a las Cortes de Castilla-La Mancha del Proyecto de Ley de Empleo Público.

Así lo estima la Sala por apreciar la vulneración de diversos preceptos de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. La norma citada resulta vulnerada porque después que el Consejo Consultivo emitiera su informe y lo remitiera al Consejo de Gobierno, éste remitió a las Cortes de Castilla-La Mancha un texto distinto, con modificaciones que ampliaban los supuestos de aplicación de una regulación que, precisamente, el Consejo Consultivo había desautorizado por considerar que podría ser inconstitucional. Añadidamente, en contra de lo dispuesto por la Ley 11/2003, tras la emisión del informe del Consejo Consultivo, se emitió un informe por la Secretaría General de la Presidencia y otro informe por el Director General de la Función Pública. Estos informes originaron los cambios en el texto que finalmente se remitió a las Cortes de Castilla-La Mancha. Las ilegalidades cometidas en el procedimiento interno administrativo de modificación del texto del anteproyecto son gravísimas, pues, en definitiva, suponen que el texto real del anteproyecto no fue sometido a informe del Consejo Consultivo y la ausencia de éste trámite supone la nulidad de pleno derecho conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (art. 62.1.e LRJPAC).

Si bien, como es obvio, esta sentencia no afecta a la eficacia de una norma con rango de ley, ni tampoco en el proceso se ha dirigido cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, como señala la Sala, «(...) lo que desde luego resulta innegable es que a cualquier observador jurídico debe producirle una sensación de perpleja desazón observar cómo despliega sus efectos en el marco jurídico una ley en cuyo proceso de elaboración, al menos en la fase de Proyecto, se despreciaron de forma tan flagrante las reglas legales de obligada aplicación».

2. ACCESO

A) El personal laboral de carácter indefinido no puede adquirir la condición de fijo sin haber superado el correspondiente proceso selectivo.

Proceso de consolidación para la conversión del personal temporal e interino en personal funcionario o laboral fijo

Así lo declara la **STSJ de Galicia de 7 de marzo de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, núm. recurso 119/2010, tras recordar las razones de la creación jurisprudencial de la figura del trabajador indefinido. De conformidad con la Disposición Transitoria Cuarta del EBEP, señala la Sala que las Administraciones Públicas pueden llevar a cabo procesos de consolidación de empleo de puestos dotados presupuestariamente y que se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2005, pero en cualquier caso han de convocarse los procesos selectivos en los que habrán de respetarse los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

B) No procede la valoración de la experiencia docente previa si la misma no se ha acreditado debidamente. Enseñanzas no universitarias

Respecto del proceso selectivo enjuiciado por la **STS de 13 de marzo de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, núm. recurso 3742/2011, las bases de la convocatoria regulaban la valoración de los méritos de los aspirantes consistentes en la experiencia docente previa impartida en centros docentes privados que ofrecieran enseñanzas reguladas en la Ley Orgánica 2/2006, en la misma especialidad y en el mismo nivel educativo de los puestos ofertados en el proceso selectivo. La Sala declara ajustada a derecho la falta de valoración de los méritos alegados por la recurrente (servicios prestados como pedagoga en un Centro de atención a disminuidos psíquicos profundos perteneciente a la Fundación Sagrada Familia), por estimar que las certificaciones presentadas por ésta no contenían dato alguno del que pudiera inferirse que la experiencia profesional previa se hubiese desarrollado en un centro privado de educación especial debidamente autorizado por la Administración educativa correspondiente, ni la naturaleza docente de los servicios prestados ni el nivel educativo en el que se habrían impartido.

3. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) Puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal.

No lo son aquéllos pertenecientes a órganos potestativos de la Corporación Local. Juntas Locales de Seguridad

Según declara la **STS de 21 de febrero de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, núm. recurso 505/2010, el Real Decreto 1087/2010, de 3 de septiembre, que aprueba el reglamento que regula las Juntas Locales de Seguridad, no es contrario a derecho por no reservar la secretaría de dichos órganos a funcionarios de la Escala de Funcionarios con habilitación de carácter estatal. Ello es así porque, de conformidad con el Real Decreto 1174/1987, que regula el régimen jurídico de los funcionarios de la

Administración local con habilitación de carácter nacional, reserva a éstos el desempeño de las funciones de fe pública relativas a los órganos con facultades decisorias o vinculantes para la Corporación (Pleno, Comisión de Gobierno, etc.). Sin embargo, las Juntas Locales de Seguridad y las Juntas de Distrito son órganos de naturaleza potestativa y carecen de facultades decisorias o vinculantes para la entidad local, de modo que no es necesario que las funciones de fe pública deban ser ejercidas aquí por funcionarios con habilitación de carácter estatal.

4. DERECHOS COLECTIVOS

A) Negociación colectiva

- a) *La desvinculación unilateral de los pactos y acuerdos puede afectar a materias que conlleven un coste económico superior al mínimo previsto legalmente*

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de febrero de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección segunda, ha desestimado el recurso interpuesto por el sindicato recurrente por el que se impugnaba un Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, por el que se adoptan medidas para la reducción del déficit público, que implican la suspensión de la aplicación de varios pactos y acuerdos suscritos por dicha Administración con los sindicatos. Esta suspensión afecta a determinadas subvenciones a los sindicatos, así como a determinados permisos y dispensas de asistencia al trabajo de los Delegados de Prevención de Riesgos Laborales para el ejercicio de sus funciones.

Entiende el sindicato recurrente que la suspensión de los citados Acuerdos supone la lesión del derecho a la libertad sindical consagrado en el artículo 28.1 de la CE, en su vertiente del derecho a la acción sindical y a la negociación colectiva, por cuanto, se dice, «se ha extralimitado abiertamente en la facultad que le otorga el artículo 38 del EBEP, adoptando sin rigor alguno y muy lejos de lo estrictamente necesario una medida que, por su alcance, producirá un daño irreparable en las organizaciones sindicales en la Administración Pública Regional, sin ponderar con el más mínimo grado de responsabilidad las consecuencias que se desplegarán en el ámbito de la acción sindical y la negociación colectiva».

La Sala analiza tanto el precepto mencionado del EBEP como la nueva regulación autonómica. Ambas normas prevén la posibilidad excepcional de que la Administración se desvincule unilateralmente de lo pactado; posibilidad que no deja de ser una aplicación al campo de la negociación colectiva en el sector público de la conocida cláusula *rebus sic stantibus*, que permite a la Administración, excepcionalmente, la revisión, suspensión o modificación unilateral de las obligaciones pactadas en la negociación colectiva, por alteración sustancial de las circunstancias económicas existentes en el momento de la conclusión del pacto o acuerdo. Ahora bien, la desvinculación unilateral de lo pactado ha de estar justificada por una «causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas». Por tanto, no es cualquier razón grave de interés público la que justifica la desvinculación sino exclusivamente la de carácter económico. En el presen-

te caso, la alteración sustancial de las circunstancias económicas se justifica en el preámbulo del acuerdo dada la crisis económica que sufre la economía castellano-manchega, la grave situación financiera en la que se encuentra la Administración y la consecuente necesidad de racionalizar los recursos públicos para cumplir con los objetivos de déficit público impuestos por el Gobierno de la Nación.

Según los preceptos citados, la desvinculación unilateral puede consistir en una suspensión del pacto o acuerdo o en la modificación de los mismos, con el límite en ambos casos de que la afección alcance sólo a aquellas cuestiones que permitan salvaguardar el interés público y que conlleven un coste económico superior al mínimo previsto legalmente, tal como ocurre en este caso con las liberaciones sindicales que excedan del mínimo previsto legalmente, así como con la concesión de subvenciones a los sindicatos.

b) No se aplica analógicamente el Estatuto de los Trabajadores a un acuerdo de condiciones de trabajo aplicable únicamente a funcionarios de un Ayuntamiento

La **STS de 24 de enero de 2012**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, ha desestimado el recurso de casación en interés de ley planteado por el Ayuntamiento de San Vicente de Raspeig por el que se pretendía, en última instancia y ante la pérdida de vigencia del acuerdo funcional, la aplicación analógica del art. 86.3 del Estatuto de los Trabajadores a los pactos y acuerdos funcionariales, en el contexto de los apartados 11, 12 y 13 del artículo 38 de la Ley 7/2007, del EBEP.

En el año 2006 el Ayuntamiento estableció en la base quinta de una convocatoria de oposiciones la presencia en el tribunal seleccionador de observadores sindicales con voz pero sin voto. Dicha base fue impugnada por el sindicato recurrente al entender que contradecía lo previsto en el art. 66 del Acuerdo funcional suscrito por el Ayuntamiento para el período 1996-1998, que había fijado como fecha de vigencia el 31 de diciembre de 1998 y que preveía la presencia en los tribunales de selección de un representante de cada uno de los sindicatos firmantes del Acuerdo, con voz pero sin voto. El Sindicato apoya su pretensión en la contradicción que se produce entre dicha base y el art. 66 del Acuerdo, toda vez que en el mismo se había previsto que, a partir de la fecha de expiración de vigencia del Acuerdo, éste «se entenderá prorrogado temporal y accidentalmente, en su totalidad hasta la entrada en vigor de un nuevo Acuerdo». El Ayuntamiento, por el contrario, entendía aplicable lo previsto en el art. 86.3 del ET, en cuya virtud, una vez denunciado un convenio, y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales, entre las que se incluiría, según el Ayuntamiento, el polémico art. 66 del Acuerdo funcional. El TSJ de Valencia estima el recurso y, por tanto, la interpretación realizada por el sindicato recurrente.

A partir de ahí, el Ayuntamiento solicita en casación que el TS fije como doctrina legal la siguiente declaración: «De la existencia de hecho de una legislación específica para funcionarios y otra para laborales no puede derivarse la consecuencia de estimar ambas legislaciones como bloques normativos completos y cerrados, de manera que impida la aplicación analógica de una solución prevista en una de ellas para un caso determinado cuando ese o similar caso se dé en la otra y ésta no prevea solución alguna. La distinción entre cláusulas normativas y obligacionales, en los términos establecidos en la legislación

y jurisprudencia social, es perfectamente aplicable a las cláusulas de los Pactos y Acuerdos sobre Condiciones de trabajo de los empleados públicos».

El TS desestima la pretensión al considerar que la sentencia combatida no niega la posibilidad de aplicación de la analogía en la materia debatida, porque lo que viene a razonar es la diferencia existente entre los Acuerdos sobre condiciones de trabajo aplicables a los funcionarios y los Convenios Colectivos aplicables a las relaciones laborales y, sobre esta base, descarta «la identidad de razón» exigida por el Código civil para que proceda la aplicación analógica de las normas. Y esta conclusión no puede reputarse errónea, por existir claras diferencias entre el vínculo funcional y el contrato de trabajo y entre el régimen jurídico aplicable a la negociación colectiva permitida a una y otra clase de empleados públicos.

B) Órganos de representación. Juntas de Personal. El derecho a recibir información sobre la política de personal no implica que se le deban facilitar listados alfabéticos de los funcionarios en comisión de servicios

La STSJ de Galicia de 25 de enero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, se ha pronunciado sobre la extensión del derecho de las Juntas de Personal a recibir información sobre las políticas de personal que lleva a cabo la Administración. Reconoce que con la legislación previgente (Ley 9/1987) este derecho se extiende a recibir información sobre los funcionarios perceptores de productividades con sus respectivas cuantías, pero no abarca el derecho a obtener una información detallada sobre los funcionarios que se encuentran en comisión de servicios. Esta información, a juicio de la Sala, entraría en colisión con la protección que dispensa la Ley Orgánica 15/1999, toda vez que supondría una cesión o comunicación de datos de carácter personal, para la cual es necesario el previo consentimiento del interesado.

5. DERECHOS LABORALES

A) Licencia por enfermedad. Este derecho no deriva automáticamente de los informes médicos, sino que requiere la previa comprobación de las condiciones del funcionario por parte de la Administración

La STSJ de Castilla y León de 16 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, ha aclarado el valor que tienen los informes médicos para la Administración y con ello las condiciones de ejercicio del derecho a la licencia por enfermedad. En este caso, el funcionario recurrente había presentado varios informes médicos que se pronunciaban a favor de la concesión de la licencia de enfermedad. La Administración decidió realizar comprobaciones a través de un informe emitido por el Tribunal Médico Central de Correos, integrado por tres facultativos, que no coincidía con aquéllos.

A partir de ahí se plantea la cuestión de hasta qué punto resultan dichos informes vinculantes para la Administración. La Sentencia aclara que «los informes médicos solo son informes» y como tales pueden ser valorados por la Administración. La concesión de la licencia por enfermedad corresponde a la Administración y no es automática por el hecho

de que se emita un parte facultativo, aunque sea de un médico integrado en la Mutualidad. Los órganos administrativos competentes son los encargados de conceder o denegar las licencias por enfermedad y tienen la potestad de comprobar o verificar que efectivamente concurre la circunstancia incapacitante para el ejercicio de las funciones propias del puesto de trabajo. En definitiva, pues, según la Sala, existe un derecho a la licencia por enfermedad, pero cuando se acredite aquella, por lo que nada impide a la Entidad que proceda a acreditar la situación concreta de un funcionario con carácter previo a su concesión.

6. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

A) El tiempo de disfrute de la excedencia por cuidado de hijos debe ser computado a efectos de carrera administrativa

La **Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de enero de 2012** viene a reconocer que el tiempo de disfrute de la excedencia por cuidado de hijos debe ser computado a efectos de carrera administrativa, acogiendo el cambio normativo que en este aspecto lleva a cabo el art. 89.4 del EBEP respecto a la legislación anterior.

Según la Audiencia Nacional, «la doctrina jurisprudencial ha sido contraria a la consideración del tiempo transcurrido en excedencia voluntaria para el cuidado de hijos para la valoración del trabajo desarrollado en los concursos, por cuanto se entendía, bajo la redacción ya derogada del artículo 29.4 de la Ley 30/84 (disposición derogatoria única de la Ley 7/2007, disposición adicional cuarta del mismo texto legal y apartado 11 de las Instrucciones aprobadas mediante Resolución de 21 de Junio de 2007, sobre la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos y disposición adicional decimonovena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad efectiva de hombres y mujeres, que otorga nueva redacción a este precepto, transitoriamente en vigor), que tal situación administrativa no podía ser considerada como una situación de servicio activo, por lo que el periodo de excedencia no era computable como servicios prestados (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de Octubre de 2007 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de Septiembre de 2009), pues dicha redacción establecía que el tiempo transcurrido en esta modalidad de excedencia era computable únicamente a efectos de “trienios, consolidación del grado personal y derechos pasivos”, sin que pudiera extenderse la redacción del precepto a otros efectos no queridos por el legislador. Sin embargo, para resolver la presente litis, ha de ser analizada la normativa en vigor aplicable al concurso que nos ocupa. Así, por una parte, conforme a la redacción en vigor del artículo 29.4 de la Ley 30/84, conforme se deduce de la disposición derogatoria única del EBEP, disposición adicional cuarta del mismo texto legal, así como apartado 11.e) de las Instrucciones de 5 de Junio de 2007 para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, coincidente en este punto con la del propio artículo 89.4 del EBEP, el tiempo de permanencia en la situación de excedencia para el cuidado de hijos es computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que le sea de aplicación. Ello conduce, para resolver el asunto a analizar qué debe entenderse por carrera administrativa, en la que tradicionalmente en Derecho Administra-

tivo se ha distinguido entre, por una parte, la carrera económica, en el sentido del progreso en la cuantía de las retribuciones, y por otra, el derecho a ocupar sucesivos puestos en el ámbito de la Administración, y en concreto en la garantía del derecho al grado personal, la garantía del nivel del puesto de trabajo y el derecho a la promoción interna (artículos 21 y 22, transitoriamente en vigor conforme la disposición derogatoria única de la Ley 7/2007 y a la disposición adicional cuarta del mismo texto legal). Pues bien, este Juzgador entiende que la posibilidad, como ocurre en el concurso de litis, de ocupar un puesto con nivel superior al que se ostenta como grado personal en el momento de la solicitud, debe entenderse integrante en el derecho a la carrera administrativa, pues, como es sabido, el desempeño de un puesto con un determinado nivel conduce a la consolidación del grado personal [artículo 21.1.d) de la Ley 30/83, transitoriamente en vigor], lo que conduce derechamente a la estimación del recurso contencioso-administrativo, pues el no cómputo, por parte de la Administración, del tiempo que la recurrente pasó en situación de excedencia por cuidado de hijos perjudica su carrera administrativa con contravención, en consecuencia, de lo que establece el artículo 29.4 de la Ley 30/84».

7. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO

A) En el momento de la jubilación, los funcionarios tienen derecho a una compensación económica por las vacaciones anuales no disfrutadas por causa de enfermedad

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su **Sentencia de 3 de mayo de 2012**, resuelve una cuestión prejudicial sobre la aplicación del art. 7 de la Directiva (2003/88/CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, puesta en relación con la Directiva (89/391/CEE) del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo..

Partiendo de la aplicación de ambas Directivas también a los funcionarios, el Tribunal de Justicia recuerda que dichas Directivas establecen el derecho de los trabajadores a disfrutar de un período de, al menos, cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, erigiéndose, además, como un principio esencial del Derecho social de la Unión Europea. Una vez finalizada la relación laboral, no resultaría posible disfrutar de modo efectivo de tales vacaciones anuales retribuidas pero, para evitar que, como consecuencia de esta imposibilidad, el trabajador quede privado de todo disfrute del mencionado derecho, incluso de forma pecuniaria, la Directiva prevé que el trabajador tendrá derecho a una compensación económica. A partir de aquí y considerando que la jubilación de un funcionario extingue su relación de trabajo y que el Derecho nacional establece la extinción de la relación funcional, el Tribunal de Justicia concluye que los funcionarios, en el momento de su jubilación, tienen derecho a una compensación económica por las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas por el hecho de no haber ejercido sus funciones por enfermedad. En consecuencia, las Legislaciones nacionales que prevean que, al extinguirse las relaciones de servicio de los funcionarios, no se abonará compensación económica alguna en concepto de vacaciones anuales retribuidas al funcionario que se haya encontrado en situación de

baja por enfermedad durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales, serían contrarias a las Directivas arriba citadas.

Ahora bien, lo que estas Directivas establecen es el derecho a unas vacaciones anuales retribuidas de al menos cuatro meses. Si la legislación nacional reconoce un período anual vacacional superior a esos cuatro meses, el derecho a la compensación económica por las vacaciones anuales no disfrutadas a causa de una enfermedad no comprende las vacaciones adicionales que superen esos cuatro meses mínimos, que serían los únicos impuestos por las Directivas europeas y, en consecuencia, los únicos compensables en caso de no disfrute por enfermedad.

B) Alcance de la motivación en caso de denegación de la prórroga en el servicio activo una vez cumplida la edad de jubilación

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2012** confirma la del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 3 de marzo de 2010, por cuanto la denegación de la prórroga en el servicio activo, una vez cumplidos los 65 años y según lo previsto en el art. 67.3.º del EBEP, es un derecho subjetivo condicionado a que las necesidades organizativas de la Administración hagan posible su ejercicio; pero recae sobre dicha Administración la carga de justificar esas necesidades organizativas que deben determinar la concesión o denegación de la prolongación (invocando Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2011). Para el Tribunal Supremo, la obligación de la Administración de motivar en todo caso, tanto si es favorable como si no, la decisión sobre la prolongación de permanencia en servicio activo solicitada por el funcionario en función de unas necesidades de la organización, implica que las necesidades que se citen como fundamento de la decisión que se adopte sean ajustadas a la realidad y que se pruebe su existencia, lo que no sucedió en el caso de autos, pues la motivación argüida por la Administración se basaba en la futura —y por ello carente de certeza— creación (en virtud de un proyecto de ley, en tramitación en esa fecha) de la Agencia Cántabra de Consumo, cuya previsible puesta en funcionamiento impediría la persistencia del puesto de trabajo ocupado por el funcionario en cuestión, sin que ese decisivo particular (es decir, la no existencia de la citada Agencia a la fecha en que el recurrente solicitó la prolongación, ni a la fecha en que se dictaron las resoluciones administrativas recurridas en el proceso de instancia) haya sido desvirtuado en la casación, por todo lo cual procede desestimar el motivo de casación y, en consecuencia, reconocer el derecho del funcionario a obtener la prórroga en el servicio activo.

C) La pérdida de la condición de funcionario no constituye un acto de ejecución de la pena de inhabilitación especial

La **Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2012** lleva a cabo una argumentación doctrinal completa sobre los efectos de la pena de inhabilitación especial, que es importante exponer por cuanto la práctica administrativa al respecto resulta en ocasiones contraria a la interpretación judicial.

Partiendo de los dos bloques normativos aplicables [Código Penal y Estatuto Básico del Empleado Público (art. 66, segundo párrafo: «la pena principal o accesoria de inhabi-

litación especial cuando hubiere adquirido firmeza la sentencia que la imponga produce la pérdida de la condición de funcionario respecto de aquellos empleos o cargos especificados en la sentencia»)], la Audiencia Nacional recuerda la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual en la pena de inhabilitación especial para cargo público concurren dos circunstancias: «a) es una sanción impuesta en un proceso penal por un órgano jurisdiccional de esa misma naturaleza; y b) es, simultáneamente, un hecho con incidencia en la relación funcional [...] que opera como presupuesto habilitante de los órganos administrativos con competencia en materia de personal para dictar la correspondiente resolución administrativa que declare la extinción funcional. Así, la pena de inhabilitación opera automáticamente, tan pronto como se produce el hecho determinante en la ley, esto es la sanción penal» (por ejemplo, 24 de junio de 2011). Para la Audiencia Nacional, este doble plano obliga, de entrada, a rechazar que la pérdida de la condición de funcionario se enmarque en la ejecución de la pena de inhabilitación especial (como erróneamente se reseña en el acto administrativo objeto de impugnación, cuando acuerda «dar cumplimiento a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial»).

A continuación la Audiencia Nacional debe analizar el alcance de los efectos de la pena de inhabilitación en el ámbito de la relación estatutaria. En primer lugar, la jurisprudencia ha venido reconociendo el automatismo de la pérdida de la condición de funcionario del Cuerpo correspondiente como consecuencia de la condena a una pena de inhabilitación especial, pues aquella pérdida no es sino el efecto directo de la condena penal que supone la falta sobrevenida de una condición necesaria para pertenecer a la función pública, habida cuenta de que, entre los requisitos para el ingreso se precisa no «hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial» [artículo 56.d) del Estatuto Básico del Empleado Público]. Como ha declarado el Tribunal Supremo, «la pena de inhabilitación especial actúa, respecto de la subsistencia de la relación funcional, a modo de condición resolutoria que opera automáticamente tan pronto como se produce el hecho determinante previsto en la Ley, que es la imposición de la sanción penal» (por ejemplo, Sentencia de 23 de noviembre de 2007), es decir, «la pérdida de la condición de funcionario se produce por el solo hecho de haber recaído la condena a la pena de la inhabilitación especial, y según el propio tenor del precepto esa consecuencia se produce en todo caso, con independencia de cuál sea la duración y el alcance efectivo de esa condena impuesta por la jurisdicción penal» (Sentencia de 13 de febrero de 2006), sin que las normas sobre la función pública confieran ningún margen de apreciación en cuanto a la oportunidad o procedencia de la medida en atención a las circunstancias del caso, «debiendo por tanto limitarse la Administración a constatar que la sentencia penal condenatoria es firme y que la inhabilitación especial impuesta en vía penal se refiere al ejercicio de funciones correspondientes al puesto de trabajo o empleo relacionado con la condición de funcionario de cuya pérdida se trata» (Sentencia de 10 de abril de 2006).

Por consiguiente, lo importante es la condena a la inhabilitación que, si es absoluta, conlleva la pérdida de todas las clases de cualidades de funcionario que se ostenten, mientras que, si es especial, sólo la de la relacionada con el delito cometido, por eso el actor ha sido privado de su condición de funcionario del Cuerpo General Administrativo de la Administración General del Estado, pero no de la del Cuerpo General Auxiliar. La concreción de «los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación», exigida por el artículo 42, in fine, del Código Penal, ha de producir sus principales efectos en el ámbito de

la ejecución de la pena, sin perjuicio de que sirve de guía para enmarcar el cargo en el seno de la función desarrollada, cuyas normas reguladoras no requieren esa precisión —nótese que el artículo 66, párrafo segundo, del Estatuto Básico del Empleado Público se limita a requerir «la pena principal o accesoria de inhabilitación especial», sin mayor detalle acerca de la misma—, ya que, se reitera, la pérdida se ha de producir, en las condenas a penas de inhabilitación especial, respecto del Cuerpo en el que se desempeñaban las funciones que se encuentran conectadas a la comisión del delito, no en otros Cuerpos de los que también pueda formar parte el empleado público.

Asimismo, y como consecuencia de todo ello, tampoco es correcta la interpretación que reduce las consecuencias de la inhabilitación especial en el plano estatutario a una mera pérdida de destino o del puesto de trabajo, con limitación para ocupar los de la misma clase durante el tiempo de la condena, pues tal concepción es contraria a la interpretación ya establecida y, según la cual, lo que se ha producido es la pérdida sobrevenida de los requisitos exigidos para ser funcionario.

D) Caducidad de los procedimientos de jubilación por incapacidad permanente

El Tribunal Supremo, en su **Sentencia de 25 de enero de 2012**, debe precisar su jurisprudencia sobre la no aplicación de la caducidad a los procedimientos de jubilación por incapacidad permanente cuando la cuestión suscitada afecte al interés general (art. 92.4 Ley 30/1992), tal y como había hecho en sus Sentencias de 20 de julio y de 5 de octubre de 2009, donde los expedientes de incapacidad permanente afectaban a dos Magistrados y en los que el Tribunal Supremo consideró que estaban en juego la independencia judicial de los presuntos incapaces, así como la protección de los derechos de los ciudadanos por la singularidad, especificidad e indudable relevancia de la función judicial.

El Tribunal Supremo considera que no es posible aplicar los razonamientos de esas sentencias al caso en cuestión (funcionarios docentes), pero aprovecha para hacer unos razonamientos generales sobre la inaplicación de la caducidad a procedimientos de jubilación de funcionarios por incapacidad permanente.

En primer lugar, no es compartible la tesis de la sentencia recurrida en su apelación al interés general, para ampararse así en el art. 92.4 de la Ley 30/1992, pues difícilmente puede considerarse como «cuestión suscitada [que] afecta al interés general, o fuera conveniente suscitarse para su definición y esclarecimiento» (art. 92.4 Ley 30/1992) la apreciación de la existencia del supuesto de hecho habilitante de la jubilación de un funcionario, que es una cuestión de mera eficacia individual. Entendido de otra forma, en el sentido expansivo de la previsión del citado artículo, supondría tanto como dejar sin efecto práctico los límites temporales establecidos en el art. 42.2 de la propia ley en cuanto se refieren a los expedientes de jubilación de funcionarios por incapacidad. En definitiva —concluye el Tribunal— el fin de interés público puede obtenerse mediante la incoación de un nuevo expediente de jubilación, en el que el apartamiento del funcionario puede lograrse mediante la adopción de medidas cautelares.

Y, en segundo lugar, tampoco sería correcta la tesis de que «la propia lógica apoya esta solución cuando el expediente ha terminado con una declaración de jubilación por incapacidad, que haría inexcusable, de mantenerse razonablemente las circunstancias personales

del interesado causantes del expediente, (no afectadas por la declaración de caducidad), obligaría a la iniciación de otro expediente, que podría fundarse, en virtud del principio de conservación de los actos, en los informes que debieran subsistir dentro del caducado». Tal modo de razonar —según el Tribunal Supremo— apela a una «lógica», que entendemos se sitúa al margen de la Ley y del mismo sentido de la caducidad como causa de terminación del procedimiento administrativo, prevista en el art. 87.1 de la Ley 30/1992. En la lógica de la Ley, que es a la que debemos atenernos, la posibilidad de incoación de un nuevo expediente, si el anterior con el mismo objeto ha caducado, es eventualidad derivada del mismo sentido de la caducidad, diferente de la prescripción. El razonamiento de la sentencia lleva a la consecuencia de que, como la caducidad no impide la incoación de otro procedimiento, carece de lógica la aplicación de la caducidad como causa de terminación del procedimiento, lo que evidentemente es inaceptable.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
JESÚS Á. FUENTETAJA PASTOR

XI. URBANISMO

SUMARIO

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.
 - A) **No procede declarar la nulidad de un Plan de Ordenación del Territorio Litoral por caducidad del plazo para su elaboración.**
 - B) **La sentencia que anule un plan urbanístico no puede imponer que el nuevo deba redactarse conforme a las prescripciones de un informe ambiental que carece de valor vinculante.**
 - C) **La previsión de una zona industrial en el PGOU no estaba sometida a evaluación ambiental, dada la fecha de su aprobación definitiva.**
 - D) **No es necesario someter a evaluación ambiental la ordenación urbanística pormenorizada del suelo urbano de un núcleo urbano.**
2. RÉGIMEN DEL SUELO.
 - a) **La modificación del planeamiento no puede conllevar la imposición de las cargas propias del suelo urbano no consolidado a unos terrenos que reúnen las características del suelo urbano consolidado.**
 - B) **Nulidad de un Plan Especial de Protección del Patrimonio Arquitectónico y Arqueológico que implica la imposibilidad de materializar el aprovechamiento asignado a la finca en el PGOU y no prevé mecanismo efectivo de distribución de cargas ni indemnización por la imposición de una limitación singular.**
3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO.
 - A) **Unidad de Ejecución: Propuesta de Programación.**
 - B) **Planes Especiales y reserva para aparcamientos.**
 - C) **Plan Especial de ordenación de zona de servicio de puerto.**
4. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS.
 - A) **La ausencia de pronunciamiento de la Administración sobre la solicitud de retasación constituye un supuesto de silencio positivo. No obstante, su alcance no supone una admisión tácita de la hoja de aprecio de los expropiados, sino que su eficacia sólo estriba en el deber de la Administración de continuar el procedimiento de expropiación.**

5. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.

- A) **Procedencia del acuerdo de demolición de una construcción ilegal por situarse en suelo rústico de protección forestal.**
 - B) **Obra realizada al límite de la plataforma de servicio de una carretera: no aplicación del artículo 25 de la Ley de Carreteras si las edificaciones se hallan en suelo urbano.**
-

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) No procede declarar la nulidad de un Plan de Ordenación del Territorio Litoral por caducidad del plazo para su elaboración

La STS de 8 de marzo de 2012 (JUR 2012/110940) casa la STSJ de Andalucía que había anulado un Plan de Ordenación Territorial del Litoral (figura contemplada en la Ley andaluza 1/1994, de ordenación del territorio) por haberse aprobado en un procedimiento caducado.

Entiende el TS que la institución de la caducidad del procedimiento administrativo no es aplicable a la aprobación de un instrumento de ordenación del territorio. Además, estima que no es esencial el plazo de un año fijado en el Decreto 52/1999, de 22 de marzo, de incoación del expediente:

«La doctrina especializada y la jurisprudencia constante de esta Sala viene considerando que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística ostentan la naturaleza de disposiciones de carácter general porque tras su aprobación se incorporan al ordenamiento jurídico, su vigencia y fuerza vinculante permanece de manera indefinida en el tiempo y se consolidan en cada acto de aplicación. También por su específica configuración legal, que expresamente les atribuye los principios de inderogabilidad singular, publicidad y jerarquía normativa, característicos de las disposiciones reglamentarias (artículos 51 y 52 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Por todas, sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2009.

La institución de la caducidad del procedimiento administrativo (artículos 43.4 y 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en su versión original, o artículo 44.2 tras su reforma por Ley 4/1999, de 13 de enero) se circunscribe a los procedimientos de producción de actos o resoluciones administrativas, no a los de aprobación de disposiciones de carácter general (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2011 y de 17 de noviembre de 2010). Por esa razón y conforme a la legislación sectorial de la ordenación territorial y urbanística, los efectos que genera la demora o inactividad de la Administración en la tramitación de un instrumento de ordenación no son los de la caducidad del procedimiento, sino los del silencio administrativo positivo o negativo según los casos.

Esta conclusión se refuerza si se considera la finalidad a la que responde el referido plazo de un año fijado en el Decreto de incoación del expediente, que no es otra que la de apremiar a los distintos órganos responsables de la elaboración del Plan de Ordenación del Territorio, para que, con su rápida aprobación, los intereses públicos a los que da cobertura dicho Plan se vean satisfechos con prontitud. La anulación del Plan por la mera superación de ese

plazo produciría precisamente el resultado contrario al que se pretendió con la fijación del plazo, generando un retraso aún mayor en la satisfacción de esos intereses públicos, lo que no dejaría de ser un absurdo (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1992 de 14 de octubre de 1996 y de 27 de marzo de 1998).

Por otra parte, se alcanzaría también idéntica conclusión —falta de caducidad del procedimiento en que se aprobó el Plan de Ordenación del Territorio del Litoral Occidental de Huelva— si se tiene en cuenta que atendiendo a la fecha de incoación del expediente (2 de marzo de 1999), aún en la hipótesis de que no se tratase de una disposición de carácter general, tampoco se le podría aplicar el régimen de la caducidad, por cuanto el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en su versión original aplicable al caso, anterior a la Ley 4/1999), sólo se refería a los expedientes “no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos”, como los sancionadores [sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2011, entre otras muchas]. En ningún caso se aplicaría a los instrumentos de ordenación del territorio, que se dirigen precisamente a producir efectos favorables para el bienestar de los ciudadanos».

B) La sentencia que anule un plan urbanístico no puede imponer que el nuevo deba redactarse conforme a las prescripciones de un informe ambiental que carece de valor vinculante

La STSJ de Cataluña anuló el acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Gerona y condenó a la Administración a que, «a la mayor brevedad y sin necesidad de ulterior tramitación procedimental ajena al caso apruebe definitivamente la figura de planeamiento referida con la imposición y ordenación de las medidas que a modo de conclusiones se exponen especialmente en los apartados a) hasta el f) en el informe del Departament de Medi Ambient de la Generalitat de Catalunya de 16 de mayo de 2003».

Esta Sentencia es anulada por la **STS de 8 marzo 2012 (RJ 2012/4415)**, al apreciar en la misma un abuso de jurisdicción en el control de la discrecionalidad del planificador urbanístico, siguiendo la doctrina consolidada al respecto:

«Pues bien, aplicando dicho criterio al caso ahora analizado, claramente se advierte que la Sala de instancia no se ha limitado a anular el acuerdo denegatorio de la aprobación y a disponer que se proceda a la aprobación definitiva por haber sido desvirtuadas las objeciones que se dieron para denegarla y no haber constancia de otros impedimentos a la aprobación, sino que, además, en la parte dispositiva de la sentencia, en consonancia con lo razonado en el fundamento jurídico quinto, se ordena incorporar a la aprobación definitiva el condicionado contenido en el informe emitido por la Administración medioambiental, que no tiene carácter vinculante, de modo que la Sala ha sustituido a la Administración autonómica competente en materia de urbanismo y ordenación del territorio al determinar de forma imperativa los condicionantes expresados en dicho informe, preceptivo pero no vinculante, del Departamento de Medio Ambiente de la Generalidad de Cataluña...».

El TS estima además que la Sentencia de instancia vulnera el artículo 83 de la Ley 30/1992 al dar carácter vinculante a un informe que no lo era, con el efecto de atribuir al Departamento de Medio Ambiente una decisión sobre el contenido discrecional de la modificación puntual del PGOU que corresponde a la Comisión Territorial de Urbanismo.

C) La previsión de una zona industrial en el PGOU no estaba sometida a evaluación ambiental, dada la fecha de su aprobación definitiva

Los recurrentes aducían la nulidad de la previsión del PGOU referida a un sector urbanizable industrial, fuera de las zonas urbanas del municipio, por falta de evaluación de impacto ambiental. La **STS de 2 de febrero de 2012 (RJ 2012/3310)** confirma la desestimación declarada en la instancia, dada la fecha de aprobación de la revisión del Plan y el ámbito temporal de la legislación invocada:

«El motivo debe ser desestimado porque la previsión de la zona industrial a que se refiere la revisión del planeamiento, aprobada definitivamente el 16 octubre de 2003, no estaba sujeta al trámite de evaluación de impacto ambiental conforme a las normas autonómicas de legislación urbanística aplicable en Cataluña, que constituyen la razón de decidir de la sentencia recurrida y cuya interpretación no puede ser traída a casación. [Por todas, sentencia de 18 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3287)].

Esa conclusión, de la no exigibilidad de la valoración medioambiental por razones temporales, no se modifica por las normas estatales que se nos invocan. El Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 26 de junio, no afecta a los instrumentos de planeamiento urbanístico sino a la ejecución de proyectos de obras, instalaciones o actividades comprendidas en anexo del propio Real Decreto Legislativo. Lo confirma la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (Diario Oficial de 21 de julio de 2001) cuyo artículo 13 daba de plazo hasta el 21 de julio de 2004 para su cumplimiento, siendo aplicable a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior a la fecha mencionada, lo que no es el caso de autos».

D) No es necesario someter a evaluación ambiental la ordenación urbanística pormenorizada del suelo urbano de un núcleo urbano

La **STS de 16 de febrero de 2012 (RJ 2012/4086)** casa la Sentencia de instancia, que había anulado la aprobación definitiva de la adaptación del PGOU en la parte correspondiente con la ordenación urbanística pormenorizada del suelo urbano consolidado del núcleo de población de San Felipe, correspondiente al municipio de Santa María de Guía.

Frente al criterio de la Sala de instancia, el TS estima que en este caso no era exigible someter el instrumento de planeamiento a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental establecidos en el RD Legislativo 1302/1986 y en la Directiva 85/337/CEE. Se basa para ello en las anteriores SSTS de 7 de julio de 2004 (RJ 2004, 6506) y de 20 de abril del 2011 (RJ 2011, 4312), según las cuales dicha evaluación únicamente era exigible para los proyectos de obras, instalaciones o actividades contemplados en el anexo I del RD Legislativo 1302/1986, que reproduce el Anexo I de la Directiva 85/337.

Es más, el TS entiende que no eran trasladables al caso las consideraciones expuestas en las SSTS de 30 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7974) y 3 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1455) en relación con los cambios de uso del suelo:

«En el caso examinado en dichas sentencias, a través del cambio del uso del suelo se posibilitaba la construcción de cuatro mil cuatrocientas hectáreas y tres mil plazas hoteleras;

y decíamos entonces: "... Es la aprobación del Plan la que hace posible el cambio de uso del suelo y, por ello, es en ese procedimiento donde se ha de evaluar el impacto ambiental; no sería lógico posponer ese estudio a otro momento posterior (v.g. aprobación del Programa de Actuación, o del Plan Parcial, o del Proyecto de Urbanización), cuando restan sólo actuaciones de ejecución del Plan General, con el riesgo de que o bien por razones medio ambientales apreciadas posteriormente el Plan no pueda ser ejecutado o bien se devalúen o minimicen las razones medio ambientales para no dejar inoperante al Plan. La primera actuación administrativa que cambia el uso del suelo es el Plan General y él es quien modifica drásticamente su régimen jurídico. En consecuencia, incluso antes de la aprobación inicial, tan pronto como estén claras las líneas generales del avance o proyecto del Plan, el mismo debe someterse a una evaluación de impacto ambiental, pues sólo así la Administración planificadora (en la aprobación inicial) y los ciudadanos en general (en la información pública) podrán tener la suficiente ilustración sobre las consecuencias de las transformaciones anunciadas en el medio ambiente".

Nada de esto sucede en el caso que nos ocupa, donde el ámbito de San Felipe se preserva del desarrollo urbanístico pero precisa operaciones de remodelación, que incluirían, en determinados casos, el realojo. Así, la ordenación aprobada para San Felipe ni siquiera comporta alteración del uso del suelo, que mantiene su clase y categoría de suelo urbano consolidado, aunque se persigue la remodelación; y las magnitudes cuantitativas a considerar poco tienen que ver con el caso examinado en aquellas sentencias.

Menos aún resulta aplicable la doctrina contenida en nuestra sentencia de 15 de marzo de 2006 (RJ 2006, 2308), mencionada expresamente en la sentencia recurrida, referida a la aprobación de un Plan Parcial, que viene a recordar, entre otros pronunciamientos anteriores, nuestra sentencia de 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 5405) relativa a la aprobación definitiva de un Plan Gestor de Residuos Especiales de Navarra. En dichos pronunciamientos se declara la obligación de someter determinados planes a la Evaluación de Impacto Ambiental prevista en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, Real Decreto 1131/1988, y Directiva 85/332/CEE, cuando por su grado de definición quedaba establecida la localización o emplazamiento de la obra, infraestructura o instalación de la que se tratase, de modo que por dicha localización el Plan resultaba equiparable a un proyecto a efectos del sometimiento a la Evaluación de Impacto Ambiental. Así, en la mencionada sentencia de 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 5405) señalábamos: "(...) Es cierto que toda esta normativa se refiere cuando impone la exigencia de EIA al concepto de 'proyectos' (v.g. artículos 1, 2, 4, 5 y otros de la Directiva 1985/337, de 27 de Junio de 1985), y en ello insiste la normativa española (artículos 1 y concordantes del Real Decreto Legislativo 1302/86, de 28 de Junio, de Evaluación de Impacto Ambiental), pero el Anexo 1 de su Reglamento 1131/88, de 30 de Septiembre se encarga de precisar que se entiende por proyecto 'todo documento técnico que define o condiciona de modo necesario, particularmente en lo que se refiere a la localización, la realización de planes y programas, la realización de construcciones o de otras instalaciones y obras'".

Pero el caso que ahora examinamos, consistente en la aprobación de la ordenación en la parte que corresponde y concuerda con la Ordenación Urbanística Pormenorizada del Suelo Urbano Consolidado de San Felipe, no puede equipararse a aquellos supuestos en los que el instrumento de ordenación territorial o urbanística es equiparable a un proyecto en el punto relativo a la localización espacial de una obra o infraestructura».

2. RÉGIMEN DEL SUELO

A) La modificación del planeamiento no puede conllevar la imposición de las cargas propias del suelo urbano no consolidado a unos terrenos que reúnen las características del suelo urbano consolidado

El caso resuelto por la **STS de 16 febrero 2012 (RJ 2012/4085)** versa sobre unos terrenos que reunían la condición de suelo urbano consolidado, donde se ubicada un colegio privado. La modificación puntual del planeamiento prevé una ordenación sustancialmente distinta, incrementando notablemente el aprovechamiento, lo que a juicio de la Sala de instancia permitiría considerarlo suelo urbano no consolidado. Este razonamiento no es compartido por el TS, que anula la Sentencia recurrida en casación atendiendo a su consolidada doctrina [SSTS de 23 de septiembre de 2008 (RJ 2008/4550) y de 14 de julio de 2011 (RJ 2011/6503)], entre otras que cita.

Esta doctrina da preferencia a la realidad existente sobre las previsiones futuras de reurbanización o reforma interior previstas en el planeamiento. Y entiende que unos terrenos que cuentan con los servicios exigibles al suelo urbano y están consolidados por la edificación no pueden perder esa categoría por el mero hecho de que el planeamiento contemple para ellos una transformación urbanística. Ello impide que puedan ser sometidos al régimen de cargas propio de las actuaciones sistemáticas del suelo urbano no consolidado, pues a la postre produciría consecuencias incompatibles con el principio de equidistribución de beneficios y cargas:

«Estos razonamientos son trasladables íntegramente al caso examinado, puesto que la modificación del Plan General objeto de impugnación se refiere a una parcela cuya condición de solar nadie discute, como es la situada en el número [...] de la rúa [...], que venía destinada a dotación docente de titularidad privada (Colegio Manuel Peleteiro). La modificación aprobada contempla la sustitución del uso docente por el residencial, asignando a la parcela la edificabilidad de 23.500 m² y remitiendo la ordenación detallada a un ulterior Plan Especial de Reforma Interior. Aunque según la legislación autonómica los planes especiales de reforma interior tienen por objeto la ejecución de operaciones de reforma en suelo urbano no consolidado (artículo 70 de la Ley autonómica 9/2002), esa previsión no puede privar a los terrenos de la condición de suelo urbano consolidado ya alcanzada, máxime cuando había sido posible establecer la ordenación detallada de la parcela desde el propio Plan General».

Por iguales motivos, el TS estima el recurso contencioso-administrativo y considera contrarias a derecho las obligaciones de cesión de aprovechamiento derivadas de la categorización como suelo urbano no consolidado que la modificación del Plan General impugnada asigna a los terrenos objeto del litigio, toda vez que los mismos pertenecen a la categoría del suelo urbano consolidado.

B) Nulidad de un Plan Especial de Protección del Patrimonio Arquitectónico y Arqueológico que implica la imposibilidad de materializar el aprovechamiento asignado a la finca en el PGOU y no prevé mecanismo efectivo de distribución de cargas ni indemnización por la imposición de una limitación singular

En virtud del plan general vigente y de su situación, la finca litigiosa estaba clasificada como suelo urbano consolidado, teniendo asignada por las ordenanzas una determinada

edificabilidad. No obstante, para proteger la edificación existente, el Plan Especial de Protección del Patrimonio Arquitectónico impuso una cierta restricción en el aprovechamiento de la finca, si bien no estableció un mecanismo compensatorio, sino que lo difirió a un posterior plan especial o a una modificación del plan general municipal. Esta posibilidad de recuperar la edificabilidad asignada a la parcela fue suficiente para que el Tribunal de instancia entendiera compensadas las restricciones impuestas y rechazar una indemnización económica.

Totalmente contrario es el parecer expresado en la **STS de 23 de febrero de 2012 (RJ 2012/4225)**. En una larga fundamentación, la STS recuerda que el principio de equidistribución de beneficios y cargas del planeamiento entre los afectados es manifestación del derecho de igualdad reconocido en el art. 14 CE y un principio rector del urbanismo en las sucesivas regulaciones urbanísticas sucedidas desde el TRLS de 1976. Por otro lado, el art. 33.2 CE determina que las alteraciones en el status de los inmuebles afectados por el planeamiento no den derecho a indemnización, salvo en los casos establecidos en las leyes. Siendo así que el art. 3.1 TRLS de 2008 reconoce el derecho a ser indemnizado por las ordenaciones que impusieran vinculaciones singulares, como cierre del sistema de equidistribución.

Dicho esto, el TS aprecia que el mecanismo compensatorio previsto no llena los requisitos de certeza, suficiencia, simultaneidad y seguridad jurídica que debería tener, atendiendo además a lo establecido en casos precedentes (*v. gr.* STS de 6 de julio de 1995 —RJ 1995/5527—):

«Vemos por tanto, que el propio Plan Especial es consciente de la restricción que en el aprovechamiento de la finca provoca la protección de la edificación existente y, por ello, también prevé un mecanismo compensatorio, si bien —el mismo— no se establece en el propio Plan Especial sino que se difiere a un posterior y nuevo Plan Especial o una Modificación del Plan General Municipal, que tendrá por finalidad armonizar la protección de la edificación ya construida, con la materialización, en su caso, y en los espacios libres de parcela actualmente destinados a jardín, de la edificabilidad prevista en el planeamiento general.

Sin embargo, tal mecanismo compensatorio no llena los requisitos de certeza y suficiencia que la compensación debe tener, no siendo por ello ajustado a derecho, debiendo ser casada la sentencia en este punto.

En tal sentido debe advertirse que tal compensación bien la pudo hacerla el propio Plan impugnado que aparecía como el instrumento más idóneo para esa función armonizadora o integradora de la protección versus nueva edificación, y, al mismo tiempo, en un momento más adecuado por la simultaneidad de la carga derivada de la protección y el beneficio ínsito en la materialización del aprovechamiento previsto en el planeamiento general o el establecimiento de otro mecanismo compensatorio. Añádase a ello que no se han ofrecido razones por las que difiere a un momento posterior la solución de tal problema, que no es otro que la posibilidad, siguiendo los criterios del propio Plan Especial impugnado y los valores que protege, de materializar —en todo o en parte—, y en el resto de finca, la edificabilidad asignada, o, de establecer mecanismos compensatorios, en caso contrario.

Tal conclusión resulta reforzada por la propia conclusión final de la sentencia en la que declara, disintiendo de la opinión del perito, de que es posible la edificación en los espacios

libres de parcela, que hacía más necesaria la concreción de tal extremo para fijar las condiciones en que podía materializar el aprovechamiento.

... las medidas compensatorias tienen que estar previstas en el Plan Especial de Protección o Catálogo y no diferirlo a un momento posterior, salvo la existencia de sólidas razones que impidan, en ese momento, concretar la compensación.

La restricción del aprovechamiento que se produce por la aprobación del Plan Especial y que tiene un efecto inmediato y directo desde la entrada en vigor del mismo debe determinar, por aplicación del principio de simultaneidad cargas-beneficios que las medidas compensatorias —entre las que está la ordenación del resto de parcela para ver la posibilidad de materializar allí el resto del aprovechamiento o, en caso de no poderse agotar, el establecimiento de medidas compensatorias de cualquier tipo, como la indemnización o transferencias de aprovechamiento—, deban implementarse en ese mismo instrumento o, al menos, contener una regulación que otorgue un mínimo de certeza en cuanto al régimen urbanístico aplicable a la parcela.

El derecho a la distribución equitativa de cargas y beneficios —como realización del principio de justicia en materia de urbanismo— implica que la efectividad de unos y otros deba producirse de forma simultánea, pues sólo de esa forma cumple su finalidad. Tal principio es incuestionable en la ejecución del planeamiento por polígonos o unidades de actuación, en que los efectos de la aprobación de los instrumentos de equidistribución —compensación, reparcelación o análogos— llevan implícita tal simultaneidad, pero tal principio debe operar con igual rigor en el supuesto de suelos urbanos consolidados; supuesto en el que la ejecución se produce de forma asistemática, y en que es exigible que la ordenación prevista en el planeamiento sea completa, lo que pasa por definir las cargas y definir y concretar también las posibilidades edificatorias y de uso de las parcelas.

El principio de seguridad jurídica así lo demanda. Piénsese que con la regulación contenida en el Plan impugnado quedan de todo punto indefinidas las posibilidades edificatorias en el resto de la parcela, que la sentencia declara ser posible, pero desconocidas en cuanto a retranqueos, ocupación y número de plantas, aspectos que son esenciales para determinar el contenido del derecho de la propiedad en suelo urbano consolidado, sin que se hayan ofrecido en la instancia ni ante esta Sala razones convincentes de por qué el Plan Especial impugnado no aborda directamente esta cuestión».

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Unidad de Ejecución: Propuesta de Programación

En la sentencia de 3 de febrero de 2012 (RJ. 3745), el TS tiene que discernir sobre una propuesta de programación de una unidad de ejecución que ha sido denegada por Ayuntamiento recurrido, alegando que se había procedido a iniciar la tramitación de una modificación del plan general, por acuerdo del Pleno del citado Ayuntamiento, para cambiar la calificación urbanística de la zona afectada por la programación denegada, de residencial a zona verde.

En este sentido, la mercantil demandante alega, en primer lugar, falta de motivación del acuerdo impugnado, lo cual es desestimado por el Tribunal Supremo alegando que basta como sustento de dicha denegación que no pueda llevarse a cabo dicho programa de

actuación porque está prevista una modificación del plan general que supone un cambio de calificación del ámbito de dicha programación.

Pero, además, el Tribunal profundiza en la relación entre discrecionalidad y motivación, que es desarrollada por los recurrentes. Y a este respecto aquel indica que el acto de denegación de la programación presentada es reglado, y se funda en que no puede tramitarse y aprobarse un programa de actuación integrada que resulte incompatible con la calificación del suelo prevista en la modificación del plan cuyo procedimiento se ha iniciado. Y a este respecto, señala el Tribunal, no puede alegarse el *ius variandi* que asiste al planificador para alterar las determinaciones urbanísticas, de acuerdo a la naturaleza de normas de rango reglamentario que tienen los planes de ordenación urbanística, pues lo que se está impugnando no es la modificación de un plan general, sino la denegación de la programación presentada.

Igualmente, el Tribunal concluye indicando que las cuestiones relativas a la futura modificación del planeamiento para ampliar zonas verdes no pueden ser válidas para fundamentar un supuesto de desviación del poder —argumento también alegado por la recurrente—, pues en modo alguno se ha evidenciado esa voluntad torcida de la Administración en que consiste la desviación de poder, argumentos todos ello que llevan a aquel a desestimar el recurso presentado.

B) Planes Especiales y reserva para aparcamientos

El TS, en su sentencia de 15 de diciembre de 2011 (RJ 3581), tiene que resolver sobre un recurso presentado por la Administración valenciana contra la sentencia de instancia que había anulado parcialmente el acuerdo de aquella que aprobaba definitivamente un Plan Especial para un uso hospitalario, en el extremo en el que se establecía una previsión de plazas de aparcamiento en suelo dotacional público que incumplía las determinaciones aplicables del Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana.

A este respecto, la recurrente alega que las conclusiones alcanzadas en la sentencia de instancia son erróneas, al no haberse valorado un informe donde se indica que el sector objeto del Plan Especial no es de uso residencial ni de uso terciario, sino un sector dotacional, que en su práctica totalidad forma parte de la red primaria o estructural de dotaciones públicas del municipio, no existiendo parcelas privadas dentro de su ámbito, pues todo el suelo es de carácter dotacional público. Por ello, y según la recurrente, tratándose de un Plan Especial donde se implanta un uso dotacional público, como es un hospital, no le es de aplicación la previsión de reservas de aparcamiento que establece el anteriormente citado Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana para el suelo terciario, ya que no es un sector de esta naturaleza.

Ya desde un primer momento, el Tribunal destaca que el recurso de casación no puede ser acogido, en cuanto que lo pretendido en realidad por la recurrente es cuestionar la interpretación de normas autonómicas que ha realizado la Sala de instancia, a pesar de revestirlo como una pretendida vulneración de las normas sobre valoración de la prueba, cuestión aquella que no puede ser suscitada en casación. Pero, aun así, el Tribunal entra a determinar si es aplicable al caso o no el art. 13 del Reglamento de Planeamiento citado, donde se articulan las reservas mínimas de aparcamiento en sectores terciarios.

En este sentido, el Tribunal entiende que la cuestión se centra en discernir si una dotación hospitalaria, que comprendía la totalidad del sector, quedaba o no comprendida en el concepto de «sector terciario», según se define en el art. 11 del Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana, y dicha cuestión ya había sido respondida afirmativamente en dicha sentencia, y dado que la misma se resuelve mediante la interpretación y aplicación de preceptos autonómicos —ya citados—, ello no puede ser revisado en casación de acuerdo con el art. 86.4 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Por todo ello, el tribunal desestima el recurso planteado.

C) Plan Especial de ordenación de zona de servicio de puerto

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 14 de diciembre de 2011 (RJ 2739), debe decidir sobre la naturaleza y la competencia para aprobar los planes especiales de ordenación de la zona de servicio de los puertos, como consecuencia de un conflicto surgido entre la Compañía Logística de Hidrocarburos y el Ayuntamiento de Sevilla.

En este sentido, la Gerencia de Urbanismo recurrente indica que los planes de ordenación de la zona de servicio del puerto deben aprobarse con sujeción a lo establecido en la legislación urbanística y en la ordenación del territorio, pero el Tribunal Supremo, tras un largo análisis de la normativa aplicable, indica que, según el art. 18.1 de la Ley 29/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en la redacción aplicable al caso por razones cronológicas, para articular la necesaria coordinación entre las Administraciones con competencia concurrente sobre el espacio portuario, los planes generales y demás instrumentos generales de ordenación urbanística, deberán calificar la zona de servicio de los puertos estatales como sistema general portuario, lo que conlleva que lo que debe incluirse como sistema general en el planeamiento general es la zona de servicio del respectivo puerto y no otra, y quien determina cuál es esa zona de servicio es el entonces Ministerio de Fomento a través del «Plan de utilización de los espacios portuarios», al que se refiere el art. 15 de la Ley de Puertos antes citada, señalando, además, que dicha zona de servicio incluye los espacios de tierra y de agua necesarios para el desarrollo de los usos portuarios a que se refiere el art. 94 de dicha ley, los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria y aquellos que puedan destinarse a usos no portuarios mencionado en dicho precepto.

Por ello, el Tribunal indica que, como señaló la sentencia de instancia, no podían calificarse como sistema general portuario los terrenos litigiosos pues no estaban previamente incluidos en la delimitación del plan de utilización de espacios portuarios que debía aprobar el entonces Ministerio de Fomento. Y no evita la anterior conclusión que la Gerencia recurrente indique que el terreno estaba incluido en el Plan Especial del Puerto de Sevilla, pues el plan especial al que se refiere el art. 18.2 de la Ley de Puertos lo es para desarrollar el sistema general portuario, no para integrar en éste los terrenos a los que afecte ese plan especial.

Y continúa el Tribunal indicando que el plan de utilización de los espacios portuarios es el que delimita la zona de servicio, que es la que ha de ser calificada por el planeamiento general como «sistema general portuario», y será en un momento posterior cuando esa determinación del sistema general será desarrollada mediante un plan especial o ins-

trumento equivalente, de acuerdo con lo dispuesto en el antes citado art. 18.2 de la Ley de Puertos, lo que además está respaldado por la STC 40/1998, de 19 de diciembre, que resuelve el recurso interpuesto contra determinados preceptos de la Ley de Puertos de 1992, y en la que se indica, por lo que aquí interesa que «el plan de utilización no regula, en sentido estricto, los usos urbanísticos del espacio comprendido en la zona de servicio del puerto —labor que, como enseguida veremos, se realiza a través del plan especial previsto en el art. 18 LPMM— sino que sirve, fundamentalmente, como instrumento de delimitación del perímetro portuario, y tanto la ubicación del puerto como dicha limitación deben ser decididas por el Estado en cuanto titular de la competencia sobre puertos de interés general y del dominio público que, como consecuencia del plan, quedará afecto al puerto».

Por tanto, el Plan Espacial del Puerto de Sevilla al que alude la recurrente no es el instrumento idóneo para determinar la zona de servicio del puerto de Sevilla, que ha de ser calificada como sistema general portuario en una futura revisión del Plan General de Ordenación Urbana, que debe incluir en esa calificación de sistema general la zona de servicios del puerto que determine el Ministerio de Fomento en el tantas veces citado Plan de utilización de los espacios portuarios. Y en el caso de autos, al no estar aprobado con carácter previo ese Plan, ni tampoco incluidos los terrenos litigiosos en la zona de servicios del puerto, procede desestimar el recurso de casación.

4. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) La ausencia de pronunciamiento de la Administración sobre la solicitud de retasación constituye un supuesto de silencio positivo. No obstante, su alcance no supone una admisión tácita de la hoja de aprecio de los expropiados, sino que su eficacia sólo estriba en el deber de la Administración de continuar el procedimiento de expropiación

El Tribunal Supremo, en la **STS de 21 de diciembre de 2011 (RJ 2012\2954)**, reitera su línea jurisprudencial ya manifestada, entre otras, en sus sentencias de 9 de diciembre de 2008 y de 22 de noviembre de 2011.

En esta STS de 21 de diciembre anula la sentencia recurrida de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Las Palmas de 20 de junio de 2008, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto, declarando el derecho de la parte recurrente a la continuación del procedimiento de retasación mediante la nueva evaluación de la finca expropiada por el Jurado Provincial de Expropiación.

Los hechos de los que trae su causa esta Sentencia tienen su origen en la STS de 15 de marzo de 2004, que estimó el recurso de casación interpuesto por los expropiados, al apreciar la inclusión de los terrenos expropiados en un sistema general destinado a parque urbano por el planeamiento, por lo que procedía la valoración de la finca en su integridad como suelo urbanizable, de acuerdo con la doctrina reiterada de la Sala sobre valoración de sistemas generales y, en consecuencia, anuló la sentencia impugnada y declaró que el justiprecio habría de fijarse por la Sala de instancia de conformidad con las bases que la propia

sentencia estableció en su Fundamento Jurídico Tercero, con reconocimiento del derecho de los recurrentes a la percepción de intereses.

Los recurrentes presentaron el 6 de noviembre de 2002 solicitud al Ayuntamiento de Telde (Las Palmas) de retasación de los terrenos expropiados. El 7 de febrero de 2003 presentaron nuevo escrito ante el Ayuntamiento, en solicitud del certificado acreditativo del silencio producido con efectos estimatorios; y el 18 de mayo de 2004 formulan nueva hoja de aprecio para la retasación del bien expropiado ante el Ayuntamiento de Telde.

El 6 de octubre de 2005, los recurrentes solicitan del Jurado Provincial de Expropiación de Las Palmas que fije el justiprecio de la propiedad. El Jurado Provincial de Expropiación, que en escrito de fecha de 20 de octubre de 2005 comunicó a los interesados que no era posible acceder a lo solicitado, por la razón de que «... en cumplimiento a lo dicho por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de marzo de 2004 “... el justiprecio de la finca habrá de fijarse por la Sala de instancia (...) y por lo tanto no puede hacerse tramitación alguna por parte de este Jurado sobre la materia interesada, lo que obliga al archivo sin más trámites de su escrito y documentos adjuntos”».

Los interesados interpusieron recurso de reposición frente al anterior Acuerdo, y el Jurado Provincial de Expropiación, en Resolución de 24 de enero de 2006, acordó inadmitir el recurso de reposición, al no constar la existencia de resolución alguna susceptible de recurso.

Contra este Acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación de Las Palmas interpusieron los interesados recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Las Palmas de 20 de junio de 2008, que es la Sentencia que se anula.

La Sentencia del TSJ de Las Palmas se anula por las razones que contempla, de un lado, el **FJ 5 de la STS de 21 de diciembre de 2011**, que sintetizamos:

- 1.º La decisión de archivo del Jurado Provincial de Expropiación, como la posterior desestimación del recurso contencioso-administrativo por la Sala de instancia, se basan en la idea de que la impugnación por la parte interesada del acuerdo del Jurado Provincial de fijación del justiprecio impedía la retasación, lo que no es conforme con el artículo 58 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa (LEF), que dispone que «... si transcurrieran dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justo precio se haga efectivo o se consigne, habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derecho objeto de expropiación».

Por tanto, la retasación aparece configurada por el citado artículo 58 LEF como un derecho del expropiado a una nueva evaluación de las cosas o bienes expropiados por el mero transcurso de dos años sin que se haga efectivo o se consigne el pago del justiprecio, sin establecerse ninguna excepción o condicionamiento por razón del desacuerdo e impugnación por el expropiado del justiprecio.

- 2.º De acuerdo con el artículo 35.3 LEF el cómputo de este plazo de dos años se inicia en la fecha del acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa que fije el justiprecio.

- 3.º La retasación es una garantía del administrado ante la demora en el pago del justiprecio (como ya se ha señalado por el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 2005), que persigue la finalidad de evitar que el paso del tiempo y la erosión inflacionaria alteren la relación patrimonial existente entre los bienes expropiados y la indemnización establecida como compensación por su pérdida.
- 4.º La interposición y la pendencia de un recurso contencioso-administrativo contra la resolución que fija en vía administrativa el justiprecio no es obstáculo para el ejercicio del derecho a solicitar la retasación en el plazo legal o, dicho de otra manera, la caducidad del justiprecio opera, como resulta de los artículos 35.3 y 58 LEF antes citados, por el transcurso del plazo de dos años desde la fecha de fijación del justiprecio en vía administrativa sin que se haga efectivo o se consigne el pago, al margen de la impugnación o no del justiprecio en vía jurisdiccional, que no afecta a la condición de caducado del justiprecio. (Se reitera jurisprudencia del TS plasmada en tres sentencias de 26 de septiembre de 2011).

Y, de otro lado, completando el razonamiento jurídico, el **FJ 6 de la STS de 21 de diciembre de 2011** concluye lo siguiente:

«En el presente caso, (...) el Jurado Provincial de Expropiación de Las Palmas fijó el justiprecio en su reunión de 6 de marzo de 1996, sin que conste ni esté acreditado ni su pago, ni su consignación hasta que los expropiados presentaron el 6 de noviembre de 2002, solicitud al Ayuntamiento de Telde de retasación de los terrenos expropiados, cumpliéndose sobradamente el plazo de dos años exigido por el artículo 58 LEF para la procedencia de la nueva valoración de los bienes objeto de la expropiación.

En el presente caso, el Ayuntamiento de Telde no se pronunció sobre la solicitud de retasación, y esta Sala ha declarado, así en su sentencia de 22 de noviembre de 2011 (JUR 2011, 415310) (recurso 1789/2008), que la falta de resolución expresa sobre dicha solicitud constituye un supuesto de silencio positivo, de acuerdo con el artículo 43 de la ley 30/1992, pues no es subsumible en ninguna de las excepciones a la presunción de estimación contenidas en dicho precepto.

Por tanto, de acuerdo con lo anterior, presentada la solicitud de retasación ante la Administración expropiante, en este caso el Ayuntamiento de Telde, la falta de resolución expresa tuvo sentido positivo.

Así las cosas, como la parte recurrente había solicitado la retasación a la Administración expropiante, acompañando su solicitud con la hoja de aprecio, el alcance del silencio positivo se entiende limitado a la solicitud de retasación, como acabamos de razonar, sin que los efectos del silencio positivo puedan extenderse a la hoja de aprecio de los expropiados, cuya valoración debe entenderse rechazada por el Ayuntamiento expropiante, tal y como sostienen las sentencias de esta Sala de 9 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 69) (recurso 4454/2005) y 22 de noviembre de 2011, esta última antes referenciada, porque es doctrina de la Sala que la omisión de la formulación de la hoja de aprecio por la Administración no supone aceptación tácita de la hoja de aprecio del expropiado.

Como concluyen las sentencias de esta Sala que acabamos de citar, dado que el alcance del silencio administrativo positivo que estamos examinando no puede consistir en dar por tácitamente estimada la hoja de aprecio de los expropiados, su eficacia sólo puede estribar

en el deber de la Administración de continuar el procedimiento de expropiación, remitiendo el expediente al Jurado de Expropiación a fin que este efectúe la nueva valoración de la finca expropiada».

5. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

A) Procedencia del acuerdo de demolición de una construcción ilegal por situarse en suelo rústico de protección forestal

La STS de 15 de febrero de 2012 (Ar. 4010) confirma en casación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de marzo de 2008 que había desestimado el recurso interpuesto por un particular contra una resolución de la Dirección General de Urbanismo de la Junta de Galicia por la que se declararon ilegalizables las obras de construcción de una vivienda unifamiliar, acordándose la procedencia de su demolición.

La fundamentación del alto Tribunal mantiene, como la de la Sala de instancia, la imposibilidad de legalización de las obras emprendidas, dada la incompatibilidad de las mismas con la clasificación de suelo rústico de protección forestal que presenta el terreno en el que se ubican.

Concretamente, el FJ 5.º de la misma sostiene, en lo que se refiere a la procedencia de la demolición de aquéllas, lo siguiente:

«... diremos —con exclusivo carácter de generalidad—, y en relación con el principio de proporcionalidad, o de menor demolición, que, siendo cierta la existencia de una línea jurisprudencial que proclamó, tiempo atrás, tal principio, la misma ha sido superada —al hilo de la nueva realidad jurídico-social, caracterizada por la mayor sensibilidad y protección jurídica nacional e internacional del medio ambiente en sentido amplio, así como de la reiteración de situaciones de indisciplina urbanística que se han venido produciendo— por una nueva corriente jurisprudencial caracterizada por el carácter preceptivo y no facultativo de la demolición como medida restauradora de los valores infringidos por la conducta ilícitamente realizada, especialmente cuando están en juego suelos especialmente protegidos por sus valores ecológicos y medioambientales, como es el caso en que el suelo está protegido por valores forestales y en el que están prohibidos las edificaciones destinadas a usos residenciales, en cuyo caso la demolición debe interpretarse en el sentido de una consecuencia obligada de la imposibilidad de legalización, pues es la Administración la que está obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal y a la defensa de los valores protegidos con motivo de las clasificaciones y calificaciones urbanísticas. No existe, pues, la posibilidad de optar entre dos o más medios distintos. Por ello, es aplicable la jurisprudencia de esta Sala surgida precisamente con motivo de la restauración de la legalidad urbanística, de la que es representativa la STS de esta Sala de 28 de marzo de 2006, en la que indicamos que “Esta Sala del Tribunal Supremo, en contra de la referida tesis, ha declarado repetidamente que en los casos de actuaciones contrarias al planeamiento urbanístico es imprescindible restaurar la realidad física alterada o transformada por la acción ilegal, de manera que no existe la posibilidad de optar entre dos o más medios distintos y no es, por tanto, aplicable el principio de proporcionalidad (Sentencias de 28 de abril de 2000, 15 de octubre de 2001, 23 de octubre de 2001, y 2 de octubre de

2002)”. Y la de 2-10-02 declara: “En los casos de actuaciones que, como la que se enjuicia, contradicen el planeamiento urbanístico la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal. No tiene posibilidad de optar entre dos o más medios distintos (así se declara, por ejemplo, en los mismos casos resueltos en las sentencias de 16 de mayo de 1990, 14 y 3 de diciembre de 1991), por lo que no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad. La vinculación positiva de la Administración Pública a la Ley (art. 103.1 CE) obliga a ésta a respetar la Ley: es decir, a ordenar la demolición».

Por otra parte, en atención a la naturaleza de los suelos afectados, rústicos especialmente protegidos, viene igualmente al caso recordar lo declarado en la Sentencia de esta Sala de 11 de febrero de 2009, en cuyo Fundamento de Derecho Séptimo dijimos: «(...) desde una perspectiva urbanística y medioambiental la defensa jurídica de los suelos rústicos de especial protección se nos presenta hoy —en el marco de la amplia, reciente y variada normativa sobre la materia, en gran medida fruto de la transposición de los normas de la Unión Europea— como un reto ciertamente significativo y como uno de los aspectos mas sensibles y prioritarios de la expresada y novedosa normativa. Ya en el Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (hoy Texto Refundido de la misma aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, se apela en el marco de la Constitución Española —para justificar el nuevo contenido y dimensión legal— al “bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47”, de donde deduce “que las diversas competencias concurrentes en la materia deben contribuir de manera leal a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico, que son el soporte, objeto y escenario de aquellas al servicio de la calidad de vida”. Igualmente, en el mismo Apartado I, último párrafo, el reciente legislador apela a que “el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente”, y se remite a los mandatos de la Unión Europea sobre la materia advirtiendo “de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de servicios públicos”, y, todo ello, por que, según expresa la propia Exposición de Motivos “el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable”, añadiendo que “desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada...”».

**B) Obra realizada al límite de la plataforma de servicio de una carretera:
no aplicación del artículo 25 de la Ley de Carreteras
si las edificaciones se hallan en suelo urbano**

El Tribunal Supremo, en su **sentencia de 9 de marzo de 2012** (Ar. 4418), casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, estimando el recurso interpuesto por una entidad mercantil contra una resolución de la Delegación del Gobierno

en Castilla-La Mancha por la que se acordó la paralización de actuaciones y la suspensión de los usos no autorizados en las obras realizadas por la recurrente en el límite de la plataforma de la vía de servicio en una carretera nacional.

El primer argumento manejado por la suprema instancia jurisdiccional para acoger esta pretensión es la autonomía existente entre la potestad sancionadora de la Administración y la de policía destinada al mantenimiento de las condiciones de las carreteras, siendo su finalidad diversa, ya que una se extiende a la protección de la legalidad viaria, mientras que la otra se dirige al restablecimiento de la seguridad vial que ha resultado alterada. Para la Sala, el artículo 27.3 de la Ley de Carreteras señala claramente la independencia de las sanciones y de las medidas, discriminándose entre la medida de demolición de lo construido —que es lo propio de la previsión del artículo 27.2.a) de la Ley de Carreteras—, de las sanciones propiamente dichas contenidas en los correspondientes preceptos de la misma Ley.

Concluye que en el supuesto sometido a su consideración, la paralización de obras y usos no se adoptó siguiendo lo dispuesto en los artículos 72 y 136 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y 15 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, sino al amparo del artículo 27 de la Ley de Carreteras. La suspensión provisional de las obras se acordó, por consiguiente, al margen del procedimiento sancionador y por un órgano ajeno al competente para dictar la resolución sancionadora.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo considera que dicha medida afectaba a un suelo que poseía la calificación de urbano, y además las mismas contaban con la correspondiente autorización expedida por la Administración General del Estado, quien puede modular las limitaciones generales impuestas por la legislación de carreteras en atención a la naturaleza urbana de los terrenos colindantes, pues efectivamente dicha legislación no establece de modo absoluto la prohibición de edificar dentro de la franja de veinticinco metros, para las carreteras estatales ordinarias, o de cincuenta metros, en el caso de autopistas, autovías y vías rápidas, desde la arista exterior de la calzada: en concreto, cuando unas y otras discurren por zonas urbanas, la anchura de la franja puede ser reducida en atención a las determinaciones del planeamiento urbanístico correspondiente (apartado segundo de aquel precepto) (FJ 5.º).

CONSUELO ALONSO GARCÍA
FRANCISCO DELGADO PIQUERAS
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
RUBÉN SERRANO LOZANO
ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL

SUMARIO

1. BIENES LOCALES.
 - A) **Utilización de los bienes de dominio público.**
 - a) El aprovechamiento de los bienes comunales y el valor de la costumbre.
 - b) Empresas de telefonía.
2. AGUAS CONTINENTALES.
 - A) **Solicitud de concesión para el aprovechamiento de aguas subterráneas y Plan Hidrológico de Cuenca. Inexistencia de recursos disponibles y necesidad de negar el otorgamiento de concesiones, aun cuando no haya declarada una sobreexplotación, aun provisional, de acuíferos. Carácter jurídico y vinculante de los Planes. Criterios sobre la aplicación retroactiva de los Planes.**
3. AGUAS MARÍTIMAS.
 - A) **Competencias concurrentes sobre el demanio costero.**
 - B) **Potestades de desahucio y recuperación de oficio.**
 - C) **El deslinde de costas.**
 - a) Efectos.
 - b) Procedimiento.
 - D) **Limitaciones sobre las propiedades colindantes.**
 - a) Doctrina legal sobre el artículo 49.3 del Reglamento de Costas.
 - b) Excepción a la servidumbre de protección: artículo 43.6 del Reglamento de Costas.
 - c) Extensión de la servidumbre de protección.
 - E) **Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre.**
 - a) Necesidad de título concesional.
 - b) Concesiones de desecación de marismas otorgadas al amparo de la normativa anterior.
 - c) Régimen transitorio.
 - F) **Infracciones y sanciones: limitaciones al ejercicio de la acción pública en materia de costas.**
 - G) **Puertos.**
 - a) Obras portuarias de interés general.
 - b) Autorización de terraplenes y desmontes que afecten al demanio costero.

4. VÍAS PECUARIAS.

- A) **Las notas de la imprescriptibilidad e inalienabilidad del dominio público suponen que la alegación de un derecho civil de propiedad sobre un terreno comprendido en el deslinde de una vía pecuaria va a desplegar una eficacia completamente distinta según en qué momento se haya consumado tal derecho civil. Sólo una vez que los terrenos en cuestión merezcan ya la consideración de «dominio público», se verá mermada la eficacia de las normas civiles sobre adquisición de la propiedad, dada la reforzada protección del dominio público.**

5. PATRIMONIO HISTÓRICO.

- A) **La STC 6/2012, de 18 de enero, resuelve a favor de la Comunidad Autónoma de Cataluña el conflicto positivo de competencias planteado por ésta contra la aplicación del derecho de retracto pretendido desde Aragón sobre las piezas del patrimonio histórico-artístico del Monasterio de Sigüenza (Huesca) vendidas a partir de los años ochenta a la Generalitat de Cataluña.**

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO.

A) **Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua.**

- a) Obligados tributarios.
- b) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa.
- c) Imposición y ordenación.

B) **Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja.**

- a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas.

C) **Otro dominio público estatal.**

- a) Tasas por reserva del espacio radioeléctrico.

D) **Dominio público local.**

- a) Tasas por utilización del dominio público local al 1,5% del volumen de ingresos.
- b) Tasas por utilización del dominio público local: la cuestión de los operadores de telefonía móvil.

E) **Impuesto sobre Bienes Inmuebles.**

- a) Bienes afectos a la seguridad ciudadana.
- b) Dominio público hidráulico.

F) **Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.**

- a) Bienes públicos.

1. BIENES LOCALES

A) Utilización de los bienes de dominio público

a) *El aprovechamiento de los bienes comunales y el valor de la costumbre*

Se ha dictado la **STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, de 17 de febrero de 2012, Rec. Casación núm. 6080/2008**, que se pronuncia sobre la relación de la costumbre y las ordenanzas en los aprovechamientos de los bienes comunales. La STS citada parte de la regulación contenida en el art. 95 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 y se pronuncia a favor de la primacía de la costumbre frente a la ordenanza en estos casos. El interés de la citada STS radica en que resume la jurisprudencia anterior de la Sala del TS sobre la materia. Resumen que se reproduce a continuación:

«En concreto, en la STS citada se dice que la jurisprudencia de esta Sala subraya la relación del artículo 95 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 con el artículo 75.2 de la Ley de Régimen Local de 1986, en el que se antepone la costumbre a las ordenanzas locales y ha destacado, desde antiguo, el carácter esencial de la costumbre en este tipo de aprovechamientos. La STS de esta Sala y Sección de 10 de julio de 1989 lo declaró ya así en atención al rango legal de las disposiciones del TRRL —que prima necesariamente sobre el carácter reglamentario del RBEL de 1986— y a los antecedentes históricos de la figura.

La misma orientación de respeto a la regulación consuetudinaria, sigue diciendo la STS comentada, se aprecia en la STS de esta Sala de 3 de mayo de 1989 y, más recientemente, en la STS de la Sección Cuarta de 21 de febrero de 2007. Es necesario añadir a las mismas, en forma decisiva para este caso, la doctrina de la STS de la Sección Cuarta de esta Sala de 29 de junio de 2007 y la de 17 de noviembre de 2009, así como la de 21 de mayo de 2008 o incluso la STC 85/2008, de 21 de julio.

En todas estas Sentencias, afirma la STS comentada, se reconoce que la legislación aplicable da un valor de relieve a la costumbre como fuente característica en este tipo de aprovechamientos. Así, en la STS de 21 de febrero de 2007 se subraya su valor recordando el artículo 75.2 de la Ley de Régimen Local de 1986, cuando afirma que si el aprovechamiento y disfrute general simultáneo de bienes comunales fuere impracticable, regirá la costumbre u ordenanza local, al respecto, y que corrobora el núm. 4 al afirmar que los Ayuntamientos y Juntas vecinales que, de acuerdo con normas consuetudinarias u ordenanzas locales tradicionalmente observadas, viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de bienes comunales... Es decir, que la costumbre está presente en nuestro ordenamiento y en concreto cuando de los aprovechamientos de los bienes comunales se trata. Además, esa referencia a la costumbre en esta materia del aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales se recoge también en el art. 95 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 cuando afirma que cada forma de aprovechamiento se ajustará, en su detalle, a las ordenanzas locales o normas consuetudinarias tradicionalmente observadas. Recoge —en fin— esta STS de 21 de febrero de 2007 la doctrina de la citada STS de 10 de julio de 1989, recordando que ha de entenderse que la costumbre tiene prioridad sobre la ordenanza local.

Y continúa afirmando la STS comentada que en lo que aquí interesa la STS de 21 de febrero de 2007 señala que la sociedad española ha sido siempre rural y los bienes comunales eran la garantía de la supervivencia de su población, puesto que gracias a ellos podían com-

plementarse tanto los ingresos de la pequeña propiedad individual como los de las rentas salariales de un trabajo esporádico. Es cierto que las circunstancias han cambiado al haber avanzado la economía, y la situación social es bien diferente; en consecuencia, es más que probable que los aprovechamientos de los bienes comunales puedan en el futuro efectuarse de otro modo o encaminarse hacia otras actividades, pero esas hipótesis poco tienen que ver con lo que ahora la Sala enjuicia referido a casi una década del momento en que se produjo la modificación de la ordenanza. Que la costumbre adquiera rango de norma escrita no le priva de su condición, y por ello no permite su modificación sin más, algo que sí sería posible efectuar con cualquier norma jurídica por la voluntad de quien posee, según su rango, potestad para hacerlo, y ello sin perjuicio de los posibles remedios que también en relación con las normas ofrece el ordenamiento jurídico para su impugnación si no se ajustan a Derecho en el más amplio de los sentidos. Pero no es ese el caso de la costumbre que sólo se puede modificar cuando mute la *opinio iuris vel necessitatis* de la comunidad que la recibió como tal, y atendidas las circunstancias que así lo demuestren».

b) *Empresas de telefonía*

Se ha dictado la **STSJ de Islas Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, núm. 51/2011, de 7 de abril**, que se ha pronunciado sobre los requisitos exigibles para la utilización de los bienes de dominio público por los operadores de telecomunicaciones para el establecimiento de cabinas telefónicas. Partiendo de la regulación contenida en la Ley de Telecomunicaciones y que la empresa Telefónica, S.A. es el operador que tiene las obligaciones de prestar el servicio universal en los términos y alcance señalados en la citada Ley, se plantea, entre otros aspectos, si la citada empresa puede seguir utilizando el demanio local para instalar las cabinas telefónicas de uso público. Cuestión que se resuelve positivamente, si bien ese derecho derivado de la prestación del servicio universal debe entenderse no como un derecho absoluto que pueda privar la competencia y libre mercado, excluyendo a otros operadores el establecimiento de cabinas, si hay otros operadores dispuestos a cumplir en condiciones adecuadas dicho servicio.

2. AGUAS CONTINENTALES

A) Solicitud de concesión para el aprovechamiento de aguas subterráneas y Plan Hidrológico de Cuenca. Inexistencia de recursos disponibles y necesidad de negar el otorgamiento de concesiones, aun cuando no haya declarada una sobreexplotación, aun provisional, de acuíferos. Carácter jurídico y vinculante de los Planes. Criterios sobre la aplicación retroactiva de los Planes

La **STS de 22 de marzo de 2012 (recurso núm. 2283/2009)** conoce del recurso de casación formulado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 9 de marzo de 2009 que había confirmado las resoluciones por las que se habían denegado los otorgamientos de concesiones de aguas subterráneas solicitadas por varios actores. Los motivos de la denegación eran la inexistencia de recursos disponibles en el acuífero y no ser compatibles las solicitudes con el Plan Hidrológico del Júcar.

Los actores van a poner de manifiesto en su recurso de casación la existencia de recursos, según un informe de perito que aportan, y que sus solicitudes eran anteriores al Plan Hidrológico del Júcar (se formularon el 7 de abril y el 24 de julio de 1998, respectivamente), aprobado como todos los planes hidrológicos de cuencas intercomunitarias por el RD 1664/1998, de 24 de julio (misma fecha, por cierto, que una de las solicitudes de concesión), por lo que éste no podría tener efectos retroactivos. Por ello, dicen, se habría violentado el art. 9.3 de la CE (en lo relativo a la prohibición de retroactividad).

La Sentencia, en relación a esta última cuestión y citando distintas sentencias anteriores, va a decir que lo que prohíbe el art. 9.3 CE es la retroactividad que afecte a derechos individuales, pero que «por derechos individuales no cabe entender los meramente hipotéticos, basados solo en la existencia de una norma que podría derivarse su reconocimiento; sino, más bien, los ya perfeccionados; situación ésta que, en principio o como regla general, no es la predicable de quien no es aún concesionario y sí solo mero pretendiente a obtener una concesión de dominio público». Da la casualidad de que el Plan Hidrológico del Júcar contiene unas secuencias temporales sobre posible regularización de aprovechamientos anteriores que afectarían a solicitudes realizadas antes del 1 de enero de 1997, pero no después.

También se indica que la inexistencia de recursos suficientes funda cualquier negativa al otorgamiento de concesiones, y ello aun cuando no se haya hecho declaración, ni aun provisional, de sobreexplotación de acuíferos. Y citando alguna sentencia de tema parecido (STS 3-11-2005, recurso 5616/2002) se dice que «la valoración de la Sala de instancia de entender debidamente justificada la no concurrencia de recursos hídricos bastantes con base en los estudios y proyectos previos a la aprobación del Plan no ha sido debidamente combatida en este recurso de casación, pues ni se denuncia su falta de motivación ni su ausencia de racionalidad; extremo, este último, en el que no cabe olvidar que aquella norma del Plan que veda nuevas concesiones de agua con destino a regadío que no estuviesen solicitadas antes del 1 de enero de 1997 es uno de los criterios básicos que el Plan establece para la asignación de recursos subterráneos para riego, con la finalidad o designio de adaptar progresivamente la situación actual del acuífero de La Mancha Oriental a un estado sostenible, que garantice la viabilidad futura de los aprovechamientos de la zona».

Finalmente hay unas interesantes consideraciones sobre los Planes Hidrológicos y su carácter vinculante, decisivos para el otorgamiento de las concesiones, recordándose los objetivos generales de la planificación hidrológica tal y como figuran en el art. 40.1 del TRLA de 2001.

3. AGUAS MARÍTIMAS

A) Competencias concurrentes sobre el demanio costero

La SAN de 16 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 224/2010, reitera una jurisprudencia, ya destacada en la anterior entrega de esta revista, acerca de la articulación entre la competencia estatal sobre el demanio costero y la autonómica sobre puertos. Conforme a ella, son la aplicación de la doctrina derivada de la STC 149/1991

—el Estado es competente para delimitar el dominio público marítimo y establecer las servidumbres destinadas a su protección— y del tenor del artículo 43.6 del Reglamento de Costas —que regula la servidumbre de protección y de tránsito en el caso de obras que generen marinas o urbanizaciones marítimo-terrestres propiciando la invasión por el mar—, las que obligan a rechazar el desplazamiento de esta atribución estatal por la competencia autonómica sobre puertos de refugio y deportivos. La distribución competencial ha de realizarse conforme a las previsiones del bloque de constitucionalidad, tal como éste ha sido interpretado, sin que el hecho de que la normativa autonómica incluya los canales y la franja de servicio náutico adyacente a los mismos como elementos propios de las marinas interiores sea argumento jurídico que permita poner en duda la competencia estatal para delimitarlos como parte integrante del demanio.

Por su parte, en la interrelación demanio costero/urbanismo resulta esencial la determinación del artículo 112.1.a) de la Ley de Costas, que otorga a la Administración del Estado la competencia para emitir informe preceptivo y vinculante en relación con la aprobación y modificación de planes y normas de ordenación territorial o urbanística «en cuanto al cumplimiento de las disposiciones de esta Ley y de las normas que se dicten para su desarrollo y aplicación». En otras palabras: la potestad del planificador urbanístico en la ordenación de suelos comprendidos en el dominio público marítimo no es discrecional sino reglada, quedando vinculada por las determinaciones de la Ley de Costas (**STS de 2 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 2715/2008, SAN de 13 de abril de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 771/2010**), concretadas en el informe de la Administración estatal. Por ese motivo, la **STS de 19 de enero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 2619/2009**, declara la nulidad de una Orden de la Diputación de Vizcaya por la que se modifican unas Normas Subsidiarias sin ese informe previo. Y también por la misma razón, la **STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 40/2008**, confirma la clasificación de los terrenos de la recurrente como suelo no urbanizable hecha por el Plan Urbanístico, atendiendo lo recogido en el informe emitido por la Dirección General de Costas.

B) Potestades de desahucio y recuperación de oficio

La potestad de desahucio se ejerce por la Administración para recuperar el uso de bienes demaniales cuando decaiga o desaparezca el título, condiciones y circunstancias que legitiman su utilización por terceros. Y a esta situación se refiere la **SAN de 29 marzo de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 360/2010**, que, ante la acreditación de la caducidad concesional —reconocida incluso por el recurrente de la Orden de desahucio—, confirma la legitimidad de la actuación administrativa, rechazando los cuestionamientos de aquél acerca de la extinción del título, que fue ratificada en su día por sentencia firme. A ello se suma lo dispuesto en los artículos 78 y 81 Ley de Costas, que señalan como causa de extinción concesional el vencimiento del plazo de otorgamiento, improrrogable salvo previsión en contrario, en cuyo caso se requerirá una petición al efecto del titular. Dicha previsión no estaba prevista en el título extinguido, por lo que procede el ejercicio del desahucio.

Por lo que respecta a la recuperación de oficio del demanio costero, la **STSJ de Galicia de 23 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4465/2009**, de-

clara la falta de idoneidad de este instituto para hacer valer por parte de los afectados sus reproches jurídicos al deslinde en cuyo cumplimiento se ejerce esta potestad. Recurriendo la resolución por la que se resuelve recuperar una porción de terreno declarada demanial en virtud del deslinde sólo puede pretenderse comprobar la correspondencia entre éste y aquella. Los desacuerdos con el mismo tienen su sede en la jurisdicción civil si recaen sobre cuestiones de propiedad o ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional si se oponen cuestiones de tipo administrativo sobre el ejercicio de la potestad.

Por su parte la **Sentencia del mismo Tribunal y Sala de 8 de marzo de 2012, recurso núm. 4121/2010**, ratifica el correcto ejercicio de la recuperación de oficio en relación a unos terrenos sobre los que existía una propuesta de prórroga concesional al vencimiento de la misma, supeditada a la previa obtención de una licencia sectorial (autorización de vertido) que no llegó a otorgarse. Así las cosas, se constata la ocupación sin título y la oportunidad de dicha recuperación.

C) El deslinde de costas

a) Efectos

Es bien sabido que el deslinde de costas otorga al Estado no sólo la posesión sino la titularidad dominical sobre los bienes declarados demaniales, que prevalecerá frente a inscripciones registrales en contrario. Por eso, como recuerda la **STS de 15 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 5117/2008**, no pueden oponerse dichas inscripciones como razón de prevalencia frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados, menos considerando la prohibición de enclaves privados en el dominio público marítimo. En estos casos, lo que procede es la aplicación de la Disposición Transitoria Primera.2 de la Ley de Costas, que faculta a los titulares de bienes amparados por el anterior artículo 34 de la Ley Hipotecaria para solicitar la legalización de usos existentes, mediante la correspondiente concesión, en los términos de la Disposición Transitoria Cuarta.

b) Procedimiento

a') Iniciación del procedimiento de deslinde

La **STS 31 de enero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 1205/2009**, considera, en contra de la pretensión del recurrente, que la propuesta de iniciación del procedimiento de deslinde no es susceptible de revisión jurisdiccional autónoma, al no constituir el acuerdo de iniciación del mismo. Aunque la jurisprudencia ha admitido la impugnabilidad separada de dicho acuerdo por tratarse de un acto de trámite cualificado —bien que limitada a la comprobación de los requisitos exigidos al mismo, sin extenderse a consideraciones sobre el deslinde a practicar—, la mera propuesta no participa de esa naturaleza. Como tampoco lo hace por derivación de la contención en la misma de un plano provisional de delimitación del demanio y de las servidumbres: este hecho es una exigencia normativa (artículo 20.2 Reglamento Costas), y ha de ser sometido al trámite de instrucción, por lo que no puede defenderse que decida sobre el fondo del asunto. Como dice la Sala, «aceptar esta tesis llevaría al absurdo de que todas las resoluciones que acuerden el inicio del deslinde en materia de dominio público marítimo-terrestre (...) fueran susceptibles

de impugnación en cuanto al fondo —que es lo que pretende la recurrente— ya desde el mismo inicio del procedimiento y sin que se hubiera realizado acto alguno de instrucción; absurdo que sería extensible a cualquier acto o disposición administrativa que se someta a trámites de información pública o audiencia a los interesados que contenga una propuesta de resolución: piénsese en cualquier instrumento de ordenación o planificación...».

Por cierto que, como recuerda la Sentencia del mismo Tribunal y Sala de **22 de marzo de 2012, recurso núm. 4362/2009**, la variación entre aquella propuesta inicial y el trazado finalmente aprobado no supone vulneración de los actos propios, sino una demostración palpable de la razón de ser de la tramitación de un expediente tan complejo como el de deslinde de costas. Si la Administración no está vinculada por la existencia de deslindes previos, con menor motivo por una mera propuesta.

b') Incoación de nuevo procedimiento para contemplar las servidumbres

El artículo 12.6 de la Ley de Costas prevé la posibilidad de incoar un nuevo expediente de deslinde cuando el efectuado resultase incompleto. Esta incomplitud no sólo se produce cuando se altera la configuración del demanio, sino también cuando no se haya hecho constar la localización de las servidumbres impuestas a los terrenos colindantes (**STS de 29 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 2855/2009**).

c') Modificaciones sustanciales: necesidad de nueva fase de información pública y audiencia

Los artículos 11 y siguientes Ley de Costas y 20 y siguientes Reglamento de Costas diseñan los trámites a proseguir para realizar el deslinde del demanio marítimo. Uno de estos preceptos —artículo 25 del Reglamento— dispone la apertura de un nuevo período de información pública y de audiencia a los afectados cuando el proyecto de deslinde suponga modificación sustancial de la delimitación provisional previamente realizada. Y esto es lo que sucede en el supuesto sobre el que se pronuncia la **SAN de 12 de abril de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 198/2010**, en el que una vez llevada a cabo íntegramente la tramitación procedimental, a expensas de su aprobación final, se cambió la línea de ribera del mar. Sin duda, esto es una modificación sustancial, por lo que la falta de nuevos trámites de audiencia e información pública determina la nulidad de la Orden de deslinde.

d') Rectificación de errores: improcedencia

La rectificación de errores materiales o de hecho, tal como está contemplada en el artículo 105 Ley 30/1992, es un mecanismo procedimental diseñado para corregir equivocaciones manifiestas, ostensibles, indiscutibles, evidentes por sí mismas, que se exteriorizan por su propia contemplación sin necesidad de mayores razonamientos. Por eso, como estima acertadamente la **STS de 29 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 2416/2009**, no es figura válida para amparar una Orden que rectifica el plano de un deslinde aprobado por otra Orden siete años antes, ampliando la servidumbre de protección. En este caso no se trata de rectificar un error sino de alterar el sentido dado a la servidumbre.

D) Limitaciones sobre las propiedades colindantes

a) *Doctrina legal sobre el artículo 49.3 del Reglamento de Costas*

La **STS de 22 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 67/2011**, estima el recurso de casación en interés de la ley presentado por el Abogado del Estado y, en virtud del mismo, fija como doctrina legal la siguiente: «en los supuestos contemplados por el artículo 49.3 del Reglamento de la Ley de Costas, sólo podrán autorizar el uso, la ocupación o la realización de obras en la zona de servidumbre de tránsito cuando el Servicio Periférico de Costas del Ministerio otorgue su conformidad a esa autorización, la que deberá recoger preceptivamente las observaciones que, a dichos efectos, haya formulado el indicado Servicio Periférico de Costas». Significa esto que la Administración autonómica, competente para autorizar los usos permitidos en la zona de servidumbre de protección, carece de discrecionalidad al efecto, quedando vinculada por la decisión de la Administración estatal de costas.

Precisamente la discrecionalidad de que gozaba al efecto fue esgrimida por la Administración autonómica para justificar la realización de unas obras que posteriormente fueron declaradas contrarias a derecho por un Tribunal de Justicia. La **STS de 8 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 397/2008** —previa por tanto a la citada anteriormente— no niega esa discrecionalidad y el carácter no vinculante del informe estatal, pese a ratificar la valoración del Tribunal de instancia, coincidente con el sentido del mismo. Obviamente, tras la fijación de la doctrina legal expuesta, este razonamiento ya no es posible.

b) *Excepción a la servidumbre de protección: artículo 43.6 del Reglamento de Costas*

Como recuerda la **SAN de 12 de enero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 664/2012**, el artículo 43.6 Reglamento de Costas permite la eliminación de la servidumbre de protección y la sola fijación de la servidumbre de tránsito de 6 metros en los supuestos de realización de obras que den origen a la invasión por el mar en aquellos los terrenos que, con anterioridad a las mismas, no fueran de dominio público ni estuvieran afectados por la servidumbre de protección. Eso sucedía en el supuesto sobre el que se pronuncia.

c) *Extensión de la servidumbre de protección*

Con carácter general, la anchura de la servidumbre de protección se sitúa en 100 metros medidos tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 23 de la Ley de Costas). Por eso, como señala la **STS de 21 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 2200/2008**, nunca podrá esgrimirse el contenido de la Disposición Transitoria Tercera.2.b) de la misma norma —que otorga a las Administraciones urbanísticas la competencia para ajustar el planeamiento en relación a los terrenos clasificados a la entrada en vigor de la Ley como suelo urbanizable programado o apto para la urbanización con plan parcial no ejecutado— para contravenir la citada determinación. Que la Administración costera no promoviese la revisión del Plan Parcial y errara al informar favorablemente una Revisión de las Normas Subsidiarias en las que se fijaba una anchura de 50 metros para

la servidumbre de protección no es razón para incumplir lo establecido en la Ley de Costas. La determinación es, en todo caso, no ajustada a derecho.

Sin obstar aquella determinación general, también es suficientemente conocido que, por mor de las Disposiciones Transitorias Tercera Ley de Costas y Novena de su Reglamento, la anchura de la servidumbre de protección se reduce de 100 a 20 metros en los supuestos de terrenos clasificados como suelo urbano a la entrada en vigor de la misma o situados en un área urbana en que la edificación estuviera consolidada o dispusieran de los servicios exigidos en la legislación urbanística de esa fecha, y la Administración urbanística competente les hubiese reconocido expresamente ese carácter. A estos efectos, resulta indiferente que el reconocimiento sea posterior a la entrada en vigor de la Ley de Costas, pues lo relevante es que las circunstancias reconocidas sean previas a la misma (**STS de 28 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 1914/2008**). No obstante, la declaración hecha por la Comisión de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma no crea ni impone *per se* consecuencias jurídicas directas en orden a la servidumbre de protección, sustrayendo o vinculando el juicio de la Administración que ha de aprobar el deslinde, que es la que ha de decidir. La declaración de reconocimiento tiene el valor de un informe, pero lo realmente determinante es la exactitud de la realidad física acreditada mediante la actividad probatoria (**STS de 28 febrero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 2133/2010**).

E) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre

a) Necesidad de título concesional

El uso privativo del demanio marítimo exige la previa obtención de un título concesional, de otorgamiento discrecional por la Administración costera en función del alineamiento de aquél con el interés público (**STS de 29 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 6177/2009**). Una de las causas de extinción de este título es la caducidad, que en ningún caso tiene naturaleza sancionadora, y cuya declaración requiere proseguir el correspondiente procedimiento. Este procedimiento debuta con el acuerdo de iniciación del expediente de caducidad, insusceptible de impugnación autónoma dado que no se trata de una resolución finalizadora de procedimiento ni de un acto de trámite cualificado (**SAN de 16 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 839/2010**).

b) Concesiones de desecación de marismas otorgadas al amparo de la normativa anterior

Se ha indicado en crónicas previas que el otorgamiento de concesiones a perpetuidad para la desecación de marismas y el aprovechamiento de los terrenos desecados no implica automáticamente su transmutación en propiedad privada. Al tener apoyo estos títulos en una normativa muy variada, habrá de estarse a las condiciones concretas del título concesional. Y en los supuestos sobre los que se pronuncian las **SSTS de 31 de enero (dos) y 23 de febrero (tres) 2012, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 5966/2008, 6143/2008, 352/2009, 2033/2009 y 850/2010** —todas referidas a los mismos terrenos— no se contempla esa posibilidad.

c) *Régimen transitorio*

La Disposición Transitoria Primera.1 de la Ley de Costas establece que los titulares de espacios sitios en el demanio marítimo declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la misma pasarán a ser titulares de un derecho privativo de uso, a cuyo efecto deberán solicitar la correspondiente concesión en el plazo de un año a contar desde la mencionada fecha. La concesión se otorgará por treinta años prorrogables por otros treinta; plazo que, como recuerda la **SAN de 22 marzo de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 905/2010**, comenzará a computar desde la fecha de otorgamiento de la misma, salvo que el solicitante optase por retrasar su petición. En este caso, no pierde el derecho a la concesión indemnizatoria, pero el plazo concesional tampoco puede extenderse durante más tiempo del previsto a causa de tal actuación.

F) Infracciones y sanciones: limitaciones al ejercicio de la acción pública en materia de costas

Resulta interesante recordar que, como determina la **STS de 16 enero de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 3781/2008**, la acción pública prevista en el artículo 109.1 de la Ley de Costas no está prevista para combatir cualquier incumplimiento de la norma, sino para reaccionar contra las que se consideran infracciones, y así están tipificadas en atención al perjuicio que suponen para el dominio marítimo-terrestre. La ausencia de la conducta combatida entre estos tipos determina la imposibilidad de ejercer aquélla.

G) Puertos

a) *Obras portuarias de interés general*

El artículo 60 TRLPMM exime de licencia municipal a las obras de nueva construcción, reparación y conservación en demanio portuario, por constituir obras de interés general. La STC 40/1998, de 19 de febrero, interpretó el precepto (en puridad, su antecedente) de manera que no vulnerase el ordenamiento jurídico ni la autonomía local, matizando que debe tratarse de obras que se realicen en la zona de servicio portuario y sean propiamente instalaciones o construcciones portuarias. En estos casos —como sobre el que se pronuncia la **STSJ de Galicia de 15 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4330/2011**— la licencia municipal se considera válidamente sustituida por el informe del Municipio acerca de la acomodación de las obras al Plan Espacial de Ordenación del Espacio Portuario.

b) *Autorización de terraplenes y desmontes que afecten al demanio costero*

Por su parte, la **SAN de 14 marzo de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 180/2009**, recuerda que la autorización a la realización de terraplenes o desmontes, exigida por los artículos 25.2 de la Ley de Costas y 46.2 del Reglamento de Costas para garantizar la protección del dominio público, no corresponde a la Administración autonómica sino a la estatal. Por esa razón, desestima la pretensión del concesionario de servicios de un puerto deportivo, que solicitaba la anulación de un Proyecto de rehabi-

litación del borde marítimo aprobado por la Administración estatal en base a ese argumento erróneo.

4. VÍAS PECUARIAS

A) Las notas de la imprescriptibilidad e inalienabilidad del dominio público suponen que la alegación de un derecho civil de propiedad sobre un terreno comprendido en el deslinde de una vía pecuaria va a desplegar una eficacia completamente distinta según en qué momento se haya consumado tal derecho civil. Sólo una vez que los terrenos en cuestión merezcan ya la consideración de «dominio público», se verá mermada la eficacia de las normas civiles sobre adquisición de la propiedad, dada la reforzada protección del dominio público

En la **Sentencia del TSJ de Extremadura de 23 de diciembre de 2011 (rec. núm. 838/2009)** se resuelve el recurso interpuesto contra la Orden de 3 de febrero de 2003 por la que se aprobaba el deslinde del Descansadero-Abrevadero del Arroyo Hornera; la Orden de 2 de abril de 2003 por la que se aprobaba el deslinde de la Vía Pecuaria Real de Santa Elena; así como la resolución de 28 de mayo de 2009 de la Dirección General de Desarrollo e Infraestructuras Rurales de la Consejería de Agricultura y Medioambiente de la Junta de Extremadura, que había desestimado la solicitud de notificación de las anteriores Órdenes.

El núcleo del debate consistía en determinar hasta qué punto puede afectar el deslinde administrativo de vías pecuarias a un derecho de propiedad sustentado bien en la posesión continua del bien en concepto de dueño por el tiempo necesario para la usucapión, o bien en un título de adquisición inscrito en el Registro de la Propiedad. En suma, la sentencia se pronuncia acerca de si el derecho de propiedad sobre terrenos o superficies integrantes de una vía pecuaria puede o no invocarse como motivo para la impugnación en vía contencioso-administrativa del deslinde de la misma.

En el caso de Autos, ocurría que la propietaria de una finca registrada e inscrita en el Registro de la Propiedad desde 1978, que había resultado afectada el deslinde de las vías pecuarias, alega que en su finca nunca había existido vía pecuaria ni paso alguno para ganado y que se había producido a su favor una usucapión por posesión continuada y en concepto de dueño durante el tiempo jurídicamente requerido para ello.

En orden a resolver la controversia, la Sala efectúa una serie de consideraciones sobre el verdadero alcance de la imprescriptibilidad e inalienabilidad del dominio público y naturaleza predicable de las vías pecuarias; sobre la fuerza de los principios hipotecarios de legitimación frente al dominio público no inscrito; así como sobre la naturaleza del acto administrativo de deslinde (declarativa o constitutiva). Analiza en detalle la evolución normativa relacionada con las vías pecuarias desde el Real Decreto de 13 de agosto de 1892, en cuyo artículo 13 se decía que «las vías pecuarias, los abrevaderos y los descansaderos de la ganadería son bienes de dominio público, y son imprescriptibles, sin que en ningún caso puedan legitimarse las roturaciones hechas en ellos», pasando por la Ley 22/1974, de 27 de junio de vías pecuarias, hasta la vigente Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias.

El Tribunal explica cómo hasta la promulgación de la normativa actual la interpretación que se hizo de los textos normativos dictados sobre la materia permitió llegar a la conclusión de que «las vías pecuarias, por ser bienes de dominio público, no podían adquirirse por los particulares mediante prescripción ni por ningún otro título, pero que si se producía y se consolidaba dicha adquisición, el derecho privado adquirido prevalecería sobre el carácter del dominio público»; doctrina de la que también que hizo eco la Jurisprudencia, como demuestran las distintas sentencias que se citan en el pronunciamiento que comentamos. Ahora bien, El Tribunal rechaza la interpretación comentada y enumera cuales son los criterios que, a tenor de lo hoy dispuesto en el artículo 8 de la Ley 3/1995 de Vías Pecuarias, deben tenerse en cuenta para dilucidar en qué casos y a través de qué cauces los derechos de propiedad consolidados pueden oponerse a un deslinde de vías pecuarias practicado por la Administración. Así las cosas, el TSJ recuerda que la adquisición plena y firme del derecho de propiedad privada sobre los terrenos integrantes de una vía pecuaria se habrá podido producir, fundamentalmente, por tres causas:

- a) Por enajenación llevada a cabo por la propia Administración que, en el momento en que se produjera, fuese competente para la clasificación y el deslinde (así lo permitían expresamente los artículos 11 y siguientes de la Ley 22/1974, de 27 de junio previa declaración de innecesaridad);
- b) Por medio de la usucapión, conforme a las reglas del Código Civil;
- c) A través de la adquisición *ex lege* contemplada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que, más allá de la mera presunción de exactitud establecida por su artículo 38 (que, estima, ha quedado neutralizada a estos efectos), comporta la adquisición inatacable de quien, confiando en el Registro, compra a título oneroso y de buena fe a quien no es dueño pero figura como tal en el Registro.

Explica la Sentencia que dadas las notas de la imprescriptibilidad e inalienabilidad del dominio público, los supuestos de posesión por más de treinta años (usucapión) y adquisición por fe pública registral van a desplegar una eficacia completamente distinta según en qué momento se hayan consumado, pues, una vez que los terrenos en cuestión merezcan ya la consideración de «dominio público», se verá mermada la eficacia de las normas civiles sobre adquisición de la propiedad, dada la reforzada protección del dominio público.

Es así que la Sala parte de entender que, en principio, el deslinde prevalece frente a la inscripción registral y que a un particular no le bastará con la certificación registral sobre un terreno que coincida con un espacio deslindado como vía pecuaria, y ello con independencia de que la inscripción sea anterior o posterior a la clasificación como vía pecuaria. No obstante, razona que de acuerdo con lo establecido en el artículo 33 de la CE-78, un particular puede esgrimir frente a la Administración una adquisición plena y firme del derecho de propiedad sobre terrenos que después serán deslindados e integrarán una vía pecuaria, en tanto no se produzca formalmente la expropiación.

Además, añade, que tanto en el supuesto de usucapión por posesión continuada de treinta años en concepto de dueño, como en el de la eficacia de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, será necesario determinar si los actos de adquisición alegados por los particulares se han producido antes o después de la clasificación administrativa de la vía pecuaria, teniendo en cuenta que el acto de clasificación resulta imprescinc-

dible para que la vía pecuaria sea dominio público y, en consecuencia, le sean aplicables las reglas especiales de protección.

En el supuesto examinado se demuestra a través de los documentos registrales presentados, la pericial, etc, la transmisión de la propiedad del terreno por dónde se pretende hacer pasar la «vía pecuaria», etc., que resulta incontrovertido que tanto la actual titular como otros propietarios anteriores, han poseído pública y notoriamente la finca sin cargas, sin existencia de «Vía Pecuaria» durante tiempos casi inmemoriales.

Por otra parte, el TSJ considera que, en general, la vía jurisdiccional adecuada para impetrar la protección de estos derechos de propiedad sería la civil, de tal manera que la eficacia del deslinde no quede condicionada por tales derechos preexistentes y prevalentes. Ahora bien, excepcionalmente admite que pueda ser invocada en vía contencioso-administrativa como motivo de impugnación del deslinde administrativo la vulneración de un derecho de propiedad que se haya acreditado como absolutamente notorio e incontrovertido en el expediente administrativo, al tiempo de identificación y calificaciones de las «ocupaciones, intrusiones y colindancias».

En definitiva, el Tribunal, previa estimación de los recursos interpuestos anula las resoluciones impugnadas y da la razón al particular por haber demostrado la transmisión de la propiedad del terreno por donde se pretende hacer pasar la vía pecuaria, desde tiempos inmemoriales, poseyendo pública y notoriamente la finca sin cargas y sin existencia de vía pecuaria.

5. PATRIMONIO HISTÓRICO

A) La STC 6/2012, de 18 de enero, resuelve a favor de la Comunidad Autónoma de Cataluña el conflicto positivo de competencias planteado por ésta contra la aplicación del derecho de retracto pretendido desde Aragón sobre las piezas del patrimonio histórico-artístico del Monasterio de Sigüenza (Huesca) vendidas a partir de los años ochenta a la Generalitat de Cataluña

El pleno del **Tribunal Constitucional** en su **Sentencia 6/2012, de 18 de enero**, ha estimado el conflicto positivo de competencias planteado por el Gobierno catalán en 1998 cuyo origen se localiza en el derecho de retracto que pretende ejercer el Gobierno de Aragón mediante la Orden del Consejero de Educación y Cultura de la Diputación General de Aragón de 8 de agosto de 1997, posteriormente concretado mediante la Orden del mismo Consejero de 10 de febrero de 1998, respecto de bienes procedentes del tesoro artístico del Monasterio de Sigüenza que habían sido adquiridos por la Generalitat de Cataluña en los años ochenta. La sentencia entiende que la aplicación de un derecho de retracto sobre los bienes en conflicto hubiera supuesto una extralimitación del Gobierno aragonés en el ejercicio de sus competencias y un menoscabo de las que corresponden a Cataluña.

En su *petitum* ante el TC el Gobierno Catalán solicita que se dicte Sentencia en la que se declare que la competencia controvertida corresponde a la Generalitat de Cataluña, y, consiguientemente, se anulen las citadas órdenes.

Para entender mejor algunos aspectos del conflicto, conviene recordar, de un lado, que el Monasterio de Sigüenza o de Santa María Reina, está situado en Villanueva (Huesca), Co-

munidad Autónoma de Aragón, y es una construcción del s. XII de estilo románico tardío y cisterciense, que fue declarado Monumento Nacional por Real Orden de 28 de marzo de 1923; de otro, el origen y las vicisitudes de los bienes muebles controvertidos, en concreto, que habían sido depositados por la Orden de San Juan de Jerusalén, que ocupaba las dependencias del Monasterio de Sigena, en diversas instituciones museísticas catalanas a causa del deterioro y destrucción del Monasterio, especialmente después del incendio sufrido en 1936. En 1983 la Generalitat adquirió parte de esos bienes a la citada Orden religiosa, que en 1970 se había trasladado a Vallldoreix (Barcelona), los cuales fueron depositados en el Museo Diocesano de Lérida; en 1992 el Gobierno catalán compró otros bienes que habían sido previamente depositados en el Museo Nacional de Arte de Cataluña y en el Centro de restauración de la Generalitat.

En orden a defender su postura ante el TC, la Generalitat de Cataluña apela a distintos razonamientos:

1. En primer término, razona que los bienes adquiridos por ella no tienen la condición de Bien de Interés Cultural porque la Real Orden de 28 marzo de 1923, que declaró monumento nacional el Real Monasterio de Sigena, no afectó a los bienes muebles. También rechaza que tengan tal condición de acuerdo con el art. 27 de la Ley 13/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español y, en consecuencia, al no poder atribuirles carácter de bienes de interés cultural ni estar incluidos en el Inventario General al que se refiere el art. 26 de la Ley del patrimonio histórico español, no cumplen las condiciones para que la Diputación General de Aragón pueda ejercer sobre ellos el retracto previsto en el artículo 38 de dicha ley y el art. 40.3 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, del Patrimonio Histórico Español.
2. Además, se detiene en explicar el proceso de asunción competencial de la Generalitat en esta materia buscando enfatizar que a mediados de 1981 la Comunidad Autónoma ya había asumido plenamente competencias sobre la protección del patrimonio histórico y los museos en Cataluña, y que es en ejercicio de esas competencias que procedió a adquirir los controvertidos bienes, cumpliendo la legislación vigente. Considera que, por el contrario, la Comunidad Autónoma de Aragón ha excedido los límites de sus competencias con menoscabo de las que corresponden a la Catalana, entendiéndose que la extralimitación desde es triple: temporal, territorial y material.
 - a) La **extralimitación temporal** la defiende explicando que la Comunidad Autónoma de Aragón no asumió en la práctica el ejercicio de competencias en materia de patrimonio histórico y cultural hasta de diciembre de 1983. De ahí que considera que cuando se efectuó por Cataluña la compra para el Museo Diocesano de los bienes procedentes de Sigena, el 28 de enero de 1983, la Comunidad Autónoma de Aragón no podía haber realizado actuación alguna porque no tenía traspasadas las competencias.
 - b) La **extralimitación territorial** la cifra en que el Gobierno de Aragón pretendería extender la capacidad de retracto a bienes, como los adquiridos por la Generalitat en 1992, que no quedaron incluidos en el ámbito de la competencia asumida por la Diputación General de Aragón al haber salido de su territorio con anterioridad a la aprobación de su Estatuto de Autonomía. El Gobierno Catalán entiende que eso

sería contrario a la configuración del territorio como elemento delimitador de las competencias de las Comunidades Autónomas en relación con las demás Comunidades Autónomas y con el Estado, según la jurisprudencia constitucional.

- c) Finalmente, la **extralimitación material** radicaría en que el Gobierno de Aragón habría excedido del alcance de sus atribuciones al actuar una potestad que nunca ha formado parte de su acervo competencial. Y ello porque la figura del retracto no puede ser legalmente utilizada entre Comunidades Autónomas respecto de bienes adquiridos a instituciones eclesiásticas. Por una parte, los bienes controvertidos no tenían la condición de bien de interés cultural en el momento de su compra, lo que impide legalmente a la Comunidad Autónoma ejercer las actuaciones de retracto previstas en el art. 38 de la Ley del patrimonio histórico español. Por otra parte, ni con la Ley de 13 de mayo de 1933 ni con la citada Ley del patrimonio histórico español (art. 28) es posible el retracto de bienes histórico-artísticos entre Comunidades Autónomas sobre bienes de titularidad pública o pertenecientes a instituciones eclesiásticas.
3. Como cierre de sus argumentos, la Generalitat de Cataluña considera que la competencia de las Comunidades Autónomas en protección del patrimonio histórico tiene como objetivo la preservación de los bienes de esta naturaleza; esta competencia se ejerce sobre una realidad material que es la resultante de que a lo largo de los siglos y en la medida que lo permitían los recursos disponibles en cada momento, las distintas Administraciones, estatal y local, adoptaron legítimamente decisiones que han permitido preservar el patrimonio histórico y artístico de España, sin que la constitución de las Comunidades autónomas ni la Ley del Patrimonio Histórico Español permitan abrir un proceso de revisión de aquellas actuaciones. De ahí que la legislación establezca como punto de conexión para determinar la competencia la ubicación del bien y no su procedencia en origen.

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Aragón solicitó del TC que se dictara Sentencia por la cual se declarase la falta de jurisdicción de este Tribunal para conocer del presente conflicto, o subsidiariamente, declarase que la Comunidad Autónoma de Aragón es titular de la competencia controvertida, sin perjuicio de que la Generalitat de Cataluña pueda acudir a los Tribunales ordinarios para impugnar las órdenes objeto de este proceso constitucional.

En cuanto a la fundamentación jurídica:

1. Lo primero que alega el representante de la Comunidad Autónoma de Aragón es la falta de relevancia o contenido constitucional del conflicto planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, elemento específico y definitorio del conflicto positivo de competencia según la jurisprudencia constitucional. Sostiene que en el caso lo que está en juego sólo una discrepancia sobre cuestiones fácticas y de legalidad ordinaria respecto del ejercicio del derecho de retracto por parte Aragón. Por ello, entiende que el conflicto debería sustanciarse ante los Tribunales ordinarios. En este sentido, hay que poner de relieve que las órdenes del Gobierno de Aragón habían sido igualmente objeto de un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia

de Aragón, cuya tramitación se dejó en suspenso con la interposición del conflicto ahora a través de esta Sentencia resuelve el TC.

2. Además, la Comunidad Autónoma de Aragón afirma que ésta es competente para ejercitar el derecho de tanteo y retracto en las ventas de bienes de interés cultural. Esta competencia se enmarca dentro de las competencias de ejecución en materia de patrimonio histórico y que le corresponden en virtud de su Estatuto de Autonomía, de lo que deduce que la alegación de la Generalitat según la cual la Comunidad Autónoma de Aragón no podía haber realizado actuación alguna porque no tenía traspasadas las competencias hasta la entrada en vigor del Real Decreto 3065/1983, es meramente formal, y ello porque según una reiterada doctrina de este Tribunal es posible el ejercicio inmediato de las competencias cuya titularidad se asume *ipso iure* en virtud del Estatuto.
3. En tercer lugar alega que, aun tratándose de una cuestión de legalidad ordinaria, los bienes retractados ostentan la condición de bienes de interés cultural de acuerdo con la disposición adicional primera de la Ley del Patrimonio Histórico Español, dado que el Real Monasterio de Sigüenza fue declarado monumento nacional en 1923, y en él deben entenderse comprendidas las pinturas murales o los sepulcros, puertas, capiteles o columnas, elementos que deben considerarse consustanciales con el edificio y formando parte del mismo (art. 14 de dicha ley).

Así las cosas, el TC se adentra en la resolución del caso rechazando la pretendida falta de jurisdicción opuesta por la representación del Gobierno de Aragón. Estima que el conflicto promovido por el Gobierno catalán sí plantea una controversia competencial. Considera las órdenes dictadas por el Gobierno aragonés son «disposiciones» emanadas de una Comunidad distinta de la que plantea el conflicto (art. 63.1 LOTC en relación con los arts. 61.2 y 62 LOTC) impugnables en vía de conflicto constitucional dado que, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia, «lo importante a estos efectos no es tanto la naturaleza o la forma del acto como la real existencia de una controversia o disputa ante un evidente ejercicio de competencias supuestamente lesivo del orden constitucional». Y ello porque lo esencial para utilizar la vía del conflicto positivo de competencia «no es la naturaleza del acto que se discuta en el mismo, sino ... la afirmación por un ente de poseer una competencia ... frente a otro ente al que se le niega poseerla». Recuerda el TC que la existencia o inexistencia de una supuesta vulneración del orden de competencias «no se halla subordinada a la eficacia real del acto que la ocasione, sino a la conexión necesaria entre el acto y el ejercicio de una competencia, cuya titularidad reclama para sí el promotor del proceso constitucional». Es por ello por lo que concluye que las órdenes impugnadas constituyen efectivamente un ejercicio de la competencia de ejecución en materia de patrimonio histórico asumida por la Comunidad Autónoma de Aragón. Ello es así porque la decisión de ejercitar tal derecho es un acto formal de la Comunidad Autónoma, que realiza como tal de conformidad con el art. 38 de la Ley del Patrimonio Histórico Español y los arts. 40, 41 y 42 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, según reza el fundamento jurídico segundo de la Orden de 8 de agosto de 1997. Los preceptos citados contemplan la posibilidad de retracto de determinados bienes culturales por parte de «los demás organismos competentes para la ejecución de la Ley del patrimonio histórico español, entre los que figuran aquellos que en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del Patrimonio Histórico».

Además, el TC rechaza que la compraventa de los controvertidos bienes por parte de la Generalitat no supusiera actuación de potestad alguna, como pretendía el Gobierno de Aragón. De la misma forma que el ejercicio del derecho de retracto sobre aquellos bienes constituye un ejercicio de la competencia de ejecución en materia de patrimonio histórico por parte del Gobierno de Aragón, su previa adquisición por parte de la Generalitat se realizó en ejercicio de las competencias en materia de patrimonio cultural y de museos asumidas estatutariamente, y en cumplimiento de lo dispuesto en la legislación sobre patrimonio histórico. La pretensión de incompetencia se funda, pues, en un ejercicio de las competencias por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón que condicionaría el ejercicio de las que corresponden a la Generalitat de Cataluña (STC 243/1993, FJ 2).

De todo lo anterior, concluye el TC que la pretensión competencial de la actora tiene indudable relieve constitucional, y de ahí que el conflicto positivo de competencia promovido por la Generalitat de Cataluña encaja en las previsiones de la LOTC.

Por lo que se refiere al fondo de la controversia, el TC parte de examinar el sistema constitucional de distribución de competencias en materia de patrimonio histórico. Recuerda que la Constitución Española, además de imponer a los poderes públicos la obligación de conservar y promover «el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad» (art. 46 CE), estableció el régimen de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de patrimonio histórico y cultural. Según éste el Estado, tiene competencia exclusiva sobre: a) la «defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación» y b) «los museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas» (art. 149.1.28.^a CE). El núcleo de competencias en materia de patrimonio histórico y cultural corresponde, por consiguiente, a las Comunidades Autónomas (art. 148.1.16.^a CE).

Acto seguido el TC repasa las competencias que ostentan cada una de las dos CC.AA. implicadas en el conflicto positivo de competencias en la materia objeto del mismo esto es, en materia de cultura, patrimonio histórico, artístico, monumental, arquitectónico, arqueológico y científico y en materia de archivos, bibliotecas, museos. A la vista de este repaso concluye que el conflicto positivo de competencias se plantea ante dos Comunidades Autónomas que poseen competencia exclusiva en materia de protección de patrimonio histórico y cultural. Ambas Comunidades Autónomas ejercen dicha competencia respecto de unos determinados bienes procedentes del Monasterio de Sigena que habían sido trasladados a Cataluña por la Orden de San Juan de Jerusalén, de tal modo que, mientras que el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, estando éstos ya en su territorio, procedió en 1983 y 1992 a su adquisición, y ha actuado desde entonces a favor de su protección, el Gobierno de Aragón ejerció respecto de ellos el derecho de retracto como un modo para procurar el retorno de los mismos a su territorio. Considera que el elemento determinante radica en que cada parte actúa con la legitimidad constitucional que les confiere la norma estatutaria propia a tenor de los títulos competenciales que cada una de ellas tiene atribuidos.

En reiteradas ocasiones anteriores el TC ha destacado cuál es el principio según el cual el territorio es elemento delimitador de los poderes públicos territoriales en el ejercicio de

las competencias que les corresponden y, más en concreto, es elemento delimitador de las competencias de las Comunidades Autónomas en su relación con las demás Comunidades y con el Estado, indicando también que este principio no puede ser interpretado «en unos términos que impidan a las instancias autonómicas, en el ejercicio de sus propias competencias, adoptar decisiones cuyas consecuencias puedan proyectarse sobre otros lugares del territorio nacional».

A partir de aquí el TC realiza un repaso de lo resuelto en algunos de sus pronunciamientos relativos a la misma materia de fondo. En el asunto que dio lugar a la STC 17/1991, para el Tribunal resultó claro que la competencia para ejercer los derechos de tanteo y retracto en los casos de expoliación de bienes muebles integrantes del patrimonio histórico español (art. 33 de la Ley del Patrimonio Histórico Español), así como en los casos en los que «se trate de adquirir bienes muebles para un museo, archivo o biblioteca de titularidad estatal» pertenece al Estado (art. 149.1.28.^a CE). Por lo demás, el Tribunal recordó que «los derechos de tanteo y retracto pueden ser ejercidos en idénticos términos por los demás organismos competentes para la ejecución de esta Ley (los de cada Comunidad Autónoma según el art. 6)», según lo establecido en el art. 38.4 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, por lo que no pueden entenderse establecidos única o preferentemente a favor del Estado (STC 17/1991, FJ 18). La posible instauración de los derechos de tanteo y retracto a favor de las Administraciones autonómicas en el marco de una materia sobre la que ejercen competencia exclusiva ha sido refrendada en diversas ocasiones por este Tribunal, que ha establecido que nada impide que los derechos de tanteo y retracto «puedan constituirse en favor de las Administraciones públicas para servir finalidades públicas con adecuado respaldo constitucional, siendo en tal caso regulados por la correspondiente legislación administrativa, e insertándose en las competencias de titularidad autonómica cuando las Comunidades Autónomas hayan asumido en sus Estatutos competencias normativas sobre la materia en que dichos derechos reales se incardinan» (SSTC 170/1989 y 102/1995, de 26 de junio). Así, en materia de medio ambiente con finalidad protectora de determinados espacios naturales (SSTC 170/1989 y 156/1995, de 26 de octubre) o en materia de urbanismo y vivienda como un mecanismo o técnica jurídica establecida con la finalidad de combatir el fenómeno de la especulación del suelo.

Además, recuerda que la función que cumple el retracto en la legislación del patrimonio histórico es garantizar la protección de los bienes de esta naturaleza desde el entendimiento de que en determinadas ocasiones esta protección se va a realizar mejor en manos de la Administración. He aquí la finalidad de la atribución a las Comunidades Autónomas de la facultad de retracto; facultad que, de darse las circunstancias que precisaran de la actuación de preservación y protección del patrimonio, podrán, sin duda, ejercitarla frente a los particulares y frente a otras Administraciones públicas.

Aunque el TC no pone en duda que una de las políticas emprendidas por los poderes públicos aragoneses es procurar el regreso a Aragón de todos los bienes integrantes de su patrimonio cultural, histórico y artístico que se encuentran fuera de su territorio, como expresamente establecen los artículos 22.2 y 71.45 EEAR, considera que ejercicio de las potestades públicas ha de hacerse, en todo caso, en términos conformes con el orden competencial y atendiendo los contornos posibles de las mismas. Y es así que en el caso de que conoce estima que el recurso al derecho de retracto como instrumento de la política de

recuperación del patrimonio cultural ubicado fuera del territorio de Aragón —que se realiza en ejercicio de la competencia exclusiva sobre patrimonio histórico y cultural— choca con la competencia autonómica catalana en materia de preservación del patrimonio, que ha de entenderse que se extiende a aquel que está en su territorio, independientemente de su origen (art. 127 EAC).

Considera que el objetivo de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección del patrimonio histórico es la preservación de los bienes de esta naturaleza. Ahora bien, tomando en cuenta no sólo la señalada funcionalidad general del territorio en el entramado de distribución de competencias operado por la Constitución, los Estatutos de Autonomía y demás leyes integradas en el bloque de la constitucionalidad, reconoce que nos encontramos ante la concurrencia de competencias en un mismo espacio físico y, ante la falta de recurso a las técnicas de colaboración entre Comunidades Autónomas, concluye que prevalece la competencia que corresponde a Cataluña, a cuyo cuidado —y como resultado de las más diversas circunstancias— se hallan los bienes relacionados en las órdenes dictadas por el Consejero de Educación y Cultura de la Diputación General de Aragón. Ciertamente, al ejercer su competencia en materia de patrimonio histórico sobre los bienes que se hallan en su territorio —con independencia de cuál sea el origen de los mismos—, Cataluña viene cumpliendo la señalada función de preservación del patrimonio histórico y artístico de España, y resulta constitucionalmente congruente desde esta perspectiva, toda vez que los bienes sobre los que versa la controversia están en adecuadas condiciones de conservación en Cataluña, que los mismos permanezcan en la Comunidad Autónoma en la que se encuentran. En razón de lo anterior el TC resuelve estimar el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de las disposiciones dictadas por el Gobierno de Aragón.

En realidad, dilucidar este asunto no fue sencillo, como pone de manifiesto el que la sentencia tenga dos votos particulares a los que, respectivamente, se adhieren otros dos magistrados, siendo, por tanto, que cuatro Magistrados disienten de la opinión mayoritaria del fallo que se ha expuesto.

En esencia, los Magistrados que suscriben los Votos particulares consideran que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.1 LOTC, procedía haber declarado la falta de jurisdicción del TC para conocer de la pretensión deducida, correspondiendo la resolución a la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la que ya pendía un proceso con el mismo objeto. Entienden que en este caso no se está planteando en realidad un problema de definición de los límites de las respectivas competencias autonómicas, sino de verificación de su ejercicio concreto. Además, uno de los votos particulares también apunta que aunque las competencias de Aragón y Cataluña coinciden materialmente sobre unos mismos bienes (los procedentes del Monasterio de Sigüenza sito en Aragón, adquiridos por la Generalitat de Cataluña), los títulos competenciales que se pretenden ejercer por cada una de ellas son heterogéneos: si Cataluña alega la competencia para proteger el patrimonio, Aragón pretende la recuperación o regreso de ese mismo patrimonio situado fuera de su territorio. En tales circunstancias, en ausencia de mecanismos de cooperación entre Comunidades, el ejercicio por Aragón de la acción de retracto en los términos fijados por el legislador estatal hubiera debido permitir a los Tribunales ordinarios dar una respuesta jurídica a pretensiones que, desde el punto de vista competencial, encuentran perfecto acomodo en los respectivos

Estatutos de Autonomía. De hecho, con anterioridad ya el TC ante una situación en la que también se planteaba el ejercicio de competencias autonómicas parcialmente heterogéneas había considerado «innegable que a fin de cuentas existe un conflicto o controversia entre las dos Comunidades Autónomas, pero que no es ni puede ser de naturaleza competencial desde su perspectiva constitucional» (STC 195/2001, de 4 de octubre, FJ 3), por lo que también en el supuesto considerado entienden que el fallo hubiera debido ser de inadmisión por falta de jurisdicción de este Tribunal.

Importa también señalar que el segundo de los votos particulares contiene una crítica sustancial no menor. En él se alude a que la Sentencia que tratamos, una vez afirmada la competencia del TC para dirimir el conflicto, incorpora una *ratio decidendi*, en la que se apuntan razones diversas cuya incidencia real en la decisión no resulta nítida. Parece —dice el voto particular— que la *ratio decidendi* estriba en la idea de que el principio de territorialidad avoca a que los bienes controvertidos han de permanecer en la Comunidad Autónoma en la que se actualmente se encuentran. Pero la invocación del principio de territorialidad, sin más aditamento, resulta insuficiente pues, como la propia Sentencia reconoce en su fundamento jurídico 6, «este principio no puede ser interpretado en unos términos que impidan a las instancias autonómicas, en el ejercicio de sus propias competencias, adoptar decisiones cuyas consecuencias puedan proyectarse sobre otros lugares del territorio nacional». Así las cosas, los Magistrados expresan que hubiera sido deseable que la decisión del conflicto hubiese venido sustentada en una exposición argumental que, más allá de resolver el concreto destino de los bienes controvertidos, supusiera una verdadera delimitación competencial —como exige el art. 66 LOTC— y no a ceñir el alcance de la Sentencia a los concretos bienes que han provocado la controversia, lo que implica reconocer implícitamente que el TC ha actuado haciendo suya la función que el art. 117.3 de la Constitución atribuye a los Juzgados y Tribunales ordinarios.

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

a) *Obligados tributarios*

La **sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 24 de febrero de 2012 (rec. núm. 124/2008)** trata de los efectos de la solicitud de baja en una comunidad de usuarios por parte de un partícipe en la misma, con renuncia al aprovechamiento de las aguas. Dice la sentencia que de la Ley de Aguas no cabe deducir una prohibición absoluta de separación de los comuneros integrantes en una comunidad de regantes. Efectuada con eficacia, habiendo notificado tanto a la autoridad de cuenca como a la propia comunidad, y respetando lo que acarrea según los estatutos de la misma, ello tendrá efecto sobre los cánones y tarifas, siempre que se renuncie al aprovechamiento.

b) *Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa*

El **Tribunal Supremo** dictó a finales de 2011 sus primeras sentencias en relación con el sometimiento a los cánones de regulación y tarifas de aquellos operadores obligados

al pago, además, del llamado canon de pie de presa, adjudicatarios de la explotación hidroeléctrica de saltos de agua. Y falló a favor de las Confederaciones, desestimando los recursos de casación deducidos contra las sentencias de instancia. Mantiene su doctrina en la **sentencia de 23 de febrero de 2012 (rec. núm. 1943/2008)**.

Entretanto, otros tribunales iban resolviendo recursos. Se desestima el recurso planteado por la empresa eléctrica en el caso resuelto por la **Audiencia Nacional, sentencia de 21 de septiembre de 2011 (rec. núm. 358/2010)**. No es la primera vez que la Audiencia Nacional desestima los argumentos planteados por esta actora, basados sobre todo en la naturaleza tributaria del canon de pie de presa, en la convalidación de sus elementos por la Ley 25/1998 y en la inacción del gobierno frente a un precepto tachado de ilegal hace casi veinte años, pero no anulado: con la misma técnica que en otras ocasiones, la sala contesta con un razonamiento que ignora por completo los fundamentos de la demanda. Aunque el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en el mismo sentido, esperemos que, en el caso de que se presente un recurso de casación con empleo de estas ideas, sí dé a la empresa eléctrica una respuesta congruente.

c) *Imposición y ordenación*

Uno de los asuntos que genera litigios con más frecuencia es el de la fecha límite para aprobar los cánones y tarifas, con acusaciones frecuentes de retroactividad intolerable.

En el período de análisis, el **TSJ de Extremadura** ha estimado unos cuantos recursos por causa de la retroactividad del acuerdo de imposición, en relación con acuerdos adoptados en el año de devengo o fuera incluso del año de la campaña. Cfr. las **sentencias de 20 de diciembre de 2011 (rec. núm. 232/2010)**, **17 de enero de 2012 (rec. núm. 167/2010)**, **28 de febrero de 2012 (rec. núm. 144/2010)** o **20 de marzo de 2012 (rec. núm. 857/2010)**. Recuérdesse que la sala de Cáceres estima los recursos incluso cuando lo que se impugnan son las liquidaciones, dado que considera que el acuerdo es una disposición general y no un acto administrativo, y cabe recurso indirecto contra el mismo.

Lo que no admite el TSJ de Extremadura es que la autoridad de cuenca tenga que abstenerse de practicar una segunda liquidación, ajustada a otros parámetros (**sentencia de 31 de enero de 2012, rec. núm. 730/2010**).

B) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja

a) *Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas*

El **Tribunal Supremo** ha estimado, mediante la **sentencia de 15 de diciembre de 2011 (rec. núm. 1438/2009)**, el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento canario de La Orotava, confirmando su doctrina de que la Comunidad Autónoma carece de potestades autorizatorias respecto de las tasas de abastecimiento de agua en baja aprobadas por los entes locales. Frente a la sentencia de instancia, rechaza que haya de examinarse si debía o no tratarse de tasa —por operar una concesionaria—, advirtiendo que en el caso de servicios o actividades como éste, sea cual sea la modalidad de gestión del servicio público, lo que corresponde es precisamente una tasa.

La **sentencia del TSJ de Andalucía, Granada, de 27 de enero de 2012 (rec. núm. 2897/2003)**, estima el recurso presentado contra la exacción de unos pretendidos aportes en metálico equivalentes a los aportes de agua consecuencia del desarrollo de sectores de suelo urbanizable y de unidades de ejecución, que se giran conforme a acuerdo plenario. Aunque la representación procesal del Ayuntamiento trata de homologarlas a una tasa, el TSJ no lo considera así y anulará la exacción sobre la base de la vulneración del artículo 31.3 de la Constitución, siendo prestaciones patrimoniales de carácter público no establecidas de acuerdo con una norma de rango legal.

C) Otro dominio público estatal

a) *Tasas por reserva del espacio radioeléctrico*

La **sentencia del TS de 16 de enero de 2012 (rec. núm. 1674/2007)** desestima el recurso de casación interpuesto por una Confederación Hidrográfica y confirma la sujeción a la tasa por reserva del espacio radioeléctrico, en relación con la reserva de frecuencias destinada a la prestación del servicio de la red del Sistema Automático de Información Hidrológica. No se cumplen los presupuestos para poder aplicar algún beneficio fiscal, al existir una contraprestación indirecta por parte de los usuarios de este servicio (la que proporcionan los cánones y tarifas de la Ley de Aguas).

D) Dominio público local

a) *Tasas por utilización del dominio público local al 1,5% del volumen de ingresos*

La **sentencia del TSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2011 (rec. núm. 447/2011)** estima el recurso deducido contra la exacción de la tasa por el aprovechamiento especial del dominio público local a favor de empresa transportista de energía eléctrica, por no disponer la empresa de instalaciones de transporte de energía eléctrica en el municipio.

La norma que regula esta forma de cuantificación de la tasa local dice que no se incluirán entre los ingresos brutos las cantidades percibidas por aquellos servicios de suministro que vayan a ser utilizados en aquellas instalaciones que se hallen inscritas en el registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica, como materia prima necesaria para la generación de energía susceptible de tributación por este régimen especial. En el caso resuelto por el **TSJ de Aragón, mediante sentencia de 17 de octubre de 2011 (rec. núm. 111/20109)**, relativa a la actividad de suministro de gas natural, la sala rectificará en parte la exclusión que había determinado el Juzgado, dado que aunque el suministro lo era para una planta de cogeneración de una empresa eléctrica, no puede admitirse que el 100% tenga este destino directo e inmediato.

b) *Tasas por utilización del dominio público local: la cuestión de los operadores de telefonía móvil*

En espera de pronunciamientos por parte del TJUE y, después, por el Tribunal Supremo, las salas de los TTSSJ tienen que ir resolviendo los casos que se les plantean sobre las

Ordenanzas Fiscales reguladoras de las tasas por utilización del dominio público local por empresas de telefonía móvil, indexadas con frecuencia a un porcentaje de sus ingresos locales.

Es el caso de la **sentencia del TSJ de Castilla y León, Burgos, de 18 de octubre de 2011 (rec. núm. 145/2010)**, referida a la tasa aprobada por el Ayuntamiento de Cuéllar (Segovia). La tasa se calculaba, a grandes rasgos, aplicando un porcentaje sobre el importe del consumo telefónico y teniendo en cuenta el número de habitantes empadronados, imputándose a los respectivos operadores en proporción a su actividad. La sala descarta algunas impugnaciones de tipo general (no hay hecho imponible; en realidad es el sistema del resto de los suministradores de interés general, pero encubierto; se manifiesta doble imposición con las tasas nacionales que tienen que abonar los operadores de telefonía móvil...). Pero no se muestra conforme con las maneras de calcular el valor de mercado que representa para las empresas la utilización demanial.

También se producen estimaciones parciales en los casos resueltos por el **TSJ de Valladolid, mediante sentencias de 21 de septiembre y 4 de noviembre de 2011 (rec. núm. 3785/2008 y 1798/2009)**.

E) Impuesto sobre Bienes Inmuebles

a) Bienes afectos a la seguridad ciudadana

La **sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 16 de septiembre de 2011 (rec. núm. 827/2010)**, confirma la exención en el IBI de los locales policiales dedicados a expedición de DNI, pasaportes y tarjeta de extranjeros, por considerarse actividad afecta o vinculada a la seguridad ciudadana. La sala explica con detalle la relación de estos documentos con la identificación de personas y, por lo tanto, con dicha seguridad ciudadana.

b) Dominio público hidráulico

La **sentencia del TSJ de Castilla y León, Burgos, de 25 de noviembre de 2011 (rec. núm. 71/2011)** desestima el recurso deducido por la Confederación del Duero en relación con el embalse y la presa de Las Cogotas. De una parte, se rechazan los eventuales vicios formales en los que se podía haber incurrido por no haber notificado al sujeto debido: nótese que concurren, además de la Confederación, el Ministerio (propietario) y una empresa que efectúa actividad de producción de energía eléctrica (concesionaria). Dado que no se comunicó al Catastro la información detallada de la posición de cada uno, no puede pretenderse luego invocar este tipo de argumentación. Se busca en todo caso la exclusión de tributación, siquiera parcial, referida por ejemplo a la presa: la sala de Burgos rechaza también esta pretensión, sobre la base de la no gratuidad del uso, dadas las exacciones que se perciben por los usuarios.

F) Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras

a) Bienes públicos

La **sentencia del TSJ de Madrid de 6 de octubre de 2011 (rec. núm. 501/2011)** entiende exenta la obra de construcción de un intercambiador de transportes de titularidad autonó-

mica, dada su relación directa e imprescindible para que las estaciones ferroviarias puedan cumplir adecuadamente su función. Interesa destacar que la sala de Madrid no se opone a la sujeción al tributo en los casos en los que se siga un procedimiento alternativo a la obtención de licencia, por haber sido declaradas urgentes y de excepcional interés público: lo determinante es si está necesitada de licencia o está excluida de la misma.

ELOY COLOM PIAZUELO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRD
BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE

SUMARIO

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

- A) **Evaluación estratégica ambiental.** Concepto de «planes y programas exigidos por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas». Aplicación del concepto a un procedimiento de derogación de un plan de uso del suelo y a otro de aprobación de un plan contra la contaminación producida por nitratos procedentes de fuentes agrarias.
- B) **Evaluación de impacto ambiental.** Proyectos aprobados por acto legislativo. Debe tener lugar una evaluación apropiada de sus repercusiones en el medio ambiente. Acceso a la justicia en medio ambiente. Actividades privadas y posibilidad de que sean objeto de una calificación como de interés general.
- C) **Acceso a la información en medio ambiente.** Concepto de órgano legislativo. La confidencialidad en la actuación de las actuaciones públicas. Debe estar prevista en una Ley.
- D) **Residuos, traslado.** Validez de la información obligatoria que debe prestar el intermediario sobre la identidad de la empresa que genera los residuos. Protección de los secretos comerciales.
- E) **Residuos, vertido.** Evaluación de impacto ambiental. Vertedero autorizado y decisión de continuar sus actividades. Concepto de «autorización» en materia de residuos: sólo lo es si lleva consigo obras o actuaciones que modifiquen la realidad física del emplazamiento.
- F) **Incumplimiento de Estado, Grecia.** No ha aprobado en el plazo previsto los planes de gestión de distrito hidrográfico (demarcación hidrográfica) previstos por la Directiva 2000/60/CE (Directiva marco de aguas).

2. AGUAS CONTINENTALES.

- A) **Evaluación y gestión de riesgos de inundación, impugnación del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio.** La transposición de las directivas comunitarias no está reservada a la Ley. No se invaden las competencias urbanísticas y de ordenación del territorio de las Comunidades Autónomas y, en todo caso, prevalecen las competencias estatales sobre seguridad pública.
- B) **Ilegalidad del automatismo en la fijación del coeficiente de mayoración en el canon de control de vertido para los vertidos no autorizados según lo regulado en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico.**

3. AGUAS MARINAS.

- A) **Condicionamientos al ejercicio de la competencia autonómica sobre protección de espacios naturales sobre aguas exteriores.**
- B) **Pesca y cultivos marinos: limitaciones ambientales.**

4. MONTES.

- A) **Los artículos 45 y 47 de la Ley 42/2007, de 17 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad imponen una obligación de preservar y garantizar la situación medioambiental a las Administraciones Públicas competentes que, no obstante, no se traduce en un deber inmediato, sino que se trata de un deber sometido a los trámites y procedimientos oportunos, habitualmente complejos.**

5. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.

- A) **La atribución de competencias al Estado para la evaluación de impacto ambiental de proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la AGE es conforme con el orden constitucional de competencias.**

6. SUBVENCIONES AMBIENTALES.

- A) **Las subvenciones ambientales deben respetar el orden competencial constitucional en materia de medio ambiente. Solo cabe centralizar la gestión de una subvención en manos del Estado por razones excepcionales y adoptando medidas de coordinación con las CC.AA. para garantizar su autonomía.**

7. RESIDUOS.

- A) **La autorización autonómica para valorizar y eliminar residuos no peligrosos ha de respetar las prohibiciones derivadas de la clasificación municipal del suelo por medio de PGOU como suelo no urbanizable de especial protección.**

8. RADIACIÓN ELECTROMAGNÉTICA.

- A) **Las Comunidades Autónomas no pueden alterar los estándares sanitarios de emisiones radioeléctricas aprobados por el Estado ni imponer a los operadores una obligación de incorporar nuevas tecnologías para lograr una minimización de dichas emisiones.**
- B) **La prohibición de instalación de antenas en suelo urbano no resulta desproporcionada en la medida en que del informe pericial se deriva que ésta no impide ni dificulta la prestación del servicio. La exigencia de un Plan de Implantación y de la compartición de infraestructuras no resulta desproporcionada.**

9. FISCALIDAD AMBIENTAL.

- A) **Tributos estatales en materia de aguas.**
 - a) Canon de control de vertido: naturaleza del tributo.
 - b) Canon de control de vertido: relaciones con los tributos autonómicos sobre depuración.
 - c) Canon de control de vertido: hecho imponible.
 - d) Canon de control de vertido: sujetos pasivos.
 - e) Canon de control de vertido: cuantificación.
 - f) Canon de control de vertidos: aplicación del tributo.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas.

- a) Doble imposición interna: relaciones con el canon de control de vertidos de la Ley de Aguas estatal.

C) Tributos locales en materia de agua.

- a) Tasa municipal de depuración.

D) Otros tributos autonómicos ambientales.

- a) Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente.

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Evaluación estratégica ambiental. Concepto de «planes y programas exigidos por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas». Aplicación del concepto a un procedimiento de derogación de un plan de uso del suelo y a otro de aprobación de un plan contra la contaminación producida por nitratos procedentes de fuentes agrarias

Dos Sentencias se van a comentar en este punto. La primera de ellas es la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 22 de marzo de 2012, recaída en el asunto C- 567/10**, resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Cour constitutionnelle de Bélgica.

El asunto controvertido versa en torno al art. 2.a) de la Directiva 2001/42/CE del Parlamento y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Ese precepto señala dentro del concepto de «planes y programas» que deben ser objeto del tratamiento indicado por dicha Directiva aquéllos «cuya elaboración o adopción, o ambas, incumban a una autoridad nacional, regional o local, o que estén siendo elaborados por una autoridad para su adopción, mediante y procedimiento legislativo por parte de un Parlamento o Gobierno y que sean exigidos por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas». La discusión se va a establecer en torno a la palabra «exigidos» y si el precepto se refiere no solo a su elaboración y aprobación sino también a su derogación. Lo que se le traslada al Tribunal de Justicia de la UE es el contenido de un derecho belga (de Bruselas) en el que en relación a la ordenación del territorio se plantea la existencia de distintos planes y, entre ellos, del denominado «plan particular de uso del suelo». La normativa da una libre iniciativa a los Municipios para que, bien por sí mismos o en el plazo que fije el Gobierno, realicen estos planes. Igualmente la misma normativa fija la posibilidad de derogar estos planes.

Pues bien, lo que se plantea por el Tribunal belga es la adecuación a la Directiva 2001/42/CE de esta normativa interna en cuanto que no se prevé en ella la existencia de un informe ambiental para proceder a tal derogación.

Pues bien, el Tribunal de Justicia, a partir de la constatación de que el objetivo esencial de la Directiva es someter a evaluación medioambiental los planes y programas que pue-

dan tener efectos significativos en el medio ambiente, durante su preparación y antes de su adopción (punto 20), a través de un proceso de razonamiento va a concluir que los planes a que se refiere la normativa belga entran dentro del ámbito objetivo a que se refiere el art. 2.a) de la Directiva y que su derogación también está sometida a la misma.

Para ello se les considera incluidos dentro del concepto de «exigidos» del art. 2.a) sin que la libre iniciativa municipal que aparece en el derecho belga sea obstáculo para ello (punto 32). Y desde el punto de vista de los objetivos que deben cumplirse con la Directiva, se indica que también la derogación de los planes (y no solo su elaboración y aprobación) pueden tener efectos significativos sobre el medio ambiente, por lo que esta actuación queda también sometida a las normas de la directiva sobre la evaluación medioambiental de dichos planes.

Y la segunda es la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 28 de febrero de 2012, recaída en el asunto C- 41/11 (Inter-Environnement Wallonie ASBL, Terre wallonne ASBL/Región Valona)** resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Conseil d'Etat de Bélgica y trata sobre la aplicación de la Directiva 2001/42/CE del Parlamento y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Sentencia en la que además de reiterarse la doctrina sobre la necesaria evaluación de impacto ambiental de los planes y programas que respondan al concepto de esta Directiva, va a existir una interesantísima doctrina sobre la posibilidad de mantener efectos de actos nacionales que violenten el derecho comunitario.

El supuesto de esta Sentencia exige saber que, anteriormente, el Tribunal de Justicia adoptó su Sentencia de 22 de septiembre de 2005 Comisión/Bélgica (C-221/03), en la que se señaló el incumplimiento de este país de distintos preceptos de la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos procedentes de fuentes agrarias. En su ejecución se dictó por la Región walona un Decreto que contenía un «programa» que no fue objeto de evaluación de impacto ambiental tal y como hubiera exigido la Directiva 2001/42/CEE. La cuestión que fundamentalmente se va a plantear, y a partir de que un programa como el indicado debería haber sido objeto de evaluación de impacto ambiental, es si tal Decreto puede tener algún tipo de efecto en tanto en cuanto no tenga lugar un procedimiento que remedie esa falta detectada.

La Sentencia que se comenta va a establecer la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de asuntos en los que pueda observarse que se ha violado el derecho comunitario —como en el caso que nos ocupa— de adoptar medidas tendentes a la anulación o supresión del acto interno que haya producido tal violación (punto 46 de la Sentencia). Pero, y respondiendo a lo que le indica al Tribunal europeo el Conseil d'Etat belga acerca de que podría producirse un vacío legal «incompatible con la obligación que pesa sobre el Estado miembro de adoptar las medidas de transposición de la Directiva 91/676», va a indicar que «podrá autorizarse excepcionalmente al órgano jurisdiccional remitente, habida cuenta de la existencia de una consideración imperiosa relacionada con la protección del medio ambiente, a que aplique la disposición nacional que le habilita para mantener determinados efectos de un acto nacional anulado, siempre que se cumplan los siguientes requisitos» (que transcribimos a continuación):

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

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

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

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

B) Evaluación de impacto ambiental. Proyectos aprobados por acto legislativo. Debe tener lugar una evaluación apropiada de sus repercusiones en el medio ambiente. Acceso a la justicia en medio ambiente. Actividades privadas y posibilidad de que sean objeto de una calificación como de interés general

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 16 de febrero de 2012, recaída en el asunto C-182/10**, resuelve una decisión prejudicial planteada por la Cour Constitutionnelle belga que versa sobre la interpretación de distintos preceptos del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, celebrado el 25 de junio de 1988 (Convenio de Aarhus) y aprobado en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2005/370/CE del Consejo de 17 de febrero de 2005, de varios preceptos de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y, finalmente, del art. 6.3 y 4 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (Directiva hábitats).

Lo que está presente en el planteamiento del Tribunal belga y en la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE es algo sobre lo que ya se ha debido ocupar este Tribunal en varias ocasiones: la aprobación de proyectos por acto legislativo y qué condiciones debe cumplir esta aprobación para que no pueda considerarse burlada la finalidad de la Directiva 85/337/CEE y, también, el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (el Convenio de Aarhus), mucho más complejo en el caso de las actuaciones legislativas que en el de las realizadas por parte de la Administración Pública. En el caso concreto se trata de distintas licencias de construcción relativas a obras ligadas a dos aeropuertos y a una línea ferroviaria y que se han aprobado mediante un Decreto del Parlamento valón de 17 de julio de 2008. Ese Decreto ha llegado a la consideración de la Cour Constitutionnelle belga y es ella la que se dirige al Tribunal de Justicia de la UE. Algunas de estas actuaciones estarían incluidas en un espacio de la red Natura 2000 y por eso se introduce también en el caso la aplicación de la Directiva hábitats.

La Sentencia que nos ocupa es de las más largas y completas de las existentes en esta materia, de forma correspondiente al amplio número de preguntas que plantea el Tribunal

belga. En este comentario vamos a realizar una síntesis de las respuestas pronunciadas por el Tribunal de Justicia de la UE, sin entrar en el detalle del razonamiento jurídico por el cual se alcanzan éstas.

El punto de partida del razonamiento es la constatación de que el art. 1.5 de la Directiva 85/337/CEE expresa que cuando los objetivos de la Directiva se alcancen a través de un procedimiento legislativo, la misma no se aplica al proyecto que se trate. Pero, al margen de alcanzar los objetivos, debe tratarse también de un proyecto «detallado», lo que implica que el proyecto debe adoptarse de manera suficientemente precisa y definitiva, de suerte que el acto legislativo que lo adopte contenga, al igual que una autorización, todos los datos pertinentes para la evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente, una vez tomados en consideración por el legislador (punto 33). Por lo tanto el acto legislativo no será detallado si no se contienen en él los datos necesarios para la evaluación de las repercusiones de dicho proyecto sobre el medio ambiente, o se requiere la adopción de otros actos para conferir al titular del proyecto el derecho a realizarlo (punto 34). Para ello hay que tener en cuenta que la evaluación debe efectuarse tomando como base la información apropiada proporcionada por el titular del proyecto y eventualmente completada por las autoridades y por el público interesado en el proyecto (punto 36). La información debe referirse al emplazamiento del proyecto, diseño, tamaño, una descripción de las medidas previstas para evitar, reducir y, si fuera posible, compensar los efectos adversos significativos, así como los datos requeridos para identificar y evaluar los principales efectos que el proyecto pueda tener en el medio ambiente (punto 37).

Puede suceder, entonces, que un proyecto se apruebe mediante dos actos sucesivos, siendo el último el legislativo y sirviéndose el legislador de toda la información recogida en el procedimiento administrativo previo (punto 38). Si todo esto no se cumpliera y fuera el acto legislativo adoptado sin esa información y evaluación previa y por puras razones de interés general, no se cumpliría con las exigencias de la Directiva (punto 39). Es el Juez nacional quien debe determinar si se han cumplido estos requisitos (punto 41).

Pero esta referencia al Juez nacional sirve para plantear una de las grandes cuestiones que se debaten siempre en estos temas: la existencia de un procedimiento judicial apropiado para que se puedan controlar todas las condiciones que anteriormente se han indicado. La Sentencia afirma la necesidad de que ese acto legislativo pueda ser objeto de un control, con arreglo a las normas de procedimiento nacionales, por un órgano jurisdiccional o por un órgano independiente e imparcial establecido por la ley (punto 49). Y si no existiese en el derecho interno recurso de esta naturaleza y alcance, «correspondería a cualquier órgano jurisdiccional que en el marco de su competencia conociese del asunto ejercer el control descrito en el apartado anterior y deducir las conclusiones oportunas, dejando, en su caso, sin aplicación dicho acto legislativo» (punto 50). Esto es una llamada explícita a que la Cour constitutionnelle belga lleve a cabo tal control con las directrices específicas fijadas por el Tribunal europeo (punto 51).

También es de interés la mención de que el acto legislativo no tiene por qué contener expresamente las razones o motivos que fundamenten la autorización de un proyecto, pero si lo solicita una persona interesada, la autoridad competente está obligada a comunicarle los motivos por los que se ha adoptado dicha decisión o las informaciones y los documentos pertinentes en respuesta a la solicitud presentada (punto 64).

De la misma forma se afirma expresamente que no es legítimo que una autoridad legislativa autorice un proyecto sin haberse asegurado de que no perjudicará la integridad del lugar afectado (punto 70).

Y, finalmente y en relación al art. 6.4 de la Directiva «hábitats», se indica que, en principio, no parece que una actividad privada consistente en albergar el centro administrativo de una empresa privada (que era una de las actuaciones previstas) se pueda considerar como una razón imperiosa de interés público de primer orden que justifique la realización de un proyecto pero que, en todo caso, la aplicación del art. 6.4 de esta Directiva exige que primeramente se lleve a cabo una evaluación ambiental (art. 6.3). De todas las formas no puede excluirse que un proyecto, aun siendo de naturaleza privada, presente unas características que hagan que, realmente, una actividad privada pueda calificarse de esa forma (punto 79).

C) Acceso a la información en medio ambiente. Concepto de órgano legislativo.

La confidencialidad en la actuación de las actuaciones públicas.

Debe estar prevista en una Ley

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de febrero de 2012, recaída en el asunto C-204/09 (Flachglas Torgau GmbH/Bundesrepublik Deutschland)**, resuelve una petición de decisión prejudicial planteada conforme al art. 267 TFUE por el Bundesverwaltungsgericht de la República Federal de Alemania, sobre la interpretación del concepto de «órgano legislativo» al que se refiere el artículo 2 de la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo y sobre el secreto de las informaciones que posean las autoridades públicas a que se refiere el art. 4 de la misma Directiva..

La cuestión que se debate es que una empresa (Flachglas Torgau GMBH) planteó al Ministerio Alemán para Medio Ambiente, Protección de la Naturaleza y Seguridad Nuclear) deseos de información sobre el modo en el que la Agencia Federal para el Medio Ambiente (competente para el intercambio de derechos de emisión de gases con efecto invernadero) adoptó las decisiones de asignación de esos derechos durante los años 2005 a 2007. El Ministerio rechazó tal petición porque entendía, en cuanto a la información sobre el procedimiento legislativo, que estaba exento de darla por haber participado en dicho procedimiento legislativo y, en otro orden de cosas, que ésta en todo caso sería confidencial. Tras diversos avatares internos en los tribunales en Alemania, se planteó la cuestión prejudicial señalada con las dos grandes preguntas referidas.

En relación a la primera de las cuestiones, la Directiva 2003/04/CE (que, como se sabe, debe entenderse en línea del Convenio de Aarhus de 1998 aprobado por la Comunidad Europea por su decisión 2005/370/CE) indica en su art. 2.2 que por autoridades públicas debe entenderse «el Gobierno o cualquier otra Administración pública nacional, regional o local, incluidos los órganos públicos consultivos», pero añade que «Los Estados miembros podrán disponer que esta definición no incluya las entidades o instituciones en la medida en que actúen en calidad de órgano jurisdiccional o legislativo. Los Estados miembros podrán excluir de dicha definición a tales entidades o instituciones si su ordenamiento

constitucional en la fecha de adopción de la presente Directiva no prevé un procedimiento de recurso en el sentido de lo dispuesto en el artículo 6» (artículo que da a cada solicitante de información ambiental que no haya sido atendida el derecho a interponer un recurso administrativo o judicial contra los actos u omisiones de la autoridad pública correspondiente). Y la Ley alemana sobre información ambiental de 22 de diciembre de 2004 no incluye entre las administraciones públicas sujetas a la obligación de información a «las máximas autoridades públicas federales que intervengan en el proceso legislativo o en la adopción de reglamentos».

El Tribunal de Justicia va a llevar a cabo una interpretación que llama «funcional» de la excepción prevista, según la cual estarían incluidos en ese concepto de órgano legislativo «los ministerios que según el Derecho nacional estén encargados de preparar los proyectos de ley, presentarlos al Parlamento y participar en el procedimiento legislativo, concretamente mediante la formulación de dictámenes» (punto 49 de la Sentencia). Apoya esta interpretación funcional con el argumento de que «el procedimiento legislativo puede diferir de un Estado miembro a otro de modo no desdeñable y, en consecuencia, procede adoptar una interpretación que garantice en todos ellos una aplicación uniforme de la Directiva 2003/4.

Otra cuestión que se plantea en relación a esta interpretación es la de su extensión temporal, es decir hasta cuándo puede oponerse a la solicitud de información ambiental la excusa de que se participa en el procedimiento legislativo. Esta es una cuestión que se responde con una afirmación inicial de importancia: «ni la Directiva 2003/4 ni el Convenio de Aarhus se pronuncian al respecto» (punto 53). Y la solución que se adopta parece muy lógica: «debe adoptarse una concepción amplia del procedimiento legislativo, que abarque sus distintas etapas hasta la promulgación de la ley que en su caso se adopte, no parece justificada la extensión de la excepción al principio del derecho de acceso a la información medioambiental, establecido en el artículo 1 de esa Directiva, más allá de la conclusión de dicho procedimiento» (punto 56).

Y en relación al tema de la confidencialidad se plantea si basta para negar el acceso basado en esta causa que exista en el derecho nacional una disposición (como sucede en el derecho alemán) que establece de manera general que la confidencialidad de los procedimientos de las autoridades públicas constituye un motivo de denegación de acceso a la información medioambiental que obre en poder de esas autoridades, o si dicho requisito obliga a adoptar disposiciones específicas sobre la confidencialidad de tales procedimientos. Y en este último supuesto el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial pregunta también si satisface esas exigencias un principio general del Derecho, como el existente en Derecho alemán, en virtud del cual los procedimientos administrativos de las autoridades públicas no son públicos (todo ello en el punto 59 de la Sentencia).

La primera cuestión es respondida de manera clara: al decir la Directiva 2003/4 (art. 4) que la confidencialidad de los procedimientos debe estar dispuesta en la ley, «el legislador de la Unión ha querido claramente que en el Derecho nacional exista una norma expresa cuyo alcance esté determinado con exactitud y no sólo un contexto jurídico general» (punto 61). Ahora bien, ello no obliga a una precisión con «detalle» ya que «las decisiones en este ámbito, por su propia naturaleza, dependen estrechamente del contexto concreto en que se adoptan y exigen apreciar la naturaleza de los documentos de que se

trate y la fase del procedimiento administrativo en que se formula la solicitud de información» (punto 62).

D) Residuos, traslado. Validez de la información obligatoria que debe prestar el intermediario sobre la identidad de la empresa que genera los residuos. Protección de los secretos comerciales

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 29 de marzo de 2012, recaída en el asunto C-1/11 (Interseroh Serap and Metals Trading GmbH)**, resuelve una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Verwaltungsgericht de Mainz (Alemania), en la que se trata de dilucidar el alcance de las obligaciones que fija el art. 18 del Reglamento (CE) núm. 1013/2006, del Parlamento y del Consejo de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos, y su conexión con el principio de protección de los secretos comerciales.

La cuestión hace referencia a que según tal precepto debe rellenarse un documento (que figura en el Anexo VII del Reglamento citado) donde, entre otras cosas, se identifica a la empresa productora de los residuos. Quien ha acudido a los Tribunales (Interseroh) es una de las más importantes empresas de Europa especializada en la recogida, tratamiento y comercio de materias primas secundarias (chatarra, papel usado, residuos de plástico y madera usada). Lo que indica Interseroh es que al rellenar ese documento revelaría a sus clientes sus fuentes de abastecimiento y, por lo tanto, tales clientes tienen entonces la posibilidad de ponerse directamente en contacto con el productor o recogedor de los residuos y de celebrar los contratos posteriores prescindiendo de los servicios del intermediario (punto 19). Por ello Interseroh ha decidido no proporcionar esa información, lo que ha generado la incoación de procedimientos sancionatorios en el curso de los mismos se ha planteado esta petición de cuestión prejudicial.

La respuesta del Tribunal va a ser muy simple: debe rellenarse toda la información que el documento solicita, y la obligación de confidencialidad (y protección de secretos comerciales) comienza después de que se haya cumplimentado el documento y opera sobre todos aquellos que tengan acceso al documento (autoridades administrativas competentes y personas que participan en el traslado).

E) Residuos, vertido. Evaluación de impacto ambiental. Vertedero autorizado y decisión de continuar sus actividades. Concepto de «autorización» en materia de residuos: sólo lo es si lleva consigo obras o actuaciones que modifiquen la realidad física del emplazamiento

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de abril de 2012, recaída en el asunto C-121/11 (Pro-Braine ASBL y otros/Commune de Braine-le Chateau)**, resuelve una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE por el Conseil d'Etat de Bélgica en la que se trata de interpretar varios preceptos de la Directiva 1999/31/CE del Consejo, de 29 de abril de 1999, relativa al vertido de residuos y de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente

en su versión modificada por la Directiva 2003/35/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003.

En los hechos se advierte la existencia de un vertedero autorizado desde 1979 y durante treinta años. Pero la entidad explotadora del vertedero presenta en 2003 un plan de acondicionamiento que lleva consigo que el Municipio modifique las primitivas condiciones de autorización y las sustituya por otras. La cuestión es si esto constituye una autorización, en el sentido del art.1.2 de la Directiva 85/337/CEE, lo que llevaría consigo la necesidad de una evaluación de impacto ambiental.

La Sentencia que se comenta constata que según el art. 1.2 de la Directiva citada solo hay «autorización» si ella da lugar a la realización de un «proyecto». En esta Directiva, y cuando se trata lo que constituye «proyecto», aparecen las instalaciones para deshacerse de los vertidos, lo que incluiría las instalaciones de enterramiento, en el punto 11 del Anexo II. Nos encontraríamos, entonces, ante un «proyecto» en el sentido de la Directiva en la medida que pueda tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente (punto 30), y según la jurisprudencia del propio Tribunal (Sentencia de 17 de marzo de 2011, C-275/2009), el término «proyecto» hace referencia a obras o intervenciones que modifiquen la realidad física del emplazamiento, de modo que si no hay tal modificación, la mera renovación de una autorización existente para explotar un emplazamiento de enterramiento no puede ser calificada como proyecto (puntos 31 y 32).

Esta forma de interpretación lleva al Tribunal a decir que, en el caso concreto, él no dispone de información suficiente en este sentido de tal forma que incumbirá al órgano jurisdiccional remite comprobar si la resolución definitiva relativa al plan de acondicionamiento presentado, supone tal transformación física que pueda tener un efecto adverso para el medio ambiente y, por tanto, ser un proyecto (punto 35).

F) Incumplimiento de Estado, Grecia. No ha aprobado en el plazo previsto los planes de gestión de distrito hidrográfico (demarcación hidrográfica) previstos por la Directiva 2000/60/CE (Directiva marco de aguas)

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 19 de abril de 2012, recaída en el asunto C-297/11 (Comisión/Grecia)**, resuelve un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea con fundamento en el art. 258 TFUE, por la falta de aprobación por Grecia de los Planes de gestión de distrito hidrográfico (demarcación hidrográfica) en la terminología española, antes del 31 de diciembre de 2009, que era la fecha prevista en la Directiva 2000/60/CE (art. 13).

La cuestión planteada no tiene problemas jurídicos de interés, pues se trata de la aplicación mecánica de un precepto de la Directiva, lo que hace que la Sentencia aparezca en menos de diez meses desde la interposición del recurso (que tuvo lugar el 14 de junio de 2011). La traemos a este lugar porque, probablemente, otros países, y entre ellos España, serán objeto de pronunciamientos semejantes en los próximos tiempos por esta misma razón, siendo esta sentencia la primera que, en esta línea de establecimiento de incumplimientos, se hace pública. Obviamente Grecia es condenada en costas.

2. AGUAS CONTINENTALES

A) Evaluación y gestión de riesgos de inundación, impugnación del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio. La transposición de las directivas comunitarias no está reservada a la Ley. No se invaden las competencias urbanísticas y de ordenación del territorio de las Comunidades Autónomas y, en todo caso, prevalecen las competencias estatales sobre seguridad pública

La STS de 20 de enero de 2012 (recurso 450/2010) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Generalidad Valenciana contra algunos preceptos del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación. Los motivos de impugnación son dos: que el citado Real Decreto supone la transposición de la Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2003, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación y que dicha transposición debía haberse realizado por una norma de rango legal y no reglamentario y, en segundo lugar, que los preceptos cuestionados (el art. 15.1 y el punto h.5 primer párrafo del punto I de la parte A del anexo del Real Decreto) afectaban a la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio y de urbanismo.

En relación a la primera de las cuestiones, el TS se muestra firme en indicar que carece de todo rigor. No hay normas que funden esa reserva de Ley y tampoco se encuentra en la jurisprudencia del TS esa afirmación sino que en la Sentencia de 19 de mayo de 2010 (recurso contencioso-administrativo 12/2008) podría encontrarse justamente la doctrina contraria. Es una cuestión reservada a las autoridades de cada Estado el decidir la forma de transposición de las directivas comunitarias y, además y desde el punto de vista del derecho español, el TS afirma que existe base legal para dicho RD. En concreto, esa base legal se encontraría en el art. 11.3 del TRLA, según el cual el Gobierno y por Real Decreto podrá establecer las limitaciones en el uso de las zonas inundables que estime necesarias para garantizar la seguridad de las personas y bienes, sin perjuicio de que los Consejos de Gobierno de las CC.AA. puedan establecer normas complementarias de dicha regulación. Y eso es lo que ha tenido lugar.

Por otra parte, el art. 15.1 del Real Decreto, que regula la coordinación con otros planes, indica en su apartado 1 que «los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, no podrán incluir determinaciones que no sean compatibles con el contenido de los planes de gestión del riesgo de inundación, y reconocerán el carácter rural de los suelos en los que concurran dichos riesgos de inundación o de otros accidentes graves».

En relación a este texto entiende el TS que también se encontraría amparado por el art. 11.3 del TRLA y que, en todo caso, debería existir una coordinación entre los instrumentos de gestión del riesgo a que se refiere el RD y los planes urbanísticos de competencia autonómica. En todo caso y en el fundamento jurídico 9.º de la Sentencia se dice que «en caso de calamidades, como las inundaciones, prevalece el título previsto en el artículo 149.1.29.ª de la CE. En este sentido, la finalidad de los planes de gestión de riesgos previstos en el real decreto recurrido no es regular u ordenar los usos del suelo. No. Su objeto es, además de evitar daños ambientales, proteger la seguridad de las personas y bienes. Y para ello puede resultar imprescindible excluir de dicha ordenación de usos aquellos sue-

los en los que concurren riesgos de inundación que, por su propia naturaleza, deben tener carácter rural. Pues bien, esta conclusión se extrae del artículo 15 y del apartado del anexo impugnado».

B) Ilegalidad del automatismo en la fijación del coeficiente de mayoración en el canon de control de vertido para los vertidos no autorizados según lo regulado en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico

La STS de 7 de marzo de 2012 (recurso 1/2011) resuelve la cuestión de ilegalidad interpuesta por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que considera que la referencia del art. 292.b) del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RD 849/1986) a que en el canon que se fije para los vertidos no autorizados «en todo caso se aplicará el coeficiente 4 de mayoración» no cuenta con el correspondiente amparo del TRLA. En dicho texto, el art. 105 relativo a los vertidos no autorizados ordena, además de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador, la liquidación del canon de control de vertido «de conformidad con lo establecido en el artículo 113». Y este precepto, relativo al canon de control de vertido y aplicable, en principio, a los vertidos autorizados, pero por la remisión notada también a los no autorizados, dispone en el último párrafo del apartado tercero que «El coeficiente de mayoración del precio básico no podrá ser superior a 4».

Pues bien, el TS va a considerar que, aun cuando podría pensarse que para los vertidos no autorizados el reglamento impone un automatismo que no lo es para los autorizados (con lo que aparecería un cierto componente de sanción también en la regulación tributaria), ello no está en modo alguno amparado por la regulación legal y, además, resultaría un punto incongruente con la referencia también legal (art. 113.3 primer párrafo) a que el coeficiente de mayoración o minoración se «establecerá reglamentariamente en función de la naturaleza, características y grado de contaminación del vertido, así como por la mayor calidad ambiental del medio físico en que se vierte». El automatismo, por tanto, haría inútil la ponderación a que se refiere este párrafo.

Consiguientemente y por ilegal, se anula el precepto reglamentario citado.

3. AGUAS MARINAS

A) Condicionamientos al ejercicio de la competencia autonómica sobre protección de espacios naturales sobre aguas exteriores

La extensa STS de 8 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 3929/2008, procede a ratificar en casación la anulación parcial del PORN y del PRUG de un Parque Natural, aprobados por Decreto del Gobierno autonómico, en cuanto incluían aguas exteriores. Como la Sentencia de instancia, el TS considera que estas determinaciones invaden la competencia estatal sobre las mismas, ya que no se limitan a detenerse en la línea de base recta sino que incluyen aguas marítimas bajo jurisdicción o soberanía española. En otras palabras: mar territorial, delimitado en la Ley 10/1977 en sus límites interior (línea de la bajamar escorada y, en su caso, por las líneas de base rectas que establezca el Gobierno —Real Decreto 2510/1977, de 5 de agosto—) y exterior (línea trazada de modo que sus

puntos se encuentren a 12 millas náuticas de los puntos más próximos de las antecitadas líneas de base). Si bien es cierto que en estas aguas exteriores cabe el ejercicio de competencias autonómicas, particularmente la relativa a la protección de espacios naturales (STC 38/2002), no lo es menos que ello será excepcional, cuando así lo exijan las características del espacio protegido, lo que no sucede en este supuesto.

B) Pesca y cultivos marinos: limitaciones ambientales

En cuanto a la afección ambiental de la pesca, cabe señalar la **SAN de 7 de marzo de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 337/2010**, que ratifica la prohibición de la pesca submarina en reservas marinas de interés pesquero llevada a cabo por Orden Ministerial. La base científica para dicha prohibición está suficientemente justificada vía informes (Instituto Nacional de Oceanografía, Centro Oceanográfico de Palma, Consejería de Agricultura y Pesca del Gobierno Balear, etc.), que demuestran cómo la actividad eliminada es incompatible con el objetivo de protección y regeneración de recursos pesqueros pretendido con el establecimiento de la reserva. La pesca submarina centra sus capturas en los ejemplares de mayor potencial reproductor (los de mayor tamaño) y más escasos. Por eso, no considera discriminatoria la admisión de otras artes de pesca (caña desde tierra y embarcación, etc.), que no tienen el mismo objeto.

En cuanto a los cultivos marinos, resulta evidente que la instalación de granjas acuícolas es una actividad que puede presentar impacto ambiental significativo, por lo que podrá ser sometida a evaluación previa cuando tenga una capacidad de producción superior a 500 toneladas al año (Anexo II TRLEIA). En todo caso, como señala la **STSJ de Baleares de 11 de abril de 2012, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 449/2007**, resulta difícil conocer dicho impacto sin tramitar la correspondiente evaluación, por lo que denegar autorización al efecto sin análisis previo, basándose solo en pretendidas afecciones de este tipo invocadas por diversos alegantes en la fase de información pública del proyecto, resulta cuando menos precipitada e infundada; más considerando la existencia de informes favorables evacuados por el Comité de la «Red Natura 2000» y la Dirección General de Biodiversidad. Por esta razón, la Sala anula la resolución denegatoria y acuerda retrotraer el procedimiento para que se remita el proyecto a la Comisión Balear de Medio Ambiente, con el fin de tramitar el estudio de impacto ambiental. Tras ello, deberá dictarse una nueva resolución fundada en derecho.

4. MONTES

A) Los artículos 45 y 47 de la Ley 42/2007, de 17 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad imponen una obligación de preservar y garantizar la situación medioambiental a las Administraciones Públicas competentes que, no obstante, no se traduce en un deber inmediato, sino que se trata de un deber sometido a los trámites y procedimientos oportunos, habitualmente complejos

La **Sentencia del TSJ de Baleares de 24 de octubre de 2011 (rec. núm. 559/2009)** resuelve el recurso interpuesto contra la desestimación presunta de la solicitud efectuada en

2009 por la entidad «Grup Balear d'ornitologia i defensa de la naturalesa» ante la Consellería de Medi Ambient de Balears, relativa a la remisión de una copia de un informe elaborado por agentes de medio ambiente respecto a una zona en la que se proyectaba la construcción de un campo de golf, y en el que se aludía a la presencia de hábitats naturales de importancia comunitaria y de protección prioritaria; así como a la verificación y, en su caso, cartografía de la presencia de dichos hábitats naturales y la adopción de medidas para garantizar su conservación, en especial los de protección prioritaria.

En el recurso, la parte actora hacía valer sus pretensiones apoyándose en tres argumentos principales:

1. Que en el informe de los agentes de medio forestal se advertía de que las obras previstas para la construcción de un campo de golf en la finca de Son Bosc (Muro, Mallorca) podían afectar gravemente a hábitats catalogados como prioritarios (HIP) o de interés comunitario, sobre todo a la comunidad vegetal *Polypogonum maritimi-Centaurietum spicati* presentes en el perímetro del proyecto del campo de golf;
2. Que en otros dos informes se habían relacionado una serie posibles de medidas correctoras, pero sin hacer mención concreta a la existencia de los hábitats protegidos, al no tenerse constancia de los mismos, y que, posteriormente, ni el Servei Tècnic de Planificació, ni la Comissió Balear de Medi Ambient, ni la Direcció General de Medi Forestal i Protecció d'Espècies, ni tampoco la Direcció General de Biodiversitat, realizarían ninguna actuación encaminada a preservar los hábitats preservados en la Directiva Hábitat de la posible afección grave.
3. Que en el expediente no se niegan las anteriores afirmaciones obrantes en el informe, ni tampoco se considera que no fuesen de aplicación las previsiones recogidas en los artículos 45.3 y 47 de la Ley 42/2007, de 17 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

Por su parte, la demandada solicita que se declare la inadmisibilidad del recurso, dada la inexistencia de inactividad administrativa frente a la que éste pueda encaminarse, en tanto que los artículos 45.3 y 47 de la Ley 42/2007 no imponen una obligación de hacer exigible de forma inmediata y, por otra parte, el proyecto del campo de golf de Son Bosch fue aprobado por la Comisión Balear de Medio Ambiente, obteniendo la declaración de interés general y la licencia de obras, no encontrándose en la Red Natura 2000.

Planteada la cuestión en estos términos, la Sala comienza rechazando como causa de inadmisibilidad la alegación de inexistencia de inactividad pretendida por la Administración demandada, considerando de aplicación los artículos 3.3 y 22 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Respecto al fondo del asunto, considera el Tribunal que el punto central de la controversia se centra en determinar si la Administración Balear incurrió en una omisión de las obligaciones de preservación ambiental enumeradas en los artículos 45.3 y 4 y 47 de la Ley 42/2007. Al respecto, se comprueba que antes de la solicitud presentada por la actora en este asunto los órganos competentes de la Administración autonómica recabaron una serie de informes sucesivos acerca de la afectación del proyecto de campo de golf sobre

hábitats naturales protegidos por la Directiva 92/43/CEE; así como que se había procedido a realizar un conjunto de actuaciones encaminadas a comprobar la afectación de las obras a los espacios y especies protegidas, y a adoptar medidas correctoras, concluyendo en la elaboración de un PORN de S'Albufera, en la ampliación de la zona ZEPA y con la paralización de las obras de construcción del emplazamiento socio-deportivo. Por consiguiente, la Sala entiende que no puede apreciarse la existencia de inactividad administrativa, existiendo simplemente una dilación en el tiempo para la adopción de las medidas protectoras del medio ambiente.

El Tribunal rechaza las pretensiones de la demandante considerando que los artículos 45 y 47 de la Ley 42/2007 ciertamente imponen una obligación de preservar y garantizar la situación medioambiental a las Administraciones Públicas competentes, en este caso la Autonómica Balear, pero que, no obstante, dicha obligación no se traduce en un deber inmediato, que deriva de un procedimiento simple, sino que se trata de un deber sometido a los trámites y procedimientos oportunos, habitualmente complejos, tal y como se ha producido en este supuesto, donde coexisten informes favorables al proyecto, e incluso una Ley, junto con dictámenes y resoluciones que rechazan o desplazan el proyecto ante sus repercusiones ambientales.

De tal suerte que, en tanto que la adopción de medidas protectoras del medio ambiente se ha producido una vez conocido el alcance de la afectación y la procedencia de las garantías a adoptar, no concurre omisión sino simplemente una dilación en el tiempo para la adopción de tales medidas, finalmente acordadas, justificándose este retraso en las investigaciones y cauces procedimentales que se han seguido de forma oportuna, sin que pueda considerarse que se ha incurrido en una dilación indebida.

5. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

A) La atribución de competencias al Estado para la evaluación de impacto ambiental de proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la AGE es conforme con el orden constitucional de competencias

En la **Sentencia del Tribunal Constitucional (pleno) 34/2012, de 15 de marzo (recurso de inconstitucionalidad 4363/2001)**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía contra la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del RD Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental.

La recurrente alega vulneración del art. 149.1.23.^a CE y de los arts. 13.4 y 15.1.7 del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 1981. El TC establece que la ulterior aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el hoy vigente texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos no extingue el objeto del recurso, al ser éste de naturaleza competencial. Así, reconduce el recurso a los actuales arts. 4 y 18 y a la disposición final primera del citado texto refundido.

En ese sentido, se alega vulneración de la competencia exclusiva en materia de procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de la Comunidad Autónoma (art. 13.4 Estatuto de Autonomía de Andalucía) y de la competencia

de desarrollo legislativo y ejecución, en el marco de la regulación general del Estado en materia de medio ambiente (art. 15.1.7 Estatuto de Autonomía de Andalucía).

El TC pasa a analizar los preceptos recurridos, que otorgan competencia al Ministerio de Medio Ambiente para efectuar la declaración de impacto ambiental de proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la AGE, así como para el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de la misma. El TC cita su anterior doctrina sobre el mismo objeto, la STC 13/1998, de 22 de enero, la STC 101/2006, de 30 de marzo, y la STC 1/2012, conforme a las cuales se concluye que la atribución al Estado de la competencia de evaluación de impacto ambiental respecto a los proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la AGE es conforme con el orden constitucional de competencias.

En consecuencia, desestima el recurso de inconstitucionalidad

6. SUBVENCIONES AMBIENTALES

A) Las subvenciones ambientales deben respetar el orden competencial constitucional en materia de medio ambiente. Solo cabe centralizar la gestión de una subvención en manos del Estado por razones excepcionales y adoptando medidas de coordinación con las CC.AA. para garantizar su autonomía

En la **Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 38/2012, de 26 de marzo (conflicto constitucional 10801-2009)**, se resuelve un conflicto positivo de competencia planteado por la Junta de Galicia en relación con la Resolución de la Dirección general de medio natural y política forestal de 31 de agosto de 2009, por la que convoca la concesión de ayudas a entidades y organizaciones no gubernamentales de ámbito estatal para la realización de actividades privadas relacionadas con los principios inspiradores de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, y con las finalidades de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

La Junta alega que la citada Resolución no respeta la distribución de competencias en materia de medio ambiente, al centralizar en los órganos estatales la regulación, tramitación y resolución de las referidas ayudas, ignorando la jurisprudencia constitucional en materia de subvenciones.

El TC comienza por encuadrar el caso, certificando que la Resolución impugnada versa sobre subvenciones dirigidas a financiar programas en materia de medio ambiente, por lo que, conforme al art. 149.1.23.ª CE, se reservan al Estado las competencias para dictar legislación básica, y a la Comunidad Autónoma de Galicia la capacidad de dictar normas adicionales de protección, así como de ejecución ambiental.

A continuación, el TC recuerda su doctrina, conforme a la cual «no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado», por lo que las Comunidades Autónomas pueden ejercer sobre las subvenciones las competencias que tengan atribuidas, pues de no ser así el Estado restringiría su autonomía política y su capacidad de gobierno (STC 13/1992, FF.JJ. 4.º, 6.º y 7.º).

Conforme a dicha doctrina, existen cuatro supuestos generales en los que cabe encuadrar una subvención. El disenso argumentativo entre el Estado y la Comunidad Autónoma

de Galicia se produce sobre la determinación del supuesto, considerando el Abogado del Estado que nos hallamos ante una excepción a la regla general, que permite la subvención centralizada cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia y que resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional (FJ 4.º).

Para determinar si en el caso particular puede justificarse la aplicación de este régimen excepcional, el TC pasa a analizar tanto la Resolución objeto de recurso como la Orden que establece las bases reguladoras de las ayudas: la Orden ARM/1935/2009.

En cuanto a esta última, justifica la regulación y gestión de las ayudas por parte del Estado en: a) la exigencia de que los beneficiarios sean entidades de ámbito supraautonómico, b) la pretensión de asegurar la plena efectividad de las medidas de fomento y de garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute de las mismas por parte de sus potenciales destinatarios, y c) en la condición de que las actividades financiadas tengan un ámbito territorial de más de una Comunidad Autónoma.

El TC comienza por analizar el primer motivo, indicando que el carácter supraautonómico de los beneficiarios de las ayudas no es una razón suficiente para proceder a la centralización de su régimen de otorgamiento y de su gestión (FJ 5.º).

Tampoco considera el TC suficiente la necesidad de garantizar las mismas posibilidades a todos sus destinatarios, y para ello cita su propia doctrina, conforme a la cual la territorialización de los créditos, que posibilitaría que resultaran beneficiados en algunas CC.AA. quienes tuvieran peor derecho que otros posibles beneficiarios de otras CC.AA., puede salvarse mediante diversas técnicas, como una planificación que permita alcanzar criterios objetivos para distribuir territorialmente los fondos presupuestarios o mediante mecanismos de cooperación y coordinación, ya que «la garantía de la eficacia de la normativa estatal ha de cohonestarse con el respeto al principio de autonomía, de modo que... las dificultades que pudieran existir... no pueden ser alegadas para eludir competencias que constitucionalmente correspondan a una Comunidad Autónoma» (SSTC 159/2011, de 19 de octubre) (FJ 6.º).

La misma conclusión alcanza el TC respecto del tercer argumento, que las actividades financiadas tengan un ámbito territorial de más de una Comunidad Autónoma, ya que la supraterritorialidad no es un título competencial (FJ 7.º).

Por lo tanto, dice el TC, «la centralización de las funciones de ejecución sólo puede tener lugar en supuestos excepcionales que aparezcan plenamente justificados». Por ejemplo, cuando la actividad pública subvencionada sea supraterritorial, no sea susceptible de fraccionamiento y además no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o coordinación, sino que requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un solo titular, que forzosamente deba ser el Estado. Correspondería al Estado la carga de probar que se dan estas circunstancias.

Así, el TC pasa a examinar si el Estado efectivamente ha levantado tal carga, examinando un mecanismo de codecisión o resolución compartida Estado-Comunidad introducido por la Orden y la Resolución impugnada mediante el cual la Comunidad Autónoma

puede decidir rechazar la subvención establecida en los Presupuestos Generales del Estado o aceptarla. El TC señala que esto no soluciona el problema competencial, pues la autonomía y las propias competencias son indisponibles tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas, además de lo cual la disyuntiva que se le planteará a la Comunidad Autónoma será entre aceptar una subvención en su territorio que va a ser gestionada por el Estado o rechazarla, con la consiguiente pérdida de ingresos para atender actividades en relación con una materia sobre la que ostenta competencias de desarrollo normativo y ejecución.

Por lo tanto, el TC rechaza el carácter colaborativo del citado mecanismo e indica que lo que debió hacer el Estado fue instrumentar, con sustento en sus facultades de coordinación, mecanismos que permitieran a las CC.AA. afectadas realizar la gestión de las ayudas.

Así, el TC certifica que la centralización en el Estado de la gestión de las ayudas establecidas en la Resolución recurrida supone una invasión de las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia (FJ 8.º) y estima el conflicto positivo de competencia, entendiéndolo satisfecho la pretensión de la Junta de Galicia mediante la mera declaración de titularidad de la competencia controvertida y no anulando los actos y situaciones jurídicas consolidadas, pero llamando a la anulación de la Orden ARM/1935/2009 con base en el principio de lealtad constitucional.

7. RESIDUOS

A) La autorización autonómica para valorizar y eliminar residuos no peligrosos ha de respetar las prohibiciones derivadas de la clasificación municipal del suelo por medio de PGOU como suelo no urbanizable de especial protección

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 2 de febrero de 2012 (rec. núm. 700/2008)**, se resuelve un recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil Sudismin, S.L., contra la Sentencia del TSJ de Aragón de 27 de noviembre de 2007, por la que se desestimaba un recurso contra la Orden del Consejero de Medio Ambiente de la Diputación General de Aragón de 12 de marzo de 2002, desestimatoria del recurso de alzada contra la Resolución del Director General de Calidad, Evaluación, Planificación y Educación Ambiental de 20 de diciembre de 2001, por la que se denegaba a la recurrente la autorización para la valoración y eliminación de residuos no peligrosos en el vertedero «Las Canteras».

La autorización había sido denegada por estar calificado el terreno en el que se sitúa el vertedero como suelo no urbanizable especial, con la categoría de Ecosistema Natural de Protección del Suelo Estepario, calificación que no permitía la instalación de la actividad propuesta.

La recurrente alega insuficiencia de motivación de la sentencia de instancia, ya que, al no utilizar ésta la palabra «desestimación», su fallo no estimaría ni desestimaría el recurso. El TS acredita, por el contrario, que del fallo del TSJ no cabe deducir nada más que la falta del derecho de la entidad mercantil a que prosiga la tramitación de la autorización que solicitó (FJ 2.º).

En segundo lugar, se denuncia la existencia de un vicio de incongruencia mixta, ya que la sentencia de instancia se pronuncia sobre una cuestión que no había sido objeto del recurso: la calificación del suelo en el que se quiere ubicar el vertedero. La demandante pretendía que la autorización de residuos debía limitarse sólo a la viabilidad ambiental del proyecto, dejando aparte los límites que en su caso estableciera la normativa urbanística. El TS acredita que es correcto por parte del TSJ dejar establecida la calificación urbanística del terreno conforme al PGOU y su incompatibilidad para vertedero, siendo estos extremos la premisa argumental del debate procesal y la razón de ser de las resoluciones administrativas impugnadas. No existe, por tanto, incongruencia omisiva (FJ 3.º).

En tercer lugar, la recurrente sostiene que el órgano medioambiental de la Comunidad Autónoma con competencia en materia de residuos tiene que otorgar o denegar la autorización sólo conforme a la legislación de residuos de su competencia, sin poder fundarse en la normativa más concreta de un Plan municipal de ordenación urbana, que se entiende de competencia municipal. El TSJ resolvió que los particulares, al igual que las Administraciones, están obligados al cumplimiento de las disposiciones establecidas en los planes, normas y ordenanzas urbanísticos, y por ello también a las del PGOU de Zaragoza.

El TS recuerda jurisprudencia (STS de 27 de junio de 2002) en el sentido de que la Administración Autonómica debe respetar lo establecido en el Plan General de Ordenación Urbana y las competencias urbanísticas respecto del suelo no urbanizable especial, con la categoría de ecosistema natural de protección del suelo estepario, como única forma de garantizar la autonomía municipal (FJ 4.º).

Por lo tanto, el TS desestima el recurso e impone las costas del mismo a la recurrente, conforme al art. 139.1 LJCA, con el límite de 6.000 €.

8. RADIACIÓN ELECTROMAGNÉTICA

A) Las Comunidades Autónomas no pueden alterar los estándares sanitarios de emisiones radioeléctricas aprobados por el Estado ni imponer a los operadores una obligación de incorporar nuevas tecnologías para lograr una minimización de dichas emisiones

En la **Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 8/2012, de 18 de enero (recurso de inconstitucionalidad 2194-2002)**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno contra ciertos artículos de la Ley de Castilla-La Mancha 8/2001, de 28 de junio, para la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación en Castilla-La Mancha.

El recurso plantea que dicha Ley excede el marco competencial reconocido a las Comunidades Autónomas, y vulnera el art. 149.1.21.ª CE, que reconoce al Estado competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones.

Entre otros, tiene importancia la tacha de inconstitucionalidad del art. 7, que obliga a los operadores a mantener las instalaciones en las debidas condiciones de seguridad, estabilidad y conservación, así como a incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir «los niveles de emisión de los sistemas radiantes y a mi-

nimizar el impacto ambiental y visual y a revisar las instalaciones anualmente, notificando en el plazo de dos meses a la consejería la acreditación de dicha revisión». La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha considera estos aspectos cubiertos por sus competencias en medio ambiente y salud pública.

El TC reconoce que estos títulos competenciales se limitan y contrapesan entre sí, pero que, conforme a su doctrina, «es constitucionalmente legítimo que el Estado regule desde una concepción unitaria —dada la unidad intrínseca del fenómeno— la utilización del dominio público radioeléctrico, y proceda a una ordenación conjunta de todas las variantes de telecomunicación y radiocomunicación» (STC 168/1993, de 27 de mayo).

Respecto a la imposición a los operadores de las obligaciones genéricas de mantenimiento de sus instalaciones en condiciones adecuadas de seguridad, estabilidad y conservación, así como revisión periódica y subsanación de las deficiencias de conservación, indica que esto entra dentro de las competencias autonómicas en materia de urbanismo.

Sin embargo, respecto a la obligación que se impone a los operadores de incorporar las mejoras técnicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes y a minimizar el impacto ambiental y visual, indica el TC que estamos ante las competencias en materia de sanidad, donde el Estado ha dictado el Real Decreto 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. Indica que dicha norma establece unos estándares que garantizan en todo el territorio del Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir de los cuales cada Comunidad Autónoma puede introducir las peculiaridades que estime convenientes. Dice el TC, además, que los niveles tolerables para la salud operan como un presupuesto del ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones.

En consecuencia, el TC concluye que las Comunidades Autónomas no pueden alterar estos estándares ni imponer a los operadores una obligación de incorporar nuevas tecnologías para lograr una minimización de las emisiones, por lo que declara la inconstitucionalidad de las previsiones de la Ley Castellano-Manchega al respecto y, debemos entender implícitamente, de sus anexos, donde se fijaban límites miles de veces más estrictos que los de la normativa estatal.

B) La prohibición de instalación de antenas en suelo urbano no resulta desproporcionada en la medida en que del informe pericial se deriva que ésta no impide ni dificulta la prestación del servicio. La exigencia de un Plan de Implantación y de la compartición de infraestructuras no resulta desproporcionada

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) de 21 de febrero de 2012 (rec. núm. 4671/2006)**, se resuelve un recurso de casación interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A. contra la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de enero de 2010, estimatoria en parte del recurso contra la Ordenanza Municipal para la Instalación y Funcionamiento de Instalaciones de Radiocomunicación y Telecomunicación del Ayuntamiento de L'Escala.

Si bien la sentencia de instancia había declarado la nulidad de parte de la Ordenanza, la empresa recurrente solicita ahora que se anule la restricción absoluta al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones en suelo urbano, la obligación de compartición de antenas.

El TS recuerda su asentada jurisprudencia sobre el marco en que se mueve el ejercicio de las competencias atribuidas a los municipios en lo atinente a la regulación de las telecomunicaciones. Así, dice 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 (...). El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede 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 3.º).

Entrando en el caso particular, el TS cita jurisprudencia en el sentido de considerar que la prohibición absoluta de instalación de antenas en suelo urbano produciría una grave quiebra del derecho a la prestación del servicio por las operadoras (STS de 5 de octubre de 2010). Sin embargo, indica que en los casos en que esto fue establecido las partes recurrentes argumentaron la gravosidad o imposibilidad de la prestación del servicio, mientras que en este caso el informe pericial acreditó la posibilidad de prestación del servicio de telecomunicaciones en el municipio de L'Escala cumpliendo esta condición (FJ 5.º).

En segundo lugar, el TS se pronuncia sobre la obligación de compartición de emplazamientos, considerándolo legítimo al estar dicha obligación vinculada a la concurrencia de razones paisajísticas y ambientales y preverse a tal efecto con un procedimiento administrativo con audiencia a los interesados (FJ 6.º).

En tercer lugar, se pronuncia el TS sobre la garantía de obtención de documentos por parte de los ciudadanos interesados, que la recurrente dice que infringe los arts. 30 y 31 de la Ley 30/1992, por cuanto no se garantiza la confidencialidad de la información suministrada. El TS desestima dicho motivo, al carecer de idoneidad la cita de dichos artículos como fundamento del mismo (FJ 7.º).

De esta forma, el TS desestima el recurso de casación e impone las costas a la parte recurrente, que se limitan a la cuantía de 3.000 € conforme al art. 139.2 LJCA.

9. FISCALIDAD AMBIENTAL

A) Tributos estatales en materia de aguas

a) *Canon de control de vertido: naturaleza del tributo*

Conviene de vez en cuando recordar que la jurisprudencia considera que el canon de control de vertidos es una tasa, pero no una tasa por servicios o actividades, sino una tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, siendo pues su hecho

imponible la utilización del dominio público hidráulico por el vertido autorizado realizado. Vemos estas afirmaciones una vez más en la **sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de febrero de 2012 (rec. núm. 232/2010)**, con cita del Tribunal Supremo. Dice la sala que no debe confundirse su destino, en tanto se afecta a la realización por la Administración del estudio, control, protección y mejora del medio receptor de cada cuenca hidrográfica, con su hecho imponible.

b) Canon de control de vertido: relaciones con los tributos autonómicos sobre depuración

Dice el apartado 8 del artículo 113 del TRLA que «Cuando un sujeto pasivo del canon de control de vertidos esté obligado a satisfacer algún otro tributo vinculado a la protección, mejora y control del medio receptor establecido por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias, el importe correspondiente a este tributo se podrá deducir o reducir del importe a satisfacer en concepto de canon de control de vertidos. Con el objeto de arbitrar los mecanismos necesarios para conseguir la efectiva correspondencia entre los servicios recibidos y los importes a abonar por el sujeto pasivo de los citados tributos, el Ministerio de Medio Ambiente y las Administraciones autonómicas implicadas suscribirán los oportunos convenios de colaboración». En la **sentencia del TS de 10 de febrero de 2012 (rec. núm. 3947/2008)** se desestima el razonamiento del Ayuntamiento de Lleida que pretendía el no sometimiento a la tasa por razón de la doble imposición con el canon del agua. La sala reproduce argumentos empleados en relación con problemas paralelos habidos en otras áreas, como Aragón.

La **sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de febrero de 2012 (rec. núm. 232/2010)** rechaza que el art. 113.8 del TRLA conceda a los sujetos pasivos un derecho subjetivo a la deducción del canon de saneamiento autonómico o tributo asimilable de la cuota del canon de vertido.

c) Canon de control de vertido: hecho imponible

Dos sentencias del TSJ de Cataluña de 7 de diciembre de 2011 (rec. núm. 565 y 566/2008) y otra de 15 de diciembre del mismo año (rec. núm. 567/2008) resuelven un caso muy interesante, en el marco de las a veces difíciles relaciones entre la autoridad de cuenca (intracomunitaria) y las autonómicas que ejercen funciones de policía ambiental. En este caso, la Confederación Hidrográfica del Ebro demanda a la Generalitat de Catalunya y obtiene sentencia favorable, en el sentido de que esta última emita una nueva autorización ambiental a favor de una empresa papelera que sustituya a otra anterior, con inclusión de la condición exigida por la autoridad de cuenca relativa a la exigencia del canon de control de vertido. Dicha autorización autonómica tiene como uno de sus contenidos del informe preceptivo y vinculante que ha de emitir las determinaciones sobre el canon de control de vertidos, tributo que ha de exigirse, dándose el hecho imponible previsto en la Ley de Aguas, sin que la Comunidad Autónoma oponga argumento alguno (como la existencia de un tributo autonómico como el canon del agua).

d) *Canon de control de vertido: sujetos pasivos*

Las **sentencias del TSJ de Murcia de 19 de diciembre de 2011 (rec. núm. 697/2007) y 9 de marzo de 2012 (rec. núm. 747/2007)** rechazan la pretensión de la empresa demandante de que, una vez entrada en funcionamiento la depuradora, se considere titular del vertido y sujeto pasivo del canon a la titular de la depuradora (una concesionaria, en este caso) y no al titular de los derechos de utilización del agua. Dice la sala que la depuradora no está homologada como empresa de vertido y que no está autorizado el cambio en la titularidad del vertido, por lo que se mantiene a la empresa en esta posición jurídica.

e) *Canon de control de vertido: cuantificación*

Para tratar cuestiones propias de la cuantificación de este tributo siempre conviene introducir una explicación mínima acerca de las reglas de cálculo del mismo. El importe se alcanza multiplicando el volumen de vertido autorizado por el precio unitario de control de vertido. Este precio unitario se calcula multiplicando el precio básico por metro cúbico por un coeficiente de mayoración o minoración. Así pues, los elementos a considerar son tres: el volumen de vertido; el precio básico de control de vertido por metro cúbico; y el coeficiente de mayoración o minoración.

El precio básico por metro cúbico se fija en 0,01202 euros para el agua residual urbana y en 0,03005 euros para el agua residual industrial. Estos precios básicos podrán revisarse periódicamente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (y parece que la Ley de Presupuestos para 2012 lo va a hacer).

El coeficiente de mayoración o minoración se establece en función de la naturaleza, características y grado de contaminación del vertido, así como por la mayor calidad ambiental del medio físico en que se vierte. El coeficiente de mayoración del precio básico, que no podrá ser superior a 4, queda determinado en el anexo IV del RDPH. El cálculo se obtiene, para cada uno de los dos tipos de vertido previstos (agua residual urbana o industrial), del resultado de multiplicar tres factores correspondientes a los tres datos siguientes: características del vertido (de 1 a 1,28); grado de contaminación del vertido (de 0,5 a 2,5) y calidad ambiental del medio receptor (de 1 a 1,25). En el propio anexo se incluyen una serie de instrucciones operativas.

El TSJ de Valencia había planteado cuestión de ilegalidad contra el artículo 292 letra b) del RDPH y la cuestión va a ser estimada por la **sentencia del TS de 7 de marzo de 2012 (rec. núm. 1/2011)**. Se rechaza la legalidad en la parte que dice que en todo caso se aplicará el factor de mayoración 4. El Alto Tribunal considera que el automatismo que exige la expresión «en todo caso» no sólo no está habilitado por el texto legal, sino que es contradictorio con el apartado a) del artículo 291 del propio RDPH, cuando regula los métodos de estimación indirecta aplicables, ya que si ese coeficiente 4 es aplicable de manera inexorable resultan irrelevantes «la naturaleza, características y grado de contaminación del vertido y la calidad del medio físico en que se vierte», circunstancias que, sin embargo, son determinantes del canon. En suma, que estas circunstancias han de tenerse en cuenta también para vertidos no autorizados.

En la **sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de febrero de 2012 (rec. núm. 232/2010)** se advierte que, a los efectos de la aplicación del coeficiente máximo de mayo-

ración, no incide la circunstancia de que la revocación de la autorización haya sido recurrida y esté pendiente de fallo. Claro que la Audiencia Nacional —al menos la próxima vez— tendrá que considerar la doctrina del Alto Tribunal que hemos comentado más arriba.

f) Canon de control de vertidos: aplicación del tributo

La **sentencia del TSJ de Valencia de 5 de octubre de 2011 (rec. núm. 47/2011)** estima el recurso deducido por un Ayuntamiento que plantea la caducidad del procedimiento de liquidación por la tasa de 2008, siendo que se le notificó la liquidación en abril de 2009. Recuerda la sala que, según la Ley de Aguas, la liquidación debe practicarse en el primer trimestre del año natural.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas

a) Doble imposición interna: relaciones con el canon de control de vertidos de la Ley de Aguas estatal

Se sigue invocando la inconstitucionalidad de los cánones de saneamiento por invadir los sistemas tributarios estatal o local. En la **sentencia del TS de 16 de febrero de 2012 (rec. núm. 1449/2008)** nos encontramos esto y bastante más. La empresa recurrente considera que se trata de un tributo arbitrario, contrario por tanto al artículo 9.3 de la Constitución, habida cuenta de su aplicación fuera de la actividad concreta de depuración de la Comunidad Autónoma y de los costes en que incurre. La sala le explicará la naturaleza impositiva del canon y, por lo tanto, independiente de toda actuación de la Administración, de manera que no es propiamente un tributo recuperador del coste de infraestructuras. Rechazará, asimismo, la posible vulneración del artículo 6.2 de la LOFCA.

C) Tributos locales en materia de agua

a) Tasa municipal de depuración

La naturaleza jurídica de lo que deba exigirse por la prestación del servicio público de depuración de aguas, en los casos en que el servicio se presta a través de una sociedad pública o mixta, o una concesionaria, sigue siendo polémica. Lo que se intensificó una vez entrado en vigor el siguiente texto de la Ley General Tributaria, que más tarde suprimió la Ley de Economía Sostenible: «Por último, a partir de la publicación de la LGT hay que tener en cuenta que a tenor de su artículo 2.2.a (...) Y este precepto será de aplicación a todas las Administraciones Públicas, según lo dispuesto en el artículo 1 de la propia Ley». El TSJ de Castilla y León, Valladolid, anuló hace años la llamada Ordenanza Fiscal reguladora de la tarifa del servicio de depuración de la ciudad de Salamanca, respecto de un ejercicio en el que ya se encontraba vigente la nueva LGT, servicio gestionado a través de una concesionaria, entendiéndose que la exacción tenía que haberse ordenado como tasa. Ayuntamiento y concesionaria presentaron recurso de casación que ha sido desestimado por la **sentencia del TS de 1 de marzo de 2012 (rec. núm. 2133/2008)**. El Alto Tribunal, invocando la doctrina del Tribunal Constitucional, explica con rotundidad por qué la exacción ha de ser

una tasa y no otra cosa. Interesa resaltar cómo rechaza el Tribunal Supremo los argumentos basados en la normativa reguladora de la contratación del sector público.

D) Otros tributos autonómicos ambientales

a) Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente

El **Tribunal Constitucional** ha dictado la **Sentencia 13/2012, de 30 de enero**, desestimando la pretensión anulatoria de la liquidación de aquel impuesto (anulado hace doce años por la STC 289/2000), que formulaba la compañía Repsol en el recurso de amparo presentado en relación con las Sentencias de varios tribunales que desestimaron su recurso ordinario. Alegaba la supuesta vulneración de los derechos a la igualdad en la aplicación de la ley y a la tutela judicial efectiva, lo que resulta rechazado en aplicación de los criterios legales y jurisprudenciales sobre los límites de impugnación de las providencias de apremio y de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la ley autonómica reguladora del tributo por la referida STC 289/2000.

JAVIER DOMPER FERRANDO
ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRD
SERGIO SALINAS ALCEGA
BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

SUMARIO

1. NOTA PRELIMINAR.
 2. COMERCIO.
 - A) **Comercio interior: horarios comerciales y modalidades de venta.**
 3. ENERGÍA.
 - A) **Régimen de responsabilidades con relación al gas que se extraiga a la terminación del período concesional.**
 - B) **Peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas.**
 - C) **Tarifas de gas natural y gases manufacturados por canalización.**
 - D) **Evaluación de impacto ambiental de instalaciones eléctricas.**
 4. GANADERÍA.
 5. SUBVENCIONES.
 - A) **Cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales.**
 - B) **Medio ambiente y montes.**
 - C) **Servicios sociales.**
 6. TELECOMUNICACIONES.
 - A) **Instalaciones de radiocomunicación en Castilla-La Mancha.**
 - B) **Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Motivación y proporcionalidad del requerimiento de información a operadora del mercado audiovisual.**
 - C) **Televisión digital local. Solicitud municipal de concesión de canal múltiple.**
-

1. NOTA PRELIMINAR

Este número recoge las sentencias del Tribunal Constitucional de noviembre de 2011 a marzo de 2012, así como las sentencias recogidas en los Cuadernos Aranzadi 18 a 21 del año 2011.

2. COMERCIO

A) Comercio interior: horarios comerciales y modalidades de venta

STC 26/2012, de 1 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 4.2; 14.1; 18; 20; 21.1.b), segundo inciso; 22.1, inciso final; 27.a); 28; 35.2 y 54.1 de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears.

El TC plantea el recurso en términos de inconstitucionalidad indirecta, en el sentido de que se trata de determinar si la normativa autonómica vulnera las bases estatales, vigentes en el momento de resolverlo y si dichas bases se adecuan al título competencial estatal que las ampara.

El primer precepto objeto enjuiciamiento (art. 4.2) se refiere a la actividad comercial al detalle, precisando en qué consiste dicha actividad, de forma no coincidente con el concepto básico previsto en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (art. 1.2). En este sentido, el TC recuerda que la fijación de la condición de comerciante, y, por extensión, la definición de la actividad derivada de dicha condición, corresponde al Estado, pues es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado y se trata de una noción formulada al amparo del art. 149.1.6.^a CE, competencia que incluye la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los comerciantes en cuanto tales. En el precepto autonómico se considera comercio al detalle «los obsequios y regalos que se ofertan por las entidades de crédito a los usuarios de sus servicios financieros y la financiación para la adquisición de un bien o producto que la propia entidad financiera pone a disposición del cliente». Por tanto, se somete a una regulación de Derecho público un extremo que el legislador estatal ha considerado integrante del tráfico jurídico privado, excluyéndolo asimismo de la regulación en materia de comercio para someterlo a una regulación específica por constituir actividades que pueden ser calificadas como propias de una entidad de crédito. Atendiendo a lo anterior, la Sentencia declara el precepto inconstitucional y nulo.

Seguidamente, se pronuncia sobre el artículo 14, que regula la contención de la superficie de venta de los establecimientos comerciales. Antes de pronunciarse, el TC analiza si la normativa estatal aplicable es materialmente básica. Sentado el carácter básico de las normas estatales, principalmente de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, dictada *ex* artículo 149.1.13.^a CE, se concluye que el citado artículo autonómico, en la medida que establece limitaciones injustificadas para la implantación de establecimientos comerciales, que se traducen en la imposibilidad de autorizarlos en función de su tamaño cuando este dato se pone en relación con el número de habitantes de la población en la que pretendieran ubicarse, es contrario a la distribución de competencias.

Otro bloque de preceptos impugnados, que hace referencia al régimen de horarios de los establecimientos comerciales situados en las Illes Balears [arts. 18, 20, 21.1.b) y 22 de la Ley 11/2001], se contrasta con la normativa básica vigente en la materia, singularmente, la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales. En este contexto el TC reitera su doctrina según la cual la regulación de los horarios comerciales se ubica en la materia de comercio interior, de manera que la competencia asumida por las Illes Balears ha de respetar las competencias del Estado relacionadas en el art. 149.1 CE. Corresponde al Estado

establecer un régimen mínimo de regulación en materia de horarios comerciales dentro del cual las CC.AA. pueden optar por grados superiores de liberalización. A la luz de la doctrina expuesta, debe considerarse efectivamente como formal y materialmente básica la regulación de los horarios comerciales contenida en el artículo 3 de la citada Ley estatal 1/2004. Dicha base estatal establece, con los límites del respeto al horario global semanal [72.h)], un régimen de libertad de horarios respecto de los días laborables de la semana, que excluye la intervención autonómica en este concreto aspecto. Por ello, dado que la norma impugnada (art. 18.2) impone límites al horario diario de apertura de los establecimientos comerciales, el TC concluye que es contraria al orden constitucional de distribución de competencias y, por tanto, inconstitucional y nula.

Asimismo, el TC considera materialmente básica la regulación estatal de los días de apertura en domingos y festivos (art. 4 Ley 1/2004), ya que se formula de tal modo que otorga un amplio margen de decisión a la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias en materia de horarios comerciales, respecto de los cuales ésta ha de establecer, respetando el mínimo de festivos en los que es posible la apertura, su número y determinación concreta. Aplicando el principio de interpretación de la norma de conformidad con la Constitución, la Sentencia argumenta que el precepto impugnado (art. 20) prevé una regla general de no apertura en domingos y festivos que admite una excepción clara para cuya articulación se prevé la autorización expresa del Gobierno de las Illes Balears, autorización que, en la práctica, puede permitir la apertura en domingos y festivos en el marco establecido por la ley estatal básica, haciéndose de este modo compatibles la previsión autonómica y la estatal (siempre que se respete el número mínimo de 8 días festivos de apertura).

En aplicación de jurisprudencia constitucional anterior, el TC también considera básica la regulación estatal de la libertad de horarios para los establecimientos comerciales localizados en las denominadas zonas de gran afluencia turística (art. 5 Ley 1/2004). En este contexto, las restricciones previstas por los artículos autonómicos objeto de recurso (arts. 21 y 22), que pretenden establecer un horario máximo de apertura diaria, son contrarias al orden constitucional de distribución de competencias.

En cuanto a la prohibición taxativa de la dedicación en exclusiva de un establecimiento comercial a la venta de saldos [art. 27.a)], el TC no la encuadra en la competencia sobre la legislación mercantil, ya que la emanación de regulaciones administrativas que disciplinen determinadas modalidades de venta no supone introducir una innovación en el seno de los derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas. Por otra parte, la norma autonómica examinada no disciplina una determinada modalidad de venta promocional sino que su objetivo predominante es impedir que el establecimiento comercial pueda dedicarse en exclusiva a este tipo de venta. Por ello, aunque la regulación de Derecho público relativa a la venta de saldos queda incluida de modo natural en las competencias autonómicas en materia de comercio interior y de protección del consumidor y usuario, en este caso concreto se trata más bien de una intervención pública en el comercio y de una restricción a la libertad de empresa, que impide la existencia de un formato comercial determinado. Afecta, pues, al régimen de competencia entre los ofertantes y su adopción correspondería, en principio, al Estado dentro de la legislación relativa a la regulación de las condiciones de competencia en el mercado *ex art. 149.1.13.ª CE* y, por ello, debe ser declarada inconstitucional y nula. La misma conclusión se alcanza respecto del

siguiente precepto (art. 28), que consiste en una norma que limita temporalmente ciertas modalidades de venta que, aun cuando pudiera afectar a los consumidores, tiene como finalidad principal evitar que la concurrencia entre los empresarios en el mercado quede rota por el uso de unas ofertas que aspiran a atraer a los consumidores.

Respecto de la prohibición de la práctica comercial consistente en la venta con pérdida, el TC entiende que no se trata de una medida de carácter administrativo tendente a la protección del consumidor. Lo perseguido es garantizar la competencia libre y leal entre comerciantes, evitando, por un lado, prácticas susceptibles de poner en peligro su normal funcionamiento mediante el recurso a este tipo de ventas, y por otro la alteración de un aspecto tan importante de las relaciones mercantiles como es el precio de los productos que se ofertan. Ambos extremos determinan que su definición corresponda al Estado y la consiguiente inconstitucionalidad y nulidad del precepto autonómico que establece el concepto de dicho tipo de ventas (art. 35.2).

Por último, en relación con la omisión de la reincidencia como elemento de graduación de las sanciones previstas (art. 54.1), el TC recuerda que el legislador básico (art. 69.1 Ley 7/1996) lo que quiere es garantizar que en todo el territorio nacional resulten sancionados con mayor intensidad quienes hayan reincidido en la comisión de alguna infracción que aquellos que no lo han hecho, sin imponer a las CC.AA. ninguna modalidad técnica en cuanto a la concreción de la sanción que de ello debe seguirse. En el caso enjuiciado la técnica utilizada por el precepto autonómico es valorar la reincidencia dentro de los márgenes permitidos por la norma básica estatal a través de la configuración de tipos específicos de infracción.

3. ENERGÍA

A) Régimen de responsabilidades con relación al gas que se extraiga a la terminación del período concesional

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2011 desestima el recurso contencioso-administrativo número 216/2010** (RJ 4578/2011), que una entidad mercantil interpuso contra la Orden ITC/3802/2008, de 26 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, la tarifa de último recurso. La sociedad actora impugna diversos apartados de la Disposición adicional séptima (y el Anexo III) de la mencionada Orden.

El Tribunal Supremo recuerda ante todo que la misma entidad mercantil impugnó, mediante el recurso directo número 16/2008, diversos apartados del Real Decreto 1804/2007, de 28 de diciembre, por el que se convierte parte de las concesiones de explotación de hidrocarburos «Gaviota I» y «Gaviota II», situadas en el mar Cantábrico frente a las costas de la provincia de Vizcaya, en una concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos.

Añade el Alto Tribunal que el citado recurso fue desestimado en su Sentencia de 3 de marzo de 2010, por lo que debe partirse de la plena validez de esta norma reglamentaria, que la Orden ahora impugnada viene a completar. Hecha esta precisión, el Tribunal Supremo examina las distintas alegaciones planteadas por la mercantil recurrente.

En primer lugar, la sociedad actora pretende la nulidad del apartado primero de la Disposición adicional séptima de la Orden de referencia, porque reconoce con carácter definitivo (en Anexo III) las inversiones en almacenamientos subterráneos, a partir de criterios inadecuados, lo que incide en la retribución que se asigna al almacenamiento subterráneo Gaviota.

El Tribunal Supremo constata que la Orden objeto de impugnación se limita a concretar en euros el valor del activo pendiente de amortizar, los costes de amortización y los costes reconocidos por operación y mantenimiento, y aplica para ello los criterios recogidos en el Real Decreto. El Alto Tribunal también pone de manifiesto que la crítica de la actora no se centra en que se haya efectuado una errónea aplicación de los criterios, sino que en realidad está cuestionando los propios criterios. Por lo tanto, y puesto que se vuelve a discutir la validez del Real Decreto 1804/2007, de 28 de diciembre, el Tribunal Supremo se remite a su Sentencia de 3 de marzo de 2010, y desestima la pretensión de la actora.

En segundo lugar, la entidad recurrente se centra en el cálculo del incentivo correspondiente a los ingresos derivados de las ventas del gas condensado (apartado tercero de la Disposición adicional séptima de la Orden). Señala que resulta arbitrario el incentivo que la Orden ITC/3802/2008 fija para conseguir una gestión más eficiente de las instalaciones gasistas por parte de los titulares del almacenamiento subterráneo.

El Tribunal Supremo rechaza el alegato de la sociedad demandante, puesto que la concesión de explotación de hidrocarburos ha sido sustituida por la correspondiente al almacenamiento subterráneo, y ésta dispone de su propio mecanismo de retribución. Se trata de concesiones distintas. Para el Alto Tribunal, el reconocimiento, o no, de un estímulo o incentivo suplementario relacionado con la actividad marginal de producción de gas condensado es meramente graciable, y por ello difícilmente puede ser impugnado. Su cuantía depende de los mayores o menores objetivos de eficiencia que el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo juzgue apropiados. Por ello mismo, la Sala del Tribunal Supremo no aprecia falta de motivación del importe en que se ha fijado el incentivo, y además la parte recurrente no ha aportado ningún medio de prueba.

En tercer y último lugar, la entidad reclamante impugna el apartado 5, letra b), de la Disposición adicional séptima de la Orden ITC/3802/2008. Indica que resulta injusto el régimen de responsabilidades en relación con el gas colchón que eventualmente se extraiga a la terminación del período concesional. A estos efectos, critica que, entre los costes de desmantelamiento de los almacenamientos subterráneos «Gaviota» financiados a cargo de los titulares de la concesión, se incluya una cantidad igual a la diferencia entre el gas colchón reconocido y el extraído en el momento del desmantelamiento, según el valor de mercado que tenga en ese momento. La sociedad actora expone que se trata de un concepto, situación o propiedad que escapa de su control.

El Tribunal Supremo rechaza esta alegación de la sociedad reclamante, recordando para empezar que nada impide a los títulos concesionales determinar las obligaciones de los concesionarios, especialmente las retributivas, y con mayor razón en la medida que se trata de bienes demaniales. En efecto, el Alto Tribunal precisa que los almacenamientos subterráneos se encuentran en el territorio del Estado y en el subsuelo del mar territorial y de los fondos marinos que están bajo la soberanía del Reino de España. Por lo tanto, se trata de bienes de dominio público estatal, y corresponde a la Administración del Estado el

fijar las condiciones de dichos almacenamientos subterráneos, incluidas las relativas a la provisión económica de desmantelamiento.

En su argumentación, el Tribunal Supremo destaca que la Orden en este extremo también resulta una aplicación del Real Decreto 1804/2007, y que sólo habría podido prosperar el recurso si la actora hubiera demostrado que la Disposición adicional séptima de la Orden vulneraba las previsiones del Real Decreto, algo que no se ha acreditado.

El Tribunal Supremo precisa asimismo en qué consiste el llamado «gas colchón». Es aquél que se inyecta artificialmente para garantizar la presión en el almacenamiento subterráneo, y no se recupera sino al final de la vida de las instalaciones, es decir, cuando se procede a su desmantelamiento. Puede ocurrir igualmente que ya exista «gas colchón» de manera natural. Estas diversas opciones son tratadas por la Orden objeto de impugnación, que atiende a las exigencias inherentes al mecanismo de retribución que las normas legales y reglamentarias predeterminan.

B) Peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011 resuelve el recurso contencioso-administrativo número 51/2010** (RJ 4858/2011), interpuesto por una entidad mercantil con relación a la Orden ITC/3520/2009, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas para el año 2010 y se actualizan determinados aspectos relativos a la retribución de las actividades reguladas del sector gasista.

La mercantil recurrente alega que la anterior Orden ITC/3863/2007, para obtener la inversión reconocida, fijaba un valor unitario para cada diámetro de tubería, que se debía multiplicar por el diámetro y longitud del gasoducto. En cambio, prosigue la entidad actora, con la Orden objeto de impugnación se fija un valor unitario único para todos los diámetros, lo que no sería representativo para los gasoductos de menor diámetro.

La entidad recurrente concluye que ello sería contrario a los artículos 16.2.a) y 17.2 del Real Decreto 949/2001 y al artículo 4.1 del Real Decreto 326/2008, y solicita la nulidad de los valores unitarios de referencia previstos en el Anexo V de la Orden, con la finalidad de que sean sustituidos por otros acorde con la normativa vigente. Como fundamento para su alegación, la entidad se remite al informe elaborado por la Comisión Nacional de Energía, que habría puesto de relieve la escasa representatividad de la muestra utilizada para realizar el análisis de costes.

Por su parte, la Abogacía del Estado plantea en primer lugar la inadmisibilidad del recurso, puesto que en su opinión la parte actora pretende que la Sala determine los valores unitarios, y tal planteamiento vulneraría el carácter revisto de la Jurisdicción.

La Sala del Tribunal Supremo rechaza ante todo la solicitud de inadmisibilidad formulada por la Abogacía del Estado, puesto que la pretensión de la entidad recurrente no supone que los valores unitarios, fijados por la Orden impugnada, tengan que ser establecidos en todo caso por la Sala. Más bien, prosigue el Alto Tribunal, se trata de examinar la corrección jurídica de los mencionados valores unitarios y, en el caso que la Sala concluya su nulidad, se pretende que tales valores sean establecidos de nuevo por la Administración,

una vez subsanadas las deficiencias, criterio que la Sala del Tribunal admite que podría incluirse en un hipotético fallo estimatorio.

Sin embargo, la Sala desestima el recurso presentado por la mercantil actora, puesto que ésta plantea una cuestión técnica, pero se refiere a ella sin aportar ninguna evidencia probatoria. A estos efectos, la Sala indica que la mera alusión al informe de la Comisión Nacional de la Energía no permite acreditar las afirmaciones de la parte recurrente, ni contrarresta los argumentos de la Abogacía del Estado. Añade la Sentencia que no basta con acreditar una cierta desviación en cuanto a los efectos retributivos de la inversión en transporte, sino que debería haber demostrado que tal desviación carece de toda justificación y supera el margen de lo razonable, tarea que no ha sido cumplimentada por la entidad reclamante.

C) Tarifas de gas natural y gases manufacturados por canalización

Por medio de la **Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2011 se resuelve el recurso de casación número 5188/2008** (RJ 4961/2011), planteado por una entidad mercantil y por la Administración General del Estado contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 6 de junio de 2008, que estimó el recurso interpuesto por otra sociedad mercantil contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/4101/2005, de 27 de diciembre, y anuló su Disposición adicional única, apartado 2, con los efectos que se desprenden sobre el Anexo I de la misma, por no ser ajustada a Derecho.

La mencionada Orden de 27 de diciembre de 2005 establece las tarifas de gas natural y gases manufacturados por canalización, alquiler de contadores y derechos de acometida para los consumidores conectados a redes de presión de suministro igual o inferior a 4 bares. En su Disposición adicional única, la mencionada Orden habría procedido a suprimir la tarifa 2.5 del Grupo 2, y la habría sustituido por una tarifa transitoria.

Para la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, la supresión de esa concreta tarifa por medio de una Orden ministerial habría vulnerado el principio de jerarquía normativa y, en particular, el artículo 27 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural. La Sentencia de instancia habría interpretado que el citado artículo 27 habilita al Ministro competente para modificar la estructura de las tarifas establecidas en el propio artículo 27, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, pero no para proceder a su supresión.

La Sala del Tribunal Supremo rechaza la interpretación efectuada por la Audiencia Nacional, casa su Sentencia y desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia, con base en las precedentes sentencias, del mismo Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 2010 y 19 de enero de 2011.

Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Supremo recuerda que el artículo 93 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, habilita expresamente al Ministro de Industria y Energía para dictar, mediante Orden ministerial, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, las disposiciones necesarias para

el establecimiento de las tarifas del coste de gas natural, y ello comprende la facultad de determinar la aplicación o la inaplicación de aquellas tarifas establecidas por el Gobierno, y de proceder a su revisión y adecuación, en su caso, a las circunstancias del mercado.

Por ello, la interpretación efectuada por el Tribunal de instancia, prosigue la Sala del Tribunal Supremo, vulnera lo dispuesto en ese artículo 93 de la Ley del sector de hidrocarburos. En este sentido, el Tribunal Supremo precisa que la supresión de la tarifa 2.5 del Grupo 2 ha de ser interpretarse con lo dispuesto en la Disposición transitoria única, que crea unas tarifas transitorias «B» para los clientes a los que se les estuviera aplicando a 31 de diciembre de 2005 la tarifa 2.5.

Para el Alto Tribunal, lo previsto en la Orden ITC/4101/2005 no carece de justificación objetiva y razonable, pues se debe a razones de política energética vinculadas a la reordenación del mercado gasista, las cuales no tienen un efecto liberalizador del mercado, en cuanto el régimen jurídico del suministro de gas sigue constituyendo una actividad regulada; asimismo, prosigue el Tribunal Supremo, no se vulneran los derechos de los consumidores de gas natural, en general, ni de los clientes afectados en particular, puesto que éstos últimos siguen sujetos a una tarifa transitoria.

La Sentencia dictada por el Tribunal Supremo también desestima la relevancia de las opiniones formuladas por diversos organismos, que cuestionaban la eliminación de las tarifas 2.5 y 2.6, puesto que para el Tribunal Supremo tales observaciones no demuestran que la decisión ministerial sea irrazonable.

El Alto Tribunal también rechaza las alegaciones planteadas por la Sentencia de instancia, en el sentido de que el Informe 25/2005, de 22 de diciembre de 2005, emitido por la Comisión Nacional de Energía, no habría ejercido correctamente las funciones de consulta y no se habría pronunciado sobre todos los extremos contenidos en la Orden impugnada. Señala el Tribunal Supremo que no se formula una crítica concreta sobre qué circunstancias relevantes no fueron tenidas en cuenta por la Comisión indicada.

Es por todo ello que, como hemos avanzado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011 estima el recurso de casación, y casa la sentencia de instancia, procediendo asimismo a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto ante la Audiencia Nacional.

D) Evaluación de impacto ambiental de instalaciones eléctricas

La **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2011** (núm. rec. 6191/2008) analiza la exigencia de evaluación de impacto ambiental de determinadas instalaciones eléctricas. En este sentido, recordando la argumentación mantenida en la Sentencia de 9 de febrero de 2010, la Sala estima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado, considerando que la ampliación de una subestación eléctrica, aunque sea un elemento indisolublemente unido a la red de transporte de energía, no constituye ninguno de los supuestos previstos en nuestra legislación que exija una previa declaración de impacto ambiental, pues los únicos elementos de la red de transporte de electricidad que el legislador ha contemplado desde la perspectiva ambiental son las líneas de transporte de longitud superior a 15 km. Y, en determinados supuestos, las de más de 3 km.

Igualmente, se añade que, teniendo en cuenta el grado de detalle con el que se expresa el Texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, no resulta posible tampoco pretender completar la lista de supuestos incluidos en ella mediante una interpretación que considere a las subestaciones de transporte como elementos imprescindibles para la conexión de líneas sí sometidas a la evaluación de impacto ambiental y, en consecuencia, sujetas necesariamente a dicho control.

Conviene señalar este último criterio por cuanto parece apartarse del mantenido anteriormente por la misma Sala, por ejemplo, en la Sentencia de fecha 1 de abril de 2002 (núm. rec. 1244/2000), si bien el propio Tribunal Supremo aclara que se trata de supuestos distintos porque, mientras que en aquellas Sentencias se tuvo en consideración la coetaneidad de los proyectos y su estrecha relación —entendiendo que se trataba de actuaciones dotadas de una indudable unidad—, ahora nos encontramos en una situación diversa en la que sólo entra en consideración la ampliación de una subestación eléctrica.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2011 (núm. rec. 5622/2008) se refiere a los contratos de suministro interrumpible. A pesar de que la Sala desestima el recurso por motivos formales que condicionan la viabilidad del recurso de casación planteado, se insiste en la idea de que el régimen de interrumpibilidad consiste en un sistema de optimización de la explotación unificada del sistema eléctrico nacional que persigue el equilibrio entre el volumen de energía eléctrica puesto en la red nacional y la demanda de los consumidores. Recordando, además, que la aplicación práctica de dicho régimen no depende de la decisión de las empresas eléctricas distribuidoras, sino que será Red Eléctrica Española quien decide y comunica a dichas empresas quienes son los abonados a los que debe solicitarse la interrupción; siendo responsabilidad del abonado adecuar su consumo a las condiciones de interrumpibilidad contratadas.

4. GANADERÍA

STC 158/2011, de 19 de octubre. Dos conflictos positivos de competencia, núm. 3899-2000 y 2621-2001, promovidos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, en relación con el Real Decreto 324/2000, de 3 de marzo, por el que se establecen las normas básicas de ordenación de las explotaciones porcinas y con el Real Decreto 3483/2000, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 324/2000.

Las cuestiones examinadas en la Sentencia son cuatro: el concepto de explotación porcina extensiva, la clasificación de las explotaciones porcinas según su capacidad productiva, las distancias mínimas entre explotaciones porcinas y la identificación de los animales a través del sistema del martillo tatuador. Para determinar el encuadramiento competencial de estas materias, el TC pone de manifiesto que el RD 324/2000, que regula las medidas de ordenación sanitaria y zootécnica de las explotaciones porcinas, tiene una doble orientación (sanitaria y zootécnica o ganadera, a efectos competenciales) que conlleva el análisis de precepto por precepto. Antes de efectuarlo, recuerda su doctrina general sobre los requisitos de orden formal y material que deben respetar las bases estatales.

En cuanto a la definición del sistema de explotación extensivo [art. 2.2.b)], la Sentencia considera que tiene carácter básico, ya que corresponde al Estado, en virtud de sus

competencias sobre ordenación general de la economía (art. 149.1.13.^a CE), establecer las directrices generales de ordenación y regulación del mercado agropecuario nacional. En concreto, los criterios de ordenación de las explotaciones porcinas para todo el territorio estatal, las características que han de tener y su diferenciación de las de régimen intensivo. Respecto de la clasificación de las explotaciones porcinas según parámetros zootécnicos (en este caso, la capacidad productiva de las mismas), entiende asimismo que se ampara en la misma competencia del Estado en relación con el sector económico específico de ganadería. Por otra parte, el TC da por cumplidos los requisitos formal y material de estas bases, que pueden excepcionalmente recogerse en un reglamento y cuya naturaleza es materialmente básica. Como consecuencia de lo anterior, desestima la impugnación dirigida a los artículos 2.2.b) y 3.B RD 324/2000 (este último según redacción otorgada por el RD 3483/2000).

En relación a las condiciones de funcionamiento de las explotaciones porcinas y sobre la separación por razones sanitarias entre ellas mismas y otros tipos de establecimientos o instalaciones que puedan constituir fuentes de contagio, el TC alega que la competencia más específicamente afectada es la de sanidad, en la que el Estado dispone de la capacidad para establecer normas básicas y la coordinación (art. 149.1.16.^a CE). Se trata de una cuestión de gran relevancia en las actuaciones contra las enfermedades animales, tanto en los aspectos preventivos como en los de lucha y erradicación, máxime cuando dichas enfermedades puedan ser transmitidas al hombre. De aquí que las distancias mínimas puedan afectar, como hace el precepto, no sólo a las relaciones de unas explotaciones porcinas con otras, sino también a su incidencia respecto de núcleos de población, vías férreas o de transporte y, en general, instalaciones en que pueda producirse el contagio. Por otra parte, las distancias mínimas que con este fin establece la norma básica pueden ser completadas con mayor rigor de protección por las CC.AA., lo que la Sentencia reputa legítimo por suponer una ordenación que éstas deben respetar en todo caso. El hecho de que el margen de modulación posible de la norma básica sea mayor para las CC.AA. insulares no obsta el carácter básico, en este caso, aplicable a situaciones singulares que están justificadas. Con estos razonamientos, desestima la impugnación del artículo 5.Dos.A) RD 324/2000 (según redacción otorgada por el RD 3483/2000).

Por último, se examina la regulación básica de los sistemas de identificación de los animales para su traslado, que distingue entre la identificación correspondiente al traslado dentro del territorio autonómico y la identificación cuando dicho traslado se realice entre CC.AA. Sobre esta materia, el TC afirma que forma parte de un conjunto de medidas sanitarias dirigidas a la prevención y a la lucha contra las enfermedades de los animales, siendo más específica esta finalidad que otras de orden económico o medioambiental que, sin duda, también están presentes. Más concretamente, insiste en que ninguna duda cabe sobre el carácter materialmente básico del sistema de marcaje a través del martillo tatuador, pues aunque el TC reconoce efectos extraterritoriales a las normas autonómicas, ello en absoluto enerva que el Estado, competente para dictar normas básicas en materia de sanidad, pueda ejercer tal competencia en garantía de la sanidad animal y de la propia salud humana imponiendo el sistema de marcaje de los datos de identificación de los animales en los movimientos intercomunitarios, máxime cuando ese sistema de marcaje no es cerrado, sino que las CC.AA. tienen abiertas las posibilidades de opción por cualquiera de los tres sistemas previstos en la norma estatal (sistemas entre los que no se incluye hoy el martillo

tatuador, tras la modificación operada por el Real Decreto 479/2004, de 26 de marzo). En consecuencia, se desestima la impugnación del artículo 6.5 RD 324/2000.

La doctrina anterior resulta de directa aplicación a la STC 207/2011, de 20 de diciembre, que resuelve los conflictos positivos de competencia acumulados núm. 3919-2000 y 2679-2001, promovidos por el Gobierno de Aragón, en relación con las mismas normas reglamentarias.

5. SUBVENCIONES

A) Cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales

STC 159/2011, de 19 de octubre. Conflicto positivo de competencia núm. 6454-2003, promovido por el Gobierno de la Generalitat de Catalunya, contra los artículos 3.3, 22 a 32 y la disposición adicional segunda del Real Decreto 835/2003, de 27 de junio, por el que se regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales.

El objeto de la impugnación es el régimen de subvenciones que establece el Estado para la financiación de proyectos singulares de desarrollo local y urbano, que tiene como principal característica que se realiza directamente con las entidades locales solicitantes y beneficiarios de la subvención. El primer motivo alegado es un reproche negativo en el sentido de que dicha financiación no se remite a la Generalitat para su integración en el plan único de obras y servicios. El TC considera que se corresponde con una impugnación por omisión de la norma, que debe rechazarse pues carece de encaje en el conflicto positivo de competencia en la medida que éste presupone una acción positiva de invasión de la esfera competencial de la entidad que lo plantea. Por esta razón, rechaza la impugnación de la disposición adicional segunda RD 835/2003.

Por otra parte, recurriendo a una doctrina consolidada, la Sentencia llega a dos conclusiones: De un lado, que la financiación que se canalice hacia el plan único de obras y servicios de Catalunya ha de guardar homogeneidad y equivalencia respecto a la que se encauce hacia los planes provinciales de obras y servicios en el resto de España. Por tanto, el plan único de obras y servicios de Catalunya no puede acoger, en términos cualitativos o cuantitativos, más financiación estatal que la que se hubiese dirigido a los planes provinciales de obras y servicios en Catalunya en caso de que los mismos hubieren pervivido. De otro, que no toda modalidad de cooperación financiera del Estado con los entes locales de Catalunya debe necesariamente incluirse en el plan único de obras y servicios, ya que nada impide que el Estado disponga de otras fuentes de financiación dirigidas hacia objetivos de cooperación económica con los entes locales, que no deben incorporarse al plan único de obras y servicios de Catalunya.

Desde otra perspectiva, el TC analiza si la financiación estatal impugnada respeta la doctrina constitucional relativa a las subvenciones, sintetizada en la STC 13/1992. En este sentido, según la misma, dicha financiación se inscribe en el ámbito competencial sobre régimen local y por ello se sitúa en el segundo supuesto subvencional, en el cual el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus presupuestos generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde le permita

su competencia genérica básica, pero siempre que deje un margen a las CC.AA. para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Por regla general, la gestión de estos fondos corresponde a las CC.AA., de manera que no pueden consignarse en favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta. Además, en el caso enjuiciado no concurre la excepcionalidad de una gestión centralizada de las subvenciones, pues el TC recuerda que no son suficientes para justificarla determinados criterios que pudieran traerse a colación como «la dimensión, viabilidad e interés del proyecto», su «importancia o calidad» —en definitiva, su «excelencia»— o los «índices de tecnificación considerados competitivos», ya que con su admisión se produciría un vaciamiento de las competencias autonómicas en la materia afectada. Tampoco es suficiente el argumento de que podrían producirse quiebras relevantes en la garantía consistente en alcanzar las mismas posibilidades de obtención de la subvención en todo el territorio nacional, ya que el legislador dispone de diferentes mecanismos de cooperación y coordinación, a través de los cuales puede garantizarse la eficacia de las medidas que constituyen el objeto del plan. El agotamiento de los fondos tampoco resulta determinante para una gestión centralizada de las subvenciones, puesto que pueden arbitrarse sistemas de cooperación que posibiliten el desplazamiento de los mismos. En definitiva, el TC concluye que la garantía de la eficacia de la normativa estatal ha de coherarse con el respeto al principio de autonomía, no pudiendo servir de excusa para eludir competencias que constitucionalmente correspondan a una Comunidad Autónoma. En tal caso, bastaría que en el diseño de una legislación estatal reguladora de una materia se dificultara artificialmente su ejecución autonómica para justificar la negación o supresión de esa competencia. Por las razones alegadas, la Sentencia dedica un fundamento jurídico a delimitar aquellos aspectos de los artículos 3.3 y 22 a 32 RD 835/2003 que considera que vulneran las competencias de la Generalitat por referirse a aspectos centralizados de la gestión de las subvenciones impugnadas.

B) Medio ambiente y montes

STC 38/2012, de 26 de marzo. Conflicto positivo de competencia núm. 10801-2009, promovido por la Junta de Galicia, contra la resolución de 31 de agosto de 2009, de la Dirección general de medio natural y política forestal, por la que convoca la concesión de ayudas a entidades y organizaciones no gubernamentales de ámbito estatal para la realización de actividades privadas relacionadas con los principios inspiradores de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, y con las finalidades de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes.

El marco competencial en el que se encuadra la Orden impugnada es el de las competencias en materia de medio ambiente y montes, de manera que el TC recuerda que en estas materias corresponde al Estado la competencia sobre las bases, y a la Comunidad Autónoma las competencias de desarrollo normativo y de ejecución. Lo que se discute es la concurrencia de las circunstancias excepcionales previstas en la doctrina constitucional (en concreto, STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 8) para que se justifique una centralización por el Estado de la gestión y otorgamiento de las subvenciones. En cuanto a la previsión de la Orden, referida a la exigencia de que los beneficiarios de las ayudas sean entidades de

ámbito supraautonómico, el TC considera que el criterio territorial del radio de acción de los solicitantes no puede resultar relevante para admitir dicha centralización de las ayudas, pues el ejercicio de las competencias de desarrollo y de gestión de las mismas por parte de la Comunidad Autónoma cabría siempre en la medida en que el programa se ejecute en su propio territorio.

En relación con la necesidad de garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute de las ayudas, por parte de sus potenciales destinatarios, el TC argumenta que las posibles dificultades previas pueden salvarse mediante diversas técnicas: mediante una planificación que determine el tipo de proyectos que deba ser objeto de la actuación estratégica, o mediante el establecimiento de mecanismos de cooperación y coordinación, a través de los cuales pueda garantizarse la eficacia de las medidas que constituyen el objeto del Plan. Por otra parte, el agotamiento de los fondos no resulta tampoco determinante, puesto que pueden arbitrarse sistemas de cooperación que posibiliten el desplazamiento de los mismos. En definitiva, la Sentencia considera que la garantía de la eficacia de la normativa estatal ha de cohonestarse con el respeto al principio de autonomía.

La selección de unos concretos proyectos dirigidos a la consecución de un objetivo determinado puede conseguirse a través del sistema constitucional de distribución de competencias y no a pesar del mismo, teniendo muy en cuenta que la cooperación y la coordinación entre el Estado y las CC.AA. constituye el elemento fundamental del Estado autonómico.

Respecto a la condición de que las actividades financiadas afecten a un ámbito geográfico supraautonómico, el TC argumenta que tampoco puede justificar, por sí misma, la excepcional asunción de competencias de gestión por el Estado. La supraterritorialidad no configura título competencial en esta materia [ciertos espacios naturales supracomunitarios]. En concreto, los espacios naturales tienden a no detenerse y mucho menos a coincidir con los límites de las CC.AA. Pero ello no es suficiente para desplazar la competencia de su declaración y gestión al Estado, so pena de vaciar o reducir la competencia autonómica.

Concretando los términos de la excepcionalidad requerida, el TC declara que el traslado al Estado de la titularidad de la competencia de gestión sólo puede tener lugar cuando, además del alcance territorial superior al de una Comunidad Autónoma, la actividad pública que sobre él se ejerza no sea susceptible de fraccionamiento y, aun en este caso, cuando dicha actuación no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o coordinación (sean de naturaleza vertical —entre el Estado y las CC.AA.—, bien de naturaleza horizontal —entre CC.AA.—), sino que requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un solo titular, que forzosamente deba ser el Estado, o cuando sea necesario recurrir a un ente con capacidad de integrar intereses contrapuestos de varias CC.AA.

El Estado ha introducido en las ayudas analizadas el más intenso instrumento participativo que cabría imaginar por parte de las CC.AA. afectadas: una especie de codecisión o resolución compartida Estado-Comunidad. Así, las CC.AA. cuya gestión del patrimonio natural y de la biodiversidad se vea afectada por las actuaciones para las que se solicita la subvención, de acuerdo con las bases de la convocatoria, han de prestar su conformidad al mismo. Sin embargo, el TC recuerda que la autonomía y las propias competencias son indisponibles tanto para el Estado como para las CC.AA. Por ello, la técnica utiliza-

da, al condicionar el ejercicio por el Estado de su competencia a la conformidad de las CC.AA., no resulta convincente, pues si corresponde a la Comunidad Autónoma de Galicia la competencia de ejecución en materia de medio ambiente, la exigencia de la aceptación autonómica de las condiciones y modo de la subvención no es realmente un mecanismo colaborativo y supone colocar a la Comunidad Autónoma ante la disyuntiva de tener, bien que aceptar las ayudas que se vayan a desarrollar en su territorio pero gestionadas por el Estado, bien que rechazar las ayudas en la forma prevista por el Estado, con la consiguiente pérdida de ingresos para atender actividades en relación con una materia sobre la que ostenta competencias de desarrollo normativo y ejecución.

No cuestiona el TC que pueda corresponder al Estado fijar con el detalle que considere necesario las condiciones y requisitos básicos que han de observarse en la concesión y disfrute de aquellas ayudas con la finalidad de garantizar una aplicación homogénea en todo el territorio nacional, lo que se cuestiona es la centralización total y absoluta de la gestión de las mismas. El supuesto enjuiciado coincide con el segundo de los supuestos subvencionales de delimitación competencial entre el Estado y las CC.AA. (STC 13/1992, FJ 8), correspondiendo a la Comunidad Autónoma las competencias de desarrollo normativo y ejecución.

Por último, en relación con la Orden ARM/1935/2009, de 8 de julio, en la que se establecen las bases de la convocatoria, y que no ha sido objeto de conflicto, se recuerda doctrina anterior sobre el principio de lealtad institucional, que obliga a todos, y sobre la necesidad de que, para la plena realización del orden de competencias que se desprende de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, se evite la persistencia de situaciones anómalas en las que sigan siendo ejercitadas por el Estado competencias que no le corresponden.

C) Servicios sociales

STC 178/2011, de 8 de noviembre. Conflicto positivo de competencia núm. 5250-2005, promovido por el Gobierno de la Generalitat de Catalunya contra la Orden TAS/893/2005, de 17 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones del área de servicios sociales, familias y discapacidad, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y del Instituto de Mayores y Servicios Sociales.

El objeto de las subvenciones reguladas en la Orden impugnada es la realización de programas sociales dirigidos a favorecer la inclusión social y a apoyar el movimiento asociativo y fundacional de las personas mayores, personas con discapacidad, familias, infancia, pueblo gitano y voluntariado (art. 1). Por su contenido, el TC considera que deben encuadrarse en la materia competencial «asistencia social», la cual, según doctrina reiterada, aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas de los grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de ésta última. Asimismo, recuerda que dicha competencia ha sido asumida por la Comunidad Autónoma con carácter exclusivo, de acuerdo con el artículo 166 del vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña, lo que no impide el ejercicio de las competencias del Estado *ex* artículo 149.1 CE, sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico o sea sobre el mismo objeto jurídico (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 104).

Para resolver el conflicto, la Sentencia invoca una consolidada doctrina constitucional, originada a partir de la conocida STC 13/1992, sobre la naturaleza de la potestad de gasto público y los cuatro supuestos a los que pueden reconducirse las subvenciones en función de los títulos competenciales implicados. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal considera que las subvenciones reguladas en la Orden podrían situarse en el primer supuesto, pues la norma no expresa su cobertura constitucional, ni invoca título habilitante alguno de la competencia estatal, ni genérico ni específico —la supraterritorialidad no es un título competencial— y la «asistencia social» es competencia exclusiva de la Generalitat de Catalunya. Por otra parte, rechaza que las subvenciones asistenciales puedan encuadrarse en el cuarto y último supuesto, en el cual se justificaría una gestión centralizada estatal por tener carácter imprescindible para la efectividad de las medidas, dado que el Estado no ostenta en este caso, como se ha indicado, ningún título competencial, genérico o específico, sobre la materia.

Dicho lo anterior, el TC añade que el Estado puede asignar parte de sus fondos presupuestarios a materias o sectores en los que no ostenta ningún título competencial, si bien sólo puede hacerlo de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad y consignando dichos fondos en los presupuestos generales del Estado como transferencias corrientes o de capital a las CC.AA., de manera que la asignación quede territorializada, a ser posible, en los mismos presupuestos generales del Estado. Precisamente, esta última condición es la que no respeta la Orden impugnada al regular la tramitación centralizada de los fondos subvencionales del Estado. Sin embargo, seguidamente, también matiza que incluso si tales partidas aparecen directamente como transferencias a sus destinatarios últimos (familias, instituciones sin fines de lucro, empresas, asociaciones, etc.), de ello no se sigue necesariamente la inconstitucionalidad de las mismas, siempre que por normas inmediatamente posteriores o por convenio ajustado a los principios constitucionales y reglas de distribución de competencias, los fondos en cuestión se distribuyan efectivamente entre las CC.AA. competentes para gestionarlos.

Por último, se rechaza que la impugnación de la Orden tenga carácter preventivo o hipotético, pues los fondos de las subvenciones deberían haberse territorializado en los propios presupuestos generales del Estado o, en su defecto, «por normas inmediatamente posteriores o por convenio». La Orden impugnada no sólo no lo hace sino que lo impide, al imponer una centralización de todo el procedimiento de gestión sin exponer justificación alguna, ni en el preámbulo ni en el articulado. A todo ello se añade la doctrina constitucional sobre el instrumento normativo en el que han de contenerse las subvenciones estatales que se instrumenten en materias en las que el Estado ostente la competencia para dictar normas básicas, doctrina que considera inadecuado que, una vez fijado el régimen subvencional básico en norma de rango adecuado —ley o real decreto—, se continúen reformulando dichas bases a través de normas de rango inferior. Por tanto, con mayor rigor se rechaza ahora la reformulación de cualquiera de los aspectos nucleares de las subvenciones —en este caso, las características de los programas asistenciales— a través de resoluciones de desarrollo de la orden ministerial en aquellas materias en las que el Estado carece de título genérico o específico de intervención, como es el caso.

En consecuencia, admitida la existencia de *vindicatio potestatis*, el TC examina los preceptos de la Orden impugnada de acuerdo con la doctrina de la STC 13/1992 (FJ 8) y apli-

cando los siguientes criterios: se considera incluida en la esfera de la competencia estatal la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional —objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas, beneficiarios y requisitos esenciales de acceso— mientras que se sitúa dentro de la competencia autonómica lo atinente a su gestión, esto es, la tramitación, resolución y pago de las subvenciones, así como la regulación del procedimiento correspondiente a todos estos aspectos, ya que es doctrina reiterada que las normas procedimentales *ratione materiae* deben ser dictadas por las CC.AA. competentes en el correspondiente sector material, respetando las reglas del procedimiento administrativo.

6. TELECOMUNICACIONES

A) Instalaciones de radiocomunicación en Castilla-La Mancha

STC 8/2012, de 18 de enero. Recurso de inconstitucionalidad núm. 2194-2002 interpuesto por el Presidente del Gobierno contra los artículos 2.2; 7; 12.1 párrafos primero, tercero y cuarto, en relación con el artículo 10; 14, y, por conexión, los artículos 19, apartados 2, 3 y 20, apartado 1 de la Ley 8/2001, de 28 de junio, para la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación en Castilla-La Mancha.

La primera cuestión que se plantea la Sentencia es el encuadramiento competencial de la materia objeto de litigio. En este sentido, el TC recuerda que el título competencial en materia de telecomunicaciones es un título de carácter sectorial, que tiene un gran potencial expansivo puesto que, con mayor o menor intensidad, incide en muchas otras materias. Por un lado, en el desarrollo de medios de comunicación social como la radio o la televisión. Por otro lado, en la ordenación del territorio y el urbanismo en la medida en que la faceta de infraestructura de las telecomunicaciones hace preciso adoptar decisiones en torno a su adecuada localización, tanto en el ámbito rural como urbano. Esa localización puede, a su vez, tener un impacto sobre el medio ambiente y el paisaje. Y, por último, y en lo que ahora interesa, la exposición a campos electromagnéticos puede tener una incidencia sobre la salud que exige medidas de protección sanitaria, en especial para aquellos colectivos que se consideran más sensibles. Dicho lo anterior, se exponen los criterios hermenéuticos generales de la doctrina constitucional para resolver la concurrencia de títulos competenciales, así como se insiste en la necesidad de solucionar dicha concurrencia, en la medida de lo posible, a partir de fórmulas de coordinación, cooperación y de diversas vías de participación de las instancias territoriales implicadas.

A continuación, el TC expone el alcance de la competencia estatal en materia de telecomunicaciones (art. 149.1.21.^a CE), recordando que en la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 85), se ha aclarado que «las infraestructuras comunes de telecomunicaciones guardan una relación más estrecha con el “régimen general de comunicaciones” que con la materia de telecomunicaciones en sentido estricto o que con la materia de medios de comunicación social» pues «en puridad, las infraestructuras de las telecomunicaciones ni constituyen un elemento propio del espectro radioeléctrico ni son elemento vinculado a la protección del derecho fundamental previsto en el art. 20 CE».

En primer lugar, se analiza la omisión en la Ley 8/2001 (art. 2.2, subapartado 1), en la medida que no excluye explícitamente de su ámbito de aplicación las instalaciones

radioeléctricas necesarias para el funcionamiento de los aeropuertos de interés general o para el control del espacio aéreo español y la seguridad del tránsito y transporte aéreo, de competencia exclusiva del Estado. La Sentencia considera que las normas del ordenamiento jurídico no son elementos aislados en el mismo, sino que coexisten con las restantes que lo integran, sin que el silencio respecto al contenido de estas otras deba llevar a la conclusión de que excluyan su aplicación. Por otra parte, y en coherencia con su carácter de simple recordatorio, la Ley impugnada no establece ninguna regulación específica para este tipo de instalaciones, por lo que difícilmente puede considerarse que establezca una «regulación contraria» a la estatal o que pretenda alterar su régimen jurídico.

El siguiente precepto impugnado (art. 7) impone, en sus diferentes apartados, ciertos deberes a los operadores de instalaciones de radiocomunicación. Respecto a la obligación del mantenimiento de las instalaciones en condiciones de seguridad, estabilidad y conservación, así como correlativamente, de revisión y subsanación de deficiencias, la Sentencia considera que no han de entenderse referidas a aspectos relativos a la utilización del espectro radioeléctrico, al cumplimiento de las condiciones técnicas o a las características de las emisiones, aspectos todos ellos de competencia estatal, sino que se insertan en las competencias autonómicas en materia de urbanismo. En atención a las características de las instalaciones de telecomunicaciones, se trata de la regulación urbanística clásica del deber general de los propietarios de conservar y mantener sus construcciones e instalaciones en condiciones adecuadas.

Por el contrario, considera inconstitucional la obligación que se impone a los operadores de incorporar las mejoras tecnológicas que vayan apareciendo y contribuyan a reducir los niveles de emisión de los sistemas radiantes así como minimizar el impacto ambiental y visual de acuerdo con los fines de la ley autonómica. En este aspecto, el Estado ha elaborado una normativa reglamentaria básica en ejercicio de sus competencias en materia de sanidad y telecomunicaciones, que el TC considera ajustada a la Constitución, al mismo tiempo que constituye una solución de equilibrio entre la preservación de la protección de la salud y el interés público al que responde la ordenación del sector de las telecomunicaciones.

En lo que se refiere a la obligación de incorporar mejoras tecnológicas con la finalidad de minimizar el impacto ambiental y visual de acuerdo con los fines de la ley autonómica, tiene por finalidad preservar intereses públicos medioambientales y urbanísticos. La Sentencia considera esta previsión normativa respetuosa con la legislación estatal de telecomunicaciones, siempre que sea acorde con el principio de proporcionalidad y no incida en las competencias del Estado, sobre las características técnicas de la red y las condiciones de prestación del servicio, de gestión del espacio radioeléctrico o de explotación de la red. Ello implica la instrumentación de medidas de cooperación entre el Estado y la Comunidad Autónoma, de modo que la actualización tecnológica que prevé el precepto debe ser conocida previamente por el Estado a fin de que pueda expresar su criterio sobre la afectación que dicha actualización pueda tener sobre sus propias competencias.

Respecto de la obligación de recuperación y restauración del entorno afectado por la instalación de radiocomunicación (edificio o terreno), el TC entiende que se refiere a instalaciones o elementos de las mismas que, por cese o por desuso, han perdido su funcionalidad, encuadrándose, por tanto, en las materias de medio ambiente y urbanismo de competencia autonómica.

En otro orden de cosas, se analizan los planes territoriales de despliegue de red que corresponde aprobar a la Junta de Castilla-La Mancha (párrafos 1, 3 y 4 del art. 12.1 Ley 8/2001 en relación con su art. 10). El TC recuerda que la competencia estatal de planificación en materia de telecomunicaciones tiene un objeto bien distinto, ya que los planes nacionales contemplados en la Ley general de telecomunicaciones de 2003 (art. 17) ordenan la numeración telefónica garantizando la disponibilidad de números apropiados para todos los servicios de telecomunicaciones y los restantes planes de utilización del dominio público radioeléctrico. Como establece ahora con mayor claridad la nueva legislación de telecomunicaciones, las competencias de telecomunicaciones, ordenación territorial, urbanismo, medio ambiente y sanidad se limitan recíprocamente, imponiéndose una regulación tanto estatal como autonómica —cada una de ellas en su ámbito respectivo— que sea respetuosa con la esfera de regulación que corresponde a cada instancia territorial. En este sentido, la Sentencia insiste en que los instrumentos de planificación territorial y urbanística deben realizarse de tal forma que concilien los diferentes intereses en juego, y se adopten soluciones que den satisfacción a esas necesidades de redes identificadas en el informe estatal asegurando la no discriminación y la competencia entre operadores. Ahora bien, el TC indica que, por otra parte, la legislación de telecomunicaciones vigente reconoce inequívocamente las competencias sectoriales de los titulares del dominio público y de las CC.AA. La información que las CC.AA. pueden requerir a los operadores en relación con sus previsiones de nuevas instalaciones es estrictamente aquella que es necesaria para el ejercicio de sus competencias.

En cuanto a la delimitación competencial de la ubicación y compartición de las infraestructuras de telecomunicaciones, resulta especialmente compleja y delicada debido a la diversidad de intereses afectados (intereses medioambientales, sanitarios, de seguridad pública, de ordenación territorial y urbana, de prestación de servicios de telecomunicaciones, de garantía de la competencia entre operadores), a la concurrencia competencial y a la propia singularidad de la materia. El TC argumenta que su regulación pertenece a la esfera de competencias del Estado en materia de telecomunicaciones. En primer lugar, porque persigue hacer efectivo el derecho de ocupación de los operadores necesario para el establecimiento de la red y afecta a las condiciones de prestación de los servicios de telecomunicaciones y al régimen jurídico de los operadores. Y, en segundo lugar, porque al tratarse de una regulación de las infraestructuras que persigue asegurar la efectividad de las comunicaciones y la virtualidad de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones, se encuentra también dentro de la competencia estatal para establecer el régimen general de las comunicaciones.

Por añadidura, la Sentencia plantea que se trata de una técnica que se presenta como un instrumento que permite conciliar los diferentes intereses en juego, correspondiendo a las Administraciones con competencias sectoriales para la preservación de esos intereses públicos la decisión sobre la necesidad o conveniencia de la ubicación y compartición de infraestructuras. La regulación estatal de esta materia no puede, por tanto, eliminar la esfera de decisión y regulación que ostentan las Comunidades Autónomas acerca de la localización de las infraestructuras de telecomunicaciones. Ahora bien, el TC tiene también incidencia en ciertos intereses públicos que corresponde preservar al Estado en el ejercicio de sus competencias en materia de telecomunicaciones, singularmente la preservación de la competencia entre operadores. El estrecho entrecruzamiento competencial que se produ-

ce, por tanto, en esta materia obliga a que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, Estado y CC.AA. se mantengan dentro de los límites propios y establezcan una regulación respetuosa de las esferas de decisión que corresponden a cada instancia territorial, acudiéndose, cuando sea preciso, a fórmulas de cooperación, esenciales para resolver las situaciones de concurrencia competencial. La regulación impugnada que prevé que la Administración autonómica negocie con todos los operadores para propiciar acuerdos dirigidos a la compartición de infraestructuras, así como que la formalización de tales acuerdos entre la Administración autonómica y los operadores suponga la aprobación de los planes territoriales de despliegue de red, es acorde con las competencias estatales. También lo es que, en caso de no conseguirse el acuerdo correspondiente, la Administración autonómica determine en la aprobación de los planes los emplazamientos que los operadores deberán compartir, en atención a los principios de protección de la salud, del medio ambiente y del paisaje, si bien la decisión de utilización compartida del dominio público o de la propiedad privada deberá adoptarse respetando lo dispuesto en la legislación estatal.

Finalmente, la Sentencia analiza la constitucionalidad de la regulación de varias conductas constitutivas de infracciones graves (ap. 2 y 3 del artículo 19 y ap. 1 del artículo 20 Ley 8/2001). Conforme una reiterada doctrina constitucional, el juicio de constitucionalidad sobre estos preceptos está estrechamente conectado al de las regulaciones sustantivas a las que están vinculados, ya que es una regla de deslinde competencial que la titularidad de la potestad sancionadora va normalmente pareja, como instrumental, a la competencia sustantiva de que se trate.

B) Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Motivación y proporcionalidad del requerimiento de información a operadora del mercado audiovisual

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2011** (núm. rec. 133/2009) declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2008, que había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad Sogecable, S.A. y anulado la resolución del Presidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 10 de mayo de 2007, en la que se requería a dicha entidad determinada información correspondiente al primer trimestre de 2007.

Para llegar a tal pronunciamiento, el TS reproduce la argumentación aducida en sendas sentencias anteriores que resolvieron idéntica controversia (SSTS de 17 de enero de 2011 y de 15 de febrero de 2011), manteniendo, pues, su criterio jurisprudencial al respecto y sus discrepancias interpretativas con la Audiencia Nacional en esta cuestión. Como entonces, el análisis de la Sala distingue entre el plano formal y el material de validez, de tal modo que examina la motivación de la resolución y su proporcionalidad, respectivamente.

De entrada, se niega que la solicitud de información de la CMT a la operadora audiovisual adolezca de motivación, como había estimado el tribunal *a quo*, en tanto que se trata de una solicitud periódica que se repite trimestralmente y que «queda de suyo justificada

por la obligación que la CMT tiene, *ex lege*, de elaborar un informe anual sobre la evolución de los mercados en los que ostenta competencias», como el audiovisual. En consecuencia, para el TS, fórmulas utilizadas y admitidas en otras ocasiones como motivación suficiente por la propia AN (tales como las necesidades de «información estadística» o de «elaborar un preceptivo informe al Gobierno», etc.) no aportan cualitativamente mucho más a la justificación de obtener dicha información por la CMT.

Desde el punto de vista de la proporcionalidad, la Sala concluye que los datos requeridos (sobre facturación y número total de empleados, importe de ingresos, tiempo dedicado a publicidad, importe de ingresos por pago por visión y número de contrataciones por tal concepto) son los necesarios para que el organismo regulador pueda conocer la situación de los mercados con un grado de concreción suficiente y pueda cumplir con sus funciones de informe, admitiendo la posibilidad que, a diferencia de lo sucedido otros años, la CMT haya utilizado solo «para su uso interno» los datos relativos a la publicidad en los medios de comunicación audiovisual.

C) Televisión digital local. Solicitud municipal de concesión de canal múltiple

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2011** (núm rec. 48/2009) declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la Sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de noviembre de 2008, en la que se estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por tres municipios de la comunidad y la sociedad pública constituida por ellos para la gestión de un canal múltiple de televisión digital local, contra la desestimación por silencio de su solicitud de otorgamiento de una concesión de dicho canal múltiple.

El fondo del asunto lo constituye el régimen de otorgamiento de concesión de canales múltiples de televisión digital local y, en concreto, la determinación de si existe —como pretendía la Comunidad autónoma recurrente— una exigencia legal de que «todos» los municipios que forman parte de la demarcación correspondiente deban adoptar de forma unánime la decisión de gestionar directamente dicho canal, en tanto que, en el caso de autos, de los siete que conformaban la demarcación de Móstoles, solo tres constituyeron la sociedad conjunta para gestionar el servicio y el resto declinaron participar en ella. Tal régimen jurídico lo constituyen la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, del servicio de televisión local por ondas, el Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, que aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital local, así como la correspondiente normativa autonómica de desarrollo.

Partiendo de que en casación no es revisable el hecho de que unos municipios renunciaran a participar en la gestión de dicho canal ni puede entrar a interpretar normas autonómicas, el TS desestima el recurso, concluyendo que, de ninguna de las normas estatales mencionadas (y en concreto, los arts. 5 y 9.1 de la Ley 41/1995 y la Disposición Adicional 6.ª del RD 439/2004) cabe derivar la obligación de que sean precisamente todos los municipios quienes deban adoptar dicha decisión de forma unánime. Adicionalmente, señala la Sala, primero, que solo así cabe entender que dicha legislación permita a los municipios la «incorporación posterior a proyectos ya en marcha» y, segundo, que admitir tal obliga-

ción equivaldría a reconocer a cada uno de los integrantes de la demarcación un «derecho absoluto de veto o bloqueo sobre la creación de la televisión local», que en realidad no prevé ninguna de las disposiciones estatales anteriores. Por el contrario, concluye, la participación de los ayuntamientos en la sociedad gestora del servicio de televisión local es una «libre decisión de cada uno de ellos (...), que no es sino la consecuencia de su propia voluntad de no participar inicialmente en la gestión del canal solicitado».

MARIA ANGELS ARRONIZ MORERA DE LA VALL
RICARD GRACIA RETORTILLO
JOSEP MOLLEVI I BORTOLO
MARC VILALTA REIXACH

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD

SUMARIO

1. CONSUMO.
 - A) **Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.**
 2. DEPORTE.
 - A) **Nulidad de la denegación de declaración de utilidad pública de un club deportivo de natación.**
 3. EDUCACIÓN.
 - A) **No universitaria.**
 - a) Legalidad del sistema de préstamo de libros de texto.
 - B) **Universitaria.**
 - a) Becas para extranjeros no pertenecientes a la Unión Europea.
 - b) Enseñanzas universitarias.
 - c) Jubilación forzosa de profesor universitario.
 4. EXTRANJEROS.
 - A) **Permisos y visados.**
 - B) **Denegación de entrada y expulsión.**
 - C) **Asilo y condición de refugiado.**
 - D) **Nacionalidad.**
 5. JUEGO.
 - A) **Delimitación de las competencias estatales y autonómicas en materia de juego y apuestas.**
 6. SANIDAD.
 - A) **Esterilización y consentimiento informado.**
 - B) **Historia clínica.**
-

1. CONSUMO

A) Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores

La **STJ de 15 de marzo de 2012**, en el asunto C-453/10, tiene por objeto dar respuesta a varias cuestiones prejudiciales planteadas desde Eslovaquia, en relación con el sempiterno problema de la nulidad de cláusulas abusivas suscritas por desconocimiento de los consumidores. Al efecto establece como doctrina que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que, al valorar si un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin éstas, el juez que conoce del asunto no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para una de las partes, en el caso de autos el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto. Sin embargo, dicha Directiva no se opone a que un Estado miembro establezca, con el debido respeto del Derecho de la Unión, que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas es nulo en su conjunto cuando ello garantice una mejor protección del consumidor.

Asimismo, una práctica comercial, consistente en indicar en un contrato de crédito una tasa anual equivalente inferior a la real, debe calificarse de engañosa en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo «Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), siempre que haga o pueda hacer tomar al consumidor una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. La comprobación del carácter desleal de una práctica comercial constituye un elemento entre otros en los que el juez competente puede fundamentar, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato relativas al coste del crédito concedido al consumidor. Ahora bien, dicha comprobación no incide directamente en la apreciación, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, de la validez del contrato de crédito celebrado.

2. DEPORTE

A) Nulidad de la denegación de declaración de utilidad pública de un club deportivo de natación

La **STS de 22 de noviembre de 2011**, Ar. 2392/2012, estima la utilidad pública de la sociedad deportiva recurrente, frente al criterio de la Agencia tributaria, confirmada en primera instancia por la Audiencia Nacional, que fundamentaba la denegación en que «la asociación peticionaria canaliza principalmente su actividad a través de prestaciones de servicios onerosas... y la actividad económica que implica toda prestación de servicios onerosa es una actividad de índole estrictamente privado y particular que, aunque legítima,

se enmarca más dentro del principio de “libertad de empresa” y no puede calificarse como de interés general». Por el contrario el TS pone de manifiesto que los servicios y actividades deportivas desarrolladas por la entidad deportiva recurrente se pueden agrupar en dos áreas: de competición y social. En la primera se encuadra la organización de competiciones federadas, relativas a los deportes de natación, waterpolo y triatlón, y la prestación de servicios deportivos de formación, entrenamiento y perfeccionamiento a los deportistas federados para la práctica de los deportes citados. El área social del Club es la que reúne mayor número de actividades y servicios, cuyos usuarios habrán de abonar el precio fijado por el Club. De ello se desprende que la actividad realizada parece centrada fundamentalmente en la prestación de servicios mediante contraprestación, lo que constituye su área social, que va dirigida a beneficiar directamente a una colectividad genérica de personas, ya que no debemos olvidar que nos hallamos ante una entidad que es concesionaria en la gestión de piscinas municipales, siendo el Ayuntamiento quien fija los precios.

Si bien de la memoria de actividades se deriva que la actividad de índole económica que realiza la parte actora, esto es, la prestación de servicios, genera un volumen de ganancias que supera el millón de euros cada año, lo cierto es que los propios Estatutos prevén (artículo 36.2 sobre régimen económico) que las posibles rentas de las actividades económicas se deberán aplicar a la conservación y el desarrollo de sus objetivos sociales; es por ello por lo que ha de entenderse que los ingresos obtenidos por la entidad recurrente como consecuencia del cumplimiento de su objeto social se reinvierten en la consecución del fomento, práctica y difusión de la actividad deportiva. Dicho precepto establece que en ningún momento pueden repartirse beneficios entre sus asociados y directivos, tampoco los miembros de la Junta Directiva podrán obtener compensación económica alguna a consecuencia del cargo que ejercen (artículo 9.8 de los Estatutos). Por consiguiente, no se comparte con la Agencia Tributaria que la actividad que desarrolla la sociedad deportiva responda a una explotación económica de prestación de servicios, de naturaleza privada, y no de interés general, toda vez que lo determinante no es la obtención de un beneficio económico, sino el destino al que éste va dirigido, ya que el Club de referencia al reinvertir los recursos económicos, precisamente lo que permite y facilita es el cumplimiento de los objetivos sociales. En consecuencia, no cabe entender que la prestación onerosa de un servicio conduzca necesariamente a conceptuar que la asociación que lo presta carezca de interés general, por cuanto que para ello habrá que tener en cuenta las actividades que realiza para el cumplimiento de su objeto social, si éstas redundan en beneficio de la colectividad, y del destino al que se aplican los ingresos que la entidad pudiera obtener. Todo ello conduce a entender que, de conformidad con el art. 32 de la Ley Orgánica 1/2002, de Asociaciones, no hay razón para denegar su solicitud de utilidad pública, y disfrutar de las exenciones, beneficios fiscales y económicos legalmente reconocidos (art. 33 LO 1/2002).

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) *Legalidad del sistema de préstamo de libros de texto*

La **STS de 31 de enero de 2012**, Ar. 3296, ratifica la legalidad del Decreto Foral 89/2008, del Gobierno de Navarra, de desarrollo de la Ley Foral de financiación del libro de texto

para la enseñanza básica. Y, en continuidad con sus anteriores sentencias de 2 de junio de 2010 y 17 de junio de 2011, reitera que, en definitiva, el mecanismo diseñado es un sistema de préstamo quedando, por tanto, excluido de la necesidad de recabar autorización de (o de satisfacer remuneración a) los titulares de los derechos de propiedad intelectual (a tenor del art. 37 LPI).

B) Universitaria

a) Becas para extranjeros no pertenecientes a la Unión Europea

La **STS de 8 de noviembre de 2011**, Ar. 1994 de 2012, desestima el recurso contra una Resolución de convocatoria de becas para alumnos que fueran a iniciar estudios universitarios en el curso 2008/09, en cuanto a la exigencia de que los no nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea debían acreditar la situación de residencia para poder concurrir a la convocatoria. El Tribunal Supremo, argumentando a partir de la interpretación del Tribunal Constitucional (en su STC 236/2007) del art. 9 de la LODyLEE, ratificará la legalidad de dicha previsión, al no deducirse de éste el derecho de los estudiantes extranjeros no residentes a disfrutar de la gratuidad de la educación superior en las mismas circunstancias que los nacionales.

b) Enseñanzas universitarias

La **STS de 22 de noviembre de 2011**, Ar. 7319, ratifica su anterior pronunciamiento de 9 de marzo de 2010, en el sentido de que la nueva denominación del título «Graduado en Ingeniería de la Edificación» conduce a confusión (en el sentido de que induciría a pensar que estos Arquitectos Técnicos tienen una competencia exclusiva en materia de edificación, en detrimento de otros profesionales) y, por tanto, infringe al apartado 1 de la disposición adicional 19.^a de la Ley Orgánica 6/2001, con lo que el Alto Tribunal lo anula.

La **STS de 27 de diciembre de 2011**, Ar. 3100 de 2012, desestima un recurso contra el Real Decreto 183/2008, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud. Frente al mismo se había opuesto la tacha de que desconocía el derecho de los biólogos a la creación y acceso a las especialidades sanitarias de Genética Clínica y Hematología de Laboratorio. En definitiva, el Tribunal Supremo entiende que se trata del ejercicio de una potestad discrecional del Gobierno que podrá, atendidas las circunstancias concurrentes y los criterios que busquen satisfacer el interés general, determinar cuándo procede establecer un nuevo título de una especialidad.

Por su parte, dos **SSTS de 16 de enero de 2012**, Ar. 3611 y 3612, a instancias de de sendas universidades, anulan parcialmente el RD 1614/2009, que establece la ordenación de las enseñanzas artísticas superiores, por considerar que sus previsiones lesionan la autonomía universitaria a la hora de establecer sus grados.

c) Jubilación forzosa de profesor universitario

La **STS de 12 de diciembre de 2011**, Ar. 2716 de 2012, declara ilegal la jubilación forzosa a los 65 años de un profesor titular de Universidad, porque ocupaba una plaza de Medici-

na vinculada al Instituto Catalán de la Salud —que había declarado su jubilación a dicha edad— y su Universidad había interpretado que la falta de ejercicio en el citado Instituto acarrearía su jubilación también en la Universidad. Sin embargo, al Tribunal Supremo «no parece aventurado calificar como derecho inherente a la condición de funcionario de los cuerpos docentes universitarios el de no jubilarse forzosamente por edad antes de cumplir los setenta años. Más allá de lo que hubiera de establecerse respecto de la legalidad de la decisión del ICS —que no se examina en este proceso— no hay norma legal que disponga para los profesores universitarios que desempeñan plazas vinculadas un régimen de jubilación diferente al de los demás. Y tampoco hay la que les imponga la carga de combatir decisiones de Administraciones diferentes de la universitaria sobre su jubilación para conservar ese derecho». Añadiendo seguidamente: «La naturaleza de la plaza docente, su carácter vinculado, no es óbice a lo anterior. En primer lugar, porque ni la legislación universitaria ni la sanitaria han previsto para quienes las desempeñan un régimen de jubilación diferente al del resto del profesorado universitario. En segundo lugar, porque cabe desvincularlas y, en tercer lugar, porque siendo cierto que se es profesor titular de Universidad de un determinado área de conocimiento, también lo es que los departamentos, llamados a organizar la docencia, disponen de margen suficiente para aprovechar de manera satisfactoria el personal docente adscrito a ellos sin que por ello sufra el interés general que preocupa a la Universidad».

4. EXTRANJEROS

A) Permisos y visados

En cuanto a los *visados por reagrupación familiar*, podemos mencionar algunas sentencias. Así, la **STS de 20 de octubre de 2011**, Ar. 1333 de 2012, hace una completa interpretación de los requisitos para otorgar un visado por reagrupación familiar, en el caso solicitado a favor del ascendiente de una persona que ha adquirido la nacionalidad española; extendiéndose, en especial, en el requisito de estar «a cargo» del reagrupante o solicitante. Bastantes similitudes de fondo con ésta tiene la posterior **STS de 22 de noviembre de 2011**, Ar. 3487 de 2012, que ordena retrotraer las actuaciones a fin de analizar y motivar debidamente el requisito de la dependencia con respecto al reagrupante.

Por su parte, la **STS de 26 de octubre de 2011**, Ar. 1558 de 2012, en línea con lo dispuesto en la anterior de 20 de julio de 2011, reitera que no cabe interpretar el concepto de reagrupación familiar en el sentido de exigir el traslado al territorio español de todo el núcleo familiar del reagrupante (a diferencia de algunas legislaciones de otros países europeos).

También las **SSTS de 23 de noviembre y 16 de diciembre de 2011**, Ar. 2424 y 3587 de 2012, reprochan a la Administración no haber motivado nada, al denegar el visado, sobre el decisivo requisito de estar «a cargo» del reagrupante.

Sin embargo, la **STS de 17 de noviembre de 2011**, Ar. 2271 de 2012, ratifica la denegación del visado por falta de justificación suficiente de la necesidad de vivir en España por parte de los reagrupables.

B) Denegación de entrada y expulsión

La **STS de 22 de diciembre de 2011**, Ar. 3021 de 2012, ratifica la legalidad de la denegación de visado de entrada a un extranjero que tenía una prohibición de entrada de dos años en Francia, estando incluido en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen.

C) Asilo y condición de refugiado

Han sido diversas las sentencias denegatorias del asilo solicitado, pero que, además de referirse a circunstancias muy concretas (como no puede ser de otra manera, obviamente), reiteran conocida doctrina del Tribunal que no merece ahora pormenorizar.

Sin embargo, en cuanto al reconocimiento del *estatuto de apátrida*, procede mencionar las **SSTS de 14 y 21 de octubre y de 14 de diciembre de 2011**, Ar. 3443, 1411 y 2749 de 2012, respectivamente, que lo hacen, como en anteriores ocasiones, a favor de personas saharauis (que se encuentran sin disponer de la nacionalidad marroquí, argelina o española y, por tanto, sin protección alguna).

D) Nacionalidad

Como hemos tenido ocasión de advertir desde hace algún tiempo, continúan siendo muy numerosas las sentencias que se ocupan de las solicitudes de otorgamiento de nacionalidad (cosa que parece ser una consecuencia natural del paso del tiempo desde que comenzó el flujo inmigratorio masivo en España). Recogeremos a continuación las más significativas.

Así, entre las resoluciones que ratifican la legalidad de la *denegación de la nacionalidad* solicitada, sobresalen las que se fundan en la *falta de acreditación del requisito de la buena conducta cívica*: por la existencia de actuaciones penales seguidas por conducta incluíble en la denominada violencia de género, aunque finalizasen en sentencia penal absolutoria (**STS de 17 de octubre de 2011**, Ar. 1172 de 2012); por la condena penal por delitos de robo con fuerza en las cosas (**STS de 24 de octubre de 2011**, Ar. 1430 de 2012) o por dos faltas de amenazas (**STS de 31 de octubre de 2011**, Ar. 1699 de 2012); por actuaciones penales seguidas por presunto delito de estafa (**STS de 31 de octubre de 2011**, Ar. 1700 de 2012); por denuncia de malos tratos en el ámbito familiar (**SSTS de 31 de octubre y de 14 de noviembre de 2011**, Ar. 1702 y 2162 de 2012, respectivamente); por falta consistente en circular sin seguro obligatorio (**STS de 14 de noviembre de 2011**, Ar. 2185 de 2012); por sanción administrativa grave por tenencia de droga en lugar público (**STS de 28 de noviembre de 2011**, Ar. 2496 de 2012); por delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas (**STS de 5 de diciembre de 2011**, Ar. 135 de 2012). Pero también las hay que se fundan en la *falta de integración en la sociedad española*: así, por no saber leer ni escribir suficientemente el idioma español (**SSTS de 17 de octubre, de 14 de noviembre y de 19 de diciembre de 2012**, Ar. 1170, 2171 y 2879 de 2012, respectivamente); por ser miembro activo del movimiento Tabligh (**STS de 28 de noviembre de 2011**, Ar. 2498 de 2012); por vinculación a la organización terrorista Abu Nidal (**STS de 22 de diciembre de 2011**, Ar. 2997 de 2012); por optar por la poligamia (**STS de 19 de diciembre de 2011**, Ar. 2876 de 2012).

Entre las que, por el contrario, *otorgan la nacionalidad*, podemos citar aquéllas en las que, a pesar de constar datos negativos (actuaciones policiales o incluso penales previas) hay otros positivos que los contrarrestan, sobre todos si los negativos son bastante anteriores en el tiempo a la solicitud de nacionalidad (**SSTS de 17, 24 y 31 de octubre, de 7 y 21 de noviembre, y de 5 y 12 de diciembre de 2012**, Ar. 1171, 1173, 1183, 1429, 1434, 1435, 1701, 1966, 1967, 2320, 131, 2680 y 2681 de 2012).

5. JUEGO

A) Delimitación de las competencias estatales y autonómicas en materia de juego y apuestas

La **STC 32/2012, de 15 de marzo**, resuelve los conflictos de competencia planteados por la Junta de Andalucía y la Generalitat de Cataluña frente al Real Decreto 844/1999, de 21 de mayo, por el que se autoriza la explotación de una lotería instantánea o presorteadada, así como el planteado en solitario por la Generalitat contra el Real Decreto 1336/2005, de 11 de noviembre, por el que se autoriza a la ONCE la explotación de una lotería instantánea o presorteadada.

Se parte de la doctrina de la STC 204/2002, de que corresponde a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus Estatutos de Autonomía, la competencia exclusiva sobre los casinos, juegos y apuestas, excepto las apuestas mutuas deportivo-benéficas (STC 52/1988, FJ 4), y ello comprende la de organizar y autorizar la celebración de juegos en el territorio de la Comunidad Autónoma (SSTC 163/1994, FJ 3; 164/1994, FJ 4); pero no la de cualquier juego en todo el territorio nacional, puesto que los Estatutos de Autonomía limitan al territorio de la Comunidad el ámbito en el que han de desenvolver sus competencias. No obstante, en la resolución de los nuevos conflictos el TC atiende a lo dispuesto en los nuevos Estatutos de Autonomía de Andalucía y Cataluña [Leyes Orgánicas 2/2007, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía (EAAnd) y 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC)], habida cuenta de que el control de las normas que incurren en un posible exceso competencial debe hacerse de acuerdo a las normas del bloque de la constitucionalidad vigentes en el momento de dictar Sentencia. Pues bien, ambos Estatutos, después de afirmar la competencia exclusiva autonómica en materia de juegos, apuestas y casinos cuando la actividad se desarrolle exclusivamente en el respectivo territorio (art. 81.1 EAAnd de 2007 y 141.1 EAC de 2006), reconocen sin embargo la existencia de modalidades de juego y apuestas de ámbito estatal. Lo hace, en efecto, el art. 81.2 EAAnd cuando advierte que «la autorización de nuevas modalidades de juego y apuestas de ámbito estatal, o bien la modificación de las existentes, requiere la deliberación en la Comisión Bilateral Junta de Andalucía-Estado prevista en el Título IX y el informe previo de la Junta de Andalucía». Y en parecidos términos se pronuncia el art. 141.2 EAC, bien que para calificar de «determinante» el correspondiente informe previo de la Generalitat. No obstante, a este último propósito, la STC 31/2010 ya advertía que esa previsión no condiciona la actuación estatal en materia de juego, de modo que el Estado podrá, si lo estima conveniente, autorizar nuevos juegos o modificar los existentes de su competencia (fundamentos jurídicos 86, 115 y 117).

En cuanto al fondo del conflicto se repite la doctrina de la STC 163/1994, de 26 de mayo, FJ 8, que determina que corresponde al Estado *ex art.* 149.1.14.^a CE «la gestión del monopolio de la lotería nacional, y con él la facultad para organizar loterías de ámbito nacional; y además, en cuanto suponen una derogación de la prohibición monopolística establecida a favor del Estado, el otorgamiento de las concesiones o autorizaciones administrativas para la celebración de sorteos, loterías, rifas, apuestas y combinaciones aleatorias solamente cuando su ámbito se extienda a todo el territorio del Estado y sin perjuicio de la competencia exclusiva [autonómica] para autorizar o celebrar aquellas actividades dentro de su ámbito territorial», decisión reiterada en las SSTC 216/1994, FJ 2, y 171/1998, FJ 7.

Respecto a la afectación con la creación de nuevos juegos estatales al principio de autonomía financiera, vulnerando el principio de suficiencia financiera de las haciendas autonómicas del art. 156.1 CE, por haber prescindido, al hacerlo, de cualquier mecanismo de coordinación con las haciendas autonómicas, y en relación con la denuncia concreta de la Generalitat de Cataluña de que echa en falta la previsión de un mecanismo de compensación económica, similar al previsto en el art. 6.4 LOFCA (actualmente art. 6.2 LOFCA) por la disminución de ingresos que el establecimiento de la lotería de ámbito nacional ha de causarle inevitablemente, al competir en concurrencia con la lotería de ámbito autonómico ya existente desde 1987, el TC señala que «dicha suficiencia debe quedar enmarcada, como concepto relativo que es, en el marco de las posibilidades reales del sistema financiero del Estado en su conjunto» (STC 13/2007, FJ 5), y su eventual vulneración ha de valorarse siempre «en atención al conjunto de los recursos de que puedan disponer y de las competencias que les han sido atribuidas, así como de los servicios que gestionan, y dentro siempre de las reales disponibilidades económicas de un sistema globalmente presidido por el principio de solidaridad entre todos los españoles» [STC 87/1993, FJ 3.b)]. Lo que a la postre significa que la suficiencia financiera es efectivamente «algo muy concreto y dependiente de muchas variables» (STC 135/1992, FJ 8) y no, por tanto, determinable en función de una singular fuente de ingresos, individualmente considerada, y su eventual reducción.

Por último, se desestima la invasión competencial en materia de juego que la Generalitat de Cataluña imputa al Real Decreto 1336/2005, de 11 de noviembre, por el que se autoriza a la ONCE la explotación de una lotería instantánea o presorteadada de ámbito estatal, ya que la disposición adicional decimocuarta del Estatuto de Autonomía de Cataluña es concluyente al respecto al establecer que la deliberación y el informe previos que exige el art. 141.2 del propio texto estatutario para los casos de autorización de nuevas modalidades de juego y apuestas de ámbito estatal «no resultará de aplicación a la modificación de las modalidades de los juegos y apuestas atribuidos, para fines sociales, a las organizaciones de ámbito estatal, carácter social y sin fin de lucro, conforme a lo dispuesto en la normativa aplicable a dichas organizaciones». Y la ONCE obviamente lo es, según ya hemos tenido ocasión de advertir (STC 171/1998, de 23 de julio, FF.JJ. 4 y 5) y precisa el art. 1.1 del Real Decreto 358/1991, modificado por el Real Decreto 1359/2005, que la define como «una Corporación de Derecho Público, de carácter social, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, que desarrolla su actividad en todo el territorio español, bajo el Protectorado del Estado. Dicho carácter social integra los principios y valores de la solidaridad, la ausencia de ánimo de lucro y el interés general en la naturaleza y fines de la organización».

6. SANIDAD

A) Esterilización y consentimiento informado

En este apartado mencionaremos, y de muy destacada manera (tanto por la autoridad de quien la dicta como por la vinculación de su interpretación, vía art. 10.2 CE), la **STEDH de 8 de noviembre de 2011, Caso V.C. contra Eslovaquia**, núm. 18968/2007, Ar. TEDH/95. Interesan del caso las valoraciones que se hacen tanto del tratamiento de esterilización a que fue sometida, como de lo referido a las (insuficientes) condiciones del consentimiento prestado. Lo que, en su conjunto constituyó para el Tribunal de Estrasburgo una lesión efectiva de la libertad y la dignidad que subyacen al derecho a no ser sometido a un trato inhumano o degradante, garantizado por el art. 3 CEDH. Dejando a un lado, ahora, las (penosas) circunstancias del caso que afectó a la demandante, a pesar de su extensión, debemos destacar aquí los siguientes apartados de esta importante Sentencia:

«106. El Tribunal señala que la esterilización constituye la mayor injerencia en el estado de salud reproductiva de una persona. Como se trata de una de las funciones esenciales del cuerpo de los seres humanos, influye en múltiples aspectos de la integridad personal del individuo, incluyendo su bienestar físico y mental y la vida familiar emocional y espiritual. Puede ser legítimamente realizada a petición del interesado, por ejemplo, como un método anticonceptivo, o con fines terapéuticos, cuando la necesidad médica se ha establecido de manera convincente.

107. Sin embargo, en línea con la jurisprudencia del Tribunal antes mencionada, la situación es diferente en el caso de imposición de dicho tratamiento médico sin el consentimiento de un paciente adulto mentalmente capaz....

109. En el caso de autos, la demandante fue esterilizada en un hospital público inmediatamente después de haber dado a luz a su segundo hijo por cesárea....

111. La documentación presentada indica que se pidió a la demandante el consentimiento por escrito dos horas y media después de que acudiera al hospital, cuando estaba en pleno proceso del parto y en posición supina. La entrada en el registro está documentada por escrito y simplemente indica “paciente solicita esterilización”.

112. En opinión del Tribunal, este enfoque no es compatible con los principios de respeto a la dignidad y a la libertad humanas consagrados en el Convenio y la exigencia de consentimiento informado establecida en los documentos (...) En particular, no se desprende de los documentos presentados que la demandante estuviera plenamente informada sobre su estado de salud, el procedimiento propuesto y las alternativas a la misma. Además, al solicitar a la demandante su consentimiento para dicha intervención, mientras ella estaba de parto y poco antes de la realización de una cesárea, está claro que no le permitió tomar una decisión por su propia voluntad, después de examinar todas las cuestiones pertinentes y como hubiera querido, después de haber reflexionado sobre las implicaciones y discutido el asunto con su pareja.

113. En este contexto no es un peso decisivo que pueda unirse a los argumentos del Gobierno la historia de los embarazos de la demandante y su fracaso a someterse a revisiones periódicas. Según el Gobierno, la esterilización de la demandante tenía como finalidad la prevención de un deterioro de su salud que amenazara su vida. Esa amenaza no era inminente, ya que era probable que se materializara sólo en el caso de un futuro embarazo.

También se podría haber evitado por medio de métodos alternativos, menos intrusivos. En estas circunstancias, el consentimiento informado de la demandante no podía dispensarse en base a una suposición por parte del personal del hospital de que iba a actuar de manera irresponsable con respecto a su salud en el futuro.

114. La forma en que actuó el personal del hospital fue paternalista, ya que, en la práctica, no se ofreció a la demandante ninguna otra opción...

115. El principio de autonomía de los pacientes en su relación con la atención sanitaria profesional se exploró en el Informe Exploratorio de la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina. El requisito de respetar, *inter alia*, los derechos de la mujer de autonomía y elección en el contexto de la atención sanitaria está establecido en el punto 31 e) de la Recomendación General núm. 24 aprobada por la CEDAW en 1999. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, si bien con posterioridad a los hechos del presente caso, confirma las consideraciones anteriores. En particular, el artículo 5 exige respeto a la autonomía de las personas a tomar decisiones asumiendo la responsabilidad de esas decisiones. En el informe de expertos del Ministerio de Sanidad de 28 de mayo de 2003 se reconocieron deficiencias en la legislación nacional y la práctica a este respecto, que declaró que el personal médico y las personas no estaban en condiciones de igualdad y que los derechos de los individuos y las responsabilidades en materia de atención sanitaria han sido limitados. En este contexto, la esterilización de la demandante podría ser considerada también a la luz del requisito del respeto a la dignidad de una persona y la integridad consagrado en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos Humanos y Biomedicina, que fue ratificado por Eslovaquia a partir del 1 diciembre de 1999 y que fue publicado en la Colección de Leyes el 10 de febrero de 2000.

116. El Tribunal observa que el procedimiento de esterilización interfiere con la integridad física de la demandante, como privándole así de su función reproductiva. En el momento de la esterilización la demandante tenía veinte años y por lo tanto se encontraba en una etapa temprana de su vida reproductiva.

117. El procedimiento no suponía una necesidad inminente desde un punto de vista médico...

118. Por lo tanto, el procedimiento de esterilización, así como la manera en que se pidió a la demandante su aceptación, pudo despertar en ella sentimientos de miedo, angustia e inferioridad, y causar sufrimiento duradero. En cuanto al último punto mencionado, en particular, a causa de su infertilidad, la demandante tuvo dificultades en su relación con su pareja y, más tarde marido. Indicó la infertilidad como una de las razones de su divorcio en 2009. La demandante ha sufrido graves efectos posteriores médicos y psicológicos debido al procedimiento de esterilización, que incluye los síntomas de un falso embarazo y requirió tratamiento psiquiátrico. Debido a su incapacidad para tener más hijos la demandante ha sido condenada al ostracismo por la comunidad romaní.

119. A pesar de no haber indicaciones de que el equipo médico actuó con intención de maltratar a la demandante, ellos, no obstante, actuaron sin tener en consideración el derecho que tiene, como paciente, a la autonomía y a la elección. Para el Tribunal, el trato al que fue sometida, como se describe anteriormente, alcanzó el nivel de gravedad necesario para entrar en el ámbito del artículo 3.

120. Por tanto, ha habido una violación del artículo 3 del Convenio a causa de la esterilización de la demandante».

De la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podemos indicar ahora cuatro sentencias de su Sala Tercera coincidentes en su conocida doctrina relativa a que la insuficiencia del consentimiento informado implica por sí misma una infracción de la *lex artis*, constitutiva de un daño moral indemnizable y ello independientemente de que el acto médico se acomodara a la *praxis* adecuada al caso (**SSTS de 25 de mayo, de 2 de noviembre, de 27 de diciembre de 2011 y de 2 de enero de 2012**, Ar. 415, 1727, 3102 y 1 de 2012, respectivamente).

B) Historia clínica

La **STS de 2 de enero de 2012**, Ar. 3, también en recurso contencioso-administrativo con pretensión indemnizatoria, contiene algunas reflexiones sobre la historia clínica de la paciente que pueden resultar de interés. Así, señalará que «es evidente que la carencia de esos documentos han impedido a la parte recurrente poder conocer y por ende acreditar la situación del feto en los momentos previos al parto y si se estaba produciendo un sufrimiento fetal. Tales documentos se determinan por la recurrente como fundamentales para sustentar su tesis relativa a un supuesto de mala *praxis* médica que la Administración niega, ofreciendo una alternativa también posible, pero de la que tampoco posee certeza absoluta puesto que no puede obviarse que en la ciencia médica por su complejidad y variedad de circunstancias es en ocasiones muy difícil ofrecer una explicación cierta, absoluta y completa. Como hemos reiteradamente sostenido, no estamos ante una prestación de resultados concretos sino ante la disposición de los medios adecuados y existentes según la ciencia médica a los efectos de conseguir el mejor estado posible de los que demandan asistencia médica (...). De esta forma hubo un quebranto de la “*lex artis*”, pues al no darle a los recurrentes el derecho a tener una HC completa y rigurosa con el seguimiento y lo acontecido en el parto, se les ha impedido acreditar si efectivamente se produjo o no sufrimiento fetal del feto, con lo que es la Administración, quien habiendo debido facilitar por su disponibilidad, esta documentación, debe correr con los perjuicios de la falta de prueba sobre que ciertamente no fue el sufrimiento fetal lo que causó la hipoxia del feto, y, eso tampoco lo ha hecho. Se le ha privado de la capacidad de probar y defender una hipótesis, respecto de la que la Administración estaba en mejor posición».

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
EDORTA COBREROS

XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

A) Competencia.

- a) La competencia objetiva de los Juzgados y Tribunales viene determinada por el acto impugnado directamente y no por las normas indirectamente impugnadas.
- b) Corresponde al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo conocer de una Resolución del Director de Aeropuerto por la que se imponía al recurrente —trabajador de una compañía aérea— una sanción de retirada de la acreditación personal.
- c) Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo conocen de los recursos contra la desestimación presunta de una solicitud dirigida al Presidente de la Entidad Pública Empresarial de Suelo.
- d) El Tribunal Superior de Justicia conoce del recurso contencioso interpuesto por unos funcionarios de la TGSS contra la desestimación de la solicitud presentada a la Secretaría de Estado para la Administración Pública del Ministerio de Administraciones Públicas, en la que pedían ser clasificados con un mínimo de nivel de complemento de destino.

B) Sujetos.

- a) El poder de representación sólo pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado, no la decisión de litigar.
- b) Legitimación.

C) Objeto: las obligaciones tributarias entre particulares no constituyen una actividad administrativa a pesar de que la ley le anude determinadas consecuencias tributarias.

D) Procedimiento.

- a) Prueba: la consideración del daño como antijurídico, error de diagnóstico o que no existió consentimiento informado pertenecen al ámbito de la valoración de la prueba.
- b) El régimen de abstención de la Ley 30/1992 rige para las Juntas de Jueces en cuanto sea de aplicación.
- c) Ni el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni las previsiones sobre el incidente de nulidad de actuaciones son aplicables al procedimiento sancionador previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

E) Sentencias.

- a) En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no existe la exigencia de incluir un apartado para recoger los hechos probados.

- b) El requisito de motivación de la sentencia se cumple con la remisión a la doctrina jurisprudencial.
- c) Doctrina jurisprudencial sobre la incongruencia.

F) Ejecución de sentencia.

- a) No ha de existir interferencia alguna tras la colocación de la bandera en el ámbito que corresponda.
- b) Las partes en el proceso de ejecución de sentencia no tienen necesariamente que ser las mismas que las del proceso declarativo.

G) Extensión de efectos: no procede cuando concurre la excepción de cosa juzgada.

H) Procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales.

- a) No exige el agotamiento de la vía administrativa.
- b) Requisitos formales imprescindibles del escrito de interposición.

I) Medidas cautelares.

- a) La ponderación de los intereses en conflicto no es la ratio legal de la adopción de la medida, aunque ha de tenerse en cuenta al realizar la valoración correspondiente.
- b) Las medidas cautelares se basan en el peligro de la demora y su función es la de asegurar la futura sentencia.

J) Error judicial: su calificación está reservada a supuestos especiales.

2. RECURSO DE CASACIÓN.

A) Objeto: puede dirigirse contra el Auto que deniega la medida cautelar o contra la que resuelve el recurso de súplica.

B) Admisión.

- a) La carencia de interés casacional no viene determinada por la ausencia de pronunciamientos jurisdiccionales sobre la cuestión.
- b) No basta la cita de STS, sino que se deben relacionar las circunstancias concurrentes en los precedentes citados con el caso examinado.
- c) No cabe la mera invocación instrumental de preceptos o principios generales de la legislación estatal aplicables pero que no hayan sido relevantes ni determinantes del fallo.
- d) La omisión del apartado correspondiente del art. 88.1 LJCA no impide la admisión del recurso de cuyo escrito de interposición se infiere, sin género de dudas, a qué motivo legal se acoge.

C) Motivos.

- a) Los defectos formales causantes de indefensión son invocables frente a los autos pronunciados en ejecución de sentencia.
- b) Casos en que la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia es revisable en casación.

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.

A) Requisitos del recurso: no procede cuando estemos ante un cambio de criterio motivado que no puede considerarse irrazonable.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el 1 de agosto de 2011 al 1 de diciembre de 2011, entre los que merecen ser destacados los relativos a la legitimación de las partes y el objeto del recurso.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Competencia

- a) *La competencia objetiva de los Juzgados y Tribunales viene determinada por el acto impugnado directamente y no por las normas indirectamente impugnadas*

La **STS de 24 de noviembre de 2011** (rec. núm. 34/2011) analiza un supuesto en el que la actuación administrativa impugnada es una actuación material por la vía de hecho de minoración de nómina, impugnándose por vía indirecta un Real Decreto-ley, por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento, y que resulta de aplicación al caso. Habiendo sido la actuación administrativa recurrida dictada por la Subdirectora General de Administración y Gestión Financiera de la Inspección General de Fomento, órgano de la Administración General del Estado cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico es inferior al de Ministro o Secretario de Estado, en materia de personal en un asunto relativo a materia de personal que es claro que no afecta al nacimiento o a la extinción de relación de servicio alguna, procede concluir que la competencia para conocer del recurso interpuesto viene atribuida, *ex* artículo 10.1.i) LJCA, a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

A lo expuesto no obsta que la recurrente manifieste en su escrito de interposición que el recurso se dirige contra una actuación material por la vía de hecho y que se impugna por vía indirecta el Real Decreto-ley, ya que la competencia objetiva de los Juzgados y Tribunales del Orden Contencioso-Administrativo viene determinada por el acto impugnado directamente y no por las normas impugnadas indirectamente que, no obstante, facultan a aquéllos para plantear, en su caso, la oportuna cuestión de ilegalidad regulada en el artículo 27 LJCA.

- b) *Corresponde al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo conocer de una Resolución del Director de Aeropuerto por la que se imponía al recurrente —trabajador de una compañía aérea— una sanción de retirada de la acreditación personal*

La **STS de 10 de noviembre de 2011** (rec. núm. 19/2011) ha declarado que la competencia para conocer del recurso contra la Resolución del Director del Aeropuerto por la que se imponía al recurrente —trabajador de una compañía aérea— una sanción de retirada de la acreditación personal durante un plazo de siete días, corresponde al Juzgado de lo

Contencioso-Administrativo, no al Juzgado Central, ya que se trata de un acto administrativo dictado por un órgano cuya competencia no se extiende a todo el territorio nacional perteneciente a la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), en el que no consta que haya actuado en virtud de delegación. Tampoco resultan de aplicación las excepciones sobre cuantía superior a 60.000 euros, al ser notoriamente inferior a dicha cifra, o por razón de la materia (dominio público, obras públicas, expropiación forzosa y propiedades especiales) respecto de los actos de los organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional.

c) *Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo conocen de los recursos contra la desestimación presunta de una solicitud dirigida al Presidente de la Entidad Pública Empresarial de Suelo*

La **STS de 3 de noviembre de 2011** (rec. núm. 23/2011) declaró la competencia de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo para conocer del recurso contra la desestimación presunta de la solicitud dirigida al Presidente de la Entidad Pública Empresarial de Suelo, ya que se trata de un organismo público —entidad pública empresarial— adscrita al Ministerio de Fomento y con competencia en todo el territorio nacional, sin que el acto verse sobre personal, propiedades especiales o expropiación forzosa, sino sobre la entrega de una cantidad en concepto de indemnización por la reparcelación de una unidad de ejecución, siendo la entidad mercantil recurrente la propietaria de la finca, habiéndose producido, a juicio de aquélla, un error en la inscripción de la parcela. No se cuestiona, pues, la expropiación llevada a cabo ni la cantidad acordada como indemnización por la expropiación derivada de la reparcelación, sino que se discute exclusivamente la titularidad de la finca y, en consecuencia, quién debe percibir la indemnización acordada.

d) *El Tribunal Superior de Justicia conoce del recurso contencioso interpuesto por unos funcionarios de la TGSS contra la desestimación de la solicitud presentada a la Secretaría de Estado para la Administración Pública del Ministerio de Administraciones Públicas, en la que pedían ser clasificados con un mínimo de nivel de complemento de destino*

La **STS de 3 de noviembre de 2011** (rec. núm. 22/2011) ha declarado la competencia del Tribunal Superior de Justicia para conocer del recurso contencioso interpuesto por unos funcionarios de la TGSS contra la desestimación por silencio administrativo de su solicitud ante la Secretaría de Estado para la Administración Pública del Ministerio de Administraciones Públicas, en la que pedían ser clasificados con un mínimo de nivel de complemento de destino. Al tratarse de una cuestión de personal que procede de la Dirección General de la Función Pública del Ministerio de Administraciones Públicas, órgano de la Administración General del Estado cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional y con nivel orgánico inferior al de Ministro o Secretario de Estado, la competencia objetiva, *ex* artículo 10.1.i) LJCA, corresponde al Tribunal Superior de Justicia ante el que los recurrentes interpusieron el recurso. Para ello ha de tenerse en cuenta que cuando la resolución dictada confirma en alzada —expresa o presuntamente y sin rectificar— el sentido de lo decidido por el órgano administrativo ha de ser atribuida al órgano judicial competente para el conocimiento de la resolución administrativa.

B) Sujetos

- a) *El poder de representación sólo pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado, no la decisión de litigar*

La STS de 28 de octubre de 2011 (rec. núm. 2716/2009) acuerda la retroacción de las actuaciones para que por la Sala de instancia se requiera a la recurrente la subsanación del defecto de la falta de acuerdo corporativo para el ejercicio de acciones.

Tras la Ley de 1998, cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo. Una cosa es, en efecto, el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la acreditación de esto último tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo primero que ha de constatarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier órgano de la misma, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente.

b) *Legitimación*

- a') Los Magistrados titulares carecen de legitimación para impugnar el Acuerdo que resuelve el procedimiento selectivo de Magistrados suplentes

La STS de 7 de noviembre de 2011 (rec. núm. 241/2010) desestima el recurso contencioso-administrativo promovido por varios Magistrados titulares contra el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial que inadmitió, por falta de legitimación, el recurso de reposición interpuesto por aquéllos contra el Acuerdo que resolvió el concurso para provisión de plazas de Magistrado suplente y Juez sustituto para el año judicial 2009/2010, en el particular relativo al nombramiento de determinados Magistrados suplentes para un concreto Tribunal Superior de Justicia. La Sala confirma dicho Acuerdo al apreciar la falta de legitimación de los recurrentes para impugnar un Acuerdo que resuelve el procedimiento de evaluación de los méritos y la aptitud para el ejercicio del cargo de Magistrado suplente, por cuanto entiende que no existe derecho alguno de los recurrentes que pudiera resultar afectado por el nombramiento de determinados Magistrados suplentes para el ámbito del citado Tribunal Superior de Justicia, ni tampoco ventaja que pudieran obtener para el caso en que tales nombramientos fueran anulados, ya que con ello no se transformarían las plazas de Magistrado suplente en plazas de plantilla, tal y como

pretenden los recurrentes, sino únicamente que tales plazas quedaran vacantes y necesitadas de ser cubiertas con nuevos candidatos.

La condición de interesado en cuanto titular de intereses legítimos afectados por las resoluciones cuya nulidad se postula viene siendo identificada por la jurisprudencia con la persona para la que derivan beneficios o perjuicios actuales o futuros, pero ciertos del acto impugnado, de manera que la anulación pretendida produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, 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.

b') La Junta Central de Usuarios Regantes carece de legitimación para recurrir la disposición que otorga a los presidentes de las Confederaciones Hidrográficas rango de Subdirector General

La **STS de 16 de noviembre de 2011** (rec. núm. 212/2010) analiza un asunto en el que la Junta Central de Usuarios Regantes pretende la declaración de nulidad del núm. 2 de la Disposición Adicional quinta del Real Decreto 495/2010, de 30 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, a cuyo tenor: «Los presidentes de las Confederaciones Hidrográficas del Cantábrico, del Miño-Sil, del Segura y del Guadalquivir tendrán rango de Subdirector General».

Se llega a un pronunciamiento de inadmisión por falta de legitimación activa de la recurrente —Junta Central de Usuarios Regantes— que no acredita, ni tan siquiera de modo indiciario, que ostente un interés legítimo para la defensa de la pretensión que aquí deduce, pues las funciones del presidente de la Confederación Hidrográfica, sus atribuciones para ejercerlas y las condiciones, presupuestos y requisitos a que se sujeta la validez de las decisiones que ahí adopte no quedan modificadas por ella, sino que siguen sujetas, al igual que antes, a lo que dispone el específico sector del ordenamiento jurídico dedicado a la regulación del dominio público hidráulico. No le priva, limita o modifica las funciones que como tal presidente tenía conferidas. Ni le sustrae o minora las facultades que para el ejercicio de esas funciones tenía atribuidas. Y sus actos, dentro de ese ámbito, no quedarán por efecto de ella incursos en la causa de nulidad de pleno derecho consistente en ser dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c') Legitimación de sindicatos

La **STS de 21 de noviembre de 2011** (rec. núm. 6739/2009) resuelve un recurso de casación contra una sentencia que declara la inadmisión del recurso interpuesto por la Federación de Servicios Públicos de un Sindicato contra el Decreto que se regula el Diario Oficial de una Comunidad Autónoma, por falta de legitimación activa, pues ni en el escrito de demanda ni en el de conclusiones presentados en el recurso contencioso-administrativo

invocó el sindicato recurrente interés específico alguno, individual, colectivo o general, limitándose a ejercitar una acción en defensa genérica de la legalidad, papel que no le corresponde ostentar, y no supone un título de legitimación en su favor.

Por lo que se refiere a la legitimación activa de los Sindicatos, en el orden Contencioso-Administrativo, la sentencia se remite al cuerpo de doctrina jurisprudencial consolidada y estable del Tribunal Constitucional, ya apuntada en las sentencias 101/1996, de 11 de junio, y 210/1994, de 11 de julio, según la cual los Sindicatos, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución como por obra de los Tratados internacionales suscritos con España, tienen atribuida una función genérica de representación y defensa, no sólo de los intereses de sus afiliados, sino de los intereses colectivos de los trabajadores en general.

La función de los sindicatos, desde la perspectiva constitucional, no es únicamente la de representar a sus miembros a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado. Cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, los legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores *uti singuli*, sean de necesario ejercicio colectivo, en virtud de una función de representación que el sindicato ostenta por sí mismo, sin que deba condicionar necesariamente su actividad a la relación de pretendido apoderamiento ínsita en el acto de afiliación, que discurre en un plano diverso del de la acción propiamente colectiva. Por esta razón, es posible reconocer en principio legitimado al sindicato para accionar en cualquier proceso en que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores. Queda así clara la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores.

Esa capacidad abstracta de los sindicatos debe concretarse, en cada caso, mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, ya que la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no les convierte en guardianes abstractos de la legalidad. Debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado.

Ahora bien, el dato significativo reside en que ni en el escrito de demanda, ni en el de conclusiones presentados en el recurso contencioso-administrativo antecedente, invocó el sindicato recurrente interés específico alguno (más allá de una genérica mención a ostentar legitimación), fuera individual, colectivo o general —aun cuando la Administración había opuesto en su escrito de contestación a demanda la falta de legitimación del sindicato—. Antes bien, en sendos escritos se limitó a denunciar la vulneración de los artículos 9.3 de la Constitución Española, 52.1 de la Ley 30/1992 y 25.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. De esta forma, la parte recurrente se limitó a ejercitar una acción en defensa genérica de la legalidad. Papel que, como se ha dejado dicho, no le corresponde ostentar, y no supone un título de legitimación en su favor.

d') Las Asociaciones Profesionales podrán intervenir con el carácter de representante del Juez o Magistrado que actúa en el proceso derivado de su responsabilidad disciplinaria

La **STS de 22 de noviembre de 2011** (rec. núm. 444/2010) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una Asociación Judicial contra un Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del CGPJ que denegó su personación en un expediente disciplinario y contra el posterior acuerdo del Pleno que desestimó el recurso de alzada.

El artículo 425.8 LOPJ dispone que «las asociaciones de Jueces y Magistrados estarán también legitimadas para interponer, en nombre de sus asociados, recurso contencioso-administrativo, siempre que se acredite la expresa autorización de éstos».

La verdadera cuestión que se plantea es la de si cabe reconocer a las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados legitimación suficiente para intervenir en la fase administrativa de los expedientes disciplinarios de forma autónoma e independiente respecto del concreto Juez o Magistrado contra el que se dirijan. Al ser obligada la comparecencia directa y personal del Juez o Magistrado en el expediente administrativo que se siga en su contra, el artículo 24 CE impone admitir su total libertad para organizar su defensa en la forma que considere más conveniente para sus intereses. Esto comporta que no puede admitirse una paralela personación de la asociación profesional en ese mismo expediente distinta y diferenciada de la que necesariamente ha de llevar a cabo el afectado, sin perjuicio de que la asociación le pueda ofrecer toda la asistencia jurídica que le solicite. No cabe decir lo mismo del proceso jurisdiccional, porque en este la directa personación del afectado no resulta necesaria, al ser posible que lo haga por medio de representante; y esto es lo que explica que el artículo 425.8 de la LOPJ limite la intervención de las asociaciones al proceso jurisdiccional, y permita tal intervención no como parte directa del mismo sino con el carácter de representante autorizado expresamente por el concreto juez o magistrado que accione en dicho proceso.

C) Objeto: las obligaciones tributarias entre particulares no constituyen una actividad administrativa a pesar de que la ley le anude determinadas consecuencias tributarias

La **STS de 31 de octubre de 2011** (rec. núm. 3630/2009) al analizar si resulta procedente suspender la ejecutividad del acto de repercusión tributaria de un particular a otro en el Impuesto sobre el Valor Añadido, con ocasión de la reclamación económica-administrativa promovida contra el mismo, profundiza sobre la verdadera naturaleza jurídica de las llamadas obligaciones tributarias entre particulares y, después, sobre qué actos o actuaciones son susceptibles de ser suspendidos.

Las consecuencias que la relación jurídico-tributaria tiene entre los particulares ha sido cuestión profusamente discutida en la doctrina, no incorporándose tal debate a nuestro ordenamiento jurídico positivo hasta la publicación de la vigente Ley General Tributaria de 2003. La anterior Ley de 1963 no abordaba frontalmente la cuestión ni, por ende, se refería al alcance fiscal que podían tener determinadas obligaciones impuestas por las normas reguladoras de los diferentes tributos a los administrados, obligaciones distintas de la de ingresar la deuda tributaria en el Tesoro.

Se ha considerado que sólo tienen naturaleza tributaria, desde la perspectiva constitucional, las prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (STC 182/1997, FJ 15). No obstante, tal configuración no impide que existan otras obligaciones, integradas en la relación jurídico-tributaria y originadas por la aplicación de los tributos, como se desprende del artículo 2 de la Ley 58/2003, de las que constituyen claros ejemplos las de retención o de repercusión que se regulan en determinados impuestos y a las que expresamente se refiere el apartado segundo del artículo 24 de la vigente Ley General Tributaria. Precisamente este último precepto incorpora, bajo la rúbrica «Las obligaciones entre particulares resultantes del tributo», las «que tienen por objeto una prestación de naturaleza tributaria exigible entre particulares». Lo primero que llama la atención es que el legislador no utiliza aquí, como en el resto de las tres subsecciones de la sección II del capítulo I del título II, la expresión «obligación tributaria». Parece poner sólo el acento en las consecuencias fiscales que determinados actos o negocios jurídicos celebrados entre particulares tienen en la esfera de los tributos.

Aun así, pese a las dudas que pueda suscitar la rúbrica del citado artículo 24, su texto debería dejar zanjada la discusión en torno a su naturaleza jurídica, pues del mismo se infiere que determinados actos o negocios jurídicos, además de los efectos, el alcance y las obligaciones que expresamente las partes hayan podido pactar, producen otros de carácter fiscal. Estos últimos siempre pertenecen a la esfera o al ámbito del derecho público, puesto que vienen impuestos por la norma reguladora de cada tributo o por las generales para la aplicación de los mismos. Son, en definitiva, una manifestación más del deber general de contribuir consagrado en el artículo 31.1 CE como uno de los pilares de nuestro sistema impositivo y, aunque no se corresponden con la obligación tributaria principal en los términos del artículo 19 de la Ley 58/2003, por no estar enderezadas al pago de la cuota tributaria, tienen el carácter de una obligación tributaria.

Pese a que se trata de actuaciones entre particulares, por su trascendencia tributaria, el legislador, ahora y antes, ha reservado la resolución de las eventuales discrepancias que surjan a los órganos de revisión de la Administración. Ahora bien, la circunstancia de que estas actuaciones u omisiones entre particulares con trascendencia tributaria se sometan a la previa reclamación económico-administrativa no significa, ni muchos menos, que sean actos o actuaciones administrativas, ni tan siquiera que se las pueda equiparar.

Es decir, aunque las obligaciones entre particulares resultantes del tributo pertenezcan a la esfera o al ámbito del derecho público, puesto que vienen impuestos por la norma reguladora de cada tributo o por las generales para la aplicación de los mismos, ello no significa que sean actos o actuaciones administrativas, ni tan siquiera que se las pueda equiparar. En consecuencia, resulta inviable hablar de suspensión de la ejecutividad de una actuación que no goza de la misma, como ocurre en el caso de las actuaciones entre particulares. Sencillamente, no son ni tienen carácter ejecutivo, nunca han gozado de esta prerrogativa. La circunstancia de que la ley les anude determinadas consecuencias tributarias no convierte la repercusión o la retención tributarias realizadas por un particular en un acto o actividad administrativa, del mismo modo que las autoliquidaciones, máxima expresión de la obligación material y formal que tiene el obligado tributario de colaborar con la Administración, tampoco reúnen tal condición. En definitiva, las actuaciones de los sujetos pasivos carecen de la naturaleza de actos administrativos.

D) Procedimiento

- a) *Prueba: la consideración del daño como antijurídico, error de diagnóstico o que no existió consentimiento informado pertenecen al ámbito de la valoración de la prueba*

La **STS de 29 de noviembre de 2011** (rec. núm. 2694/2010) ha señalado que la consideración del daño como antijurídico, error de diagnóstico o que no existió consentimiento informado pertenecen al ámbito de la valoración de la prueba pericial y documental, ya que derivan de la consideración por el Tribunal de instancia de todo el material probatorio y de los específicos caracteres del instituto de la responsabilidad en el ámbito sanitario para determinar cómo se produjo la misma, si se produjo atendiendo a los protocolos médicos, estándar del funcionamiento del servicio, si se actuó acorde a la *lex artis* respecto a las posibles sospechas clínicas en atención a la sintomatología que se presenta, si se utilizaron los medios de los que la técnica médica permiten, si se informó al paciente, cómo se realizó la misma en cuanto a la extensión y alcance e incluso si la misma fue comprendida.

Ciertamente, la casación no está para revalorar nuevamente toda la prueba, ya que no es su función, sino depurar que el procedimiento y la decisión se han producido dentro de los parámetros legales y que la decisión se encuentra fundamentada en derecho.

- b) *El régimen de abstención de la Ley 30/1992 rige para las Juntas de Jueces en cuanto sea de aplicación*

Es evidente que las causas de abstención de la LOPJ (arts. 219 y ss.) no son de aplicación a los miembros que integran las Juntas de Jueces, pues se refieren a los asuntos judiciales. Las Juntas de Jueces como órganos de gobierno interno de los Juzgados tienen un régimen específico adecuado a su peculiar naturaleza tanto en la LOPJ (arts 166 y ss.) como en el Reglamento 1/2000 con vocación de regular exhaustivamente su funcionamiento.

El artículo 69.3 del Reglamento 1/2000, de los órganos de gobierno de los Tribunales, se inserta dentro del capítulo relativo al Régimen Jurídico de las Juntas de Jueces y dispone que «el deber de abstención de los asistentes se regirá por el artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuanto sea de aplicación».

La **STS de 1 de diciembre de 2011** (rec. núm. 317/2010) ha señalado que la remisión que hace el Reglamento a la normativa contenida en la Ley 30/1992 no es automática sino en la medida en que dicha regulación sea aplicable, atendida la especial naturaleza y funciones de las Juntas de Jueces. Además, el Reglamento 1/2000 contempla la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 para la abstención pero, sin embargo, no dice nada respecto de la recusación, por ello la supletoriedad de dicha Ley, que carece de toda duda en el caso de la abstención, no presenta la misma claridad respecto de la recusación. El instituto de la recusación está pensado para las relaciones jurídico-administrativas *ad extra*, es decir, aquellas que tienen como destinatario final de la resolución de un procedimiento a un interesado al que, como garantía de imparcialidad de las autoridades y funcionarios que han de intervenir en la tramitación de aquel, se le ofrece la posibilidad de apartar en quien concurra alguna de las causas que determinarían su obligación de haberse abstenido. Sin

embargo, también en las relaciones *ad intra*, como sucede en el caso analizado —a pesar de que el Reglamento 1/2000, de los órganos judiciales, contempla la posibilidad en lo que sea de aplicación a las Juntas de Jueces las causas de abstención del art. 28 de la Ley 30/1992 pero excluye, por omisión, el régimen de la recusación—, ha de asegurarse el derecho a la recusación. El deber de abstención y el derecho a la recusación son inseparables porque la aplicabilidad de las causas de abstención a los miembros de las Juntas de Jueces no tendría eficacia alguna en el caso de que el Juez en el que concurriera alguna de ellas decidiera no abstenerse, de tal forma que el derecho a la recusación es una garantía que no puede suprimirse, precisamente para mantener la virtualidad del deber de abstención y en aras de la efectividad del principio de imparcialidad como cualidad del órgano actuante en la esfera administrativa.

- c) *Ni el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni las previsiones sobre el incidente de nulidad de actuaciones son aplicables al procedimiento sancionador previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial*

La **STS de 6 de septiembre de 2011** (rec. núm. 367/2010) ha señalado, sobre la aplicabilidad al procedimiento disciplinario del artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el citado artículo no se aplica al procedimiento sancionador previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Tampoco juegan en el procedimiento administrativo las previsiones de este último texto legal sobre el incidente de nulidad de actuaciones. Tampoco está previsto en la regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial del procedimiento disciplinario ni en la establecida con carácter general para el procedimiento administrativo el incidente de nulidad de actuaciones. Lo que lleva a rechazar el recurso en lo que tiene de impugnación de actos de trámite.

E) Sentencias

- a) *En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no existe la exigencia de incluir un apartado para recoger los hechos probados*

La **STS de 18 de noviembre de 2011** (rec. núm. 6249/2007) ha señalado que, a diferencia de lo que sucede en otros órdenes jurisdiccionales, no existe en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo la exigencia de incluir un apartado para recoger los hechos probados.

La ausencia de hechos probados en la sentencia no constituye una infracción procesal, es decir, no integra una lesión de las normas que rigen las garantías procesales, sino que sería, a lo sumo, una infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Repárese que son dos motivos diferentes regulados ambos en el artículo 88.1.c) LCJA. Pero, en cualquier caso, el Alto Tribunal ha declarado, por todas STS de 4 de febrero de 2011 (recurso de casación núm. 194/2007), que no existe en este orden jurisdiccional contencioso-administrativo la exigencia de incluir un apartado para recoger los hechos probados, a diferencia de lo que puede acontecer en otros órdenes jurisdiccionales como el penal. Téngase en cuenta que la redacción del artículo 248.3 de la LOPJ es, por su propia naturaleza, general y comprensiva de cualquier orden jurisdiccional. En este sentido, la introducción de la

expresión «en su caso» revela que efectivamente en algún supuesto, y no en todos, ha de seguirse esta exigencia, como acontece en el orden contencioso-administrativo. Y esto es así como revelan los artículos 208 y 209 de la LEC, pues en ellos no se hace mención a los «hechos probados» cuando se regula la estructura de la sentencia, y recordemos que dicha Ley de trámites es de aplicación supletoria a esta jurisdicción, *ex* disposición final primera de la LJCA. En este sentido, la Sala viene declarando, por todas Sentencia de 22 de febrero de 2005 (recurso de casación núm. 693/2002), que dichos artículos no imponen tal exigencia al recoger los requisitos de la sentencia, pues al referirse a «los hechos probados» se cuida de añadir, algo que omite o pretende ignorar el inicial motivo, «en su caso». Como se ha señalado en la STS de 29 de enero de 2003, «mientras las demás exigencias recogidas en tal artículo respecto a la sentencia, son generales a toda clase de resoluciones de esta clase, penales, civiles, etc. con relación a los hechos probados, se añade tal exigencia “en su caso”. Ello es así, porque si bien en el art. 142.2.^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se recoge expresamente: “Se consignarán en Resultandos numerados los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados”, con relación a las sentencias civiles, en vano se pretenderá encontrar tal requisito en el artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

b) El requisito de motivación de la sentencia se cumple con la remisión a la doctrina jurisprudencial

La **STS de 23 de noviembre de 2011** (rec. núm. 6379/2008) ha señalado que una sentencia que no dé un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos que las partes puedan cuestionar no incurre en falta de motivación, ya que puede bastar con una remisión a la doctrina jurisprudencial.

c) Doctrina jurisprudencial sobre la incongruencia

La doctrina de este Tribunal en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que supone el dictado de una resolución judicial incongruente es tan prolija como lineal en su significación. Para evitar una exposición exhaustiva de la misma, la **STS de 17 de noviembre de 2011** (rec. núm. 2830/2008) reproducimos la síntesis efectuada en la STC 40/2006, de 13 de febrero, en la cual se reconoce que «La congruencia viene referida desde un punto de vista procesal al deber de decidir por parte de los órganos judiciales resolviendo los litigios que a su consideración se sometan, a su potestad en definitiva, exigiendo que el órgano judicial ofrezca respuesta a las distintas pretensiones formuladas por las partes a lo largo del proceso, a todas ellas, pero sólo a ellas, evitando que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido (SSTC 124/2000, de 16 de mayo, F. 3; 114/2003, de 16 de junio, F. 3; o 174/2004, de 18 de octubre, F. 3; entre muchas otras). Recordaba en ese sentido la STC 130/2004, de 19 de julio, que desde pronunciamientos aún iniciales, como la STC 20/1982, de 5 de mayo (FF. 1 a 3), hemos definido en una constante y consolidada jurisprudencia el vicio de incongruencia como aquel desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las

partes han formulado su pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso en los escritos esenciales del mismo. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido, el órgano judicial incurre en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium*».

Son muy numerosas las decisiones en las que este Tribunal ha abordado la relevancia constitucional del vicio de incongruencia de las resoluciones judiciales, precisando cómo y en qué casos una resolución incongruente puede lesionar el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE y se ha elaborado así un cuerpo de doctrina consolidado que puede sistematizarse en los siguientes puntos:

- a) El vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos —partes— y objetivos —causa de pedir y *petitum*—. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*.
- b) Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de un lado, la incongruencia omisiva o *ex silentio*, que se produce cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen por las partes como fundamento de su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. De otro lado, la denominada incongruencia por exceso o *extra petitum*, que se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones.
- c) En este sentido ha de recordarse que el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia *extra petitum* cuando

el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso.

- d) Más concretamente, desde la perspectiva constitucional, para que la incongruencia por exceso adquiriera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales.

En algunas ocasiones, tiene declarado este Tribunal y la jurisprudencia constitucional que ambos tipos de incongruencia pueden presentarse unidas, dándose la llamada incongruencia por error, que es aquella en la que concurren al unísono las dos anteriores clases de incongruencia. En efecto, se trata de supuestos en los que, por error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión o pretensiones formuladas por las partes en la demanda o sobre los motivos del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta (por todas, SSTC 15/1999, de 22 de febrero, F. 2; 124/2000, de 16 de mayo, F. 3; 182/2000, de 10 de julio, F. 3; 213/2000, de 18 de septiembre, F. 3; 211/2003, de 1 de diciembre, F. 4; 8/2004, de 9 de febrero, F. 4).

F) Ejecución de sentencia

- a) *No ha de existir interferencia alguna tras la colocación de la bandera en el ámbito que corresponda*

La **STS de 17 de noviembre de 2011** (rec. núm. 5638/2010) estima el recurso de casación contra auto que tuvo por ejecutada la sentencia dictada en recurso deducido por la Administración del Estado para al cumplimiento de la Ley de Banderas. El auto recurrido entendió que el pronunciamiento de la ejecutoria se había llevado a cabo, pues la bandera ondea, en efecto, en el lugar legalmente asignado. El recurso se estima, pues la sentencia mandó ondear la bandera, tratándose de que ondee tal cual dispone la normativa vigente. Ello implica que no ha de existir interferencia alguna tras su colocación en el ámbito que corresponda. Por ello la colocación de la placa que, entre otras cosas, recogía: «He ahí la bandera, símbolo de esta situación, puesta; por quien no desea hacerlo, a la que el viento ondea con ironía», implica un cumplimiento simulado de la Sentencia.

- b) Las partes en el proceso de ejecución de sentencia no tienen necesariamente que ser las mismas que las del proceso declarativo*

La **STS de 22 de noviembre de 2011** (rec. núm. 4985/2010) ha señalado que las partes en el proceso de ejecución definitiva de una sentencia no tienen necesariamente que ser las mismas que las del proceso declarativo, sino que es suficiente que se trate de personas afectadas por la sentencia por haber recurrido en la vía judicial o haber formulado alegaciones durante la tramitación administrativa, por lo que tienen legitimación para comparecer en concepto distinto al de parte.

G) Extensión de efectos: no procede cuando concurre la excepción de cosa juzgada

La **STS de 15 de septiembre de 2011** (rec. núm. 2095/2011) desestima la solicitud de extensión de efectos de sentencia de la Sala por la que, en relación con el proceso selectivo para ingreso en el Cuerpo de Oficiales de la Administración de Justicia, declaró el derecho de los recurrentes a que se les tuviera por superado dicho proceso y se les incluyera en la relación definitiva de aspirantes.

La razón de la desestimación radica en que concurre la excepción de cosa juzgada en la medida en que el recurrente obtuvo un previo pronunciamiento favorable firme —no recurrido en casación— recaído en el recurso contencioso-administrativo que interpuso contra la desestimación por silencio de su solicitud de revisión de oficio promovida en relación con las listas definitivas de aspirantes aprobados en relación con dichas pruebas. Pronunciamiento previo cuyo fallo es coincidente con lo finalmente resuelto en la sentencia cuya extensión de efectos se pretende. Por ello, apreciando la identidad de sujetos, de objeto (inclusión con el número bis en la relación de aprobados del proceso selectivo) y de fundamento (vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE), la Sala concluye entendiéndose que no cabe la extensión de efectos por concurrir la excepción de cosa juzgada.

H) Procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales

- a) No exige el agotamiento de la vía administrativa*

La **STS de 24 de octubre de 2011** (rec. núm. 6830/2009) desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia de TSJ que desestimó el recurso contencioso-administrativo, tramitado por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, rechazando, en primer lugar, la causa de inadmisibilidad propuesta por el Ministerio Fiscal con base en la falta de agotamiento de la vía administrativa previa, por cuanto, además de tratarse de una cuestión nueva no suscitada en la instancia, desconoce que es doctrina consolidada de este Tribunal, de la que son exponente, entre otras, las sentencias de 23 de mayo de 2008 (recurso de casación núm. 3016/2006) y de 20 de septiembre de 2004 (recurso de casación núm. 5621/2001), que el procedimiento de protección jurisdiccional de derechos fundamentales no exige el agotamiento de la vía administrativa, por lo que no concurre la causa de inadmisibilidad alegada.

b) Requisitos formales imprescindibles del escrito de interposición

La STS de 25 de noviembre de 2011 (rec. núm. 4913/2010) estima el recurso de casación interpuesto contra los Autos que acordaron declarar la inadmisibilidad, por inadecuación del procedimiento, del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el trámite de protección de los derechos fundamentales de la persona. En relación a los requisitos formales que han de ser cumplidos para que pueda ser utilizado el procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona y a los poderes de que dispone el correspondiente órgano jurisdiccional para decidir si la elección de tal procedimiento especial se ha realizado o no de manera correcta, sostiene una doctrina cuyo núcleo se puede sintetizar en la necesidad de que, ya en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, y a los efectos de una primera constatación de la viabilidad del cauce procesal especial utilizado, se han de definir los elementos que permitan comprobar que la pretensión procesal es ejercitada en relación a actos que se considera infringen el derecho fundamental cuya tutela se postula a través del proceso. Y esa exigencia formal habrá de considerarse cumplida cuando la fundamentación de la pretensión incluya estos elementos: la indicación del derecho fundamental (de uno o varios) cuya tutela se reclama; la identificación del acto que se considere causante de la infracción de aquel derecho; y, aunque sea mínimamente, una exposición de las razones y circunstancias por las que se entiende que el concreto acto que se impugna tiene virtualidad para lesionar de manera directa uno o varios derechos fundamentales. Por lo que hace a este último elemento, debe añadirse que habrá de considerarse que concurre debidamente cuando el escrito de interposición incluya lo siguiente: una interpretación sobre el alcance de los concretos derechos fundamentales invocados que, en principio, no resulte claramente desacertada o abiertamente contraria a la doctrina jurisprudencial existente sobre ellos; y una descripción fáctica sobre las concretas circunstancias y datos de hecho que la parte recurrente haya tomado en consideración para considerar que se ha producido individualmente para ella la violación de esos singulares derechos fundamentales cuya protección reclama.

Y debe señalarse, por último, que el examen que a estos efectos ha de realizar el tribunal habrá de limitarse a constatar si la fundamentación de la pretensión incluye esos elementos que antes han sido apuntados, pero no deberá prejuzgar su corrección jurídica ni su certeza, salvo cuando la interpretación jurídica avanzada en el escrito de interposición sea abiertamente contraria a lo que sea ya una línea jurisprudencial consolidada o, también, cuando los hechos aducidos sean absurdos o claramente inverosímiles.

Se señala, además, que en el caso de las personas jurídicas tienen la consideración de domicilio a efectos de la protección constitucional otorgada por el artículo 18.2 CE los espacios que requieren reserva y no intromisión de terceros en razón a la actividad que en los mismos se lleva a cabo, esto es, los lugares utilizados por representantes de la persona jurídica para desarrollar sus actividades internas, bien porque en ellos se ejerza la habitual dirección y administración de la sociedad, bien porque sirvan de custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento, exigiéndose en estos casos la autorización judicial o el consentimiento del interesado. Y que la validez del consentimiento exige, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS (sentencias, entre otras, de 1 de abril de 1996, 4 de marzo de 1999 y 18 de febrero de 2005), que esté absolutamente desprovisto de toda mácula que enturbie el exacto conocimiento de

lo que se hace y la libérrima voluntad de hacerlo, debiendo estar también exento de todo elemento susceptible de provocar o constituir error, violencia, intimidación o engaño, por lo que el interesado debe ser enterado de que puede negarse a autorizar la entrada y registro que se le requiere.

I) Medidas cautelares

a) La ponderación de los intereses en conflicto no es la ratio legal de la adopción de la medida, aunque ha de tenerse en cuenta al realizar la valoración correspondiente

La STS de 20 de septiembre de 2011 (rec. núm. 2739/2010) ha señalado que la razón determinante en la adopción de la medida cautelar contencioso-administrativa reside en la pérdida de la finalidad legítima del recurso. Por ello, la ponderación de los intereses en conflicto no es la ratio legal de su adopción, sino que lo que la Ley prevé es que la misma sólo puede adoptarse cuando la ejecución del acto impugnado puede hacer perder su finalidad legítima al recurso. Así pues, siendo esa la razón que debe determinar la decisión, la Ley impone que, para resolver sobre si se produce tal pérdida de finalidad del recurso, el órgano judicial tenga en cuenta los intereses en conflicto.

En el mismo sentido debe entenderse suficiente la referencia efectuada por la Sala a los perjuicios alegados por la parte en el caso de ejecutarse la intimación contenida en la resolución sancionadora, sin que resulte imprescindible un examen detenido de los mismos para entender correctamente efectuada la ponderación de intereses requerida por el artículo 130.1 LJCA. De la lectura de ambos Autos se deduce sin género de dudas que la Sala ha considerado tales alegaciones y ha entendido prevalente el interés público del mantenimiento de un mercado competitivo sobre los perjuicios aducidos por la sociedad recurrente.

No es posible aplicar al presente supuesto el criterio de la apariencia de buen derecho, hoy día jurisprudencial y sumamente restrictivo, pues aunque nos encontremos ante casos relativos a una misma problemática, presentan la suficiente complejidad como para no poder dilucidar en sede cautelar el grado de semejanza que puedan tener. Así, las citas jurisprudenciales y las alegaciones de la parte no pueden bastar para afirmar en este momento una hipotética identidad de supuestos hasta el punto de predeterminar una segura o muy probable estimación de su recurso que avalase la aplicación del criterio de *fumus boni iuris* en sede cautelar. Se trata, por el contrario, de cuestiones complejas que se refieren al fondo del asunto y que habrán de ser examinadas detenidamente y resueltas necesariamente en sentencia.

b) Las medidas cautelares se basan en el peligro de la demora y su función es la de asegurar la futura sentencia

La STS de 11 de noviembre de 2011 (rec. núm. 361/2011), al pronunciarse sobre un Auto que deniega la medida cautelar solicitada consistente en la suspensión de la aprobación del Plan Parcial, el Programa de Actuación Integrada y la designación de Agente Urbanizador, viene a reiterar la consolidada doctrina sobre los diferentes criterios legales de aplicación en materia de medidas cautelares. Concretamente se refiere a la pondera-

ción de los intereses en conflicto, a la aplicación del *periculum in mora* y a la doctrina del *fumus boni iuris*.

Ciertamente las medidas cautelares están concebidas para asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando que el transcurso del tiempo ponga en peligro el cumplimiento de la resolución de terminación del mismo. Dicho en términos legales, las medidas pretenden «asegurar la efectividad de la sentencia» (artículo 129 LJCA). Con tal propósito, el riesgo derivado de la duración del proceso, el *periculum in mora*, se erige, en el artículo 130 de la citada norma, como uno de los presupuestos esenciales para la adopción de la medida cautelar, al tener que tomar en consideración, en la decisión cautelar, que «la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». La medida cautelar, por tanto, intenta salvaguardar que la futura sentencia pueda ser cumplida, y que su pronunciamiento tenga un efecto útil, soslayando que se produzcan situaciones irreversibles.

El criterio de la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, por su parte, es, en este sentido, complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso. Debe subrayarse, a estos efectos, que la decisión cautelar ha de ponderar la medida en que el interés público demanda la ejecución, para adoptar la suspensión en función de la intensidad de los intereses públicos concurrentes. Esta operación jurídica en virtud de la cual se valoran, sopesan y ponderan los intereses en juego comprende tanto los intereses públicos como los de carácter privado, así como el contraste entre los diversos intereses públicos concurrentes. Por tanto, la medida cautelar ha de asentarse en el resultado de dicha valoración de los intereses en conflicto, como dispone el artículo 130.1 de la LJCA, que exige para su adopción la «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto»; y en lo que se insiste en el apartado segundo del mismo artículo 130 cuando declara que la valoración ha de hacerse «en forma circunstanciada».

J) Error judicial: su calificación está reservada a supuestos especiales

La STS de 10 de noviembre de 2011 (rec. núm. 3/2010) nos recuerda que «no toda posible equivocación es susceptible de conceptuarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta en la resolución judicial un error craso, patente, indubitado, incontestable, flagrante, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas. Y, en relación con el error judicial en la interpretación o aplicación de la Ley, hemos señalado que sólo cabe su apreciación cuando el órgano judicial ha actuado abiertamente fuera de los cauces legales, realizando una aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido». En el caso presente, no cabe hablar de error cualificado para la aplicación del recurso. Aunque el asunto es competencia de los Juzgados de lo Contencioso, las razones esgrimidas por el Tribunal Superior de Justicia no pueden reputarse ilógicas, irrazonables o absurdas, sino que, por el contrario, constituyen claramente el resultado de un proceso razonado y acorde con las reglas del razonamiento común.

En todo caso, la Sala ha dejado claro que no existe error judicial cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica, ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico, o, dicho de otro modo, que no cabe atacar por este proce-

dimiento excepcional conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales, dado que no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden, originador del deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Objeto: puede dirigirse contra el Auto que deniega la medida cautelar o contra la que resuelve el recurso de súplica

La **STS de 11 de noviembre de 2011** (rec. núm. 361/2011), al pronunciarse sobre un Auto que deniega la medida cautelar, ha señalado, a la vista del artículo 87.1.b) LJCA, que el auto que pone fin a la pieza separada es el que deniega la medida cautelar, siendo el posterior un mero requisito de procedibilidad *ex* artículo 87.3 del mismo texto. Añadiendo que, dejando al margen algún pronunciamiento antiguo y singular al respecto, la Sala viene declarando que puede dirigirse la casación o bien contra ambas resoluciones, como sucede en este caso que es el habitual, o bien únicamente contra la primera que acuerda o deniega la medida cautelar o, en fin, contra la segunda cuando estima en todo o en parte la súplica, pero también cuando desestima tal recurso, pues en ella se halla implícitamente la anterior resolución que se pronuncia sobre la medida cautelar.

El recurso de súplica, a que se refiere el artículo 87.3 LJCA, opera como requisito de procedibilidad cuando se pretende recurrir alguno de los autos que taxativamente se relacionan en el propio artículo 87, pero de ello no puede seguirse que sea inadmisibile el recurso de casación cuando se ha preparado contra el auto que resuelve el previo recurso de súplica. En rigor el recurso de casación debe prepararse, y posteriormente interponerse, contra los autos que contemplan los apartados 1 y 2 del artículo 87, salvo, claro es, que el auto resolutorio del recurso de súplica revoque o modifique el impugnado. Mas cuando, como aquí ocurre, es confirmatorio de éste, el recurso de casación no es inadmisibile porque formalmente se haya dirigido contra el auto que resuelve el recurso de súplica, pues en él está presente el auto primeramente dictado.

Es cierto que el Alto Tribunal en algunas resoluciones ha propugnado una solución distinta, pero no lo es menos que en la Sentencia de 21 de marzo de 2002 (Sección 6.ª) se mantuvo una doctrina que se separa de los citados precedentes, mostrándose la Sala contraria a la inadmisión de un recurso de casación invocada por el Abogado del Estado por estar dirigido contra el auto que resolvía el recurso de súplica y no contra el que denegó la suspensión cautelar solicitada, doctrina en la que se vuelve a insistir ahora, por ser la que mejor se ajusta a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución.

B) Admisión

a) La carencia de interés casacional no viene determinada por la ausencia de pronunciamientos jurisdiccionales sobre la cuestión

La **STS de 19 de septiembre de 2011** (rec. núm. 454/2009) analiza un supuesto en el que aduce la carencia de interés casacional porque la sentencia recurrida no se opone a la juris-

prudencia, ya que es inexistente sobre la materia en cuestión. Considera que la carencia de interés casacional no la determina, sino todo lo contrario, la ausencia de pronunciamientos jurisdiccionales sobre la cuestión. Precisamente, por no haberlos en un extremo controvertido de relevancia, ese interés comparece con toda claridad.

b) *No basta la cita de STS, sino que se deben relacionar las circunstancias concurrentes en los precedentes citados con el caso examinado*

La **STS de 15 de noviembre de 2011** (rec. núm. 6520/2009) ha declarado la carencia manifiesta de fundamento del recurso extraordinario, pues no se ponen en relación las circunstancias concurrentes, la jurisprudencia conculcada y la sentencia de instancia, esto es, por no efectuar la necesaria crítica de la sentencia recurrida. En este sentido, para la viabilidad del recurso se han de cumplir los rigurosos requisitos formales exigidos por el artículo 92.1 LJCA que obligan a concretar en qué motivo se ampara aquél, a citar las normas o la Jurisprudencia que el recurrente considere infringidas y a realizar el razonamiento adecuado. Es decir, el juicio crítico de la sentencia recurrida en función de las concretas infracciones del ordenamiento que respecto de la misma hayan sido detectadas. Por eso, para que el motivo hubiera podido ser tomado en consideración no bastaba la cita de varias sentencias del Tribunal Supremo, sino que se relacionen las circunstancias concurrentes en los precedentes citados con el caso examinado, lo que aquí no ha sucedido.

c) *No cabe la mera invocación instrumental de preceptos o principios generales de la legislación estatal aplicables pero que no hayan sido relevantes ni determinantes del fallo*

La **STS de 15 de noviembre de 2011** (rec. núm. 1417/2009) ha señalado que no cabe soslayar la regla establecida en el artículo 86.4 LJCA con la simple invocación instrumental de preceptos o principios generales de la legislación estatal aplicables que no hayan sido relevantes ni determinantes del fallo que se basa solo en normas autonómicas. La viabilidad del examen del fondo del asunto tiene lugar en los casos de Derecho autonómico que reproduce Derecho estatal de carácter básico y cuando se invoca como fundamento del recurso de casación la infracción de jurisprudencia recaída en la interpretación de Derecho estatal que es reproducido por el Derecho autonómico, lo que aquí no ocurre, puesto que la norma que se invoca como infringida ni responde a la aplicación del Derecho realizada por la Sentencia recurrida, ni siquiera desde la perspectiva de su infracción por inaplicación, ni al contenido de los escritos de demanda y contestación. Aunque los preceptos de la Orden que eventualmente pudieran haber sido eludidos u omitidos por la Sala reproducen preceptos estatales, no se dan las condiciones que permitirían el examen del fondo del asunto.

d) *La omisión del apartado correspondiente del art. 88.1 LJCA no impide la admisión del recurso de cuyo escrito de interposición se infiere, sin género de dudas, a qué motivo legal se acoge*

Es jurisprudencia reiterada la necesidad de señalar a cuál de los apartados comprendidos en el art. 88.1 LJCA se acogen los motivos en que se basa el recurso de casación, en aplicación de lo establecido en el art. 92.1 de la citada Ley procesal.

La **STS de 1 de diciembre de 2011** (rec. núm. 3197/2007) reitera lo señalado en la STS de 10 de noviembre de 2004 (rec. cas. núm. 6149/2001), al decir que «sin duda el cumplimiento natural y lógico de las previsiones legales requiere la cita expresa del apartado correspondiente del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción (del artículo 88.1 en el texto de 1998). Sin embargo, entiende la Sala que el escrito de interposición está correctamente formulado y respeta la exigencia legal de expresar razonadamente el motivo de casación en aquellos supuestos en los que, pese a omitirse la cita literal del apartado correspondiente del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción (o del artículo 88.1 en el texto actualmente en vigor), del tenor de la redacción del escrito de interposición se deduzca de forma evidente y sin género de dudas a qué motivo o motivos legales se acoge el recurrente para articular el recurso de casación. En tales casos la Sala ha aplicado hasta el momento el criterio más rigorista de considerar que se había incumplido la obligación legal de «expresar razonadamente» el motivo al que se acoge el recurso. Entendemos ahora, sin embargo, en una interpretación más próxima al sentido del derecho a la tutela judicial efectiva, que tal obligación legal ha quedado cumplida puesto que, pese a la omisión de la cita del apartado en cuestión, el motivo en que se basa el recurso se comprende *prima facie* e inequívocamente, sin suscitar dudas sobre cuál de los cuatro motivos enumerados por la Ley es el que se encuentra «expresado razonadamente» en el escrito de interposición.

Será la Sala la que, en el obligado examen que realiza del cumplimiento de los requisitos legales a que está sometido el escrito de interposición, determinará cuándo, en los casos en los que se haya omitido la mención expresa del apartado correspondiente del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción (o del 88.1 en el texto de la Ley de 1998), deba entenderse que se ha cumplido la exigencia legal de expresar razonadamente el motivo o motivos a los que acoge el recurrente, atendiendo al tenor del escrito de interposición del recurso de casación y, en concreto, de cómo se formula el motivo casacional.

C) Motivos

- a) *Los defectos formales causantes de indefensión son invocables frente a los autos pronunciados en ejecución de sentencia*

La **STS de 22 de noviembre de 2011** (rec. núm. 4985/2010) ha reiterado que los defectos formales causantes de indefensión, a pesar de no venir contemplados en el artículo 87.1 LJCA, son invocables frente a los autos dictados en ejecución de sentencia cuando vulneran derechos constitucionales, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ.

- b) *Casos en que la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia es revisable en casación*

Sólo en muy limitados casos, declarados taxativamente por la jurisprudencia, de la que es buena muestra la **STS de 17 de noviembre de 2011** (rec. núm. 2830/2008), puede plantearse en casación la valoración prueba. Tales casos son:

- a) La infracción del artículo 1214 del Código civil (en la actualidad derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, que puede traducirse en una vul-

neración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba en el artículo 217 de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/98.

- b) El quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con indefensión de la parte cuando, indebidamente, no se ha recibido el proceso a prueba o se ha inadmitido o declarado impertinente o dejado de practicar algún medio probatorio en concreto que tenga relevancia para la resolución definitiva del proceso, invocable al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley 29/98.
- c) La infracción o vulneración de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/98.
- d) La infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles, que puede hacerse valer por el mismo cauce de infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 de la Constitución comporta que estos errores constituyan vulneraciones del citado derecho y por ende infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización por el Tribunal Supremo.
- e) La infracción cometida cuando, al «socaire» de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, como puede ser la aplicación a los hechos que se consideran probados de conceptos jurídicos indeterminados que incorporan las normas aplicables.
- f) Los errores de tipo jurídico cometidos en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta.

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) **Requisitos del recurso: no procede cuando estemos ante un cambio de criterio motivado que no puede considerarse irrazonable**

La **STS de 19 de septiembre de 2011** (rec. núm. 384/2010) ha precisado los requisitos del recurso de casación para unificación de doctrina, consolidando la jurisprudencia que dispone que no procede la interposición de un recurso de casación para unificación de la doctrina cuando estamos ante un cambio de criterio motivado y que no puede considerarse irrazonable, siendo jurisprudencia del Alto Tribunal la que establece que el recurso de casación para la unificación de doctrina no es un medio de impugnación idóneo para combatir los cambios de criterio motivados que, sobre cuestiones de hecho o de derecho, pueden realizar los órganos judiciales de instancia.

El recurso de casación para la unificación de doctrina no tiene por objeto aquellas sentencias en las que el distinto pronunciamiento responde a un cambio de criterio razonado por el Tribunal, pues con ello se justifica el diferente juicio valorativo de la situación con-

trovertida, que no responde a una inadvertida contradicción en la aplicación de la ley sino a una reconsideración de la interpretación de la norma, debidamente fundada, que sustituye el criterio anterior, por lo que carece de objeto la unificación de doctrina que constituye la razón de ser de esta modalidad de recurso de casación. Es preciso recordar que la razón de ser del recurso de casación para la unificación de doctrina no es uniformar la interpretación normativa en general ni controlar la observancia de la jurisprudencia establecida, sino más modestamente evitar que supuestos sustancialmente idénticos sean resueltos de modo distinto. Y esto último no puede hacerse cuando el tribunal *a quo* ha cambiado legítimamente de criterio. Así las cosas, dado que el recurso de casación para la unificación de doctrina no cumple una función nomofiláctica no cabe controlar en esta sede si la interpretación de la ley llevada a cabo en la instancia es correcta.

Y es que hablar de contradicción supone poner en relación distintas proposiciones que se sostienen o mantienen enfrentadas, situación que no se produce cuando, como consecuencia del cambio de criterio, se abandona un determinado planteamiento que se sustituye, en las condiciones indicadas por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por el nuevo pronunciamiento.

De lo expuesto hasta ahora, y aunque no siempre ha sido entendido así por la Sala Tercera —por todas, Sentencias de 6 de septiembre de 2009 y 14 de julio de 2010, dictadas en los recursos números 192/08 y 282/09—, sólo cuando la sentencia recurrida se aparte del criterio seguido anteriormente por el mismo órgano judicial en anteriores sentencias sin motivar el cambio de criterio cabrá interponer contra la misma recurso de casación para la unificación de doctrina fundado en la contradicción existente entre dichas sentencias, no así cuando el cambio de criterio ha sido motivado y dicha motivación no es irrazonable, pues en este caso no hay doctrina alguna que unificar.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)

Bancarrota del Estado y Europa como contexto

SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M.

Marcial Pons, Madrid, 2011, 176 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo]

Una vez más, los Profesores Francisco Sosa Wagner y Mercedes Fuertes López nos ilustran, con su conocido magisterio y su pluma incansable, sobre aspectos, no sólo jurídicos, sino también sociales, históricos y económicos, que nos ayudan a comprender mejor el contexto actual en que vivimos y, particularmente, la situación de crisis actual, que, sin duda, preocupa a todos.

Partiendo de que, en estos momentos, el déficit presupuestario y la deuda pública han puesto a nuestro Estado en una situación cuanto menos delicada, los autores analizan los sectores en que esta realidad se hace más visible, así como su expansión a las Comunidades autónomas y a las Corporaciones locales.

Para ello, los autores comienzan en el capítulo primero, titulado «Lo que no es tradición es plagio», por ofrecer un repaso de la historia de la deuda pública como historia misma de un Estado que, al endeudarse progresivamente, conduce a la sociedad al descrédito y a la ruina.

Así, se explica que desde los Reyes Católicos a los Austrias y Borbones, se declararon sucesivas bancarrotas ante el endeudamiento del Estado con banqueros nacionales, pero también flamencos, genoveses y alemanes. Lo que, sin embargo, era insuficiente para contener la sangría de gastos de los esfuerzos bélicos, primero en la Reconquista, y luego en Flandes, Nápoles o Sicilia.

Se ensayaría la devaluación de la moneda, las suspensiones de pagos, las inflaciones salvajes y las reformas de la Administración a partir de la venta de cargos civiles y militares y la privatización de los servicios. En esta situación, como es sabido, las Cortes de Cádiz ensayan la primera desamortización, que luego sería necesario reiterar con Mendizábal, pero siempre con éxito discutido.

Durante todo el siglo XIX el «arreglo de la deuda» se convierte en cuestión primordial, aunque la alternancia entre absolutistas y liberales no fuese el contexto más adecuado para el entendimiento. La primera emisión de deuda del Tesoro, diferenciada de la deuda del Estado, se produjo en 1842, sin que consiguiera frenarse el desastre. Con la pérdida de las colonias se reducían los ingresos, pero los gastos seguían siendo altos, como señalan los autores, apuntando, por ejemplo, a las guerras carlistas, lo que hacía fracasar reformas bienintencionadas como las de Mon y Bravo Murillo.

A comienzos del siglo XX el déficit es ya un viejo conocido, y ni las reformas de Camacho o Villaverde conseguirían frenarlo. Y en este punto se detienen los autores para pasar en el capítulo siguiente, titulado «El Estado en almoneda», a ver cómo el mismo caos de endeudamiento se produce a principios del siglo XXI.

En este segundo capítulo se afronta la situación actual, bien conocida para todos y con unas causas que los autores no obvian, denunciando los riesgos de haber optado por el déficit público en lugar de por los impuestos para la financiación de una «fiesta» que parece ya muy lejana, pero cuya resaca estamos aún padeciendo.

Destapada ya la crisis económica, se adoptarían en 2007 una batería de medidas extraordinarias que buscaban inyectar liquidez al sistema financiero hasta que las propias cuentas públicas re-

sultaron estar consumidas, explotando el mercado de deuda en 2010.

Entre las causas de esta consunción, dedican especial atención los autores al ya clásico fenómeno de la huida del Derecho Administrativo y denuncian cómo las medidas reactivas se han centrado en «culpables evidentes», como las Agencias Estatales, olvidando, sin embargo, en apariencia, a otros como las Autoridades independientes o las sociedades mercantiles.

Los demás recortes para contener el gasto público son analizados de forma minuciosa en las páginas siguientes. Así, se desgranar medidas de «venta» como la privatización de AENA y de Loterías y Apuestas del Estado o la enajenación de patrimonio inmobiliario público, que en ocasiones ha llevado incluso a coquetear con las posibilidades que ofrece la desafectación del subsuelo. Con espíritu crítico se revisa también el galimatías de la tarifa eléctrica, los cambios en el régimen jurídico del sector de las telecomunicaciones, el espectro electromagnético y las Cajas de Ahorro.

Se traen a primer plano además las cuestiones relativas al insuficiente control de las cuentas autonómicas y a la difícil situación de las Haciendas Locales, donde la crisis se acentúa a causa de la política seguida en materia de personal, de organización o de publicidad institucional y acaba redundando en una morosidad que trasciende al sector privado y hace que se resientan los servicios públicos. Se exploran las posibilidades de las eventuales líneas de actuación, siempre llamando al rigor y a la reflexión más allá de los grandes titulares ligados, sin ir más lejos, a la reorganización del mapa municipal o de la estructura de los órganos de control contable y tributario.

En este panorama, es la existencia de las Instituciones Europeas lo que diferencia la situación actual de las experiencias históricas antes descritas. Por eso el tercer capítulo se dedica precisamente a reflexionar sobre «Un nuevo escenario: Europa». Se analizan las medidas de abierto o velado rescate de estas instituciones a los Estados Miembros y se deja testimonio de los debates enconados que suscita, por ejemplo, la emisión de eurobonos, siempre bajo la alargada sombra de un Pacto de estabilidad y crecimiento cuyos claroscuros también son analizados

por los autores, al igual que su transposición en nuestro texto constitucional.

Dada la importancia de esta dimensión europea, los autores son especialmente críticos con la «miopía nacionalista» que se opone a la consolidación de un verdadero gobierno económico europeo, «imprescindible para hacer frente a la realidad en un mundo globalizado», aunque no renuncian tampoco a criticar la debilidad de las instituciones políticas actuales de la Unión.

Se proponen a este fin reformas que pasan por fortalecer la Comisión con miembros de mayor empaque, reforzar el Parlamento, crear un órgano gestor del Presupuesto y una Agencia de la deuda, por ejemplo. Se subraya, finalmente, la necesidad de reinterpretar la concepción más tradicional de la soberanía para ajustarse a la nueva arquitectura jurídica, que precisa más bien de lo que los autores denominan «soberanía diluida» pues el horizonte, afirman, ha de ser como el federal, que permite, en caso de indisciplina, medidas de coacción, como recurso extremo pero inevitable. Y todo ello, más allá de debates estériles sobre la concepción de la Unión como nación o no.

Concluyen, los autores volviendo sobre la Historia, en un cuarto capítulo oportunamente titulado «Deuda con la Historia: el juicio de residencia o la *purga de taula*». Allí reflexionan, a modo de corolario, sobre la oportunidad de revisar los mecanismos de responsabilidad de los gestores públicos, proponiendo retomar su sumisión al juicio de los ciudadanos al fin de su actividad con herramientas que ya estuvieron vigentes en nuestro ordenamiento en el pasado.

Por todo ello, ante esta realidad, los Profesores Sosa Wagner y Fuertes López entienden que sólo desde una Europa que acabe de construir su gobierno económico e impulse instituciones políticas comunes y fuertes pueden corregirse las prácticas perversas que nos han conducido a la penosa situación que nos aflige.

De tal forma que esta monografía resulta, sin duda, imprescindible no sólo para los juristas, sino para una amplísima panoplia de potenciales lectores, ya que se abordan asuntos de innegable actualidad, tratados con rigor y una sugestiva narrativa, a la que, por otro, lado, nos tienen acostumbrados sus autores.

La Administración promotora de la igualdad de género

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M.^a (Dir.)

Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 453 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo]

Se trata de una obra colectiva, realizada por expertos de distintas ramas del Derecho, sobre los diferentes papeles que la Administración ha de adoptar en cuanto al objetivo de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, principalmente como promotora de esa igualdad, pero también desde la perspectiva de empleadora.

En el año 2010 se cumplió el primer centenario del acceso de la mujer a la Universidad o, más bien, podría decirse que en 1910 se inició un lento despegue mediante la Real Orden dada por Alfonso XIII, que significó un acceso más amplio de las mujeres, y por la que quedaban concedidas «sin necesidad de consultar a la superioridad, las inscripciones de matrículas en enseñanza oficial y no oficial solicitadas por mujeres», ya que si bien es cierto que con anterioridad y de forma muy excepcional alguna mujer había accedido a la Universidad, valiéndose del vacío legal existente, requería para ello de autorización ministerial, siendo incluso hasta 1888 necesario el permiso previo del padre o del marido.

Este centenario hace necesario reflexionar respecto de la evolución experimentada, y en el caso de los juristas debe llevarnos a analizar la situación actual desde la normativa aplicable a la misma. Particularmente desde el plano del Derecho Administrativo puede darse un enfoque ya no sólo del acceso y presencia de la mujer en las Universidades, sino del papel que, en general, las Administraciones Públicas deben desarrollar en la consecución de una igualdad real y efectiva, y en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Y a ello se dedica en gran medida este libro.

En efecto, las Administraciones, junto al legislador, tienen un papel preponderante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, no en vano son muy diversas las medidas que la propia Ley Orgánica de

Igualdad 3/2007, de 22 de marzo (LOI) dirige a la Administración, y a través de las cuales debe dar cumplimiento al mandato constitucional que le impone la consecución de esa igualdad material.

Pues, bien, partiendo de una primera aproximación a las formas de actuación de la Administración, se trata de examinar cómo se plasman en las políticas de igualdad y cómo a través de las mismas puede la Administración intervenir en esta materia de la forma más adecuada y eficaz posible en la consecución de ese logro social que es la igualdad de género, destacando el papel de las llamadas acciones positivas.

Muchos son los ámbitos en que esa intervención puede y debe tener lugar, dado el carácter transversal de este principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, tal y como se recoge expresamente en el art. 15 de la LOI. La intervención de la Administración en la práctica totalidad de los ámbitos de la vida de los ciudadanos es una evidencia, aunque las formas de hacerlo, según se explica en esta obra, son muy diversas, y los efectos también.

El art. 15 de la LOI no sólo exige que la actuación de los poderes públicos en general esté informada por el citado principio, sino que particularmente se refiere a las Administraciones Públicas, a las que impone que lo integren de forma activa en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.

Se trata, al fin y al cabo, de exponer el papel de la Administración y del Derecho Administrativo en la consecución del objetivo de que la igualdad de género sea real y efectiva, papel que aunque en muchas ocasiones no ha sido atendido por la doctrina, más centrada en los aspectos sociológicos o en cuanto a los jurídicos, principalmente referidos a las cuestiones laborales, es fundamental, pues, como se explica en el libro, es uno de los poderes públicos a los que el art. 9.2 de la CE dirige el mandato de promover las condiciones de igualdad del individuo y grupos, y, teniendo en cuenta la activa intervención de la Administración en la esfera de los ciudadanos, es obligado analizar el tema de la igualdad

de género desde la perspectiva expuesta en esta obra colectiva.

De otro lado, es evidente que esa intervención activa de la Administración, en particular, y de los poderes públicos, en general, es necesaria, pues, como se ha puesto de manifiesto en la propia Exposición de motivos de la LOI, que la igualdad real, plena y efectiva, de mujeres y hombres es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos lo evidencia a diario la contemplación de situaciones arraigadas en la sociedad de especial vulnerabilidad para las mujeres, como la violencia de género, el mayor desempleo femenino, los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar de las trabajadoras, y por supuesto los casos agravados de doble discriminación, como las mujeres inmigrantes, las discapacitadas o las pertenecientes a otras minorías; por lo que resulta imprescindible una acción normativa dirigida a neutralizar todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación directa e indirecta, por razón de sexo, y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impidan alcanzarla.

Y si bien es cierto que se han experimentado avances en la materia, es de esperar que el panorama actual, particularmente de crisis, suponga un importante retroceso en esos logros.

Si bien, persiguiendo alcanzar una visión global del tema, a ese punto de vista del Derecho Administrativo se unen otros, como el propio del Derecho del Trabajo.

A tales efectos se estructura en tres partes que responden, respectivamente, a un estudio preliminar en que se analiza el papel de la Administración y el Derecho Administrativo en materia de igualdad de género, dado que el tema ha venido siendo tradicionalmente objeto de atención, principalmente, desde la perspectiva laboralista y en cuanto a las repercusiones en los trabajadores de la empresa privada.

La segunda parte se dedica a la Administración como empleadora, y comprende tres capítulos en que se analizan respectivamente: la igualdad de género en el empleo público por lo que al personal funcionario se refiere, la igualdad de gé-

nero en el empleo público en cuanto al personal laboral de la misma, y finalmente la protección frente a la violencia de género del personal de las Administraciones Públicas.

En la tercera parte se da un giro importante en la perspectiva adoptada, analizando a través de cuatro capítulos la participación de la Administración en la consecución del principio de igualdad de género a través de acciones positivas y políticas públicas, donde en primer lugar se analizan las posibles medidas de fomento y, en particular, la introducción de la perspectiva de género en la contratación pública, las subvenciones y el distintivo de igualdad en la empresa, como ejemplos.

En los capítulos siguientes se estudian esas posibilidades en concretos ámbitos, tan relevantes como la educación, tanto universitaria como no universitaria, y el sanitario.

Para ello se ha contado con especialistas en diversas ramas del Derecho, expertos en cada una de las materias tratadas, como la sanidad, la educación, el empleo público, la contratación administrativa, la conciliación o la violencia de género, entre otras.

**Régimen jurídico del sector postal.
Comentario a la Ley 43/2010, de 30
de diciembre, del servicio postal universal,
de los derechos de los usuarios y del mercado
postal**

PETIT LAVALL, M.^a VICTORIA (Dir.)

Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 540 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
*Profesora titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo*]

Entre los muy diversos sectores que han vivido o aún experimentan una progresiva liberalización por efecto del mercado único europeo, el postal ofrece particularidades dignas de un estudio pormenorizado; valga de ejemplo su menor rentabilidad económica frente a otros, como las telecomunicaciones o la telefonía móvil.

Esto, junto al paso decisivo que en esa línea se ha dado con la aprobación de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado

postal, hacía necesario volver sobre un tema que, por otra parte, aunque sí ha sido tratado por algún autor, particularmente administrativistas, sin duda no lo ha sido con la intensidad, al menos, cuantitativa, que se ha prestado a otros sectores.

Por ello y muchas otras razones, el estudio que se incardina en este libro resulta muy interesante. Entre esos otros argumentos, baste indicar que se trata de una obra colectiva, fruto del esfuerzo de muy diversos expertos en la materia y desde especialidades diferentes, particularmente del Derecho Mercantil y el Derecho Administrativo, que contribuyen a un resultado completo y, sobre todo, a una panorámica global y exhaustiva de la materia.

La visión omnicomprensiva se aprecia de un simple vistazo a la estructura y contenidos de la obra. Así, se comprueba en sus veintiún capítulos, dedicados, respectivamente, a las siguientes materias básicas en el tratamiento de este sector: la liberalización del sector postal en España; el régimen jurídico de la prestación de servicios postales: el contrato de servicio postal universal; la Ley del Servicio Postal Universal y el régimen de los servicios excluidos; la confidencialidad de las comunicaciones postales (secreto y protección de datos en el servicio postal); derecho a la propiedad de los envíos postales; el derecho a la identificación del operador y el derecho a la prueba de depósito y entrega de los envíos certificados; el derecho de reexpedición, de rehúse de los envíos postales y el derecho a la protección de los envíos no entregados; el servicio postal universal, sobre el concepto de calidad en la Ley Postal 43/2011, de 30 de diciembre; la financiación del servicio postal universal; precios y otras condiciones tarifarias de los servicios postales; el servicio postal y precios predatorios; régimen general de prestación de los servicios postales. Declaraciones responsables; las autorizaciones administrativas singulares en la nueva Ley sobre el sector postal; el acceso a la red postal y a otras infraestructuras postales; el acceso a la red postal y conflictos entre operadores; la Comisión Nacional del Sector Postal en la Ley Postal 43/2011 y en la Ley 2/2011, de economía sostenible; la responsabilidad de los operadores postales y los procedimientos para su reclamación;

el régimen de inspección y sanción en el orden postal; el giro postal; y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimiento de contratación en los servicios postales.

En conclusión, una obra bien estructurada y multidisciplinar en la que se analizan una panorámica de temas presentes en el sector postal, desde diversas perspectivas y por especialistas en esas diferentes materias, ofreciendo un estudio global de un sector poco tratado por la doctrina por comparación con otros ámbitos económicos.

XVIII Jornadas Internacionales de Investigación Interdisciplinar. Feminismo y desequilibrios en el mundo actual: Demografía, Trabajo y Ciudadanía

GUERRERO NAVARRETE, Y., VARA MIRANDA, M.^a J., GARCÍA SAINZ, C. y MONTERO LÓPEZ, P.

Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2011, 818 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo]

Si con anterioridad se ha puesto de manifiesto la necesidad de seguir afrontando el tema de la igualdad de género desde la perspectiva jurídica, esta obra responde a una visión aún más completa y multidisciplinar, fruto de las *XVIII Jornadas Internacionales de Investigación Interdisciplinar*, organizadas por el Instituto Universitario de Estudios de la Mujer de la Universidad Autónoma de Madrid, y sin duda sobre ello habrá que volver cuando sean apreciables y puedan evaluarse las consecuencias que la crisis económica acarreará en este tema.

Las citadas Jornadas de las que trae causa la obra que se presenta tuvieron lugar en la mencionada Universidad madrileña los días 26 a 28 de abril de 2010. Y en ellas se trataron temas variados que en el libro se han reconducido a seis grupos o tipologías: feminismo en el mundo actual; crisis económica, mercado de trabajo y género; la igualdad en las empresas, trabajo, género y desarrollo; tecnologías, ingeniería y arquitectura: rompiendo fronteras en los estudios de género; y, finalmente, organización social de los ciudadanos. Migración y género. Poniendo de

manifiesto nuevamente la transversalidad como característica básica del principio de igualdad de género.

Diversidad de género e igualdad de derechos. Manual para una asignatura interdisciplinar

CARMONA CUENCA, E. (Coord.)

Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 203 páginas

[IGNACIO GARCÍA VITORIA]

Como se pone de manifiesto en la presentación de esta obra, tanto la LO 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica de Universidades (LOU) como la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establecen la obligatoriedad de incorporar en los planes de estudio de grado y postgrado asignaturas y programas sobre igualdad entre mujeres y hombres. Y, aunque esta disposición no ha recibido aún un adecuado desarrollo en muchas de nuestras Universidades, el grupo de profesoras y profesores que escriben este manual ha puesto en marcha una asignatura transversal en los estudios de grado de la Universidad de Alcalá, asignatura que lleva impartándose desde el curso 2009-2010.

El carácter novedoso de esta obra es, precisamente, que se trata de un manual. En los últimos años están apareciendo numerosos trabajos sobre igualdad entre mujeres y hombres o igualdad de género, siguiendo la estela de la normativa elaborada tanto en el ámbito internacional (es especialmente importante la actividad en esta materia del Consejo de Europa) como de la Unión Europea y nacional (particularmente a partir de la Ley Orgánica 3/2007 o Ley de Igualdad). Lo que aporta este libro es el intento de sistematización de conocimientos sobre igualdad de género dirigidos a estudiantes de grado de diversas titulaciones.

Como también se dice en la presentación, cualquier intento de aproximación al tema debe ser interdisciplinar, pues el objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres impregna todas las áreas de conocimiento. Pero no pueden ser abordadas todas las cuestiones que afectan a la materia. El hilo conductor del libro es la igualdad en el acceso al mundo laboral y profesional,

dejándose de lado otras cuestiones no menos importantes como la violencia de género o los temas relativos a la salud, las ciencias naturales o la tecnología. El libro, como la asignatura del mismo nombre, está dirigido especialmente a estudiantes de ciencias sociales y jurídicas.

Comienza con unas lecciones de psicología social y de sociología que indagan sobre los orígenes familiares de la desigualdad y los estereotipos de género. La lección tercera versa sobre el sexismo en el lenguaje y el lenguaje no sexista. La lección cuarta aborda la historia de los movimientos feministas y su lucha por la igualdad.

El análisis jurídico comienza con la lección quinta, que estudia conceptos como igualdad de trato, igualdad de oportunidades, discriminación (directa e indirecta) y Derecho antidiscriminatorio, además de acercarse a los preceptos de la Constitución española sobre el tema y su desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La lección sexta traza una panorámica general del importantísimo Derecho antidiscriminatorio de género de la Unión Europea, con especial referencia al concepto de acción positiva en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

A partir de la lección séptima comienza el estudio de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Se analizan los presupuestos y principios básicos de esta Ley, basados en buena medida en convenios internacionales y en directivas europeas. Se estudian también los principales instrumentos que configura la Ley en la lucha por la igualdad (tutela judicial, acción positiva, planes de igualdad e informes de impacto de género) y la organización administrativa para la igualdad. La lección octava se dedica a las políticas de igualdad en el ámbito administrativo. Además de estudiar las medidas a adoptar en cuanto al acceso al empleo público, se hace referencia a otros campos como la educación, la cultura, la salud, la sociedad de la información, el deporte, el mundo rural o el urbanismo.

Las políticas de igualdad de género en el ámbito laboral son tratadas en la lección novena. Allí se hace referencia a diversas disposiciones en materia de acceso al empleo, clasificación y promoción profesional, igualdad salarial y conciliación de la vida laboral y familiar. También establece

la LO 3/2007 diferentes medidas de protección para luchar contra los actos discriminatorios en el ámbito del trabajo remunerado.

Las lecciones décima y undécima abordan las cuestiones de igualdad de género en el mundo del mercado y la empresa. Los temas tratados son la publicidad y los medios de comunicación, la composición equilibrada en los consejos de administración de las sociedades mercantiles, la responsabilidad social corporativa y la contratación en el mercado de bienes y servicios. Se hace referencia, asimismo, a un instrumento innovador para conseguir la igualdad en la empresa: el distintivo empresarial en igualdad.

La lección duodécima se dedica a las medidas fiscales que tienden a lograr la igualdad de géne-

ro. Se analizan las políticas fiscales tanto en lo referente a los ingresos públicos como desde la perspectiva de los gastos públicos.

El equipo de profesores y profesoras de la Universidad de Alcalá que colaboran en el libro incluye algunas personas bastante conocidas en el ámbito jurídico, pero también en el de la sociología, la psicología social o la lingüística. Mercedes Bengoechea, Encarna Carmona, Eva Desdentado, Ricardo Escudero, Isabel Garrido, Alicia Kaufmann, Manuel Lucas, Adoración Pérez y José Juan Vázquez nos presentan un manual en un campo nuevo que será, sin duda, seguido por otros en los años venideros, como viene siendo normal en países europeos con una trayectoria más larga en el campo de la igualdad de género.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista Justicia Administrativa publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho Público. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. ***Dirección de envío:*** Todos los trabajos y libros para reseñas deberán remitirse a la sede de la Revista Justicia Administrativa (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: redac@lexnova.es. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
2. ***Compromiso de publicación y originalidad:*** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
3. ***Exclusividad:*** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
4. ***Evaluación:*** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
5. ***Extensión y formato:*** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres contando los espacios. Preferiblemente el interlineado será a doble espacio y las

páginas se numerarán correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado, igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:
 - a) LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.
 - b) ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
 - c) RECURSO DE INTERNET: <URL>.
7. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.