

DIRECTOR: MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Nº 55

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.

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

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

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

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

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

SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL TRAS EL TRATADO DE LISBOA Y EL ATC 86/2011, DE 9 DE JUNIO.

Luis F. Maeso Seco 7

CONSECUENCIAS IMPREVISTAS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: LA REVISIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR ERROR JUDICIAL POR EFECTO DE LA SENTENCIA *TENDAM* DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Miguel Sánchez Morón 49

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. 67

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, A.; González Pascual, M.I.; Rosino Calle, R.; Alonso Sanz, L. 81

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, A.; Alonso Sanz, L.; Rosino Calle, R.; González Pascual, M.I. 97

IV. FUENTES DEL DERECHO.

Menéndez Rexach, A. (coord.); De Marcos Fernández, A.; Díez Sastre, S. 123

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. 137

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. <i>Sánchez Morón, M. (coord.); Del Olmo Alonso, J.; Rodríguez Ayala, V.; Casino Rubio, M.</i>	155
VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. <i>Rebollo Puig, M. (coord.); Alarcón Sotomayor, L.; Bueno Armijo, A.; Rodríguez Portugués, M.A.</i>	167
VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. <i>López Menudo, F. (coord.); Carrillo Donaire, J.A.; Guichot Reina, E.</i>	191
IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. <i>López Menudo, F. (coord.); Guichot Reina, E.; Carrillo Donaire, J.A.</i>	199
X. FUNCIÓN PÚBLICA. <i>Sánchez Morón, M. (coord.); Marina Jalvo, B.; Cantero Martínez, J.; Fuentetaja Pastor, J. Á.</i>	205
XI. URBANISMO. <i>Ortega Álvarez, L. (coord.); Alonso García, C.; Delgado Piqueras, F.; Serrano Lozano, R.; Villanueva Cuevas, A.</i>	217
XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL. <i>Embid Irujo, A. (coord.); Colom Piazuelo, E.; Jiménez Compaired, I.; Setuáin Mendía, B.; Valcárcel, P.</i>	225
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>	247
XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. <i>Tornos Mas, J. (coord.); Mollevi i Bortolo, J.; Vilalta Reixach, M.</i>	269
XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD. <i>Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (coord.); Cobreros, E.</i>	277
XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES. <i>Fernández Farreres, G. (coord.); Alcantarilla Hidalgo, F.J.</i>	287

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS. <i>Menéndez Sebastián, E.M. (coord.); Ramírez Ortega, S.</i>	311
--	-----

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL TRAS EL TRATADO DE LISBOA Y EL ATC 86/2011, DE 9 DE JUNIO

LUIS F. MAESO SECO

*Doctor en Derecho Administrativo
Profesor Asociado de la UCLM*

RESUMEN

Sobre el régimen jurídico de la cuestión prejudicial tras el Tratado de Lisboa y el ATC 86/2011, de 9 de junio

La cuestión prejudicial constituye una de las piezas centrales del sistema jurisdiccional comunitario, tanto para el Tribunal de Justicia de la Unión como para los «jueces nacionales». De hecho, cualitativa, pero sobre todo cuantitativamente, ocupa la mayor parte del tiempo y del trabajo de la Curia comunitaria. Esta circunstancia, incuestionable en los últimos años, se ha visto reforzada por la aprobación del Tratado de Lisboa. Porque este Tratado ha modificado el régimen jurídico prejudicial ampliando su ámbito de aplicación. Ello, sin duda, merece nuestra atención y nuestro comentario. Como también lo merece el hecho de que el Tribunal Constitucional español se haya servido por vez primera del mecanismo prejudicial a través de su ATC 86/2011, de 9 de junio.

Palabras clave: Sistema jurisdiccional comunitario, cuestión prejudicial, Tratado de Lisboa, ATC 86/2011, de 9 de junio, Tribunal Constitucional español.

ABSTRACT

On the legal question of the preliminary ruling of the Lisbon Treaty and the ATC 86/2011, on the 9th of June

The preliminary ruling is one of the most important pieces of the Union's judicial system; to the European Court of Justice and to the «national judges». In fact, quantitatively, occupies most of the time and the work of the European Curia. This circumstance, unquestionable in recent years, has been reinforced with the adoption of the Lisbon Treaty. Because that Treaty have changed minimally the preliminary legal regime with the purpose to broadening its scope. This fact certainly deserves our attention and our comments. As well as the fact that the Constitutional Court Spanish has used, for the first time, the preliminary ruling mechanism in its ATC 86/2011, on the 9th of June.

Key words: Union's judicial system, preliminary ruling, Lisbon Treaty, ATC 86/2011, on the 9th of June, Constitutional Court Spanish.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES DE CUESTIONES PREJUDICIALES.
- III. REGÍMENES JURÍDICOS PREJUDICIALES.
 1. **El régimen jurídico general o común.**
 - A) Sobre la competencia prejudicial y el reparto de atribuciones entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal General.
 - B) Legitimación activa: juez comunitario-juez interno y deber o facultad de plantear la cuestión prejudicial.

- C) El concepto de órgano jurisdiccional interno.
- D) Legitimación «pasiva» y régimen de notificaciones y alegaciones.
- E) El objeto material de las cuestiones prejudiciales.
- F) El plazo de planteamiento de la cuestión prejudicial.
- G) Reglas procedimentales «mínimas» a respetar.
- H) Los motivos de inadmisión.
- I) Alcance y efectos de la sentencia prejudicial.

2. El procedimiento prejudicial urgente (PPU) y acelerado.

3. El régimen excepcional de la PESC

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EL MECANISMO PREJUDICIAL AL HILO DEL AUTO 86/2011, DE 9 DE JUNIO.

- 1. Sobre la posibilidad de que los Tribunales Constitucionales planteen la cuestión prejudicial.**
- 2. La explicación (interna y jurisprudencial) a la tardanza del Tribunal Constitucional español en utilizar la «vía» prejudicial.**
- 3. El porqué del uso del mecanismo prejudicial en este caso concreto.**

V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema jurisdiccional de la Unión Europea posee un carácter *descentralizado* y, en cuanto tal, no es al Tribunal de Justicia al único, ni al primero, que le incumbe velar por la correcta aplicación del Derecho de la Unión. De hecho y en realidad, puede decirse que es a los miles de jueces y tribunales que integran el Poder judicial en los veintisiete Estados de la Unión a los que, en primera instancia, les atañe desempeñar aquella función en el despacho de los millones de pleitos de los que llegan a conocer anualmente; y donde, de una forma u otra, aparece involucrado el Derecho comunitario.

Pues bien, sucede que estos jueces y tribunales internos necesitan del auxilio «externo» en el ejercicio de esta tarea y que, asimismo, una aplicación jurisdiccional interna del Derecho de la Unión (en exceso descentralizada o errática) podría provocar serios problemas de seguridad jurídica al entero sistema. Precisamente por ello, los Tratados (art. 19.3 del TUE y art. 267 del TFUE) han optado por establecer un instrumento (en principio voluntario y colaborativo) que permite reconducir a la unidad la interpretación y el examen de validez de las normas de la Unión (incluidos los propios Tratados) de un modo armónico y apacible, a saber: *la cuestión prejudicial*. Una cuestión o técnica que, en esencia, permite al juez nacional (si lo estima pertinente y necesario) preguntar al Tribunal de Justicia comunitario acerca de la interpretación y/o la validez de una norma (originaria o derivada) del Derecho de la Unión.

Esta técnica, con el paso del tiempo y si atendemos a los varios cientos de cuestiones prejudiciales que el Tribunal de Justicia resuelve cada año, *se ha convertido en uno de los pilares fundamentales del sistema jurisdiccional europeo*⁽¹⁾. Y esta es una afirmación en modo alguno gratuita, sino extraída de las palabras del propio Tribunal de Justicia, que ha declarado (punto primero de su Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales)⁽²⁾ que «El sistema de remisión prejudicial es *un mecanismo fundamental* del derecho de la Unión Europea...». La doctrina, además, tampoco ha dudado en calificarlo como: «... *la pieza más importante* del sistema de control jurisdiccional...» (MANGAS MARTÍN)⁽³⁾; o como: «... uno de los mecanismos procesales *más interesantes y originales* existentes en el ordenamiento jurídico comunitario...» (ESTELLA DE NORIEGA)⁽⁴⁾; o, incluso, como: «... “la perla” del sistema judicial comunitario...» (STOFFEL VALOTON)⁽⁵⁾.

Subrayada esta idea, y todavía dentro de esta introducción, tan sólo nos queda apuntar *qué podemos esperar de las páginas que siguen*. Y podemos esperar, básicamente, dos cosas. La primera, *un estudio detallado y pormenorizado del régimen jurídico prejudicial y de cómo éste se ha visto influido por la aprobación del Tratado de Lisboa*. Así, y para conseguirlo, describiremos qué es y en qué consiste este mecanismo; cuáles son los caracteres que lo singularizan; cuáles las clases de cuestiones prejudiciales (de interpretación y de validez); cuáles los distintos regímenes jurídicos prejudiciales existentes hasta la fecha (ordinario, urgente y excepcional PESC); y, desde luego, cuáles son elementos más señalados que configuran cada uno de estos regímenes. Todo ello lo «aderezaremos» con una generosa dosis de jurisprudencia y con puntuales alusiones a los cambios operados por el Tratado de Lisboa en la materia.

Porque sucede —y sirva como anticipo de lo que luego se dirá— que «tras Lisboa» se ha extendido considerablemente el ámbito de aplicación de la técnica prejudicial. Tanto es así que puede afirmarse que en la actualidad comprende: *a)* la práctica totalidad de los Tratados y normas de Derecho originario (inclusión hecha de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea); *b)* las normas y actos de Derecho derivado adoptados por instituciones, órganos y organismos de la Unión; y *c)* el Espacio de Libertad Seguridad y Justicia (ELSJ), con contadas —aunque significativas— excepciones. De hecho, tan sólo la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) parece haber escapado indemne —y no del todo— a la «onda expansiva» que ha seguido a la aprobación del Tratado de Lisboa en lo que a la materia prejudicial se refiere. Una «onda expansiva» que, no obstante, tiene

(1) Baste apuntar como dato que, según el *Informe Anual 2010* del propio TJUE, del total de 547 asuntos terminados durante ese año, 339 han sido cuestiones prejudiciales. En otras palabras: más del 61,9% del montante total de los casos resueltos.

(2) DOUE de 5 de diciembre de 2009, Serie C 297.

(3) Vid. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5.ª ed., Edit. Tecnos, Madrid, 2006, p. 476.

(4) Vid. ESTELLA DE NORIEGA, A., «Los controles de la Administración Pública comunitaria», en Parejo Alfonso, L. *et al.*, *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), Madrid, 2000, p. 294.

(5) Vid. STOFFEL VALLOTON, N., «La garantía judicial del Derecho comunitario», en Escobar Hernández, C. (Dir.), *Instituciones de Derecho Comunitario*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 233.

carácter transitorio y tal vez, y paradójicamente, no desplegará todos sus efectos hasta pasado un tiempo (vid. art. 10.1 y 3 del Protocolo núm. 36 al TFUE).

De otra parte, el lector también podrá encontrar en este trabajo *una breve serie de reflexiones acerca de la posición mantenida por el Tribunal Constitucional sobre la técnica prejudicial*, así como de las posibles lecturas y consecuencias que cabe extraer de la primera vez que este Tribunal ha decidido valerse de esta técnica. Nos estamos refiriendo al ATC 86/2011, de 9 de junio. Un Auto que constituye un hito en la todavía corta historia de nuestra Corte Constitucional, y del que aquí interesa no tanto la incógnita de fondo que lo motiva (si se ha vulnerado o no, indirectamente, el derecho fundamental del art. 24.2 de la CE por parte de la Audiencia Nacional al haber ejecutado una orden de detención europea contra un ciudadano italiano dictada por un Tribunal de aquel país), sino otros aspectos «colaterales» del mismo, tales como: *a)* si los tribunales constitucionales de los Estados miembros pueden servirse de la técnica prejudicial; *b)* cuál había sido la postura mantenida hasta la llegada de este caso por el Tribunal Constitucional español a este respecto; y *c)* qué motivos le han llevado a hacer uso de la «vía prejudicial» justamente en este concreto supuesto. Pero a ello nos referiremos después.

Ahora debemos centrarnos en la exposición y análisis del régimen jurídico de la técnica prejudicial, y del modo en el que éste se ha visto alterado por la aprobación del Tratado de Lisboa.

II. CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES DE CUESTIONES PREJUDICIALES

La cuestión prejudicial puede definirse como: *un mecanismo procesal, de naturaleza cooperativa y en cuya virtud un órgano jurisdiccional nacional o interno interroga al juez comunitario (léase Tribunal de Justicia y excepcionalmente Tribunal General) acerca de la interpretación o el juicio de validez que a éste le merece una norma o acto de Derecho de la Unión Europea; entendido éste en un sentido amplio.*

Esta definición, extraída del artículo 267 del TFUE (pero que no se halla contenida en él), aglutina, a nuestro entender, los *caracteres* básicos que adornan al mecanismo prejudicial y que, en apretada síntesis, serían los siguientes:

- 1) *Su naturaleza procesal y cooperativa.* Porque es lo cierto que estamos en presencia de un verdadero proceso, de una controversia real en torno a la validez y/o la interpretación de una norma o acto de Derecho de la Unión Europea que se sustancia ante y entre órganos jurisdiccionales (nacionales y europeo respectivamente). Una controversia procesal en definitiva que, según reiterada jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia⁽⁶⁾, tiene sentido y se resuelve sobre la base de la imprescindible cooperación-colaboración que debe existir entre ambos niveles jurisdiccionales. Por tanto, el mecanismo prejudicial no es, ni ha de entenderse, como un recurso *sensu stricto* que

(6) Baste citar, para no resultar agotadores ni retrotraernos demasiado en el tiempo, las sentencias del ahora Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2003, BIAO, as. C-306/99; la de 14 de diciembre de 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, as. C-217/05; la de 2 de abril de 2009, *Pedro IV Servicios*, as. C 260-07; o la más reciente de 15 de octubre de 2009, *Hochtief y Linde-Kca-Dresden*, as. C-138/08, entre muchas otras.

presenta un órgano jurisdiccional inferior y nacional ante una instancia superior y europea para que ésta sea quien finalmente decida (ESTELLA DE NORIEGA)⁽⁷⁾.

- 2) «Nace» del juez nacional. En efecto, corresponde al órgano jurisdiccional interno, y sólo a éste (no al Tribunal de Justicia ni tampoco a las partes), activar el sistema de remisión prejudicial a través del planteamiento de la correspondiente cuestión o petición de reenvío. El reenvío prejudicial —como más adelante se explicará— se conceptúa pues, como un procedimiento «... de juez a juez...» (MANGAS MARTÍN)⁽⁸⁾; de carácter potestativo; y en el que las partes —eso sí— pueden solicitar al órgano jurisdiccional interno que plantee la cuestión prejudicial, aunque sin llegar a exigírselo.
- 3) *Duplicidad de objetivo*. La cuestión prejudicial, en efecto y ya hemos adelantado, puede tener un doble objetivo (art. 267 del TFUE): la interpretación y/o la validez de una norma o acto de Derecho de la Unión considerado. Empleamos aquí las conjunciones «y/o» conscientemente, y de un modo alternativo, porque sucede que el instrumento prejudicial puede, en efecto, servir al juez interno para conocer, de «boca» del juez comunitario, tanto la concreta interpretación que éste hace de una norma o acto de Derecho originario (o derivado) de la Unión como también su eventual grado de validez o invalidez; o de ambas a un tiempo.

Este último dato, además, nos pone sobre la pista de la existencia de dos *clases básicas* de cuestiones prejudiciales: *a) las cuestiones prejudiciales de interpretación* y *b) las cuestiones prejudiciales de validez*; siendo las primeras, por cierto, mucho más habituales y cuantitativamente más trascendentes que las segundas.

Ahora bien, a estas dos categorías o clases de cuestiones prejudiciales llamemos «puras» cabría añadir una tercera: la de las *cuestiones prejudiciales «mixtas»*, esto es, la de aquellos reenvíos de carácter prejudicial —no muy numerosos— en los que, a un tiempo, se interroga al Tribunal de Justicia (o al Tribunal General) acerca de la interpretación, pero también de la validez, de uno o varios preceptos de Derecho de la Unión Europea.

En cualquier caso, el régimen jurídico de unas y otras es muy similar. Ello significa que cualquiera que sea la categoría o clase de cuestión prejudicial considerada (de interpretación, de validez y/o mixta) su *régimen procedimental será esencialmente el mismo*.

Estamos en presencia de un verdadero proceso, de una controversia real en torno a la validez y/o la interpretación de una norma o acto de Derecho de la Unión Europea.

(7) A este respecto, el mencionado autor, manifiesta que: «... la cuestión prejudicial no constituye un recurso que las partes pueden interponer ante el TJ, sino que se trata de un mecanismo, insistimos, de cooperación interjudicial, en el que los «protagonistas» (no se puede hablar de partes, estrictamente) son el Tribunal de Justicia, por un lado, y el tribunal nacional, por otro». Véase ESTELLA DE NORIEGA, A., «Los controles de la Administración...», ob. cit., p. 294.

(8) Vid. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho...*, ob. cit., p. 481.

No obstante, esta identidad procedimental «esencial» *no debe conducirnos a engaño, ni a pensar que existe un único y exclusivo régimen jurídico prejudicial*; en absoluto. Como veremos de inmediato, es posible distinguir cuando menos dos diferentes regímenes jurídicos prejudiciales (el «ordinario» o común y el urgente o acelerado); a los que cabría añadir un tercero: el derivado de las especialidades que presenta la Política Exterior y de Seguridad Común (excluida en principio del ámbito de aplicación de la competencia del Tribunal de Justicia).

III. REGÍMENES JURÍDICOS PREJUDICIALES

En los manuales de Derecho de la Unión Europea al uso resulta harto frecuente exponer y referirse al mecanismo prejudicial (así como a su régimen jurídico) como si de un todo único se tratase. Sin embargo, nosotros opinamos que, atendido no sólo el doble objeto de las cuestiones prejudiciales, sino también su heterogéneo ámbito material de aplicación, es posible distinguir, cuando menos, *dos diferentes regímenes* prejudiciales: *a) el que aquí hemos denominado régimen o procedimiento común; y b) el procedimiento prejudicial acelerado y/o urgente* (también conocido como PPU). Dos regímenes que coinciden tan solo parcialmente y a los que cabría sumar un tercero, como hipotética letra *c*), el excepcional o derivado de la exclusión prejudicial de la PESC.

Con todo, y antes de entrar en el estudio de cada uno de estos regímenes, conviene dar noticia de su marco regulador. Así, y comenzando por *el régimen prejudicial «común»*, se deduce o se halla contenido fundamentalmente: en el art. 19.3, letra b) del TUE (donde se reconoce y atribuye aquella competencia prejudicial y general a favor del Tribunal de Justicia); en el art. 267 del TFUE (en el que se fija y establecen los caracteres elementales del mecanismo prejudicial); en el art. 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (oficialmente, Protocolo núm. 3 al TFUE y en lo que sigue ETJ); en el art. 10 de las Disposiciones Transitorias relativas a los actos adoptados en virtud de los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (más exactamente, en el Título II sobre las Disposiciones Transitorias al TUE y el TFUE o Protocolo núm. 36 del Tratado de Lisboa); en los arts. 103 y 104 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (en adelante RPTJ)⁽⁹⁾; y, aunque carezca de fuerza jurídica vinculante, en la *Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales* por los órganos jurisdiccionales nacionales⁽¹⁰⁾, así como en los apdos. A.2 y B.2, 7, 9 y 12 de la *Guía para los Abogados y Representantes de las Partes* (de febrero de 2009)⁽¹¹⁾, elaboradas ambas por el propio Tribunal de Justicia.

Por su parte, el marco jurídico regulador del *procedimiento prejudicial acelerado y urgente-PPU* (que hay que poner en relación con el Espacio de Libertad Seguridad y Justicia) se extrae (además del art. 19.3 del TUE, arts. 267 y 276 del TFUE y art. 10 del Pro-

(9) DOUE de 2 de julio de 2010, Serie C 177.

(10) DOUE de 5 de diciembre de 2009, Serie C 297.

(11) Documento en línea. Disponible desde Internet en: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_8022/procedure> [con acceso el 22-10-2010].

toloco núm. 3 al TFUE sobre Disposiciones Transitorias, ya citados) de lo prescrito en los artículos 23 *bis* del ETJ; 104 *bis* y *ter* del RPTJ; y, por supuesto, de lo explicitado en la *Nota Informativa* sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales, a la que también nos hemos referido con anterioridad.

Finalmente, y como ya antes se ha indicado, existen algunas señaladas *especialidades y excepciones* al procedimiento prejudicial «común», así como al PPU, relativas a la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia en lo que concierne a la Política Exterior y de Seguridad Común. Especialidades y excepciones que, en lo fundamental, se hallan contenidas en el art. 275 del TFUE; que redundan en una importante limitación del ámbito de actuación del mecanismo prejudicial en este ámbito; y a las que también alude, mínimamente, la *Nota Informativa* sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de los órganos jurisdiccionales internos. Sobre ellas ya volveremos en otro lugar.

Esto sentado, y antes de estudiar el régimen jurídico común o general, nos quedan aún por realizar *dos últimas precisiones*. La primera, que en lo que a los órganos jurisdiccionales internos se refiere, el anterior marco normativo prejudicial (derivado del Derecho de la Unión) *debe completarse con lo dispuesto en las leyes procesales nacionales* (pues no debe olvidarse que la cuestión prejudicial constituye un incidente de esta naturaleza a nivel interno); y *b)* que el Tratado de Lisboa ha derogado el art. 150 del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA). O lo que lo mismo: las singulares previsiones que sobre el mecanismo prejudicial contenía aquel Tratado. Previsiones que, nuevamente y en lo fundamental, no diferían mucho de las comunes o generales que expondremos a continuación.

1. El régimen jurídico general o común

El régimen jurídico prejudicial que aquí hemos dado en llamar general o común se halla contenido en sus aspectos básicos (además de en lo establecido en el art. 19.3 del TUE) en los tres primeros apartados del art. 267 del TFUE. Estos apartados (que integran la que podríamos llamar regulación «básica» del mecanismo prejudicial) deben completarse asimismo con lo establecido en la «normativa de desarrollo» del art. 267 del TFUE. Esto es, con lo determinado en el art. 23 del ETJ; el art. 10 del Protocolo núm. 36 al TFUE; los arts. 103 y 104 del RPTJ; y, aunque carezcan de fuerza vinculante alguna, con lo prevenido en la *Nota Informativa* sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales y lo fijado en la Guía para los Abogados y Representantes de las Partes elaboradas por la Corte comunitaria. Por último, y a todo ello, cabría añadir *la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, que, en esta materia y dicho sea de paso, ha sido prolija⁽¹²⁾. De hecho, y como de inmediato se comprobará, ha sido la propia Corte europea la que en numerosas ocasiones ha perfilado buena parte de los elementos que integran el régimen jurídico prejudicial.

Sea como fuere, de los anteriores preceptos, de la jurisprudencia y en apretada síntesis, se infieren *los elementos* principales del régimen común o general prejudicial, y que

(12) Baste recordar aquí que, como media, el TJ resuelve y responde anualmente a más de doscientas cuestiones prejudiciales formuladas por los órganos jurisdiccionales internos; y que, en no pocas de ellas, el Tribunal de la Unión se ve obligado a enfrentar, de un modo u otro, alguno de los elementos que integran el régimen jurídico prejudicial.

son: *a) el reparto de la competencia prejudicial entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal General; b) la legitimación activa (de los órganos jurisdiccionales internos); c) el concepto, justamente, de órgano jurisdiccional interno (a los solos efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial); d) la legitimación «pasiva»; e) el objeto material y ámbito de aplicación del mecanismo prejudicial; f) el plazo de interposición de la cuestión; g) los requisitos y reglas procedimentales básicas que hay que observar en esta materia; h) las condiciones y motivos de admisión-inadmisión; e i) los efectos de la sentencia prejudicial.* Veamos todos y cada uno de ellos en las páginas que siguen.

A) Sobre la competencia prejudicial y el reparto de atribuciones entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal General

Por lo pronto, y con independencia ahora de ulteriores matices, establezcamos que, en virtud del art. 19.3, letra b), del TUE, al Tribunal de Justicia se le reconoce y atribuye una *amplia competencia general* para conocer cuantas cuestiones prejudiciales (de interpretación y de validez) suscite la aplicación del Derecho de la Unión Europea; salvedad hecha del ámbito de la PESC; y, con un alcance distinto, del ELSJ. Asimismo, digamos que la referencia al Tribunal de Justicia (en aplicación del art. 267 y 256.3 del TFUE) debe entenderse realizada a favor tanto del Tribunal de Justicia *stricto sensu* como del Tribunal General (antes de Primera Instancia).

Pues bien, habida cuenta de lo anterior, podemos extraer ya dos derivadas. De un lado, que el Tribunal de Justicia posee una competencia muy amplia en lo que al conocimiento y resolución de las cuestiones prejudiciales se refiere (con las salvedades, eso sí, que más adelante se señalarán). Y de otro, que el concepto de Tribunal de Justicia (al menos a los solos efectos de la sustanciación del mecanismo prejudicial) comprende *tanto al Tribunal de Justicia* (en sentido estricto) como al Tribunal de Justicia en sentido lato; esto es, *inclusión hecha del Tribunal General*, siempre y cuando así se contemple en el ETJ.

Ocurre, sin embargo, que *esta segunda derivada no ha llegado aún a verificarse*, dado que el ETJ no ha desarrollado la previsión contenida en el art. 256.3 *in fine* del TFUE. En efecto, una lectura atenta del ETJ nos revela que el Tribunal General, pese a su carácter de órgano jurisdiccional europeo supletorio (vid. art. 256.1 del TFUE), esto es, de sujeto encargado de resolver todos aquellos asuntos que no sean atribuidos al Tribunal de Justicia o a otras formaciones (p. ej., los Tribunales especializados), carece de competencia prejudicial para conocer de las cuestiones de interpretación y de validez que susciten los Tratados y los actos-normas de Derecho derivado. Y es que, intencionadamente o no, el ETJ se ha olvidado de desarrollar esta previsión contenida en el art. 256.3 del TFUE.

B) Legitimación activa: juez comunitario-juez interno y deber o facultad de plantear la cuestión prejudicial

Establece el art. 267 del TFUE y concordantes del ETJ, y del RPTJ, que cuando se plantee una cuestión prejudicial (de interpretación, de validez, o ambas) ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros dicho órgano *podrá* pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo en el

litigio principal. De ello se deduce, por lo pronto, que *existe un reparto de atribuciones más o menos claro entre el órgano jurisdiccional interno y el órgano jurisdiccional europeo*. Al primero, en efecto, le sería reconocida una suerte de «legitimación activa» o, lo que es lo mismo, la facultad para plantear (o no) la cuestión prejudicial a la luz de los hechos y los fundamentos de Derecho que se discuten y barajan en el litigio principal. Por su parte, y al segundo (léase Tribunal de Justicia en sentido stricto), le incumbiría dar respuesta cabal a la cuestión o cuestiones prejudiciales planteadas (de interpretación, de validez o mixta) por el primero.

Por lo demás, y a tenor de estas circunstancias, puede afirmarse que este reparto aparentemente sencillo de cometidos entre los órganos jurisdiccionales internos y el Tribunal de Justicia *es, sin duda, fruto de la distribución de funciones que en el seno de un sistema procesal descentralizado, como lo es el europeo, ha de operar entre sus piezas*. Porque, como por todos es sabido, el juez nacional es el primero de los jueces comunitarios y, por tanto, es también el primero en encargarse de resolver los eventuales conflictos a los que pueda dar lugar su aplicación (también descentralizada). Al juez comunitario, por su parte y dentro de este reparto de atribuciones en el seno del sistema jurisdiccional europeo, le incumbe distintamente velar por la unidad del entero modelo y, en lo que ahora nos interesa, garantizar la interpretación y la aplicación uniforme del Ordenamiento de la Unión por el juez nacional.

Este reparto de atribuciones (entre juez interno y Tribunal de Justicia), por lo demás, *ha sido confirmado una y otra vez por la jurisprudencia comunitaria*. De hecho, en la práctica totalidad de sus respuestas a los miles de reenvíos jurisprudenciales que el Tribunal de Justicia ha recibido en los últimos años, no se ha cansado de remarcar, justamente, que a los órganos jurisdiccionales les compete presentar la cuestión prejudicial y a él ofrecer una respuesta útil. Así, en la última década y con el fin de no resultar agotadores, baste citar como ejemplos de lo que se acaba de decir: la STJ de 29 de junio de 1999, *DM Transport*, as. C-256/97; la STJ de 17 de junio de 1999, *Rinaldo Piaggio*, as. C-295/97; la STJ de 15 de junio de 1999, *Tarantik*, as. C-421/97; la STJ de 15 de junio de 2000, *Sehrer*, as. C-302/98; la STJ de 20 de mayo de 2010, *Zanotti*, as. C-56/09; y, en particular, la STJ de 18 de mayo de 2000, *Rombi*, as. C-107/97 (vid. apdo. 22 de la misma).

Ahora bien, como ya antes hemos sugerido, este aparentemente sencillo reparto de atribuciones entre Juez nacional y Juez europeo *ha sido objeto en alguna ocasión de ciertas precisiones y puntualizaciones por parte del propio Tribunal de Justicia*. A este respecto, por ejemplo, cabe citar la *STJ de 21 de enero de 2003, Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins*, as. C-318/00, donde el Tribunal de Justicia (vid. apdos. 47 a

La Corte europea en numerosas ocasiones ha perfilado buena parte de los elementos que integran el régimen jurídico prejudicial.

49, y consideraciones preliminares de la misma) nos sugiere que puede llegar a admitir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda formular una petición prejudicial relativa a una norma de otro Estado.

Hecha esta salvedad, y respecto del reparto de tareas y cometidos que se verifica entre el juez nacional y el juez europeo en el seno del mecanismo prejudicial, todavía quedaría *alguna que otra dificultad* por resolver en algún caso concreto, y que merece ser comentada. Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia se ha visto obligado a solventar una importante y segunda incógnita relacionada con el art. 267 del TFUE, a saber: *¿presentar la cuestión prejudicial constituye para el juez interno una facultad o un deber?* A primera vista, esto es, a la luz del antedicho art. 267 del TFUE y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, presentar o no una cuestión prejudicial (de interpretación, de validez o mixta) por parte de un órgano jurisdiccional interno es algo que, como regla general, incumbe a este último en exclusiva y *a título meramente potestativo* (baste recordar a este respecto que el art. 267 utiliza la expresión «... podrá...» y no «... deberá...», cuando reconoce a favor del juez interno la competencia para hacer uso del reenvío prejudicial).

Ahora bien, como toda regla general, ésta también admite *excepciones y matices*. En cuanto a las excepciones, la primera de ellas la encontramos nuevamente en el propio art. 267 del TFUE (y concordantes del ETJ y del RPTJ), en cuyo apartado tercero se especifica que, cuando a un órgano jurisdiccional nacional se le plantee una cuestión atinente a la interpretación o la validez (o ambas) de una norma de Derecho originario o derivado de la Unión y *sus decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso* judicial en Derecho interno, aquél «... estará obligado...» (y no meramente facultado) a someter la cuestión al Tribunal de Justicia. Una excepción, por cierto, que no sólo afecta a los jueces y tribunales situados en el «vértice» del sistema interno, pues conviene no olvidar (MANGAS MARTÍN)⁽¹³⁾ que existen decisiones y fallos de los órganos jurisdiccionales «inferiores» de los Estados (en el caso de España, de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Social, etc.) que pueden no ser objeto de recurso ante instancia superior y que, por consiguiente, estarían también obligados (y no sólo autorizados) a presentar la cuestión prejudicial si ese fuera el caso.

Una segunda excepción (de imperatividad) a la regla general (de la voluntariedad) en lo que concierne al uso del mecanismo prejudicial por parte de los órganos jurisdiccionales internos la constituyen *las cuestiones prejudiciales de validez*. En efecto, si bien el art. 267 del TFUE no se refiere a ellas, ni las nombra expresamente (como tampoco lo hace el ETJ ni el RPTJ), se deduce de la propia lógica del sistema jurisdiccional europeo en su conjunto que, si el juez nacional alberga alguna duda acerca de la validez de un precepto de Derecho originario (o de un acto o norma de Derecho derivado de la Unión) deberá —y no sólo podrá— presentar la cuestión prejudicial. De lo contrario, ello pondría en serio peligro la aplicación e interpretación uniforme de aquel Derecho, y por la que debe velar el Tribunal de Justicia.

Estas dos excepciones, a las que acabamos de referirnos, han sido corroboradas (e incluso precisadas) por *la jurisprudencia* de la propia Curia Europea. Así, y sin retrotraer-

(13) Vid. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho...*, ob. cit., 2006, p. 480.

nos demasiado en el tiempo, baste citar la STJ de 26 de marzo de 1998, *Odette N. Petridi*, as. C-324/96; o la STJ de 4 de junio de 2002, *Lyckeskog*, as. C-99/00.

Dicho esto, y en cuanto a lo que aquí hemos llamado «legitimación activa», tan sólo nos resta establecer que *el rol que incumbe a las partes en el proceso principal, desde este punto de vista, resulta muy limitado*. En efecto, nótese que en ningún caso el artículo 267 del TFUE (como tampoco los preceptos concordantes del ETJ, ni del RPTJ) reconoce derecho alguno a las partes para exigir —y aún menos para plantear— directamente la petición de remisión prejudicial. Y ello con independencia de que esta circunstancia haya dado lugar a interesantes debates en distintos Estados miembros —entre ellos España—, acerca de si el no-planteamiento de la cuestión prejudicial por el juez interno a solicitud de parte puede dar lugar a indefensión desde un distinto punto de vista constitucional⁽¹⁴⁾.

C) *El concepto de órgano jurisdiccional interno*

Hasta ahora hemos venido hablando de «órgano jurisdiccional» interno, o juez nacional, dando por sentado que esta sea una noción clara, pacíficamente admitida y compartida por todos los Estados miembros. Sin embargo, ello no es cierto. En efecto, de un lado, ocurre que en cada Estado miembro existen una pléyade de entes, unos claramente jurisdiccionales (p. ej., los jueces y tribunales del orden civil, penal, social, contencioso-administrativo, etc.) y otros no tanto (los Tribunales Económico-Administrativos, los Consejos consultivos, los Tribunales de Cuentas, etc.), cuya naturaleza a efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial resulta aún una incógnita. De otra parte, a ello se añade además que, sobre este particular (qué es o quiénes sean «órgano jurisdiccional nacional» a los solos efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial), no encontramos referencias válidas, ni ciertas, en el art. 267 del TFUE o en el ETJ; como tampoco en el RPTJ.

En este estado de cosas, no es de extrañar que haya sido *el Tribunal de Justicia de la Unión quien, a través de su reiterada jurisprudencia*, haya intentado poner algo de orden al respecto y, finalmente, haya optado por configurar *un concepto de órgano jurisdiccional propio y autónomo* (a los solos efectos de la utilización del mecanismo prejudicial), atendiendo a si dicho órgano posee (o no) una serie de requisitos y cualidades.

Dado que reproducir la totalidad de las sentencias del Tribunal de Justicia a este propósito resulta imposible, hemos optado por *seleccionar* en lo que sigue aquellos pronunciamientos de la Corte de Justicia que nos han parecido más ilustrativos, como puede serlo, sin

(14) Para saber más acerca de este debate, véase, en el caso concreto de España y entre otras, la STC 58/2004, de 19 de abril de 2004; así como los comentarios en cuanto a este tema y a la misma sentencia realizados entre nosotros por BAÑO LEÓN, J.M., «El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, mayo-agosto, 2004, pp. 465 a 481; MARTÍN RODRÍGUEZ, P.J., «La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho comunitario (a propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril, asunto tasa fiscal sobre el juego)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, septiembre-diciembre, 2004, pp. 315 a 346; ALONSO GARCÍA, R. y BAÑO LEÓN, J.M., «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, mayo-agosto, 1990, pp. 193 a 222; ALONSO GARCÍA, R., «Cuestión prejudicial comunitaria y autonomía procesal nacional: a propósito del asunto Cartesio, STJCE de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06)», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 30, 2009, pp. 197 a 222.

duda, la STJ de 30 de junio, *Göbbels*, as. C-61/65. Así es, en esta temprana sentencia del Tribunal de Justicia, se explicita ya con meridiana claridad *qué condiciones y qué requisitos* debe reunir un órgano interno para ser considerado «órgano jurisdiccional nacional» a los solos efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial; partiendo de la premisa —desde luego— de que dicho concepto es *propio y autónomo* del Derecho de la Unión; y de que, en su consecuencia, un órgano considerado jurisdiccional desde la perspectiva de un Ordenamiento interno bien puede no serlo desde el punto de vista del Derecho de la Unión, y viceversa (como luego veremos en relación con los tribunales constitucionales).

Pero volvamos sobre la STJ de 30 de junio, *Göbbels*, as. C-61/65, para señalar que los requisitos y condiciones que un ente interno debe reunir para ser considerado «órgano jurisdiccional» a los efectos del empleo y uso de la cuestión prejudicial son los siguientes⁽¹⁵⁾: *a)* tener un origen legal; *b)* estar dotado de la nota de permanencia; *c)* poseer una jurisdicción obligatoria; *d)* respetar el principio de contradictorio en la resolución de sus procedimientos; *e)* aplicar normas jurídicas en la resolución de los litigios y pleitos de los que conoce; *y f)* actuar de forma y manera independientes.

Estos requisitos, apuntados en la Sentencia *Göbbels*, han sido posteriormente corroborados y precisados por el propio Tribunal de Justicia en algunos de sus pronunciamientos más recientes. En este sentido, y limitándonos a la última década, no podemos dejar de señalar la STJ, de 4 de febrero de 1999, *Josef Köllensperger*, as. C- 103/ 97; la STJ de 29 de diciembre de 2001, *De Coster*, as. C-17/00; la STJ de 15 de enero de 2002, *Lutz y otros*, as. C-182/00; STJ de 10 de diciembre de 2009, *Umweltanwalt von Kärnten*, as. C-205/08; y la STJ de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMA*, as. C-305/08; que, en lo fundamental, nada nuevo añaden a lo ya establecido en la Sentencia *Göbbels*.

En cambio, la STJ de 21 de marzo de 2000, *Gabalfrisa*, as. C- 110/98, resulta particularmente interesante en relación con el tema que ahora nos ocupa. Y ello porque sucede que estamos en presencia de un pronunciamiento prejudicial que determina y puntualiza: que los *Tribunales Económico-Administrativos regionales* españoles (léase en el caso de autos el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña) están incluidos en el concepto de órgano jurisdiccional interno a los efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial (apdos. 33 a 41 de la Sentencia). Asimismo, y aunque en un sentido diferente, no podemos obviar la STJ de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss China Time*, as. C-126/97, dado que, si bien de manera más solapada, el Tribunal de Justicia parece ampliar aquí la noción de órgano jurisdiccional interno hasta llegar a conocer de *un laudo arbitral*⁽¹⁶⁾.

(15) En cuanto a las condiciones y requisitos que debe reunir un órgano jurisdiccional interno para ser considerado órgano jurisdiccional prejudicial, BACIGALUPO SAGGESE manifiesta sus dudas en cuanto a si aquéllos (requisitos y condiciones) deben concurrir todos y de manera simultánea; o si, por el contrario, bastaría con la mera constatación de uno o algunos de ellos. En cualquier caso, lo que sí parece claro, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es que el concepto de órgano jurisdiccional se ha interpretado y se interpreta de manera ciertamente laxa. Véase BACIGALUPO SAGGESE, M., «El sistema jurisdiccional de la Unión Europea», en Linde Paniagua, E. et. al., *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Edit. Colex, Madrid, 2000, p. 451.

(16) En efecto, por extraño que resulte, y pese a que en un principio —tal y como se deduce de la Sentencia *Göbbels*— la Corte comunitaria declara (apdo. 40 de la Sentencia) que los árbitros no pueden solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie prejudicialmente (pues no son órgano jurisdiccional a los efectos del sistema de reenvío comunitario), continúa diciendo (vid. mismo apdo. 40 de la Sentencia) que el Tribunal de Justicia podrá examinar el contenido de un laudo arbitral, siempre y cuando: *a)* un interés manifiesto lo aconseje; *b)* la finalidad del mismo sea evitar

En esta misma línea (de ampliación del concepto de órgano jurisdiccional interno) cabe situar también la STJ de 14 de junio de 2001, *Salzmann (née Greif)*, as. C- 178/99. En efecto, en este caso el Tribunal de Justicia admite, parcialmente al menos, que un *Tribunal encargado de la llevanza de un Registro de la Propiedad* (en Austria) pueda ser considerado órgano jurisdiccional a los solos efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial. Ahora bien, y en este caso, el juez comunitario indica que lo importante para atribuir o no la condición de órgano jurisdiccional a este «Tribunal» austriaco es distinguir cuándo dicho Tribunal actúa en calidad de órgano jurisdiccional y cuándo, por el contrario, lo hace en calidad de simple autoridad administrativa de llevanza de un registro. Y ello porque, a juicio de la Corte de Justicia, en el primer caso cabrá otorgarle la condición de órgano jurisdiccional, pero no en el segundo⁽¹⁷⁾.

En fin, y como se deduce de las precedentes sentencias, puede afirmarse que el Tribunal de Justicia no sólo ha establecido —con mayor o menor fortuna— qué es o quiénes pueden ser considerados órganos jurisdiccionales a los efectos del reenvío prejudicial, sino que *dicha interpretación lo ha sido en términos cada vez más generosos y extensos*. Algo que ha contribuido al éxito del mecanismo prejudicial, pero también y paradójicamente a una suerte de parálisis por sobrecarga de trabajo del mismo (CHITI)⁽¹⁸⁾.

En ningún caso el artículo 267 del TFUE reconoce derecho alguno a las partes para exigir —y aún menos para plantear— directamente la petición de remisión prejudicial.

D) Legitimación «pasiva» y régimen de notificaciones y alegaciones

En puridad, y en lo que a este tópico se refiere, debemos comenzar diciendo que *no cabe hablar de legitimación pasiva* stricto sensu *en lo que a las cuestiones prejudiciales se refiere* (sean éstas de interpretación, de validez o mixtas). Y ello porque, como ya antes hemos apun-

interpretaciones divergentes del Derecho de la Unión; c) un órgano jurisdiccional interno deba resolver un litigio principal en el que se discuta dicho laudo arbitral; y d) siempre que, formalmente, sea dicho órgano el que eleve la petición prejudicial. No se trata, pues, de una sentencia que suponga una quiebra o ruptura de la reiterada jurisprudencial del Tribunal en esta materia (inadmisión de las peticiones formuladas por árbitros), pero sí de una matización ciertamente llamativa, pues, en esencia y siempre y cuando la petición de reenvío prejudicial venga formulada por un órgano «verdaderamente jurisdiccional», lo que en realidad examinará el Tribunal de Justicia será el contenido de un laudo arbitral.

(17) Véase, a este respecto, el tenor literal del apartado 15 de la referida Sentencia, en el que se determina: «(...) cuando actúa en calidad de autoridad administrativa, sin que deba al mismo tiempo resolver un litigio, no se puede considerar que el órgano remitente ejerce una función jurisdiccional, aunque cumpla los demás requisitos citados en el apartado 13 de la presente sentencia.»

(18) Véase, CHITI, M.P., *Derecho Administrativo Europeo*, en Ortega Álvarez, L. (traducido por), Edit. Civitas, Madrid, 2002, pp. 328 a 332. En estas páginas, señala este autor —como después han corroborado los hechos— que el mecanismo prejudicial ha sido «víctima» de su propio éxito, pues el número de cuestiones prejudiciales a las que debe dar respuesta el Tribunal de Justicia es tal, que está provocando la sobrecarga de trabajo de la institución y, consecuentemente: 1) un incremento de los tiempos de respuesta prejudicial, que obligan a dilatar en exceso la solución de los litigios principales; y 2) una minoración de la calidad de las decisiones, lo que colisiona con la pretendida finalidad de la cuestión prejudicial de ofrecer respuestas útiles a los órganos jurisdiccionales internos.

tado, al tratarse este de un instrumento procesal cooperativo e inter-jueces adolece, por definición, del carácter contradictorio que permitiría hablar en rigor de legitimados pasivos (o activos). No hay, pues, demandantes y demandados, recurrentes ni «recurridos» en el procedimiento prejudicial, pues la técnica del reenvío de este tipo de cuestiones no es ni una demanda ni un recurso; todo lo más, un incidente procesal.

No obstante, y dada su proximidad terminológica con la temática de la «legitimación pasiva», hemos creído oportuno incluir en este apartado algunas notas sobre el *régimen de notificaciones y de eventuales alegaciones* en el seno del procedimiento prejudicial. Un régimen que se encuentra contenido, tanto en el ETJ (en su art. 23, párrafos 2, 3 y 4) como en el RPTJ (art. 103.2) y que, en síntesis, determina: *a)* que la decisión del órgano jurisdiccional nacional de suspender el procedimiento y someter el asunto al Tribunal de Justicia será *notificada a este último* por dicho órgano jurisdiccional; *b)* que, una vez hecho esto, el Secretario del Tribunal de Justicia *notificará tal decisión a las partes* (litigantes, a los Estados miembros y a la Comisión, así como a la institución, órgano u organismo de la Unión que haya adoptado el acto cuya validez o interpretación se cuestiona); *c)* que, *en el plazo de dos meses* desde esta última notificación, las partes, los Estados miembros, la Comisión y, cuando proceda, la institución, órgano u organismo de la Unión que haya adoptado el acto tendrán derecho a presentar al Tribunal de Justicia *alegaciones u observaciones* escritas; *d)* que, cuando la petición de pronunciamiento prejudicial se refiera a alguna norma o acto derivado del específico Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el Secretario del Tribunal de Justicia *también notificará la decisión* del órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión a los Estados parte en dicho Acuerdo (distintos de los Estados miembros) y al Órgano de Vigilancia de la AELC (previsto expresamente por dicho Acuerdo); *e)* que, en este tipo concreto de supuestos, *estos mismos sujetos, en el plazo de dos meses* desde la notificación y siempre que resulte afectado uno de los ámbitos de aplicación de tal Acuerdo, podrán presentar al Tribunal de Justicia alegaciones u observaciones escritas; y *f)* que, finalmente y en relación con la firma de *un acuerdo referente a un ámbito determinado celebrado por el Consejo y uno o varios terceros Estados* (cuando este acuerdo atribuya a éstos la facultad de presentar alegaciones u observaciones escritas y si un órgano jurisdiccional de dichos Estados somete al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial que afecte al ámbito de aplicación del mencionado acuerdo), la decisión del órgano jurisdiccional nacional que plantee dicha cuestión *se notificará también a los correspondientes terceros Estados*, los cuales —como es lógico— también podrán presentar al Tribunal de Justicia alegaciones u observaciones escritas en el plazo de dos meses a partir de dicha notificación.

En suma, según parece deducirse de lo anterior, y aun no existiendo legitimados pasivos en cuanto tales, no cabe duda de que el ETJ, así como el RPTJ, se ha preocupado de establecer *un régimen de alegaciones y notificaciones muy generoso y completo*. Un régimen que tiene como objetivo (no expresamente declarado) garantizar que todos los sujetos eventualmente interesados por el sentido de final de una eventual decisión prejudicial tengan la ocasión de conocer y de manifestar su opinión al respecto.

E) El objeto material de las cuestiones prejudiciales

Ya hemos indicado en precedencia que el objeto del reenvío prejudicial —entendido este como la finalidad última de la sentencia del Tribunal de Justicia— es o puede ser doble:

pronunciarse acerca de la interpretación y/o la validez de una norma o acto comunitario. Ahora bien, ¿cuál es el objeto material de las cuestiones prejudiciales? Esto es, ¿sobre qué concretas normas o actos comunitarios puede recaer el examen prejudicial del Tribunal de Justicia? Pues, si atendemos a lo que con carácter básico determina el art. 267 del TFUE, la respuesta a este interrogante no puede ser otra que: *las normas y actos susceptibles de ser examinados en vía prejudicial por el Tribunal de Justicia*. Es decir: *a) los Tratados* (incluida, por cierto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea); y *b) los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos* pertenecientes a aquélla.

A primera vista, este escueto listado del art. 267 del TFUE bien puede llevarnos a pensar, erradamente, que el ámbito de aplicación material del mecanismo prejudicial resulta muy limitado (tan sólo Tratados y otros actos adoptados por las instituciones). De hecho, y en su actual redacción, *el art. 267 del TFUE constituye un importante avance en este punto derivado de la aprobación y entrada en vigor del Tratado de Lisboa*.

Porque ocurre, en efecto, que al aludir el art. 267 del TFUE a los «... actos de Derecho derivado...» de las instituciones, órganos y organismos de la Unión de un modo tan abierto y genérico (y no de un modo cerrado y tasado, como antes lo hacía el art. 234 del TCE), la totalidad de estos actos han pasado a formar parte del ámbito de aplicación material del mecanismo prejudicial. Dicho de otro modo: con la actual redacción del art. 267 del TFUE, puede decirse que el objeto material de una eventual cuestión prejudicial se amplía considerablemente, y pueden constituirlo: *a) la práctica totalidad del Derecho originario* de la Unión Europea (inclusión hecha de su *Carta de los Derechos Fundamentales*)⁽¹⁹⁾; *b) los actos que integran el Derecho derivado* de la Unión (legislativos y no-legislativos), con independencia ahora de su naturaleza vinculante o no; *c) el Derecho no escrito* (es decir, los principios generales de la Unión); *d) los Tratados internacionales* vinculantes para la Comunidad (entre ellos, el complejo Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, el Convenio sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas jurídicas y, en fin, el Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil); y *e) finalmente, la propia jurisprudencia* del Tribunal de Justicia.

De hecho, y dicho sea entre paréntesis, todo lo anterior no es sino una consecuencia querida y directa de lo contenido en esta última. Es decir, *la verdadera artífice del salto cuantitativo que ha experimentado el objeto material del procedimiento prejudicial no ha sido el Tratado de Lisboa y sí la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia*. Porque es lo cierto, en efecto, que el actual art. 267 del TFUE (que es fruto formal de la aprobación y entrada en vigor del art. 2 apdo. 218 del Tratado de Lisboa) es heredero material de los logros y avances conseguidos en este ámbito por el Tribunal de Justicia sentencia a sentencia, pronunciamiento prejudicial a pronunciamiento prejudicial.

Así, sin ánimo de exhaustividad y sin retrotraernos demasiado en el tiempo, baste citar como *ejemplo algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión*, tales como:

(19) Este dato, por cierto, reabre interesantes debates sobre la posición que podría ocupar el Tribunal de Justicia como una suerte de Tribunal Constitucional de la Unión; y, por lo mismo, acerca del hipotético empleo de la cuestión prejudicial por parte de los Tribunales Constitucionales internos, algo inconcebible hasta ahora. Vid., a este respecto, ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 2.ª ed., Edit. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 214 y 215.

a) la de 15 de junio de 1999, *Andersson*, as. C-321/97, en la que, si bien la Curia comunitaria inadmite la cuestión prejudicial de fondo (apdo. 33 de la misma), en lo que ahora importa y sobre la base de la condición de no-miembro del Estado implicado en ese momento (Suecia), la Curia comunitaria viene a confirmar su competencia general para conocer prejudicialmente de las disposiciones del *Acuerdo EEE* (apdo. 27 de la Sentencia); b) asimismo, la *Sentencia de 13 de septiembre de 2001*, *Schieving-Nijstad* y otros, as. C-98/99, resuelve una cuestión prejudicial de interpretación referida al art. 50.6 del *Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad relacionados con el comercio*; y c), en fin, las sentencias de *19 de febrero de 2002*, *Besix*, as. C-256/00, y la de *27 de febrero de 2002*, *Weber*, as. C-37/00, que abordan tangencialmente este tópico del objeto material «internacional» de los pronunciamientos prejudiciales, confirman que el Tribunal de Justicia tiene competencia para interpretar (con aquel carácter prejudicial) el *Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (mucho antes, por cierto, de que lo estableciera de un modo implícito el art. 267 del TFUE).

F) *El plazo de planteamiento de la cuestión prejudicial*

Como ya ocurriera en cuanto a la legitimación «pasiva», este epígrafe dedicado al plazo en el que puede hacerse uso de la técnica prejudicial debe ser forzosamente breve y conciso, ya que, en puridad, *no existe*. En efecto, si acudimos al Ordenamiento jurídico comunitario, y más concretamente al art. 267 del TFUE y concordantes del ETJ y del RPTJ, descubriremos que ni el primero ni los segundos fijan plazo alguno para que el órgano jurisdiccional interno formule el reenvío prejudicial. Lo cual, por cierto, no ha de sorprendernos, pues *resulta del todo coherente con el espíritu antiformalista* que preside la ordenación del entero procedimiento prejudicial.

No obstante, la inexistencia de un plazo de tiempo normativamente tasado para formular la petición de pronunciamiento prejudicial *no debe llevarnos a pensar que ésta pueda formularse en cualquier momento*. En efecto, con independencia de la antedicha orfandad regulatoria en los Tratados y como bien puntualiza el apdo. núm. 19 de la Nota Informativa del Tribunal de Justicia (sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales), no debe descuidarse:

- a) Que el Tribunal de Justicia «prefiere» que la decisión de plantear la cuestión prejudicial se tome *en una fase del procedimiento nacional en la que el juez remitente esté en condiciones de definir el marco fáctico y jurídico del problema*. De este modo, el Tribunal de Justicia dispondrá de todos los elementos necesarios para comprobar, en su caso, que el Derecho de la Unión es aplicable al litigio principal.
- b) Que resulta aconsejable, y desde luego más útil, para la recta administración de la justicia comunitaria, que la cuestión prejudicial se plantee *después de que, a nivel de proceso interno, se haya producido ya un debate contradictorio*.

Para terminar, y en cuanto al plazo, conviene recordar que el planteamiento de una cuestión prejudicial a efectos internos se ordena y regula también *por las leyes procesales de cada Estado miembro*; y que, por lo general, estas leyes establecen que la formulación

de cuestiones prejudiciales sólo tiene sentido y ha de admitirse si el litigio principal está aún «vivo» o *pendiente*. De lo que se deduce, en fin, que *las normas procesales internas, amén de la propia duración del proceso primario, actúan como límite* —en algún caso infranqueable— a la formulación de una petición prejudicial por parte de un órgano jurisdiccional interno en el caso concreto.

G) Reglas procedimentales «mínimas» a respetar

El procedimiento prejudicial, como se colige de lo dicho hasta el momento, se halla sometido a *una doble regulación*: a) la interna o nacional (en tanto que su origen se encuentra en un proceso «vivo» o pendiente ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro); y b) la comunitaria o, por mejor decir, la de Derecho de la Unión Europea (en su calidad de procedimiento que garantiza una aplicación-interpretación uniforme de este Derecho por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales). Así pues, las «reglas procedimentales» prejudiciales se infieren de dos grupos básicos de normas, a saber: a) las leyes procesales internas y b) la normativa procedimental comunitaria.

No obstante, y dado que es éste un estudio realizado desde y para el Derecho de la Unión, obviaremos aquí el examen de las leyes procesales internas —que a nosotros no nos atañe—, y centraremos nuestra atención en la exposición de las reglas procedimentales estrictamente comunitarias por las que se rige el mecanismo prejudicial. Unas reglas que, por lo demás, resultan ser *mínimas* y que no encontramos ni en el art. 267 del TFUE (donde tan sólo se determina la existencia de una serie de requisitos elementales cuya concurrencia en el caso concreto debe verificar el órgano jurisdiccional nacional antes de plantear la cuestión prejudicial)⁽²⁰⁾, ni en el ETJ. Por el contrario, se hallan contenidas en el RPTJ, así como en la *Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales*, que —conviene no olvidarlo— carece de carácter vinculante.

Sea como fuere, y de un lado, el RPTJ, en su artículo 104, se centra en establecer ciertas reglas sobre el *régimen lingüístico* de ciertas y concretas actuaciones procedimentales, tales como: a) que las notificaciones y alegaciones a las que se refiere el 103 del propio RPTJ se comunicarán a los Estados miembros *en versión original*, (acompañadas de una traducción a la lengua oficial del Estado destinatario); b) que, cuando la extensión de la decisión del órgano jurisdiccional nacional así lo

Las normas concretas o actos comunitarios sobre los que recae el examen prejudicial del Tribunal de Justicia son aquellas normas y actos susceptibles de ser examinados en vía prejudicial por el Tribunal de Justicia.

(20) Estos requisitos son: a) que la cuestión se suscite ante un órgano jurisdiccional nacional de un Estado miembro; b) que aquélla nazca de un litigio principal «vivo» o pendiente ante dicho órgano jurisdiccional interno; y c) que el juez interno, en el ejercicio de un amplio margen de discrecionalidad, considere pertinente o necesaria una respuesta a la misma para poder emitir su fallo.

aconseje, dicha traducción será reemplazada por un resumen de la decisión; c) que, en el resumen, se incluirá el texto íntegro de la cuestión o las cuestiones planteadas; d) que dicho resumen recogerá también, y en particular, el objeto del procedimiento principal, las alegaciones esenciales de las partes, una presentación escueta de la motivación de la remisión, así como de la jurisprudencia y de las disposiciones de la Unión Europea y nacionales invocadas; e) que, en los casos previstos en el artículo 23, párrafo tercero, del Estatuto (esto es, cuando estemos en presencia de asuntos relativos al Acuerdo sobre el EEE), las decisiones de los órganos jurisdiccionales nacionales se comunicarán, justamente, a los Estados partes de este Acuerdo (distintos de los Estados miembros) y al Órgano de Vigilancia de la AELC; f) que, cuando un tercer Estado tenga derecho a participar en un procedimiento prejudicial (de conformidad con el artículo 23, párrafo cuarto, del Estatuto, referido a los Tratados y acuerdos internacionales que la Unión puede firmar con terceros), se le comunicará la decisión del órgano jurisdiccional nacional que solicita el pronunciamiento sobre la interpretación (o la validez) de la norma en versión original, acompañada de una traducción de la decisión o, en su caso, de un resumen de la misma a una de las veintitrés lenguas de la Unión que elija dicho Estado.

En segundo término, el art. 104 del RPTJ también se ocupa de precisar: a) que en las cuestiones prejudiciales el Tribunal de Justicia tendrá en cuenta las normas de procedimiento sobre representación y comparecencia de las partes del litigio principal; y b) que se puede prescindir de la fase oral del procedimiento prejudicial (incluso en el procedimiento común u ordinario), una vez presentadas las alegaciones u observaciones a que se refiere el artículo 23 del Estatuto, siempre y cuando se verifiquen una serie de circunstancias (p. ej., que exista previo informe del Juez Ponente, que sea oído el Abogado General y que, tras haber sido informado los interesados que tengan derecho a presentar alegaciones u observaciones, ninguno de ellos presente una solicitud indicando los motivos por los que desea formular observaciones orales).

En tercer lugar, el art. 104 del RPTJ regula dos últimos extremos concernientes a las reglas de procedimiento prejudicial, a saber: a) que el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, podrá pedir aclaraciones al órgano jurisdiccional nacional; y b) que corresponderá al órgano jurisdiccional nacional decidir sobre las costas del procedimiento prejudicial (si bien, en circunstancias especiales, el Tribunal de Justicia podrá conceder, a título de beneficio de justicia gratuita, una ayuda).

Por lo demás, estas previsiones del art. 104 del RPTJ (que tienen carácter vinculante) han sido desarrolladas y completadas por aquella Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales a la que antes aludíamos. Una nota, por cierto, que a diferencia del anterior carece de fuerza vinculante, pero que, no obstante, no puede ser desconocida para nosotros. Y ello porque: a) nos comunica el modo de hacer y obrar del Tribunal de Justicia; y b) en su consecuencia, posee un indiscutible valor operativo, dado que de facto «avisa» a los órganos jurisdiccionales internos acerca de cómo tienen que presentar sus peticiones de pronunciamiento prejudicial si no quieren correr el riesgo de que sean inadmitidas. A estos efectos, resultan especialmente destacados los puntos 20 a 29 de dicha Nota, que nos informan:

- En cuanto a la forma, que con carácter general puede revestir cualquiera de las admitidas en su Derecho interno para los incidentes procesales. Y que, sin embar-

go, aquel juez debe tener muy presente: *a)* que este documento servirá de base al procedimiento que se siga ante el Tribunal de Justicia; *b)* que, por consiguiente, éste debe *disponer de los elementos* que le permitan proporcionar una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional; *c)* que, además, la petición de decisión prejudicial es *el único documento que se notifica a las partes* interesadas (siendo el único que se traduce); *d)* que esta necesidad de traducir la petición aconseja *una redacción sencilla, clara y precisa*, sin elementos superfluos; *e)* que «... *una decena de páginas...*» puede bastar para exponer de modo adecuado el contexto de una petición prejudicial⁽²¹⁾; *f)* que, no obstante lo anterior y sin dejar de ser sucinta, la decisión debe ser *suficientemente completa y contener* «... *toda la información pertinente...*»; *g)* que, más en concreto, la resolución de remisión deberá incluir *una breve exposición del objeto del litigio* (así como de los hechos pertinentes), *reproducir el tenor de las disposiciones nacionales* que puedan ser aplicables, indicar —en su caso— *la jurisprudencia nacional pertinente* (proporcionando las referencias precisas)⁽²²⁾, *identificar las disposiciones del Derecho de la Unión* pertinentes en el litigio principal, *explicar* las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de las disposiciones del Derecho de la Unión (así como la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal) e *incluir, finalmente, un resumen* de los argumentos esenciales de las partes del procedimiento principal que resulten pertinentes; *h)* que conviene *numerar* los apartados o párrafos de la resolución de remisión; *i)* que, asimismo, el órgano jurisdiccional remitente puede, llegado el momento, *indicar de modo sucinto su punto de vista* sobre la respuesta que deben recibir las cuestiones planteadas con carácter prejudicial (lo cual, como veremos más adelante, adquiere pleno sentido en relación con el PPU y la necesidad de acortar los plazos de respuesta del Tribunal de Justicia); y *j)* que, en la resolución de remisión, la cuestión o cuestiones prejudiciales deberán figurar *en una parte separada* que se pueda identificar con claridad.

- Por lo que respecta a *los efectos de la remisión prejudicial en el procedimiento nacional*, los puntos 25 y 26 de la antedicha *Nota informativa* se ocupan de precisar: *a)* que el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia lleva consigo *la suspensión* del proceso nacional; y *b)* que, sin embargo, el juez nacional seguirá siendo competente para adoptar *medidas cautelares*, especialmente en el caso de haberse planteado una cuestión de validez.
- En lo que concierne a *las costas y al beneficio de justicia gratuita* (a los que también se refería el art. 104 del RPTJ), los puntos 27 y 28 de la *Nota informativa* especifican: *a)* que, de base, *el procedimiento prejudicial es gratuito* (con independencia de que, como de todos es sabido, las actuaciones que las partes han de desarrollar en su seno no lo sean); *b)* que el Tribunal de Justicia *no se pronun-*

(21) Véase el nivel de concreción al que llega esta *Nota Informativa* del Tribunal de Justicia sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros; en concreto, su apdo. 22, párrafo primero.

(22) Por ejemplo, la página del diario oficial o recopilación correspondiente; eventualmente, acompañada de una referencia de Internet (v. apdo. 22, segundo guión de la *Nota Informativa* del Tribunal de Justicia).

cia sobre las costas del litigio principal, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional decidir este extremo; *c)* que, en el caso de que alguna de las partes carezca de recursos suficientes y en la medida en que las normas nacionales lo consientan, el órgano jurisdiccional nacional *puede (que no debe) conceder una ayuda* en su favor; *d)* que, a su vez, *este último puede conceder también una ayuda* en el supuesto de que la parte de que se trate no disfrute ya de ella en el ámbito nacional, o en la medida en que dicha ayuda no cubra (o cubra sólo parcialmente) los gastos ocasionados por su intervención ante el Tribunal de Justicia de la Unión.

- Finalmente, y en el punto 29 de la Nota Informativa, el Tribunal de Justicia nos indica cómo y en qué términos debe producirse *la correspondencia* entre el órgano jurisdiccional y el Tribunal de Justicia, especificando: *a)* que la resolución de remisión y los documentos pertinentes deben ser enviados directamente al Tribunal de Justicia por el órgano jurisdiccional nacional mediante *correo certificado*; *b)* que, hasta que se dicte la decisión, la Secretaría del Tribunal de Justicia *se mantendrá en contacto* con el órgano jurisdiccional nacional, al que transmitirá copia de los escritos procesales; y *c)* que el Tribunal de Justicia *también transmitirá su decisión al órgano jurisdiccional remitente*, encareciéndole que le informe acerca de la aplicación que haga de ella en el litigio principal y que le envíe, llegado el caso, su decisión definitiva.

En suma, e insistimos una vez más en ello, *son el RPTJ y muy especialmente este extenso cúmulo de precisiones, especificaciones, recomendaciones, etc., contenido en la Nota Informativa del Tribunal de Justicia* sobre el planteamiento de las cuestiones prejudiciales, lo que en verdad nos indica cuáles son las reglas procedimentales comunitarias y básicas en esta materia; con independencia a estos efectos de que tan sólo el primero (el RPTJ) posea carácter y fuerza vinculante.

H) Los motivos de inadmisión

Como es de sobra conocido por todos, y hemos recordado en la introducción a este estudio, *el número de peticiones prejudiciales de las que conoce el Tribunal de Justicia no ha dejado de crecer en los últimos años*, fruto de la concurrencia de varios y distintos factores (p. ej., la generosa interpretación que del concepto de órgano jurisdiccional ha hecho el propio Tribunal de Justicia, la continua ampliación del objeto y alcance material del mecanismo prejudicial, etc.).

Pues bien, si a todo ello añadimos que, en virtud del reparto de competencias operado entre juez nacional y juez comunitario, este último está obligado en principio a contestar a cualquier cuestión prejudicial que se le plantee, el único resultado al que cabe llegar y que cabía esperar es *al irremediable y paulatino colapso prejudicial del Tribunal de Justicia*. O, como mejor lo ha expresado el Profesor CHITI, a que el Tribunal sea: «... “víctima” de la sagacidad con la que se ha gestionado esta forma de diálogo permanente con los jueces nacionales...»⁽²³⁾; algo que, en última instancia, ha traído consigo una inaceptable dilación en las pronunciación de los fallos prejudiciales, así como una mengua evidente en la calidad de los mismos.

(23) CHITI, M. P., *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 329.

En este escenario, *el Tribunal de Justicia ha buscado alternativas viables* que, de un modo u otro, le permitan descargarse de «trabajo prejudicial» a la espera de una siempre pendiente reforma del ETJ y del RPTJ (en el sentido, tal vez, de repartir efectivamente los asuntos prejudiciales entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal General e, incluso, entre los Tribunales y/o Salas especializados).

Sea como fuere, y mientras aguardamos esta hipotética reforma, el Tribunal de Justicia ha articulado su propia solución transitoria, a saber: *fixar una serie de motivos o condiciones de admisión de las cuestiones prejudiciales*. Unos motivos o condiciones que consienten a la Curia comunitaria no pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada, y que serían:

- 1) *Incompetencia manifiesta del propio Tribunal de Justicia por inexistencia de relación alguna entre la cuestión prejudicial planteada y el Derecho Comunitario*. Así es, la Corte comunitaria ha declarado en multitud de ocasiones que en aquellos casos en los que no existe «nexo de conexión» apreciable entre el litigio principal y el Derecho Comunitario, el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre la cuestión suscitada. Algo que ocurre, según la propia jurisprudencia del Tribunal, cuando se dan ciertas situaciones, tales como: *a)* que la cuestión prejudicial se refiera a una norma ajena al Derecho Comunitario; *b)* que la petición de remisión aluda a una situación puramente interna; o *c)* que la norma comunitaria discutida resulte manifiestamente inaplicable al litigio principal.
- 2) *La «cuestión hipotética», así como la «cuestión idéntica»*. En el primer supuesto (cuestión hipotética), ocurre que la petición prejudicial remitida, en realidad, pretende obtener del Tribunal de Justicia una suerte de dictamen consultivo, por lo que desaparece la necesidad de la respuesta prejudicial y, en consecuencia, la obligación del Tribunal comunitario de admitirla. Esta noción, por cierto, debemos diferenciarla de la que podríamos llamar «*cuestión idéntica*» o teoría del acto claro, que se constata cuando se reenvía al Tribunal de Justicia una petición de pronunciamiento prejudicial que, en lo sustancial, coincide con otra ya anterior y resuelta por el Tribunal de Justicia (o cuando la respuesta a la misma puede deducirse claramente de la propia jurisprudencia de la Corte de Justicia), siendo así que, como más tarde se verá y preceptúa el art. 104 del RPTJ: *a)* la Curia europea podrá resolver en cualquier momento *mediante auto motivado*, remitiéndose, justamente, a la sentencia anterior o a la jurisprudencia aplicable; y *b)* podrá asimismo resolver mediante auto motivado aquellas cuestiones prejudiciales que no susciten *ninguna duda razonable*.

La Corte comunitaria ha declarado en multitud de ocasiones que en aquellos casos en los que no existe «nexo de conexión» apreciable entre el litigio principal y el Derecho Comunitario, el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre la cuestión suscitada.

- 3) *Que la motivación del escrito-petición de remisión prejudicial resulte insuficiente.* Conviene recordar, en efecto, que según hemos explicado al hablar de las reglas comunitarias básicas de procedimiento, el Tribunal de Justicia exige (vía art. 104 del RPTJ) y aconseja (vía Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales) que el acto o escrito de remisión elaborado por el órgano jurisdiccional interno (y donde se contiene la petición de pronunciamiento prejudicial) reúna una serie de requisitos. Entre estos requisitos figura el de ofrecer al Tribunal de Justicia una descripción de los elementos de hecho y de derecho «... suficiente...» (aunque enunciados de manera sucinta pero completa), que permita a éste ofrecer una respuesta útil al órgano jurisdiccional interno.

Esto sentado, no nos resistimos en lo que sigue a citar *algunas sentencias* —de las muchas dictadas en los últimos diez años—, y que constituyen buenos ejemplos de todo lo expuesto hasta aquí. Sentencias que vamos a dividir en dos grupos, a saber: *a)* el de aquéllas que casi con un afán didáctico *compendian* los motivos de inadmisión a los que acabamos de referirnos; y *b)* aquellos fallos del Tribunal de Justicia que, en cierto sentido, *precisan* el alcance y significado de dichos motivos de inadmisión.

Al primer grupo pertenece, sin duda, la *STJ de 1 de junio de 1999, Konle*, as. C-302/97, en la que el Tribunal de Justicia (apartado 33 de la Sentencia) repasa todas y cada una de las causas de inadmisión prejudicial. Pero también, y en términos casi idénticos: la *STJ de 9 de marzo de 2000, Evangelisher KranKeshausverein Wien y Ikerá*, as. C-437/97; la *STJ de 9 de septiembre de 2003, Milk Marque y National Farmers Union*, as. C-137/00; y, más recientemente, la *STJ de 20 de mayo de 2010, Zanotti*, as. C-56/09; o la *STJ de 20 de mayo de 2010, Todaro Nunziatina & C*, as. C-138/09.

Por el contrario, y al segundo grupo de sentencias (aquéllas donde el Tribunal de Justicia precisa el alcance y significado de los motivos de inadmisión), pertenecen sin duda: *a)* las SSTJ de 11 de octubre de 2001, *Adam (épouse urbing)*, as. C-267/99, así como la de 15 de enero de 2002, *Andersen og Jensen*, as. 43/00, a través de las cuales (apdos. 21 a 32 de la primera y 14 a 19 de la segunda) el Tribunal de Justicia establece cuál es el sentido concreto y cómo debe ser entendida la *falta de competencia manifiesta* como motivo de inadmisión; *b)* la *STJ de 13 de abril de 2000, Lehtonen*, as. C-176/96, donde la Corte comunitaria (en lo que concierne a la inadmisión de la «cuestión hipotética») precisa (apdo. 19) que debe declararse la inadmisibilidad de todas aquellas cuestiones prejudiciales que son resultado de un procedimiento ya concluido; *c)* la *STJ de 21 de noviembre de 2002, X e Y*, as. C-436/00, en la que el juez comunitario matiza el alcance de la inadmisión por «cuestión hipotética» (apdo. 27 de la misma), estableciendo que *una actuación futura no acreditada no forma parte, necesariamente, de este motivo de inadmisión* (apdo. 28); *d)* la sentencia de 11 de abril de 2000, *Deliège*, as. ac. C-51/96 y C-191/97, donde la Corte comunitaria explicita que, *cuando una cuestión prejudicial verse sobre normas o actos comunes sobre competencia, el órgano jurisdiccional interno que plantea la cuestión deberá determinar (con mayor precisión si cabe) el contexto fáctico y jurídico que rodea al litigio principal*⁽²⁴⁾;

(24) En opinión del Tribunal de Justicia (apdo. 30 de la Sentencia), este aumento de las exigencias que debe poseer la petición de reenvío prejudicial está justificado por la mayor complejidad de esta concreta política comunitaria (normas sobre competencia).

y e), finalmente, la Sentencia de 12 de julio de 2001, *Vanbraekel*, as. C-368/98, en la que el Tribunal de Justicia insiste —como ya lo hace en su Nota Informativa— en que la exigencia de determinar el contexto fáctico y jurídico que rodea al litigio principal *no implica, siempre y en todo caso, que la petición de remisión deba ser larga o extensa.*

1) Alcance y efectos de la sentencia prejudicial

De nuevo, y en cuanto a este último elemento del régimen prejudicial común o general, nada dice el art. 267 del TFUE, ni el ETJ, ni el RPTJ, ni la tantas veces citada Nota Informativa. Ello ha obligado —también por enésima vez— a que sea el propio Tribunal de Justicia a través de su jurisprudencia el que nos señale el camino, y nos comunique que los pronunciamientos y/o sentencias prejudiciales tienen efectos *erga omnes*; ya lo sean interpretativos o de validez.

De lo anterior se infiere, a su vez, que la respuesta (prejudicial) dada por el Tribunal de Justicia vincula: *a)* al órgano jurisdiccional nacional que la planteó; *b)* al resto de órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que aquél pertenece; y *c)*, de idéntica manera, a la totalidad de órganos jurisdiccionales del resto de Estados de la Unión. Si bien es cierto que estas inferencias son susceptibles, a su vez, de puntualización y precisión.

Así, y en primer término, conviene matizar que la existencia de un pronunciamiento previo del Tribunal de Justicia acerca de la interpretación y/o la validez de una norma o acto de Derecho Comunitario *no excluye la eventual formulación de una nueva petición prejudicial* sobre esa misma norma o acto (siempre y cuando no se incurra en una situación de cuestión prejudicial idéntica). Asimismo, y en segundo término, conviene puntualizar que la declaración de invalidez de una norma o acto comunitario —como consecuencia de un pronunciamiento prejudicial— *no conlleva la desaparición inmediata y automática de la norma o acto declarado inválido* (a diferencia, por cierto, de lo que ocurre con el recurso de anulación)⁽²⁵⁾. Por último, y en tercer lugar, resulta del todo necesario indicar que, junto a su carácter *erga omnes*, las sentencias prejudiciales (ya sean interpretativas o de validez) poseen también efectos *ex tunc* o retroactivos, sin perjuicio de que en ciertos casos muy concretos el Tribunal de Justicia puede limitar la retroactividad de sus pronunciamientos prejudiciales si aprecia la concurrencia de una serie de causas tasadas (de seguridad jurídica y de confianza legítima) que lo hacen aconsejable.

Sirva como ejemplo de esto último la STJ de 3 de octubre de 2002, *Barreira Pérez*, as. C-347/00. Una Sentencia en la que, entre otras cosas, se aborda el argumento de la retroactividad de los pronunciamientos prejudiciales; que tiene su origen en una petición prejudicial «española» (formulada por el *Juzgado de lo Social núm. 3 de Orense*); y que, en lo que ahora importa, nos sitúa frente a un caso de alegación realizada por un Gobierno de un Estado miembro (el español), para que sea cual sea el sentido final de la sentencia ésta no tenga efectos retroactivos, dados los graves desequilibrios que de ello se podrían derivar para el sistema (español) de seguridad social (apdo. 43 de la Sentencia).

(25) Vid., principalmente, art. 264 del TFUE, a tenor del cual, si el recurso de anulación se considera fundado, el Tribunal de Justicia declarará, imperativamente, nulo y sin efecto alguno el acto impugnado. Si bien es cierto que, respecto de los reglamentos, el Tribunal de Justicia podrá, facultativamente y si lo estima necesario, precisar los efectos del mismo que deben ser considerados como definitivos.

Pues bien, el Tribunal de Justicia, en el asunto de autos y acertadamente a nuestro entender, recuerda al Gobierno de nuestro país que las sentencias prejudiciales tienen, en general, efectos retroactivos (apdo. 44); y que, por tanto y sólo para salvaguardar el principio de seguridad jurídica (apdo. 45), aquéllos pueden limitarse. Algo que, en este caso y a juicio del Tribunal de Justicia, no sucedía, pues no aprecia razón alguna para limitar el efecto retroactivo de su pronunciamiento a la vista de que (más allá de la lesión estrictamente económica que puede sufrir el sistema español de seguridad social), no concurre motivo alguno relacionado o que afecte a la seguridad jurídica. En consecuencia, declara la Curia comunitaria (apdo. 47) en este asunto que «... no procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia...»⁽²⁶⁾. Sirva como aviso a navegantes.

2. El procedimiento prejudicial urgente (PPU) y acelerado

Una vez expuesto el régimen jurídico del procedimiento prejudicial común, resulta obligado iniciar este epígrafe y este procedimiento estableciendo que, en lo sustancial e incluso en buena parte de su régimen normativo, el régimen prejudicial acelerado y/o urgente (en lo que sigue PPU) no difiere apenas del primero o común. En ambos casos, en efecto, nos encontramos ante un mecanismo procesal de cooperación entre juez nacional y juez comunitario donde aquél interroga a éste acerca de la interpretación o la validez de una norma o acto de Derecho originario o derivado europeo.

¿Dónde radica, entonces, la diferencia entre el PPU y el procedimiento prejudicial común o general? Pues, básicamente, en que *el PPU queda reservado (vía art. 267 último párrafo del TFUE) al planteamiento y resolución de aquellas cuestiones prejudiciales relacionadas con una persona privada de libertad*. Algo que, por otra parte, no es sino consecuencia mediata y lógica de la extensión que ha experimentado la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia en el específico ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Así es, con carácter inmediato, no cabe duda de que el PPU es fruto del art. 267 del TFUE que, en su último párrafo, preceptúa: «... Cuando se plantee una cuestión de este tipo [prejudicial] en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad...».

Distintamente, y con un carácter mediato, este precepto no es sino el *resultado natural y razonable de la ampliación de la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia en lo que atañe al ámbito de la «Política interior»*. Es decir, de la comunitarización operada por el Tratado de Lisboa de lo que antes (TUE en su versión de 2006) era el segundo de los pilares sobre los que se asentaba la Unión: el Pilar de Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal (CPJMP) o Pilar de Justicia y Asuntos de Interior (JAI); y, en su seno, del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ).

(26) En términos similares y a idéntica solución llega el Tribunal de Justicia en otros casos, tales como: la STJ de 6 de octubre de 2005, *Mytravel*, as. C-291/03, y en la STJ de 30 de marzo de 2006, *Uuden Kaupurgin Kaupunti*, as. C-184/04, por citar tan sólo algunas.

Antes de que entrasen en vigor las modificaciones que en este ámbito (y en aquel pilar) ha introducido el Tratado de Lisboa (que en su mayoría consisten en que ambos pasan a integrar la Tercera Parte del TFUE, en particular, vid. arts. 45 a 89), el conocimiento prejudicial de asuntos relacionados con el uno y con el otro se ordenaba por lo establecido en el art. 35 del TUE (en su versión de 29 de diciembre de 2006)⁽²⁷⁾.

Ello significa que estaba sometido a una serie de *límites y condiciones* de los que, en apretada síntesis y en lo que ahora importa, se derivaba lo siguiente: *a)* que el Tribunal de Justicia de la Unión *era competente* para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones JAI, así como sobre la interpretación de los convenios celebrados en el ELSJ y sobre la validez e interpretación de sus medidas de aplicación; *b)* que, *sin embargo, para ello era necesario, con carácter previo, que el/los Estados miembros singularmente realizasen una declaración* de aceptación de la anterior competencia prejudicial del Tribunal de Justicia; *c)* que, asimismo, los Estados miembros que formularan esta declaración *podrían especificar* si la posibilidad de que el Tribunal de Justicia conociese de cuestiones prejudiciales relacionadas con la JAI y el ELSJ lo era para todos los órganos jurisdiccionales de su Estado, o sólo para aquéllos cuyas decisiones no fueran susceptibles de ulterior recurso judicial en Derecho interno; *d)* que, además, cualquier Estado miembro (hubiere realizado o no aquella declaración) *estaba facultado para presentar memorias u observaciones* por escrito ante el Tribunal de Justicia en asuntos de carácter prejudicial; y *e)* finalmente, que el Tribunal de Justicia, con todo, *no era competente para controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía* (u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro), ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados respecto al mantenimiento del orden público y la seguridad interior.

Pues bien, este escenario apenas descrito cambia considerablemente *en nuestros días* con la entrada en vigor del *Tratado de Lisboa*, aunque con los matices derivados de lo dispuesto en el art. 10 del Protocolo

El Tribunal de Justicia ostenta ahora una suerte de competencia general, prejudicial y casi plena para conocer de todos aquellos asuntos relacionados con el ELSJ.

(27) En esta versión de 2006, y además de las previsiones que se explican más arriba, el art. 35 del TUE establecía (apdo. 6) que el Tribunal de Justicia era competente para controlar la legalidad de las decisiones marco y de las decisiones en relación con los recursos interpuestos por un Estado miembro o la Comisión por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder; recursos que debían interponerse en el plazo de dos meses a partir de la publicación de la medida. Así también (apdo. 7), el art. 35 del TUE en su versión de 2006 precisaba: *a)* que el Tribunal de Justicia era competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre Estados miembros relativo a la interpretación o aplicación de actos adoptados de conformidad con el apartado 2 del artículo 34 (siempre que dicho litigio no pueda ser resuelto por el Consejo en el plazo de seis meses a partir de su remisión al Consejo por uno de sus miembros); y *b)* que el Tribunal era también competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre los Estados miembros y la Comisión relativo a la interpretación o la aplicación de convenios celebrados con arreglo a la letra d) del apartado 2 del artículo 34.

núm. 36 al TFUE (Sobre las disposiciones transitorias)⁽²⁸⁾. En efecto, de una parte y como ya antes hemos expuesto, el «Pilar» JAI (y en su seno el ELSJ) se ha comunitarizado, pasando a conformar el «núcleo duro» de la Parte III del TFUE (vid., en particular, Capítulos 4 y 5, arts. 45 a 89). De otra, el art. 35 del TUE ha sido derogado (e, igualmente y dicho sea entre paréntesis, también el art. 68 del TCE). Y, por último, se puede decir que ambos preceptos han sido sustituidos por un nuevo párrafo final en el consabido art. 276 del TFUE que determina que:

«... En el ejercicio de sus atribuciones respecto de las disposiciones de los capítulos 4 y 5 del título V de la tercera parte relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea *no será competente* para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior...».

El resultado final de todo ello es que, al contrario de lo que ocurría antes del Tratado de Lisboa, cabe interpretar que el Tribunal de Justicia ostenta ahora una suerte de *competencia general, prejudicial y casi plena para conocer de todos aquellos asuntos relacionados con el ELSJ*; salvedad hecha —eso sí y como ya antes sucediera— del control de la validez y/o la proporcionalidad de las operaciones efectuadas por la policía (u otros servicios análogos) de los Estados; o de la posibilidad de pronunciarse sobre las acciones internas de mantenimiento del orden público o la salvaguardia de la seguridad interior llevadas a cabo por los mismos. Este cambio, para mejor, es a todas luces evidente y amplía el ámbito de competencia prejudicial del Tribunal de Justicia.

Ahora bien, esta mejora implica también *una mayor responsabilidad*. En efecto, que el Tribunal de Justicia pueda conocer prejudicialmente de casi cualesquiera asuntos relacionados con el ELSJ significa, de suyo, que también deberá *responder a peticiones de pronunciamiento prejudicial formuladas en situaciones muy sensibles* (p. ej., de personas privadas de libertad), para las cuales los amplios plazos —por inespecíficos— con los que de ordinario trabaja el Tribunal resultan claramente inapropiados. De ahí que, con buen criterio, el Tratado de Lisboa (art. 2, apdo. 218) haya introducido un nuevo apartado cuarto y último en el art. 267 del TFUE en los términos antes expuestos. Un apartado que preceptúa, expresamente, que ante peticiones de pronunciamiento prejudicial en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia se pronunciará «... con la mayor brevedad...», lo que constituye la base y fundamento jurídico primero y primario del PPU.

(28) Así es, buena parte de lo que aquí se diga no adquirirá plena vigencia hasta pasados cinco años de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.3 de este *Protocolo núm. 36 al TFUE* (Sobre las disposiciones transitorias). Hasta entonces, según establece el apdo. 1 del antedicho art. 10, con carácter transitorio y respecto de los actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal que hayan sido adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las atribuciones de las instituciones en la fecha de entrada en vigor de dicho Tratado serán las siguientes: *a)* las atribuciones de la Comisión en virtud del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no serán aplicables; y *b)* las atribuciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del título VI del Tratado de la Unión Europea, en su versión vigente antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, seguirán siendo las mismas, aun cuando hayan sido aceptadas con arreglo al apartado 2 del artículo 35 del mencionado Tratado de la Unión Europea.

Pero seamos rigurosos: en realidad, *el PPU se instauró con anterioridad a la aprobación y entrada en vigor del Tratado de Lisboa*. Fue en concreto la Decisión 2008/79/CE, del Consejo de 20 de diciembre de 2007 (por la que se modifica el Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia)⁽²⁹⁾ la que en verdad introdujo en este texto legal un nuevo art. 23 *bis* que autorizaba, precisamente, a establecer un procedimiento acelerado y, para las peticiones de decisión prejudicial relativas al ELSJ, un procedimiento urgente en el RPTJ. De esta autorización, cabalmente, son resultado el art. 104 *bis* y *ter* del actual RPT que, junto con los anteriores, conforman el marco regulador de los procedimientos prejudicial acelerado y urgente.

En cuanto al *procedimiento acelerado* del art. 23 *bis* del ETJ y art. 104 *bis* del RPTJ, hay poco que decir. En lo fundamental —y como ya señalábamos al inicio de este epígrafe— los elementos integradores de su régimen jurídico coinciden con los del procedimiento ordinario o común, por lo que, en general, lo señalado a lo largo del epígrafe I.1 vale también ahora.

No obstante, ello no nos exime de precisar aquí: *a*) que en el procedimiento acelerado los *plazos* para la presentación de las alegaciones u observaciones escritas es más breve que el fijado con carácter general en los arts. 23 del ETJ y 103 del RPTJ (esto es, menor que dos meses); *b*) que, con el mismo fin de acortar los tiempos del procedimiento, se podrá prescindir de las conclusiones del Abogado General; *c*) que las circunstancias que tienen que concurrir para que se aplique este procedimiento han de acreditar una «... urgencia extraordinaria...» (art. 14 *bis* del RPTJ); *d*) que el plazo para la vista, en estos casos, será el que fije el Presidente del Tribunal; *e*) que dicho plazo no será inferior a *quince días* y que durante el mismo las partes y demás interesados presentarán sus observaciones y alegaciones escritas; y *f*) que, en cuanto a estas alegaciones y observaciones, el Presidente del Tribunal también podrá instar a las partes y a dichos interesados a que las limiten a los aspectos de Derecho esenciales suscitados por la cuestión prejudicial.

En suma, de todo lo anterior se infiere que el acortamiento de plazos, así como la eliminación de fases que pudieran resultar superfluas, constituyen *los dos ejes básicos* del procedimiento prejudicial acelerado. Como también lo son, por cierto, del procedimiento prejudicial de urgencia.

Así es, el *procedimiento prejudicial de urgencia* o PPU, inclusión hecha de su régimen jurídico (ordenado conforme al art. 267 último párrafo del TFUE y los arts. 23 *bis* del ETJ y 104 *ter* del RPTJ, fundamentalmente), se caracteriza por la *reducción de los términos* del procedimiento y la *eliminación, en la medida de lo posible, de actuaciones consideradas redundantes*. Tanto es así, que la posible aplicación del PPU se suma o añade a la facultad de solicitar la aplicación del procedimiento acelerado por parte del órgano jurisdiccional interno (MANGAS MARTÍN)⁽³⁰⁾.

Ahora bien, a diferencia de aquél, las reducciones y minoraciones de plazos que contempla el PPU, por lógica, son más acusadas e intensas; además de que en el PPU se con-

(29) Vid. DOUE de 29 de enero de 2008, Serie L 24.

(30) Vid. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión...*, ob. cit., 2010, p. 462.

templa y admite expresamente la posibilidad de *usar medios telemáticos e informáticos* con el mismo propósito de acortar los tiempos del procedimiento.

3. El régimen excepcional de la PESC

Desde el punto de vista de la técnica prejudicial (incluso tras las modificaciones operadas por el Tratado de Lisboa), *el estado evolutivo en el que ahora se encuentra la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) poco o nada tiene que ver con aquél en el que se halla el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*. Esto se explica porque, a diferencia del segundo, aquella primera política todavía hoy se encuentra en *un estadio embrionario de comunitarización*⁽³¹⁾. Dicho de otro modo: se ubica, en su mayor parte, en la órbita de los Estados y responde a las reglas y lógicas del Derecho internacional público.

Así las cosas, no es de extrañar que *la PESC siga constituyendo en nuestros días no ya un régimen especial prejudicial, sino un verdadero régimen prejudicial excepcional*. Porque, en efecto, de esta política ha derivado no ya la articulación de un procedimiento prejudicial específico o singular respecto del general o común, sino la instauración de un reducto vedado a la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia (salvedad hecha de algunos aspectos tasados de la misma), conforme a lo preceptuado en el art. 24.1 del TUE y, sobre todo, en el art. 275 del TFUE.

Así es, el primero señala clara y contundentemente: *a) que la política exterior y de seguridad común se regirá por sus reglas y procedimientos específicos; b) que será definida y aplicada por el Consejo Europeo y el Consejo (que, dicho sea entre paréntesis, deberán pronunciarse por unanimidad salvo cuando los Tratados dispongan otra cosa); c) que en la PESC queda excluida la adopción de actos legislativos; d) que aquélla y éstos serán ejecutados por el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, así como por los Estados miembros (de conformidad con los Tratados); y e), en lo que ahora más nos interesa, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tendrá competencia respecto de estas disposiciones*, salvedad hecha de su competencia para controlar el respeto del artículo 40 del presente Tratado (ejecución de la política exterior), así como para controlar la legalidad de determinadas decisiones contempladas en el párrafo segundo del artículo 275 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Pues bien, este párrafo segundo del art. 275 del TFUE determina, de una parte, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea *no será competente para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas*. Y de otra que, no obstante lo anterior, el Tribunal de Justicia *sí será competente: a) para controlar el respeto del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea (al que acabamos de referirnos); y b) también lo será para pronunciarse*

(31) En efecto, nadie discute que al igual que aquél una parte importante de la PESC (la comercial) ha pasado a integrar la Parte quinta del TFUE (arts. 205 a 222) y, por consiguiente, se ha comunitarizado formalmente. Sin embargo, en lo esencial y sustancial, la PESC continúa siendo una subcategoría o sub-política en el seno de los asuntos de exterior; es decir, dentro del Título V del TUE (disposiciones relativas a la Acción Exterior de la Unión y disposiciones específicas relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común). Título, por lo demás, en el que la internalización puede aún y prevalece sobre la comunitarización y donde los Estados (bien por sí mismos, bien a través del Consejo Europeo y el Consejo de la Unión) son quienes establecen las reglas del juego.

sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el párrafo cuarto del artículo 263 del presente Tratado (relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea), por las que se establezcan *medidas restrictivas frente a personas físicas* o jurídicas.

En suma: del art. 24 del TUE y del 275.2 del TFUE se infiere una suerte de *regla de la incompetencia general del Tribunal de Justicia* para entrar a conocer (ya sea prejudicialmente, ya sea de cualquier otro modo) la práctica totalidad de aquellos asuntos que guarden relación con la PESC.

Ahora bien, esta regla de la incompetencia admite *algunas excepciones* —no demasiadas—, como lo son: *a)* el control del *respeto al art. 40 del TUE* (esto es, a la pauta de que la ejecución de la política exterior de la Unión no debe alterar el *status quo* de la aplicación de los procedimientos comunitarios, así como de las respectivas atribuciones de las instituciones de la Unión); y *b)* las situaciones en las que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre los *recursos de anulación* interpuestos por una persona física frente a un acto o reglamento de Derecho derivado de la Unión de los que resulte destinataria, o que le afecten directa e individualmente (siempre y cuando, además, con dicho pronunciamiento se contribuya a controlar la legalidad de las decisiones PESC por las que se establecen medidas restrictivas frente a estas personas físicas). En fin, *hoy (como antes del Tratado de Lisboa) la PESC escapa a la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia.*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas.

IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EL MECANISMO PREJUDICIAL AL HILO DEL AUTO 86/2011, DE 9 DE JUNIO

Vaya por delante que, tratándose este de un estudio dedicado al régimen jurídico de la cuestión prejudicial tras el Tratado de Lisboa, no figuraba entre nuestros propósitos iniciales dar cuenta detallada de ningún caso concreto, ni de ningún país en particular.

Sin embargo, y mientras se redactaban estas páginas, ha ocurrido que el Tribunal Constitucional español ha utilizado, por primera vez en su historia, el mecanismo prejudicial a través de su ATC 86/2011, de 9 de junio. Un Auto en el que nuestro Tribunal Constitucional plantea no una, sino hasta tres cuestiones prejudiciales (de interpretación, de validez y de interpretación-validez) ante la Curia Comunitaria⁽³²⁾. Cues-

(32) El tenor literal de estas cuestiones es el siguiente: «1.º) El art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la

ciones, todas ellas, relacionadas con la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio (en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero), y que tienen su origen en la interposición de un recurso de amparo por parte de un ciudadano italiano (Don Stefano Melloni) contra un Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección Primera), de 12 de septiembre de 2008. Un Auto que, en lo que ahora importa, autoriza la entrega del antedicho demandante de amparo a las autoridades italianas para el cumplimiento de una condena impuesta (en rebeldía) por un órgano jurisdiccional de aquel país (el Tribunal de Ferrara). Tribunal que había dictado orden europea de detención y entrega europea; y cuya sentencia condenatoria no es susceptible de revisión conforme al Derecho italiano.

En suma, y pese a que nuestra intención inicial era otra, el planteamiento por parte del Tribunal Constitucional español de sus (tres) primeras cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión nos ha obligado a que, siquiera en la parte final de este estudio, nos apartemos mínimamente de aquel propósito y le dediquemos un breve comentario.

Comentario que, por lo demás y a diferencia de los que ya nos han brindado otros autores⁽³³⁾, no puede (siendo coherentes con el objeto principal de este estudio) girar en torno al debate de fondo o sustantivo que se esconde tras estas cuestiones prejudiciales; a saber: si el Auto de la Audiencia Nacional dictado en ejecución de una orden de detención europea (cursada por un Tribunal italiano) vulnera indirectamente, o no, el derecho a un proceso con las debidas garantías amparado por el art. 24.2 de la Constitución Española.

Porque nuestra perspectiva tiene que ser por fuerza distinta. Aquí nos importa el instituto prejudicial y, por tanto y en lo que concierne al ATC 86/2011, de 9 de junio, «otros» aspectos del mismo (y no el sustantivo), que bien pudieran considerarse «colaterales». Así, y a modo de pregunta, nos interesa conocer: a) ¿por qué ha tardado tanto el Tribunal Constitucional español en hacer uso del mecanismo prejudicial?; y b) ¿por qué sí lo ha utilizado precisamente en este caso concreto?

Para ello, y con carácter todavía previo, conviene reflexionar y dejar establecido que los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros están plenamente habilitados

ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado? 2.^a) En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? 3.^a) En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el art. 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?».

(33) Vid. ARROYO JIMÉNEZ, L., «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional», en *Indret*, núm. 4, 2011, pp. 1 a 25 [documento en línea, disponible desde Internet en <<http://www.indret.com/es/>>, con acceso el 23 de diciembre de 2011]; TENORIO SÁNCHEZ, P., «Tribunal Constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Diario La Ley*, núm. 7520, Sección Tribuna, Año XXXI, pp. 1 a 12 [en su versión electrónica]; ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., «Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en el Auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011 sobre la orden de detención europea», en *Diario La Ley*, núm. 7726, Sección Doctrina, de 31 de octubre de 2011, Año XXXII, pp. 1 a 11 [de su versión electrónica].

para presentar una cuestión o cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión; siempre y cuando —eso sí— se verifiquen los tres requisitos básicos u objetivos de los que ya hemos dado noticia en páginas anteriores.

1. Sobre la posibilidad de que los Tribunales Constitucionales planteen la cuestión prejudicial

La excepcionalidad del caso español no debe hacernos olvidar que, de ordinario, nada impide a los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros (o a otros órganos de análoga naturaleza) plantear una o varias cuestiones prejudiciales ante la Curia comunitaria; siempre y cuando, como ya hemos dicho, se verifiquen los *requisitos objetivos* acostumbrados. Requisitos que, siguiendo a MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS en este punto⁽³⁴⁾, serían los siguientes: *a)* que ante el «órgano jurisdiccional» interno y remitente se plantee una duda acerca de la interpretación, la validez o ambas, de una norma o acto del Derecho de la Unión; *b)* que dicha duda se suscite en el seno de un asunto todavía pendiente (o «vivo») a nivel interno; y *c)* que la respuesta del Tribunal de Justicia a dicha duda o dudas sea necesaria para resolver el asunto concreto. Por tanto, y si estos requisitos se satisfacen, no parece existir razón alguna —al menos desde el Derecho comunitario y desde un prisma subjetivo— para que un Tribunal Constitucional (incluido el español) no puede emplear el mecanismo prejudicial.

De otra parte, y abundando en lo anterior, tal vez convenga recordar que a los solos efectos de poder plantear una cuestión prejudicial los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros *forman parte o están incluidos dentro del concepto autónomo de «órgano jurisdiccional» comunitario*. Un concepto que, según hemos apuntado también antes y conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión en esta materia, se aplica y se predica de todo aquel órgano de un Estado miembro que reúna los siguientes caracteres: *a)* origen legal; *b)* permanencia; *c)* naturaleza obligatoria de su jurisdicción; *d)* respeto al principio de contradicción; *e)* aplicación de normas jurídicas en la resolución de los litigios y pleitos de los que conozca; y *f)* independencia.

Y ocurre, precisamente, que el Tribunal Constitucional español satisface todos y cada uno de estos criterios. En efecto, si nos atenemos al diseño que del mismo realiza la propia Constitución (arts. 159 y ss.), así como a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre (o LOTC, recientemente modificada), podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el Alto Tribunal español: *a)* tiene un origen legal (el que le otorgan, justamente, la Constitución y su Ley Orgánica; *b)* posee un carácter permanente; *c)* su jurisdicción resulta obligatoria; *d)* respeta el principio de contradicción; *e)* aplica normas jurídicas en la resolución de los litigios y pleitos de los que conoce; y *f)*, a pesar de los reproches que de tanto en tanto recibe a este respecto, sus miembros y el propio Tribunal están llamados a ser y a actuar de manera independiente (vid. art. 159.5 de la Constitución Española y art. 1.1 de la LOTC).

(34) Cfr., MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea...*, ob. cit., p. 460.

Así pues, y a la luz de todas estas consideraciones, tan sólo cabe insistir en lo dicho en un principio, y llegar a una única conclusión: que *el Tribunal Constitucional español (como el resto de sus homónimos y homólogos europeos) posee los rasgos y caracteres que permiten cualificarlo como «órgano jurisdiccional»* (aunque no lo sea *stricto sensu* en Derecho interno) a los solos efectos de poder hacer uso del mecanismo prejudicial. Dicho de otro modo (TENORIO SÁNCHEZ): que «... en todo caso, desde el punto de vista del ordenamiento comunitario, no cabe duda de que los Tribunales Constitucionales como el español quedan incluidos en la noción de órgano judicial elaborada con los criterios del TJUE...» a los efectos de poder plantear una o varias cuestiones prejudiciales.

Así lo ha confirmado, en fin, la práctica forense. Porque es lo cierto que existen varios ejemplos de tribunales constitucionales de otros países miembros de la Unión que han elevado cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia comunitario. Un Tribunal que no ha objetado, ni apreciado, en estos casos razón alguna de inadmisibilidad por motivo de la naturaleza constitucional del órgano remitente. A estos efectos, baste señalar a los Tribunales constitucionales de Austria, Bélgica, Lituania e Italia⁽³⁵⁾; habiéndose mostrado también favorable a esta posibilidad (de vía prejudicial) el Tribunal Constitucional portugués⁽³⁶⁾.

Esto sentado, la pregunta que de inmediato nos asalta y cabe formularse es: ¿por qué, entonces, el «retraso» del Tribunal Constitucional español en hacer uso del mecanismo prejudicial?

2. La explicación (interna y jurisprudencial) a la tardanza del Tribunal Constitucional español en utilizar la «vía» prejudicial

A la pregunta con la que terminábamos el epígrafe anterior, a saber, el porqué del retraso o tardanza de nuestro Tribunal Constitucional en hacer uso del instrumento prejudicial, se responde desde el escalón interno o nacional, y más concretamente desde su propia jurisprudencia, y no desde el Derecho de la Unión. En efecto, como acabamos de comprobar, no parece existir ningún obstáculo (subjetivo u objetivo) en el Derecho de la Unión que, *a priori*, impida a los tribunales constitucionales de los Estados miembros valerse del mecanismo prejudicial; lo que incluye, evidentemente, al Tribunal Constitucional español.

Sin embargo, nuestro Alto Tribunal, con base en una concepción del Derecho de la Unión un tanto estrecha (como si entre éste y el Derecho constitucional interno no existiese relación alguna), viene rechazando la posibilidad de emplear la «vía prejudicial» ante las peticiones (potestativas) que en varios asuntos ya se le han formulado por alguna de las partes.

(35) Vid. en el caso austriaco y entre otras, las SSTJ de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH*, as. C-143/99; la de 8 de mayo de 2003, *Wählergruppe*, as. C-171/01; la de 20 mayo de 2003, *Österreichischer Rundfunk y otros*, as. ac. C-465/00, C-38/01 y C-39/01. En lo que concierne al Tribunal Constitucional belga, véanse las SSTJ de 16 de julio de 1998, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins/Gouvernement flamand y otros*, as. C-93/97; la de 24 de mayo de 2008, *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, as. C-212/06; la de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld*, as. C-303/05; la de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones y germanophone y otros*, as. C-305/05. Por lo que respecta al Tribunal Constitucional lituano, téngase en cuenta la STJ de 9 de octubre de 2007, *Julius Sabatauskas y otros*, de 2007, as. C-239/07. Y, en fin y en lo que atañe a la Corte Constitucional italiana, véase la STJ de 17 de noviembre de 2009, *Flos*, as. C-169/08.

(36) Vid. SSTCp núms. 654/99, de 7 de diciembre; 240/00, de 11 de abril; y la 278/00, de 16 de mayo.

Esta concepción trae su causa y quedó establecida en la STC 28/1991, de 14 de febrero, donde, frente a una solicitud de una de las partes en el proceso para que el Tribunal plantease una cuestión prejudicial, éste razonó (FJ 7.º de la Sentencia) en los siguientes términos:

«... es obligado que rechacemos tal pretensión con sólo pensar que la *ratio decidendi* de nuestro pronunciamiento desestimatorio no guarda relación alguna con la norma comunitaria europea que el órgano parlamentario recurrente ha invocado para que enjuiciemos la validez constitucional del precepto legal impugnado. Nada hemos dicho ni nada es menester declarar en este proceso constitucional acerca de la acomodación o no del art. 211.2 d) LOREG a lo dispuesto en el art. 5 del Acta Electoral Europea, *pues el problema de esa acomodación no es un problema constitucional* [la cursiva ha sido añadida por el autor]. Como adviene el Abogado del Estado, el Derecho comunitario europeo tiene sus propios órganos de garantía, entre los cuales no se cuenta este Tribunal Constitucional. Por consiguiente, ninguna solicitud de interpretación sobre el alcance de la norma comunitaria citada cabe que le sea dirigida al Tribunal de Luxemburgo, dado que el art. 177 del Tratado CEE únicamente resulta operativo en los procesos en que deba hacerse aplicación del Derecho comunitario y precisamente para garantizar una interpretación uniforme del mismo...».

Este razonamiento, por cierto, encontró después continuación, entre otras, en las SSTC 143/1994, de 9 de mayo (FJ 8.º) y 265/1994, de 3 de octubre.

Sea como fuere, la razón que parece subyacer al comportamiento casi «autista» de nuestro Tribunal Constitucional en este punto (según lo califica TORRES PÉREZ)⁽³⁷⁾ no es otro que su percepción del Derecho comunitario como una suerte de Ordenamiento ajeno. Como un sistema jurídico que se sitúa en paralelo respecto a la norma constitucional; y que, por consiguiente, no forma parte de los parámetros de enjuiciamiento (de la constitucionalidad) que utiliza dicho Tribunal. Y en cierto modo, ello puede entenderse.

Porque sucede, en efecto y como es de sobra conocido por todos, que entre el Derecho de la Unión y las constituciones de los Estados (incluida la española) se establece un frágil y delicado equilibrio. Un equilibrio que no resulta del todo claro ni satisfactorio en la práctica (particularmente en lo que concierne a los Derechos fundamentales), aunque sí en la teoría. Y es que, aunque no sea este ni el momento ni el lugar oportuno para llevar a cabo una exposición detallada de esta cuestión, sí lo es para al menos apuntar:

Los Tribunales
Constitucionales
de los Estados
miembros forman
parte o están
incluidos dentro
del concepto
autónomo
de «órgano
jurisdiccional»
comunitario.

(37) Cfr. TORRES PÉREZ, A., *Conflicts of Rights. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

- 1) Que desde un estricto punto de vista teórico, el equilibrio o la relación que se establece entre el Derecho de la Unión y las constituciones de los Estados miembros está presidido por el principio de primacía (tal y como ha venido sosteniendo el propio Tribunal de Justicia de la Unión en su jurisprudencia más temprana)⁽³⁸⁾.
- 2) Que, no obstante lo anterior y cuando de los derechos fundamentales se trata, algunos Tribunales constitucionales internos (léase el alemán, el Consejo Constitucional francés o, en su momento, la Corte Constitucional italiana) han mostrado ciertos reparos a este principio y a esta lógica, hasta el punto de sugerir que, en algunos supuestos, se podría excusar el cumplimiento estricto del principio de primacía —y del Derecho— de la Unión con el fin de asegurar el estricto respeto y garantía de los derechos fundamentales nacionales.
- 3) Que este complejo sistema de relaciones Derecho de la Unión-Derechos internos-Constituciones en materia de derechos fundamentales se ha enmarañado aún más con la entrada en vigor (1 de diciembre de 2009 y de la mano del Tratado de Lisboa) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (CDFUE). Una Carta que, desde ese instante, ha adquirido «... el mismo valor jurídico que los Tratados...» y que, en cierto modo, puede decirse que «constitucionaliza» una serie de derechos fundamentales para la Unión y sus Estados, así como para sus constituciones (los comprendidos en sus artículos 1 a 50 de la misma).
- 4) Que, no obstante lo anterior, estos derechos fundamentales comunitarios (como la propia Carta indica en sus arts. 52 y 53): *a*) habrán de interpretarse conforme a las «... tradiciones constitucionales...» de dichos Estados; *b*) no ampliarán el catálogo de competencias de la Unión (ni de su Tribunal de Justicia) en esta materia; y *c*) se aplicarán de manera condicionada y limitada, respectivamente, al Reino Unido, a Polonia y a la República Checa⁽³⁹⁾.

Así pues, y como se puede apreciar, si bien la teoría nos indica que no puede verificarse un conflicto *stricto sensu* entre el Derecho de la Unión y las constituciones de los Estados y que, aun en el supuesto de que así fuera, cabría resolverlo acudiendo al principio de primacía (y a la lógica de que el Derecho de la Unión opera en un espacio distinto al nacional), lo cierto es que en la práctica ocurre que: *a*) dicho conflicto puede llegar a existir; y *b*) que, en tal caso, el recurso al principio de primacía (y a la teoría de la separación ideal de Derechos) presenta algunos inconvenientes. Porque el problema de base es que las líneas rojas que en teoría deberían separar ambos espacios (el comunitario y el nacional-constitucional), no están claras ni definidas en la práctica. De ahí que —como antes se ha dicho— pueda comprenderse que el Tribunal Constitucional español se haya negado hasta ahora a hacer uso del mecanismo prejudicial europeo.

(38) Vid. entre otras, la STJ de 17 de mayo de 1972, *Leonesio*, as. C-93/71; la STJ de 13 de julio de 1972, *Comisión vs. Italia*, as. C-48/71; la STJ de 13 de junio de 1976, *Watson y Belman*, as. C-118/75.

(39) Vid. Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido (Protocolo núm. 30, añadido por el Tratado de Lisboa); así como Declaración de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Declaración núm. 53 aneja al Tratado de Lisboa).

Sin embargo, que desde aquí podamos entender esta postura no significa que sea la más correcta ni la compartamos. A nuestro modesto entender, la falta de un marco jurídico firme y asentado de referencia a nivel comunitario no es excusa ni puede justificar —al menos sin matices— la sistemática posición de rechazo a abrir la «vía prejudicial comunitaria» que ha mantenido hasta el momento el Tribunal Constitucional español. Porque, se quiera o no —y es este uno de los grandes logros del Derecho de la Unión—, el Ordenamiento comunitario impregna los Derechos nacionales, creando así facultades y obligaciones a favor o en contra de sus destinatarios. Destinatarios que son los Estados, pero también y en no menor medida los particulares-ciudadanos, como viene reiterando incansablemente el Tribunal de Justicia de la Unión desde su ya famosa Sentencia *Van Gend en Loos*⁽⁴⁰⁾. Y si esto es cierto —y a nuestro juicio lo es—, ocurrirá que aquel Ordenamiento comunitario (en particular con la entrada en vigor de la CDFUE y teniendo en cuenta el principio de cooperación leal) terminará incidiendo, o cuando menos habrá de ser tenido en cuenta, como parámetro de referencia e interpretativo de los derechos fundamentales internos de los Estados y por sus tribunales constitucionales. Una posibilidad que tendría perfecta cabida en la Constitución Española, si nos atenemos a lo dispuesto en el art. 10.2 de la misma.

De hecho, y en esta línea, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido en alguno de sus pronunciamientos (vid. STC 91/2000, de 30 de marzo) que en el proceso de determinación del alcance y significado que poseen los derechos fundamentales de nuestra Carta Magna «... revisten especial relevancia los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España...»⁽⁴¹⁾. Tratados entre los que se encuentra y figura la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

Sin embargo, y como ya antes hemos señalado, no ha sido este el entendimiento ni la línea mayoritaria de nuestro Tribunal Constitucional. Lo que nos lleva a plantearnos una segunda pregunta: ¿por qué, a la vista de lo anterior, el Tribunal Constitucional español sí ha hecho uso del mecanismo prejudicial en el caso de autos?

3. El porqué del uso del mecanismo prejudicial en este caso concreto

Como bien ha evidenciado ARROYO JIMÉNEZ⁽⁴²⁾, la razón explicativa del cambio de jurisprudencia del Tribunal Constitucional español —siendo coherente en el fondo con su línea argumental anterior— es que, *en el caso de autos, sí nos encontramos ante un problema de relevancia constitucional*.

En efecto, ocurre que, a diferencia de este caso concreto, los asuntos que hasta la fecha se habían presentado ante el Tribunal Constitucional español y respecto de los cuales habían solicitado las partes el planteamiento de una o varias cuestiones prejudiciales lo eran de naturaleza infra o para-constitucional. Dicho de otro modo: se interpelaba al Alto Tribunal acerca de si una norma o acto interno se acomodaba, o no, al Derecho de la Unión.

(40) STJ de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, as. 26/62.

(41) Ver. FJ 7 de esta sentencia.

(42) Vid. ARROYO JIMÉNEZ, L., «Sobre la primera cuestión prejudicial...», ob. cit., p. 18.

Y es ésta, desde luego, una materia que no incumbe a nuestro Tribunal Constitucional, pues su ámbito material —y constitucional (art. 161)— de jurisdicción es otro muy distinto.

Sin embargo, y precisamente en el caso que da lugar al ATC 86/2011, de 9 de junio, sí estamos ante un problema de carácter constitucional. Un problema que, como ya antes hemos apuntado, se reduce en esencia a dilucidar si un órgano jurisdiccional español (la Audiencia Nacional), al dar cumplimiento y ejecutar una orden de detención europea dictada por un órgano jurisdiccional de Italia (el Tribunal de Ferrara), podría haber vulnerado (indirectamente), o no, el derecho a un proceso justo y con todas las garantías de un ciudadano italiano; amparado por el art. 24.2 de la Constitución Española.

Así pues, el «rango constitucional» del asunto que ahora se plantea ante nuestro Alto Tribunal parece indiscutible. De suerte que la respuesta a la pregunta con la que hemos comenzado este epígrafe también parece clara: el Tribunal Constitucional español, en el caso de autos (ante la posible vulneración indirecta de un derecho fundamental interno), y a diferencia de otras ocasiones, *sí aprecia que las dudas sobre el significado y la validez de las disposiciones de Derecho europeo* (incluida ahora la CDFUE) «... adquieren una relevancia constitucional mediata, en tanto contribuyen a delimitar el alcance del derecho reconocido en el art. 24.2 de la CE...»⁽⁴³⁾.

Es más, a nuestro juicio hay una segunda razón (de índole estrictamente comunitaria) que conviene no olvidar y que también explicaría que el Tribunal Constitucional español se haya visto «forzado» en este caso a servirse del mecanismo prejudicial. Porque ocurre que, al menos en parte y conforme a la segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia de la Unión, el Tribunal Constitucional de nuestro país *duda de la validez* de un precepto de Derecho comunitario. Así es, si nos atenemos al tenor literal de la segunda de las cuestiones prejudiciales planteadas por nuestro Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión, descubrimos que aquél duda acerca de la compatibilidad del apartado 1 del art. 4 *bis* de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, con el art. 47 y 48.2 de la CDFUE. Es decir, de un precepto de una norma de Derecho derivado de la Unión con lo establecido en una norma de Derecho originario.

Pues bien, es de todos sabido y en este trabajo se recordado, que cuando un órgano jurisdiccional interno (y el Tribunal Constitucional lo es a estos solos efectos) duda acerca de la validez de una norma, acto o previsión de Derecho de la Unión, está obligado —y no sólo facultado— a plantear la cuestión o cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia comunitario. Por tanto, el Tribunal Constitucional español, en este caso concreto, no sólo podía hacer uso del mecanismo prejudicial con base en motivos y argumentos de orden interno, sino que también y conforme al Derecho comunitario estaba obligado a plantear, cuando menos, la duda atinente a la validez del apdo. 1, del art. 4 *bis* de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio.

Asunto del todo distinto y que aquí no nos concierne analizar, es el de si el planteamiento de la cuestión prejudicial (precisamente en este caso concreto) resulta «extemporáneo» (según alega en su oposición a la misma el Ministerio Fiscal)⁽⁴⁴⁾; o si, desde un

(43) Vid. supra, p. 19.

(44) Vid. antecedente 5 del ATC 86/2011, de 9 de junio.

punto de vista procesal y como sostiene ARIAS RODRÍGUEZ, las cuestiones prejudiciales planteadas resultan obvias, no menos forzadas y evidencian que el ATC 86/2011, de 9 de junio «... desconoce cómo ha de operar el principio de reconocimiento mutuo [de resoluciones judiciales], cuya efectividad no sólo requiere consolidar la confianza en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, sino el establecimiento de normas mínimas de Derecho procesal...»⁽⁴⁵⁾.

Lo que aquí importa, por el contrario, y confiamos en haberlo subrayado, es que el Tribunal Constitucional español, por vez primera en su historia, haya sido capaz de superar sus propias barreras jurisprudenciales (y una lógica cuando menos cuestionable) para hacer uso del mecanismo prejudicial en un caso —cierto es— muy particular (en el que se discute acerca de la posible vulneración indirecta, o no, de un derecho fundamental interno). Y así también, que con ello se abre una interesante vía (prejudicial) de colaboración —hasta ahora inédita— entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Justicia comunitario. Una vía que, como bien han señalado algunos autores (por todos ARROYO JIMÉNEZ)⁽⁴⁶⁾, bien puede servir para fortalecer, ya sea al propio Tribunal Constitucional español, ya sea al instrumento prejudicial, en el seno del sistema jurisdiccional de la Unión.

El carácter de pieza clave del sistema judicial europeo se ha visto reforzado con la aprobación y entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la cuestión o el mecanismo prejudicial constituye *una pieza clave* del sistema jurisdiccional de la Unión Europea. A su través, en efecto y conforme al régimen del procedimiento prejudicial ordinario, al procedimiento prejudicial acelerado o al procedimiento prejudicial de urgencia (PPU), el Tribunal de Justicia, previa petición (en principio voluntaria) de un órgano jurisdiccional interno, puede interpretar la práctica totalidad del Derecho originario y derivado de la Unión, así como evaluar el grado de adecuación del mismo a la legalidad comunitaria (validez); salvedad hecha de las normas y actos atinentes a la PESC que, en su mayor parte, esquivan el control prejudicial del Tribunal de Justicia.

Pues bien, *este carácter de pieza clave del sistema judicial europeo se ha visto reforzado con la aprobación y entrada en vigor del Tratado de Lisboa*. Así es, consecuencia directa o indirecta del mismo, lo cierto es que el ámbito de aplicación de la competencia prejudicial de la Corte de Justicia no ha hecho sino crecer, y ello debido a dos innovaciones principales. La primera es que se ha dotado a *la Carta de los Derechos*

(45) Vid. ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., «Sobre las cuestiones prejudiciales en el auto del Tribunal Constitucional...», ob. cit., p. 11.

(46) Cfr., ARROYO JIMÉNEZ, L., «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada...», ob. cit., pp. 22 y ss.

Fundamentales de la Unión Europea de carácter vinculante (excepción hecha del Reino Unido, Polonia y, en un futuro, la República Checa), por aquélla ha pasado a formar parte del Derecho originario y, a su través, de las normas o actos de los que el Tribunal de Justicia puede conocer prejudicialmente.

De hecho, y como también hemos tenido ocasión de comprobar, esta ampliación ha traído como consecuencia inesperada que tribunales constitucionales de los Estados miembros que hasta ahora se habían mostrado reticentes a utilizar la técnica prejudicial se hayan atrevido a hacerlo. Es el caso del Tribunal Constitucional español que, a través de su Auto 86/2011, de 9 de junio, ha planteado al Tribunal de Justicia de la Unión tres cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del art. 4 *bis*, apdo. 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, en relación con los arts. 47 y 48.2 de la CDFUE. Lo cual, con independencia ahora de otras lecturas de fondo o procesales, constituye todo un hito en la historia de nuestro Tribunal Constitucional.

De otra parte, y junto a esta primera innovación, hay que señalar una segunda, como lo es la «comunitarización» del *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*. Es decir, su inclusión en virtud del Tratado de Lisboa como una política más en el seno de la Unión (aun conservando ciertas especialidades). Lo que significa, a su vez, que las decisiones que se adopten en este ámbito podrán ser conocidas prejudicialmente por la Corte de Justicia (dejando a un lado aquellos actos y normas relacionados con las operaciones de estricta policía, orden público y seguridad interior, cuyo control y responsabilidad atañe a los Estados).

En todo caso, y a nuestro juicio, existen *dos cuestiones pendientes* relacionadas con el mecanismo prejudicial y con el Tratado de Lisboa que, lejos de verse resueltas, no han hecho sino enturbiarse. Nos estamos refiriendo, en primer lugar, *al riesgo aún mayor de parálisis por acumulación de trabajo que va a padecer (y está padeciendo ya) el Tribunal de Justicia*. Pues es lo cierto que la ampliación de la competencia del Tribunal de Justicia de la que venimos de dar noticia no ha venido acompañada de la instauración de mecanismos de flexibilidad que permitan que dicho Tribunal pueda delegar parte de sus atribuciones como «juzgador prejudicial» en otros niveles de la estructura judicial europea (paradigmáticamente, a favor del Tribunal General). Y ello, justo es decirlo, a pesar de que el art. 256.3 del TFUE contempla esta posibilidad cuando así lo disponga el Estatuto del Tribunal de Justicia.

Por último, existe una segunda cuestión que, a nuestro entender, tampoco ha sido felizmente zanjada por el Tratado de Lisboa: *el fortalecimiento de las atribuciones «constitucionales» del Tribunal de Justicia, inclusión hecha del mecanismo prejudicial, y su encaje con respecto a la tradicional labor desempeñada en este campo por los órganos constitucionales internos y sus propios procedimientos interpretativos*. Porque sucede que la atribución de carácter jurídico vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha reabierto —como hemos visto en el caso español— el debate acerca de si el Tribunal puede ser considerado (o no) un órgano constitucional o cuasi-constitucional; y, en caso afirmativo, cómo podría encajar esta pieza (la Corte de Justicia) y sus atribuciones (incluidas las prejudiciales) en el marco de la interpretación de los Derechos fundamentales, junto a otras piezas (los Tribunales constitucionales) y otras atribuciones (recursos de amparo, cuestiones de constitucionalidad, etc.) características de los Estados miembros y con una larga tradición a sus espaldas como exegetas únicos y principales de aquellos derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., «Cuestión prejudicial comunitaria», en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 21, 1998, pp. 39 a 43.
- ALONSO GARCÍA, R., «Cuestión prejudicial comunitaria y autonomía procesal nacional: a propósito del asunto Cartesio, STJCE de 16 de diciembre de 2008 (C-210/06)», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 30, 2009, pp. 197 a 222.
- *Derecho Comunitario. Sistema institucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), Madrid, 1994.
- *El juez español y el derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Edit. Consejo General del Poder Judicial (Centro de Documentación Judicial), Madrid, 2003.
- *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 2.^a ed., Edit. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- ALONSO GARCÍA, R. y BAÑO LEÓN, J.M., «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, mayo-agosto, 1990, pp. 193 a 222.
- ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., «Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en el Auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011 sobre la orden de detención europea», en *Diario La Ley*, núm. 7726, Sección Doctrina, de 31 de octubre de 2011, Año XXXII, pp. 1 a 11 [en su versión electrónica].
- ARROYO JIMÉNEZ, L., «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional», en *Indret*, núm. 4, 2011, pp. 1 a 25 [documento en línea, disponible desde Internet en <<http://www.indret.com/es/>>, con acceso el 23 de diciembre de 2011].
- BACIGALUPO SAGGESE, M., «El sistema jurisdiccional de la Unión Europea», en Linde Paniagua, E. et. al., *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Edit. Colex, Madrid, 2000, pp. 433 a 539.
- BACIGALUPO SAGGESE, M. y FUENTETAJA PASTOR, J.A., «*Fumus boni iuris, periculum in mora* y equilibrio de intereses como presupuestos de la tutela cautelar comunitaria», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 94, 1997, pp. 287 a 306.
- BAÑO LEÓN, J.M., «El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, mayo-agosto, 2004, pp. 465 a 481.
- BARONA VILAR, S., «La cuestión prejudicial comunitaria», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1997, pp. 1238 a 1248.
- CARRASCO DURÁN, M., «La obligación de los órganos judiciales de presentar la cuestión prejudicial antes de decidir no aplicar una ley por su contradicción con las normas de derecho comunitario», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 72, 2005, pp. 379 a 402.
- CARRERA HERNÁNDEZ, J., «La indefensión de los particulares en España ante el incumplimiento del Derecho comunitario», en *Revista Internacional Europea*, 1994-I, pp. 171 a 192.
- CHITI, M.P., *Derecho Administrativo Europeo*, en Ortega Álvarez, L. (traducido por), Edit. Civitas, Madrid, 2002.
- COBOS ORIHUEL, F.P. de los, «La primera cuestión prejudicial española», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1991, pp. 71 a 80.

- DÍEZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, 3.ª ed., Edit. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2005.
- ESTELLA DE NORIEGA, A., «Los controles de la Administración Pública comunitaria», en Parejo Alfonso, L. et al., *Manual de Derecho Administrativo Comunitario*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), Madrid, 2000.
- FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. de y MUÑOZ RODRÍGUEZ, M.C., «Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2005 y 2006. Análisis y valoraciones de la práctica judicial», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 13, 32, 2009, pp. 179 a 238.
- FRAILE ORTIZ, M., «Negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 7, 2003, pp. 433 a 466.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La ampliación de competencias de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del Derecho comunitario. Sentencia *Borelli* de 3 de diciembre de 1992 del Tribunal de Justicia y el artículo 5 CEE», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1993, pp. 297 a 314.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La sentencia *factortame* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 67, 1990, pp. 401 a 422.
- JIMENO BULNEZ, J.M., *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Edit. Bosch, Barcelona, 1996.
- LÓPEZ-MEDEL BASCONES, J.L., «Arbitraje, Jurisdicciones Nacionales y Cuestión Prejudicial», en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1849, 1999, pp. 2177 a 2193.
- MAESO SECO, L.F., «Cuestiones prejudiciales», en Ortega Álvarez, L. (Dir.), *Derecho Comunitario europeo*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 197 a 232.
- «La ejecución administrativa del Derecho comunitario: ejecución indirecta y procedimientos compuestos», en Ortega Álvarez, L. (Dir.), *La seguridad integral europea*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 41 a 114.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6.ª ed., Edit. Tecnos, Madrid, 2010.
- MORCILLO MORENO, J., «La cuestión prejudicial comunitaria: la obligación de remisión prejudicial», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 201, 2001, pp. 9 a 29.
- «Prejudicialidad comunitaria y proceso administrativo: ¿un supuesto más de devolutividad prejudicial? Especificidades de la cuestión prejudicial comunitaria y consecuencias de su no planteamiento por el juez español (STC 58/2004, de 19 de abril)», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 247-248, 2005, pp. 91 a 96.
- *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo*, Edit. La ley, Madrid, 2007.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Edit. Civitas, Madrid, 1993.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D. y LÓPEZ ESCUDERO, M., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 47, 1997, pp. 83 a 114.
- SÁNCHEZ DE LA PARRA Y SEPTIÉN, P.F., *Las cuestiones prejudiciales en el orden jurisdiccional penal, civil, contencioso y social*, Edit. Comares, Granada, 1996.

- SENÉS MOTILLA, M.C., *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, Edit. McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- STOFFEL VALLOTON, N., «La garantía judicial del Derecho comunitario», en Escobar Hernández, C. (Dir.), *Instituciones de Derecho Comunitario*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 223 a 238.
- TENORIO SÁNCHEZ, P., «Tribunal Constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Diario La Ley*, núm. 7520, Sección Tribuna, Año XXXI, pp. 1 a 12 [en su versión electrónica].
- TESO GAMELLA, P., «La cuestión prejudicial prevista en el art. 177 del tratado de la CEE (especial referencia a la modalidad de interpretación)», en *Actualidad Administrativa*, núm. 23, 1992, pp. 243 a 253.
- VIDAL PRADO, C., «Tribunal Constitucional español y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El planteamiento de la cuestión prejudicial», en Miguel Ángel García Herrera (Coord.), *Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España (actas del congreso celebrado en Bilbao los días 19 a 21 de noviembre de 2003)*, Vol. 1, Edit. Universidad del País Vasco, 2005, pp. 705 a 717.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.A., *La cuestión prejudicial en el derecho comunitario europeo: artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea*, Edit. Tecnos, Madrid, 1994.

CONSECUENCIAS IMPREVISTAS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: LA REVISIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR ERROR JUDICIAL POR EFECTO DE LA SENTENCIA *TENDAM* DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

RESUMEN

Consecuencias imprevistas de la presunción de inocencia: la revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad por error judicial por efecto de la Sentencia *Tendam* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El presente trabajo analiza críticamente la nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad patrimonial por error judicial en caso de prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento libre por la llamada inexistencia subjetiva del hecho delictivo. Esta nueva doctrina supone en la práctica una reducción de las garantías de los interesados, que deberán instar ahora previamente la acción de reconocimiento del error judicial para reclamar la indemnización. Paradójicamente, la nueva doctrina es una consecuencia de la doctrina establecida en la Sentencia *Tendam contra España* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya única finalidad es tutelar el derecho a la presunción de inocencia. En el artículo se explican las causas del cambio de doctrina y se expone una propuesta alternativa.

La dogmática jurídica depara a veces resultados paradójicos en su aplicación práctica. Sucede así que algunas decisiones jurídicas adoptadas con una finalidad determinada tienen efectos inesperados en el conjunto del ordenamiento, que pueden ser contradictorios con aquella finalidad. Estas paradojas del Derecho son relativamente frecuentes cuando se deben a la aprobación de nuevas normas, legislativas o reglamentarias, ya que por inadvertencia, desconocimiento o por un planteamiento equivocado de sus autores, algunas normas consiguen algo muy distinto e incluso lo con-

ABSTRACT

Unforeseen consequences of the presumption of innocence: revision of the High Court doctrine about the responsibility due to judicial error because of the *Tendam* Sentence of the European Human Rights Court

The current work critically analyzes the new High Court doctrine about the net worth responsibility due to judicial error in case of preventive imprisonment followed by acquittal or final dismissal for the so called subjective non-existence of criminal act. This new doctrine implies a reduction of guarantees for those concerned, as now they must demand in advance the acknowledgement of the judicial error in order to claim the compensation. Paradoxically, the new doctrine is a consequence of the doctrine established in the *Tendam* Sentence against Spain of the European Human Rights Court, whose unique intend is to regulate the right of presumption of innocence. The article explains the causes of the doctrine change and puts forward an alternative proposal.

The legal dogmatism sometimes brings about paradoxical results when taken into practice. It happens that some legal decisions taken with a certain aim have unforeseen effects in the legal system as a whole and can even be contradictory with its original purpose. These paradoxes of the Law are relatively frequent when their origin is in the approval of new norms, legislative or statutory, and certain regulations get something very different or even the opposite of what they were intended for due to inadvertence, ignorance or because of a wrong approach from their authors. But it does not happen that often in the case in which

trario de lo que se proponen. Pero no es tan normal el caso en que la doctrina de un Tribunal, dictada con el propósito de elevar el nivel de garantías de los derechos de los ciudadanos, tenga como consecuencia indirecta reducir esas garantías. Si esto ocurre es que la propia doctrina falla, aunque sea en sus matices o precisamente por la ausencia de éstos, o bien que la interpretación y aplicación deductiva de la misma no es adecuada.

Me suscita estas reflexiones el giro radical que ha experimentado la doctrina de nuestro Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial en los casos en que se decreta prisión preventiva y posteriormente se declara en sentencia o resolución judicial firme la libre absolución del afectado, por inexistencia subjetiva del supuesto delito, es decir, porque se establece con claridad la falta de participación del mismo en los hechos sancionables penalmente.

Pues dicho giro jurisprudencial, que, como se verá, puede dificultar en mayor medida que hasta ahora el reconocimiento del derecho a la reparación del daño, dice tener su raíz en la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2010, dictada en el caso *Tendam* contra España. Cuando lo cierto es que esta última sentencia se pronuncia tan solo sobre el derecho a la presunción de inocencia, con la intención de tutelarla con posterioridad incluso al proceso penal.

Para entender cómo y por qué ha tenido lugar ese cambio de doctrina y para analizar críticamente la causa que explica ese resultado paradójico, conviene recordar brevemente la legislación y la jurisprudencia española sobre la responsabilidad por error judicial en tales supuestos, que muchos de los lectores conocen sin duda. A continuación veremos cuál es el contenido de la citada Sentencia *Tendam*, en función de sus antecedentes y de su propio texto. Y finalmente expondremos los fundamentos de la nueva jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Palabras clave: Presunción de inocencia, responsabilidad patrimonial por error judicial, prisión preventiva, Tribunal Supremo, garantías, libre absolución.

the doctrine of a Court, sentenced with the aim of improving the level of guarantees of rights of the citizens, has as a direct consequence the reduction of these guarantees. If this happens it means that it is the doctrine itself that fails, although it is in its nuances or for the lack of them, or the interpretation and its deductive application is not the right one.

These thoughts come to me further to the drastic change experienced by the doctrine of our High Court about the State's patrimonial liability due to judicial error in the cases of remand to preventive prison and subsequently it is found, in a sentence or in a final judicial resolution, the final acquittal of the person affected, by subjective nonexistence of the alleged crime, that is to say, because it is clear they did not participate in the punishable fact. Such legal turn that, as it will be seen later on, can bring difficulties to a higher extent that up to now had the acknowledgement of the right to damage recovery, is said to come from the doctrine included in the Sentence of the European Court of Human Rights of 13rd July 2010, passed in the case *Tendam* against Spain. When the truth is that this later sentence only deals with the right of presumption of innocence, with the intent of guiding it with posteriority even to the penal process.

To understand how and why this doctrine change has taken place and to analyze the cause that explains such a paradoxical result, we should remember the Spanish legislation and jurisprudence about the liability due to judicial error in such suppositions, and which with no doubt is well known by our readers. Next we will see the content is of the afore mentioned *Tendam* Sentence, analyzing its antecedents and its own text. And finally we will expose the basics of the new jurisprudence of our High Court.

Key words: Presumption of innocence, patrimonial liability due to judicial error, preventive detention, High Court, guarantees, acquittal.

SUMARIO

1. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ERROR JUDICIAL EN CASO DE PRISIÓN PREVENTIVA.
2. LA AMPLIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA AL SUPUESTO DE INEXISTENCIA SUBJETIVA DEL HECHO IMPUTADO.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EN PARTICULAR LA SENTENCIA *TENDAM* DE 13 DE JULIO DE 2010.
 4. LA NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO
 5. OBSERVACIONES CRÍTICAS.
-

1. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ERROR JUDICIAL EN CASO DE PRISIÓN PREVENTIVA

Como es sabido, el artículo 121 de la Constitución dispone que «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley». Este precepto constitucional ha sido desarrollado por el Título V del Libro III de la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 292 a 297).

Por lo que se refiere a la responsabilidad por error judicial, que es lo que aquí nos interesa, es decir, la imputable a una resolución judicial supuestamente equivocada, el artículo 293 LOPJ establece el régimen general. En su virtud, la reclamación de indemnización por este concepto debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente reconozca la existencia de tal error. Esa decisión puede resultar de una sentencia dictada en virtud de un recurso de revisión o bien, como es más frecuente, en virtud de una acción judicial específica, que debe instarse en el plazo inexcusable de tres meses desde que puede ejercitarse —y en todo caso una vez agotados los recursos previstos en el ordenamiento jurídico— ante la Sala el Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional del órgano al que se imputa el error (o a la Sala del artículo 61, si el error se imputa al propio Tribunal Supremo).

La citada acción judicial de reconocimiento del error judicial es, sin embargo, un cauce limitado y difícil. No ya sólo por los términos con que se configura en la ley, dada la limitación del plazo de ejercicio y la condena en costas al peticionario en caso de sentencia desestimatoria, sino sobre todo por la restrictiva jurisprudencia que mantiene el Tribunal Supremo acerca de lo que debe entenderse por error judicial a estos efectos.

El error judicial no es el que deriva sin más de una resolución que se revela contraria a Derecho. Por eso dispone el artículo 292.3 LOPJ que «la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola el derecho a indemnización». Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, el error judicial que da origen a la responsabilidad del Estado es solo un error manifiesto, totalmente injustificado, grosero, flagrante, carente de lógica o de explicación, ya afecte a la declaración de hechos probados o a su valoración o al razonamiento aplicativo del Derecho (SSTS de 21 de mayo y 3 de diciembre de 1998, 14 de noviembre de 2000, 13 de octubre de 2001 y tantas otras)⁽¹⁾. Es, por tanto, un tipo de

(1) Sobre el contenido de esta jurisprudencia me remito, por todos, al excelente libro de F. LÓPEZ MENUDO, E. GUICHOT REINA y J.A. CARRILLO DONAIRE, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 339 y siguientes.

error cualificado por su evidencia, que demuestra una actuación del juzgador incomprensible e injustificable. Algo que excede del ejercicio normal de la función jurisdiccional, que sí incluye en cambio que se dicten decisiones aparentemente fundadas en Derecho, aunque sean posteriormente revocadas.

Este tipo de error judicial indemnizable es, por lo demás, el que se reconoce como tal en otros ordenamientos e inclusive hoy por el Tribunal de Justicia de la UE, cuando se produce por la infracción del Derecho comunitario europeo imputable a una resolución judicial. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que se recoge en las Sentencias de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, y 13 de junio de 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, se refiere al concepto de infracción «manifiesta y caracterizada», que, con independencia del modo en que se aplique, es equivalente al concepto de error palmario o injustificable que exige nuestro Tribunal Supremo. Bien entendido que el error judicial no es solo el que dimana de una actuación dolosa o gravemente culposa de los jueces o magistrados, como deja claro la reciente Sentencia de 24 de noviembre de 2011, *Comisión contra Italia*, del propio Tribunal de Justicia. Aun sin la concurrencia de este elemento de culpabilidad subjetiva, una decisión judicial puede ser manifiestamente errónea. Dicho sea sin perjuicio de que, en la realidad, la cualificación del error revela por lo general algún tipo de negligencia o de incompetencia (profesional) de su autor.

Que la responsabilidad del Estado quede limitada a este tipo de errores es perfectamente lógico. Si cualquier decisión judicial que causa directamente daños o perjuicios evaluables y es posteriormente revocada confriera a los afectados un derecho a indemnización, no habría recursos públicos suficientes para reparar todos esos daños. El derecho a la tutela judicial efectiva conlleva el de obtener una resolución fundada en Derecho que dé respuesta a las pretensiones de las partes. Pero una decisión judicial fundada en Derecho no significa una decisión correcta en todo caso e insusceptible de ser revocada por su contenido. En la esencia del sistema jurisdiccional está que los jueces y magistrados pueden equivocarse, pues no siempre es fácil deducir y valorar los hechos y aplicar las normas conforme a la interpretación precedente —algo tantas veces opinable—. Por eso se prevén los recursos contra las resoluciones judiciales. Y por eso también sería injusto imputar al Estado —o sea, a los contribuyentes— las consecuencias lesivas de toda decisión judicial que, en virtud de los mismos, se revela errónea.

Ahora bien, sin duda por la especial gravedad del error, el artículo 294 LOPJ singulariza un supuesto en el que no hace falta obtener una decisión judicial previa que confirme la existencia de error judicial para reclamar la indemnización correspondiente. Es aquel en que el interesado ha sufrido prisión preventiva, pero después es absuelto por sentencia o se dicta auto de sobreseimiento libre «por inexistencia del hecho imputado». En tales casos la Ley presume *iuris et de iure* que se ha producido un error judicial al decretarse la prisión preventiva. Presunción esta que no implica en absoluto atribuir negligencia o culpabilidad al juez autor de tal medida provisional ni que la resolución que ordena carezca de fundamento jurídico o sea de por sí irrazonable o ilógica. Se admite el derecho a indemnización porque el legislador entiende que el interesado no tiene el deber de soportar el perjuicio causado en ninguno de esos casos, lo que aproxima este supuesto al de responsabilidad objetiva por el funcionamiento, incluso normal, de los servicios públicos, previsto por nuestra legislación administrativa.

En consecuencia, se aplica en estos casos una regla especial, que permite reclamar directamente la indemnización al Ministerio de Justicia, al objeto de que se determine no ya la procedencia sino exclusivamente la cuantía de la indemnización. Para lo cual el interesado cuenta con el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad de un año, a partir de la resolución judicial que declara la inexistencia del hecho imputado.

Conviene precisar que la responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 294 LOPJ deriva de la prisión preventiva sufrida y no de otro tipo de situaciones. Pues, en el vigente Derecho europeo y, en concreto, en el artículo 3 del Protocolo número 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, existe una regla similar de responsabilidad, pero se refiere a los supuestos de prisión definitiva en virtud de una sentencia firme de condena que resulta anulada con posterioridad —o se concede un indulto— porque un hecho nuevo o no conocido en el momento de la condena demuestre que se ha producido un error judicial, salvo que el desconocimiento de tal hecho en su momento fuera imputable al condenado. Naturalmente este supuesto de responsabilidad por error judicial se aplica en nuestro Derecho, no solo en virtud de la ratificación del citado Protocolo número 7, sino también porque el que describe es uno de los casos en que el error judicial puede resultar directamente de una sentencia dictada en recurso de revisión, conforme al artículo 293 LOPJ. Dicho lo cual, lo que aquí nos interesa es la responsabilidad por prisión preventiva en caso de posterior absolución o sobreseimiento libre.

La reclamación de indemnización por error judicial basada en la prisión preventiva seguida de absolución puede presentarse sin más ante el Ministerio de Justicia.

2. LA AMPLIACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA AL SUPUESTO DE INEXISTENCIA SUBJETIVA DEL HECHO IMPUTADO

Poco tiempo después de la entrada en vigor de la LOPJ, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) amplió el ámbito de aplicación del artículo 294 al supuesto denominado de inexistencia subjetiva del hecho imputado, es decir, aquel en que se declara por resolución judicial que el afectado no participó en tales hechos delictivos. La diferencia estriba en que en estos casos no se declara judicialmente que no existieran tales hechos delictivos, sino que el inculpado que ha sufrido por tal causa prisión preventiva no participó o no pudo participar en ellos.

Bien entendido que se trata de aquellos casos en que esa no participación del imputado se considera acreditada o se deduce con toda claridad de la sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, pero no de otros en que se declara la absolución por falta de pruebas —o por cual-

quier otra circunstancia o razón de Derecho— pero no consta la consideración o manifestación expresa por la que el órgano judicial competente afirme la falta de participación del interesado en la comisión del hecho delictivo. En la práctica, sin embargo, no siempre es fácil deducir del texto y fundamentos de la sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento si se considera acreditada la no participación o si se absuelve o sobresee simplemente por falta de pruebas. De ahí que la aplicación de esta doctrina jurisprudencial no esté exenta de matices en la práctica⁽²⁾.

Esta doctrina jurisprudencial se elaboró y se consolidó desde finales de los años ochenta, es decir desde el mismo momento en que empezó a aplicarse la regulación de la LOPJ sobre la materia. Salvo error u omisión por mi parte, la primera Sentencia que la enuncia es la STS de 27 de enero de 1989 (num. 78; Ponente Delgado Barrio), que se basa en una interpretación finalista y extensiva de lo dispuesto en el artículo 294:

«Prueba de la inexistencia del hecho y prueba de la falta de participación del sujeto —argumenta esa Sentencia— son, pues, dos supuestos equiparables y subsumibles ambos en la regulación del art. 294. No resulta en cambio viable extender su virtualidad a los casos de falta de prueba de la participación en el hecho, en los que la reclamación de una posible indemnización derivada de la prisión preventiva habrá de discurrir por el cauce general del art. 293.1».

Curiosamente, la STS de 27 de enero de 1989 desestimó la pretensión de indemnización, porque se trataba de un supuesto de absolución por falta de pruebas y no de inexistencia subjetiva del hecho delictivo. Pero la doctrina se recogió en otras sentencias posteriores (SSTS 30 de junio de 1989 y de 30 de abril y 4 de diciembre de 1990, entre otras) y se ha mantenido en vigor durante más de dos décadas.

Es más, el Tribunal Constitucional, en la STC 98/1992, de 22 de junio, ratificó dicha doctrina jurisprudencial en tanto que adecuada a la Constitución, al resolver un recurso de amparo contra una de las citadas sentencias del Tribunal Supremo, la STS de 30 de junio de 1989:

«Tal doctrina es plenamente conforme con el principio de igualdad en la aplicación de la ley, puesto que, siendo indudable que, desde la finalidad de la norma, la inexistencia objetiva y la subjetiva del hecho imputado son esencialmente iguales y deben, por ello, recibir el tratamiento unitario que les reconoce la Sentencia recurrida; mientras que el supuesto de absolución por falta de pruebas es esencialmente diferente de los anteriores, en cuanto que en los primeros está probada la inocencia del acusado y, por consiguiente, que la prisión preventiva fue acordada con error judicial y esto no ocurre cuando la participación del acusado en el hecho perseguido no pudo probarse de manera convincente.

Y es que una cosa es que exista prueba positiva de un hecho negativo —no existencia del hecho o no participación del acusado— y cosa bien distinta la ausencia de prueba de un hecho positivo —existencia del hecho o participación del acusado—, pues esta última no es acreditativa del error judicial que contempla el art. 294.1 de la LOPJ y, por lo tanto, es una situación sustancialmente diferente de aquélla, lo cual justifica la diferencia de trato

(2) Véase LÓPEZ MENUDO y otros, *op.cit.*, pp. 352-357.

normativo que le confiere dicho precepto legal, según la interpretación de la Sentencia recurrida que resulta, por ello, plenamente conforme con el principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución».

En definitiva, según la doctrina asentada hasta hace poco la reclamación de indemnización por error judicial basada en la prisión preventiva seguida de absolución puede presentarse sin más ante el Ministerio de Justicia, conforme al artículo 294 LOPJ, siempre que haya quedado acreditada por la resolución judicial absolutoria sea la inexistencia objetiva del hecho delictivo imputado sea la falta de participación en el mismo del reclamante (inexistencia subjetiva). No solo eso sino que, según el Tribunal Constitucional, la interpretación extensiva del artículo 294 a los supuestos de inexistencia subjetiva sería constitucionalmente necesaria, en virtud del principio de igualdad jurídica, ya que una y otra situación son sustancialmente iguales.

Por el contrario, no es extensible el cauce del artículo 294 LOPJ a aquellos supuestos en que la absolución se decreta por falta de prueba de la existencia de delito o de la participación en el hecho delictivo de quien ha sufrido la prisión preventiva. En estos casos, el error judicial no se presume *ex lege*. Eso no significa que no haya responsabilidad patrimonial del Estado. Pero el interesado deberá instar primero la declaración de error judicial por el cauce previsto en el artículo 293.1 LOPJ y solo si se comprueba que ha habido tal error —palmario, injustificable, ilógico..., como el Tribunal Supremo lo entiende— podrá formularse la reclamación indemnizatoria.

En reiteradas ocasiones, nuestra jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, ha declarado la autonomía de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial en caso de error judicial por relación a la presunción de inocencia⁽³⁾. De donde se infiere que, si la absolución basada exclusivamente en esa presunción no confiere automáticamente derecho a indemnización por error judicial cuando se ha decretado prisión preventiva, la denegación de tal indemnización no prejuzga en absoluto la culpabilidad del afectado. Una cosa es la presunción de inocencia y otra cosa es que, en la fase inicial del procedimiento, se entienda cometido un error judicial por el mero hecho de dictar prisión preventiva contra quien, posteriormente no resulta condenado por falta de pruebas. Tal error judicial, en el sentido que aquí interesa, puede no haber existido, ya que en esa fase inicial de las diligencias penales, la simple existencia de indicios delictivos unida a otras causas, como el riesgo de fuga del sospechoso o el de destrucción de pruebas o la alarma social generada, puede justificar razonablemente la adopción de una medida cautelar tan grave (arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Y, no existiendo error judicial, no hay título de imputación de responsabilidad patrimonial al Estado. El imputado tiene en tales casos el deber jurídico de soportar el daño causado por la situación de prisión preventiva, pues de lo contrario la diligencia de los jueces en la adopción de las medidas que *a priori* se estiman apropiadas para la persecución de los delitos y la salvaguarda de la seguridad ciudadana y los derechos de terceros podría quedar seriamente comprometida.

(3) Así, por ejemplo, en STS de 28 de septiembre 1999 y ATC de 22 de junio de 1998. Véase LÓPEZ MENDO y otros, *op. cit.*, pp. 350-351.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EN PARTICULAR LA SENTENCIA *TENDAM* DE 13 DE JULIO DE 2010

La construcción jurisprudencial que, fundada en una interpretación extensiva de nuestra legislación, había sido adoptada por nuestros Tribunales ha quedado desvirtuada a raíz de la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el alcance del derecho a la presunción de inocencia. De hecho, el Tribunal Supremo ha modificado radicalmente su posición favorable a extender la regulación del artículo 294 LOPJ a los supuestos de prisión preventiva en que se declara la inexistencia subjetiva de actividad delictiva, y ese cambio de doctrina tiene su causa directa en la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 13 de julio de 2010 en el caso *Tendam* (asunto 25720/2005).

El supuesto de hecho que resuelve esa Sentencia es un caso típico de denegación de indemnización por prisión preventiva seguida de absolución del interesado por falta de pruebas. El Sr. Tendam, ciudadano alemán residente en Tenerife, fue imputado en su día por un presunto delito de robo (de colmenas) y absuelto por falta de pruebas en la segunda instancia, después de haber sido condenado en la primera. Durante la tramitación de las diligencias penales sufrió varios meses de prisión preventiva. Conocida la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Tenerife, reclamó indemnización del Ministerio de Justicia por error judicial, al amparo del artículo 294 LOPJ, que le fue denegada porque no se trataba de un supuesto de inexistencia objetiva o subjetiva del delito, ya que según la Sentencia absolutoria «la no participación del reclamante en los hechos delictivos no había quedado suficientemente establecida». La resolución denegatoria de la responsabilidad patrimonial fue confirmada en vía judicial por la Audiencia Nacional y, en casación, por el Tribunal Supremo, en aplicación de la doctrina que hemos expuesto más arriba, pese a que el recurrente alegaba que se vulneraba con ello su presunción de inocencia. Posteriormente el Tribunal Constitucional inadmitió un recurso de amparo fundado en ese mismo argumento, por entender que el derecho a la presunción de inocencia no estaba cuestionado, ya que las resoluciones objeto del recurso no tenían carácter sancionador. En el caso resuelto por el Tribunal de Estrasburgo, por cierto, se plantea también otro motivo, relativo a la responsabilidad patrimonial del Estado por desaparición de ciertos bienes del recurrente incautados y el deterioro de otros que habían quedado en depósito judicial. Pero esta cuestión no nos interesa ahora.

Pues bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que en este caso se ha infringido el derecho a la presunción de inocencia del Sr. Tendam, protegido por el artículo 6.2 del Convenio Europeo, en virtud de los fundamentos que a continuación resumimos.

Para empezar, se entiende que se vulnera la presunción de inocencia si una decisión judicial referida a un inculpado revela la «sensación» de que es culpable, cuando su culpabilidad no ha sido previamente declarada. Basta para ello una motivación que haga pensar que el juez considera al interesado culpable. Por otra parte, la protección de la presunción de inocencia no sólo alcanza a los procedimientos penales pendientes sino a cualquier otro procedimiento judicial posterior a la absolución, en la medida en que sean un complemento o corolario del proceso penal en que aquél tenía la condición de acusado. Por tanto, la expresión de sospechas o dudas de culpabilidad en el contenido de decisiones judiciales

o de cualquier otra autoridad pública posteriores a la absolución son incompatibles con la presunción de inocencia. Además y aunque del Convenio Europeo no se deriva el derecho a una indemnización por prisión preventiva regular en caso de absolución posterior, en virtud del principio *in dubio pro reo* no debe existir ninguna diferencia entre la absolución por falta de pruebas y la absolución por la acreditación de la inocencia de una persona. Dado que el fallo absolutorio no diferencia en función de los motivos por los que se pronuncia, dicho fallo debe ser igualmente respetado por cualquier autoridad que haga referencia directa o incidental a la responsabilidad penal del interesado. Por otra parte, es contrario a la presunción de inocencia exigir a una persona que pruebe su falta de culpabilidad en un procedimiento de reclamación de indemnización por prisión preventiva. En consecuencia, el Tribunal debe examinar «si por su manera de actuar, por los motivos de sus decisiones o por el lenguaje utilizado en su razonamiento», el Ministerio de Justicia o los órganos judiciales españoles «han arrojado sospechas sobre la inocencia del demandante», lo que constituiría una violación del artículo 6.2 del Convenio.

El Tribunal Europeo constata en tal sentido que el Ministerio de Justicia rechazó la indemnización solicitada por el recurrente, ciertamente con apoyo en el artículo 294 LOPJ, porque había sido absuelto por falta de pruebas —porque «la no participación del demandante en los hechos delictivos no había sido suficientemente demostrada»— y no por inexistencia objetiva o subjetiva del hecho delictivo. Una motivación semejante, «sin matiz ni reserva» deja planeando una duda sobre la culpabilidad del interesado. Por ello, dicho razonamiento «que opera una distinción entre la absolución por falta de pruebas y la absolución por la constatación de la inexistencia del hecho delictivo, desconoce el fallo de absolución previa del acusado, que debe ser respetado por cualquier autoridad judicial, cualquiera que fueran los motivos en que se fundara el juez penal». El Tribunal Europeo constata también que los órganos judiciales competentes confirmaron el razonamiento del Ministerio de Justicia, pues no hicieron otra cosa que aplicar la jurisprudencia sobre el artículo 294 LOPJ, en función del criterio de la inexistencia subjetiva. Y de todo ello deduce la violación en el caso del derecho a la presunción de inocencia amparado por el artículo 6.2 del Convenio.

Hasta aquí el resumen de los fundamentos jurídicos de la Sentencia *Tendam*, de la que se han entrecomillado algunas frases o expresiones significativas. Para entender mejor su sentido —y poder valorarla— conviene hacer una breve referencia a los antecedentes jurisprudenciales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos había ya tratado una cuestión semejante, esto es, si la desestimación de una pretensión de indemnización por prisión preventiva infringe la presunción de inocencia de quien fue absuelto, en la Sentencia de 25 de agosto de 1987,

La protección de la presunción de inocencia no sólo alcanza a los procedimientos penales pendientes sino a cualquier otro procedimiento judicial posterior a la absolución, en la medida en que sean un complemento o corolario del proceso penal en que aquél tenía la condición de acusado.

caso *Englert contra Alemania*. En dicha Sentencia, el órgano judicial competente acordó poner fin al procedimiento penal que se instruía contra el recurrente por considerar que, en función de las diligencias practicadas, la pena que podría corresponderle sería en todo caso inferior al período de prisión preventiva que había purgado ya. Pero rechazó al mismo tiempo concederle una indemnización por ese tiempo de pérdida de libertad en razón de las sospechas de culpabilidad existentes, que predominaban sobre la presunción de inocencia. El Tribunal establece entonces que ningún precepto del Convenio Europeo otorga a un acusado el derecho a ser indemnizado por haber sufrido prisión preventiva regular, matizando no obstante que la negativa a la indemnización «puede plantear un problema desde el punto de vista del art. 6.2», es decir, de la presunción de inocencia, si la motivación del fallo por el que se deniega equivale en sustancia a una apreciación de culpabilidad sin que ésta haya sido previamente declarada. A pesar de ello, en esta Sentencia el Tribunal entiende que dicha constatación de culpabilidad no se había producido en el caso. Además, ninguna decisión judicial previa había declarado la absolución del acusado, sino que las diligencias penales finalizaron sin pronunciamiento al respecto.

Solución distinta es la que el Tribunal acuerda en los casos *Sekanina, Rushiti y Lamanna contra Austria* (Sentencias de 25 de agosto de 1993, 21 de marzo de 2000 y 10 de julio de 2001, respectivamente). En el primero de estos casos, el recurrente fue acusado del asesinato de su esposa, pero fue absuelto definitivamente en razón del veredicto de un jurado, que estimó que no existía ninguna prueba concluyente contra él. Sin embargo, el Tribunal austriaco competente denegó la indemnización por la prisión preventiva sufrida en virtud de las graves sospechas que seguían recayendo sobre el recurrente, enunciando en su resolución un conjunto de hechos y circunstancias que hacían imposible disipar tales sospechas. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que, en virtud de tal motivación, el órgano judicial competente estaría apreciando la culpabilidad del interesado, lo que es incompatible con el derecho a la presunción de inocencia garantizado por el artículo 6.2 del Convenio. En los casos *Rushiti* y *Lamanna* los hechos son muy similares, pues se denegó la indemnización por prisión preventiva de otros acusados de tentativa de asesinato y absueltos por el jurado por falta de pruebas suficientes, sobre la base de que en uno y otro caso el veredicto no había disipado las sospechas de culpabilidad. Es decir, lo que el Tribunal de Estrasburgo considera contrario a la presunción de inocencia no es la negativa a indemnizar al preso preventivo en caso de absolución, sino que el razonamiento judicial en que se funda tal negativa destila de manera expresa una sospecha de culpabilidad, posterior a la absolución.

No obstante, hay otro directo precedente de la Sentencia *Tendam*, que aquí interesa señalar, constituido por la Sentencia de 25 de abril de 2006, dictada en el caso *Puig Panella contra España*. Los hechos enjuiciados en él se remontan al asalto al cuartel militar de Berga (Barcelona) por un grupo de personas en el año 1980, que dio lugar a un proceso penal ante la Jurisdicción Militar. Tras múltiples vicisitudes —entre ellas varias sentencias anuladas en casación o en amparo, con retroacción de las actuaciones—, el proceso penal terminó por sentencia firme de condena del acusado por delitos de robo, utilización ilegal de vehículos y detención ilegal. No obstante, en virtud de un recurso de amparo, el Tribunal Constitucional anuló en 1992 la sentencia definitiva de la Sala Quinta del Tribunal Supremo por infracción del derecho a la presunción de inocencia del acusado. Entretanto, el Sr. Puig Panella había permanecido en prisión durante más de tres años, primero en con-

dición de preso preventivo, pero sobre todo en ejecución de la sentencia de condena. Con posterioridad a la sentencia de amparo reclamó del Ministerio de Justicia indemnización por el período transcurrido en prisión, reclamación que le fue denegada en aplicación del criterio establecido en el artículo 294 LOPJ y de la jurisprudencia que lo interpretaba y que antes hemos expuesto. El Ministerio de Justicia destacaba que la anulación de su condena se fundó en la falta de pruebas suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, pero que no se había demostrado realmente que el acusado no hubiera participado en la comisión de las infracciones que le fueron imputadas, es decir, la inexistencia subjetiva del delito. La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo confirmaron la resolución administrativa que denegaba la indemnización por similares razones y el Tribunal Constitucional inadmitió por auto un nuevo recurso de amparo contra el rechazo de la reclamación de responsabilidad patrimonial, fundado en la violación de la presunción de inocencia.

Aunque en este caso se reclamaba indemnización no por prisión preventiva seguida de absolución sino por prisión firme acordada por una sentencia posteriormente anulada —de manera que el artículo 294 LOPJ se había aplicado (implícitamente) por analogía— la Sentencia del Tribunal Europeo contiene el razonamiento general que después va a recoger la Sentencia *Tendam*. Partiendo de la base de que la negativa a conceder una indemnización por la prisión sufrida no puede suponer poner en cuestión la inocencia del interesado ni arrojar una duda de culpabilidad, el Tribunal Europeo considera que las autoridades españolas habrían actuado con una «severidad excesiva» en este caso y que, el hecho de aplicar el criterio del artículo 294 LOPJ, en vez de los más genéricos del artículo 292 LOPJ —error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia— es lo que llevó al Ministerio de Justicia primero y a los órganos jurisdiccionales después a «examinar si la ausencia de participación del reclamante [en los hechos delictivos imputados] había sido suficientemente constatada». En la medida en que, según el Tribunal, ello supone mantener una sospecha de culpabilidad en contra de una persona definitivamente absuelta con anterioridad, se habría infringido el derecho a la presunción de inocencia. En fin, la Sentencia de Estrasburgo en este caso «atribuye su peso» al hecho de que el recurrente fue condenado tras trece años (*sic*) de actuaciones procesales penales antes de que el Tribunal Constitucional le otorgara el amparo.

Es posible que las circunstancias concretas de este último caso, como las del caso *Tendam*, hayan inclinado la balanza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacia una sentencia estimatoria. Pero, en cualquier caso, de una y otra sentencia, a la luz de los demás precedentes, se deduce con claridad que el Tribunal muestra un juicio negativo sobre el criterio de aplicación del artículo 294 LOPJ, tal como se ha venido practicando por nuestros Tribunales.

4. LA NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Publicada la Sentencia *Tendam*, el Tribunal Supremo modificó inmediatamente el criterio hasta entonces seguido en dos Sentencias de 23 de noviembre de 2010 (Sección 6.ª, núms. de recurso 1908 y 4288/2006, Ponentes Trillo Alonso y Herrero Pina, respectivamente), cuya doctrina se recoge después en muchas otras (SSTS de 24 de mayo de 2011, 20 de junio de 2011, 21 de julio de 2011 y 8 de noviembre de 2011, por ejemplo) y hoy también,

como es natural, por la Audiencia Nacional (SSAN de 1, 7 y 15 de diciembre de 2011, entre otras). El fundamento de este cambio de doctrina parte de recordar la interpretación extensiva que el propio Tribunal Supremo venía haciendo del artículo 294 LOPJ para añadir los supuestos de inexistencia subjetiva del hecho delictivo imputado, y continúa con el razonamiento siguiente:

«Este planteamiento, en la medida en que trata de justificar la inexistencia subjetiva en la distinción entre la absolución por falta de pruebas en aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia) y la absolución derivada de una constatación o prueba de la no participación en los hechos, identificándose esta última con tal inexistencia subjetiva, se ha puesto en cuestión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya en su sentencia de 25 de abril de 2006, asunto Puig Panella c. España, n.º 1483/02, y más claramente en la reciente de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España, n.º 25720/05, que entiende que la desestimación de la pretensión indemnizatoria con el argumento de que la no participación del demandante en los hechos delictivos no había sido suficientemente establecida, sin matizaciones y reservas, deja planear una duda sobre la inocencia del demandante, y que el razonamiento, operando una distinción entre una absolución por falta de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la inexistencia de hechos delictivos, desconoce la absolución previa del acusado, cuya declaración debe ser respetada por toda autoridad judicial, cuales sean los motivos referidos por el juez penal, todo ello teniendo en cuenta que ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una sentencia absolutoria por falta de pruebas y una sentencia absolutoria resultante de una constatación de la inocencia de una persona no ofreciendo ninguna duda. Concluye dicho TEDH que con tal planteamiento se ha producido una violación del art. 6.2 del Convenio, que establece el derecho de toda persona a la presunción de inocencia hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada.

Pues bien, en estas circunstancias (...) se hace preciso revisar ese criterio jurisprudencial sobre la inexistencia subjetiva del hecho y su inclusión entre los supuestos amparados por el art. 294 de la LOPJ, a cuyo efecto no puede perderse de vista que la interpretación y aplicación del indicado precepto ha de mantenerse, en todo caso, dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador, que en modo alguno contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria, como se ha indicado antes, ni siquiera de todos los casos en que el proceso termina por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, planteamiento que, por lo demás y según se desprende de las referidas sentencias del TEDH, no supone infracción del art. 6.2 del Convenio, pues como se indica en las mismas, ni el art. 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio dan lugar a reparación por una detención provisional en caso de absolución y no exigen a los Estados signatarios contemplar en sus legislaciones el derecho a indemnización por prisión preventiva no seguida de condena.

No cabe, por lo tanto, entender que, atendiendo al criterio sentado por el TEDH en dichas sentencias, basta prescindir de la argumentación acerca de la falta de participación del imputado en los hechos objeto de enjuiciamiento civil (*sic*), que se refleje en la sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, y considerar que al margen de ello y producidas tales resoluciones penales surge el derecho a la indemnización al amparo del art. 294 de la LOPJ, pues es claro que no es esa la voluntad del legislador plasmada en el precepto, como se ha puesto de manifiesto en todo momento por la jurisprudencia de esta Sala, ni viene impuesta por otro precepto de derecho interno o del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

No ha de perderse de vista que, como ya hemos indicado al principio, el art. 294 de la LOPJ contempla un supuesto específico de error judicial, que no está sujeto a la previa declaración judicial del mismo exigida con carácter general en el art. 293 de la LOPJ, configurando un título de imputación de responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia, consistente en la apreciación de error judicial en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, que el legislador entiende que se revela cuando la resolución penal de absolución o sobreseimiento libre se produce “por inexistencia del hecho imputado” y no de manera genérica o en todo caso de absolución o sobreseimiento libre.

Pues bien, siendo clara la impropiedad de una interpretación del precepto como título de imputación de responsabilidad patrimonial en todo supuesto de prisión preventiva seguida de una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre y descartada la posibilidad de argumentar sobre la inexistencia subjetiva, en cuanto ello supone atender a la participación del imputado en la realización del hecho delictivo, poniendo en cuestión, en los términos que indica el TEDH en las citadas sentencias, el derecho a la presunción de inocencia y el respeto debido a la previa declaración absolutoria, que debe ser respetada por toda autoridad judicial, cuales sean los motivos referidos por el juez penal, en esta situación decimos, no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre “por inexistencia del hecho imputado”, es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente, entendida tal inexistencia objetiva en los términos que se han indicado por la jurisprudencia de esta Sala (...), que supone la ausencia del presupuesto de toda imputación, cualesquiera que sean las razones a las que atiende el Juez penal.

Es evidente que con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de responsabilidad patrimonial amparado por el art. 294 de la LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la jurisprudencia anterior, pero ello resulta impuesto por el respeto a la doctrina del TEDH que venimos examinando junto a la mencionada imposibilidad legal de indemnizar siempre que haya absolución. Por otra parte, ello no resulta extraño a los criterios de interpretación normativa si tenemos en cuenta que, como hemos indicado al principio, el tantas veces citado art. 294 LOPJ contiene un supuesto específico de error judicial, que queda excepcionado del régimen general de previa declaración judicial del error establecida en el art. 293 de dicha LOPJ y aparece objetivado por el legislador, frente a la idea de culpa que late en la regulación de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Adminis-

Con el cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de responsabilidad patrimonial aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la jurisprudencia anterior, pero ello resulta impuesto por el respeto a la doctrina del TEDH que venimos examinando junto a la mencionada imposibilidad legal de indemnizar siempre que haya absolución.

tración de Justicia en cuanto viene referida al funcionamiento anormal de la misma, por lo que una interpretación estricta de sus previsiones se justifica por ese carácter singular del precepto.

Ha de añadirse que ello no supone dejar desprotegidas las situaciones de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, que venían siendo indemnizadas como inexistencia subjetiva al amparo de dicho precepto, sino que con la modificación del criterio jurisprudencial tales reclamaciones han de remitirse a la vía general prevista en el art. 293 de la LOPJ.

Finalmente no podemos dejar de significar que tal interpretación no es sino una consecuencia de los términos en los que el legislador ha establecido el título de imputación de responsabilidad patrimonial en dicho precepto, que viniendo referido a la existencia de error judicial en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, no se condiciona a la apreciación directa de dicho error atendiendo a las circunstancias en que se adoptó la prisión preventiva ni se extiende a todos los supuestos de posterior absolución o sobreseimiento libre sino que se presume o se entiende puesta de manifiesto cuando la resolución que pone fin al proceso supone una declaración de inexistencia del hecho, pero sin que ello implique identificar el error con esta declaración, de manera que sería a través de una modificación legislativa como podría clarificarse y dar otro contenido y alcance a este título de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia previsto en el art. 294 de la LOPJ».

5. OBSERVACIONES CRÍTICAS

Hasta aquí la descripción de la situación, que sin duda es lo que más importa desde la vertiente práctica del Derecho. Pero podemos —y debemos— también analizar la corrección jurídica de las decisiones que se han adoptado para llegar hasta ella. Pues, como se dijo al inicio, del encadenamiento de las mismas ha venido a resultar una restricción de derechos —al menos de orden procedimental, que no es poco— para quienes sufrieron prisión preventiva y después piden una indemnización porque se declaró su inocencia por no participación en los hechos.

Es comprensible, para empezar, que el Tribunal Supremo no deduzca de la Sentencia *Tendam* una mayor ampliación del ámbito de aplicación del artículo 294 LOPJ, para incluir en él todos los supuestos de prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento, incluidos aquellos, tan frecuentes, en que estas últimas decisiones se basan en la falta de pruebas. Si lo hubiera hecho no solo habría dado lugar a un sinnúmero de reclamaciones de responsabilidad directas por error judicial, con riesgo de colapso del sistema, sino que además estaría confundiendo sin más la salvaguarda del derecho a la presunción de inocencia con la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que derivan de la situación de prisión preventiva. Pero ya se ha dicho que, en términos de lógica jurídica, esa confusión no cabe, por la sencilla razón de que no toda absolución posterior revela que la decisión de imponer o mantener la prisión preventiva a un inculpado fuera un error judicial.

Es comprensible, pues, que el Tribunal Supremo, dado el rigor de la Sentencia *Tendam*, adopte la solución contraria: ante el riesgo de que se pueda entender de nuevo o en general que el rechazo de la vía indemnizatoria del artículo 294 LOPJ por no tratarse de un caso de

inexistencia subjetiva lesiona la presunción de inocencia, porque significa poner en duda la inocencia del reclamante, y es contraria a lo dispuesto en el artículo 6.2 del Convenio Europeo, mejor no hacer ningún tipo de distinguos. Interpóngase por cualquier imputado absuelto en tal situación la acción para que se reconozca el error judicial que abre el artículo 293 LOPJ y, solo si se reconoce, tramítase la correspondiente reclamación indemnizatoria. Comprensible es esta solución. Pero otra cosa es que sea justa. A mi modo de ver, cabe oponer algunos reparos que, de ser atendidos, podrían restablecer las garantías hasta ahora existentes en nuestro ordenamiento.

Conviene primero hacer una referencia a la Sentencia *Tendam*. Esta resolución es reveladora del activismo judicial en el que se inspira tan a menudo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Nada tengo que oponer, en términos doctrinales, a ese criterio, que ha servido al Tribunal para extender el nivel europeo de protección de los derechos humanos, sobre la base de los escuetos y, en teoría, clásicos enunciados de los artículos del Convenio. Pero el activismo sin matices puede llevar a establecer una doctrina errónea, máxime si los mismos razonamientos se aplican a situaciones que guardan entre sí claras diferencias, creadas al amparo de ordenamientos jurídicos nacionales regidos por lógicas parcialmente diversas.

Puede entenderse que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia si, para negar la indemnización por prisión preventiva, un órgano administrativo o judicial pone en duda realmente la inocencia del reclamante. Esto es lo que sucede en los casos *Sekanina*, *Rushiti* y *Lamanna contra Austria*, pues en todos ellos la decisión denegatoria de la indemnización se basa en que existían fundadas sospechas de culpabilidad de los interesados, pese a que habían sido absueltos por un jurado por falta de pruebas. En cuanto al caso *Puig Panella*, que no es de indemnización por prisión preventiva sino firme, la decisión del Tribunal de Estrasburgo se funda en un conjunto de circunstancias concurrentes, entre ellas la larga duración de la causa y las vicisitudes que el imputado hubo de atravesar hasta obtener una sentencia definitiva absolutoria en recurso de amparo. Es obvio que en esa sentencia laten razones de equidad, que el Tribunal Europeo expresa al aludir a la excesiva severidad con que las autoridades españolas habrían resuelto el asunto.

En el caso *Tendam*, en cambio, el Tribunal va más allá, pues aplica de manera un tanto mecánica y sin matices la misma doctrina, cuando lo cierto es que los órganos administrativos y judiciales que negaron la indemnización por prisión preventiva al Sr. Tendam no cuestionaron nunca la inocencia del reclamante, sino que se limitaron a aplicar, de manera prácticamente automática, una regla jurisprudencial establecida, la que asimila la inexistencia subjetiva de delito al supuesto contemplado en el artículo 294 de la LOPJ. Si, según su jurisprudencia anterior, se infringe el derecho a la presunción de inocencia al denegarse la indemnización por prisión preventiva cuando «por su manera de actuar, por los motivos de sus decisiones o por el lenguaje utilizado en su razonamiento», los órganos competentes «arrojan sospechas sobre la inocencia del demandante», bien podría haber entendido el Tribunal Europeo que en este caso no hay tal manifestación de sospecha ni, por tanto, vulneración de la presunción de inocencia. Por otra parte, la aplicación del artículo 294 LOPJ a los casos de inexistencia subjetiva supone tan solo un atajo en el procedimiento para solicitar la indemnización, basado en una presunción de error judicial, pero no excluye que el error judicial se declare también en otros supuestos, como los de prisión

preventiva seguida de la absolución por falta de pruebas, por la vía del artículo 293 LOPJ. La Sentencia *Tendam* omite por completo esta circunstancia. En otros términos, es claro, a mi modo de ver, que el rechazo de la indemnización por error judicial a través de las vías del artículo 294 LOPJ a quienes resultaron absueltos por falta de pruebas no supone arrojar sobre el reclamante sospecha alguna de culpabilidad después de la absolución, a no ser que en la resolución administrativa o judicial que deniega la indemnización se expliciten tales sospechas. La decisión del Tribunal Europeo en el caso *Tendam* no es acertada, pues supone una aplicación extrema y nada matizada de su propia doctrina sobre la cuestión.

Quizá por esa misma razón, la respuesta de nuestro Tribunal Supremo, es decir las consecuencias a extraer de la Sentencia *Tendam*, podría haber sido otra. En vez de eliminar la ventaja reconocida en el procedimiento de reclamación de responsabilidad por error judicial a quienes se encuentran en la situación de absolución por inexistencia subjetiva del hecho delictivo, podría haber distinguido aquellos casos en que las resoluciones administrativas que deniegan la indemnización por la vía del artículo 294 LOPJ en caso de absolución por falta de pruebas arrojan o no, en su motivación, razonamientos o fundamentos, algún tipo de sospecha de culpabilidad. Pues —podría haber aclarado nuestra jurisprudencia sin desconocer por ello la doctrina del Tribunal Europeo— el mero hecho de que se deniegue la indemnización por esta vía en todos los casos de absolución por falta de prueba no significa en absoluto, en nuestro ordenamiento jurídico, que se ponga en cuestión la inocencia de los interesados.

Sobre estas bases, sería deseable que se recuperara la doctrina tradicional de nuestro Tribunal Supremo de aplicación del artículo 294 LOPJ a los casos de inexistencia subjetiva del delito. Pero por el momento está claro que, salvo en los casos de inexistencia objetiva a los que se refiere literalmente el precepto, cualquier persona que haya sufrido prisión provisional y haya sido posteriormente absuelta por cualquier motivo tendrá que instar la declaración de error judicial por la vía del artículo 293, para poder reclamar después y en su caso la indemnización que corresponda. Claro está que, para declarar o no la existencia de error judicial al decretar o mantener la prisión preventiva, el Tribunal Supremo no deberá basarse en si la absolución tuvo lugar por falta de pruebas o por otra causa. No vaya a ser que el Tribunal de Estrasburgo vuelva a cuestionar la conformidad a Derecho de resoluciones que, en principio, nada tienen que ver en sí mismas con la presunción de inocencia.

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

SUMARIO

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

1. INTRODUCCIÓN

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

2. PRINCIPIOS GENERALES

La STJUE de 21 de diciembre de 2011, en el asunto C-465/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial presentada por el Conseil d'État (Francia) en virtud del artículo 267 TFUE, en el procedimiento entre Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des

Collectivités territoriales et de l'Immigration y Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, aplica el principio de proporcionalidad.

El Tribunal remitente preguntó al Tribunal europeo diendo al principio de proporcionalidad, un Estado miembro puede aplicar a la recuperación de una ventaja indebidamente percibida a cargo del presupuesto de la Unión un plazo de prescripción de treinta años, como plazo de prescripción más largo en el sentido del artículo 3, apartado 3, del Reglamento núm. 2988/95.

Dentro de la posibilidad prevista por esa disposición, los Estados miembros conservan una amplia facultad de apreciación para aplicar plazos de prescripción más largos a las irregularidades que causen perjuicios a los intereses financieros de la Unión (sentencia Corman, asunto C-131/10, apartado 54).

Pues bien, para el TJUE, atendiendo al objetivo de protección de los intereses financieros de la Unión, para el cual el legislador de la Unión consideró que una prescripción de duración cuatrienal, incluso trienal, era ya de por sí de duración suficiente para que las autoridades nacionales puedan ejercitar acciones contra las irregularidades que causen perjuicios a tales intereses financieros y que puedan llevar a la adopción de una medida como la de recuperación de una ventaja percibida indebidamente, «parece que conceder a dichas autoridades un plazo de treinta años de duración va más allá de lo necesario para una administración diligente (véase la sentencia Ze Fu Fleischhandel y Vion Trading, apartado 43)».

Por tanto, el TJUE respondió a la cuestión planteada señalando que el principio de proporcionalidad se opone, en relación con el ejercicio por los Estados miembros de la facultad que les reconoce el artículo 3, apartado 3, del Reglamento núm. 2988/95, a la aplicación de un plazo de prescripción de treinta años a la recuperación de una ventaja indebidamente percibida con cargo al presupuesto de la Unión.

3. FUENTES

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

En primer lugar, la STJUE de 4 de octubre de 2011, As. Acum. C-403/08 y C-429/08, Football Association Premier League y otros, recuerda una disposición interpretativa sobre las Directivas al señalar que la determinación de su sentido y alcance se llevará a cabo a la luz de los objetivos perseguidos por las mismas y a la luz del contexto en el que se incluya la disposición interpretada (fundamento 185). Así lo dice también, en su fundamento 54, la STJUE de 25 de octubre de 2011, As. acum. C-509/09 y C-161/10, eDate Advertising.

Otra regla conocida regla hermenéutica se recoge en la STJUE de 13 de octubre de 2011, As. C-431/09, Airfield y Canal Digitaal, a partir de las exigencias derivadas de la unidad y de la coherencia del ordenamiento jurídico de la Unión. En este sentido, los conceptos empleados en una Directiva sobre propiedad intelectual deben interpretarse a la luz de las normas y principios establecidos en las demás Directivas en materia de propiedad intelectual (fundamento 44). Análogamente, la STJUE de 18 de octubre de 2011, As. C-34/10, Brüstle, destaca que la determinación del significado y del alcance de los térmi-

nos no definidos por el Derecho de la Unión debe efectuarse teniendo en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte (fundamento 31). Además, cuando la disposición comunitaria no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, su sentido y alcance habrán de ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme (fundamento 25). Esto último también se señala en el fundamento 42 de la STJUE de 24 de noviembre de 2011, C-281/09, Comisión contra España.

Por su parte, la STJUE de 18 de octubre de 2011, As. C-406/09, Realchemie Nederland, dispone que si un Reglamento sustituye a partir de su entrada en vigor a un Convenio en las relaciones entre los Estados miembros, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a las disposiciones de dicho Convenio es igualmente válida para ese Reglamento cuando las disposiciones de éste y las del Convenio puedan calificarse de equivalentes (fundamento 38). Idéntica previsión aparece en la STJUE de 25 de octubre de 2011, As. Acum. C-509/09 y C-161/10, eDate Advertising (fundamento 39).

Acerca de la función del Tribunal de Justicia a la hora de emitir un pronunciamiento prejudicial, la STJUE de 10 de noviembre de 2011, As. C-126/10, Foggia-SGPS, dispone que

«cuando una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho de la Unión con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse» (fundamento 21).

Eso sí, corresponde sólo al órgano jurisdiccional nacional apreciar el alcance exacto de esa remisión al Derecho de la Unión, puesto que la competencia del Tribunal de Justicia se limita únicamente al examen y a la interpretación de las disposiciones de este Derecho (fundamento 22). Ahora bien, aunque no corresponda al Tribunal de Justicia, en un procedimiento promovido en virtud del artículo 267 TFUE, pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho de la Unión ni interpretar disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales, sí es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación de Derecho de la Unión que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para dirimir el asunto del que esté conociendo (fundamento 29).

En un litigio referido a hechos acontecidos en Rumanía entre mayo de 2004 y septiembre de 2007, teniendo en cuenta que Rumanía se adhirió a la Unión Europea el 1 de enero de 2007, la STJUE de 24 de noviembre de 2011, C-283/10, Circul Globus București, admite la competencia del Tribunal de Justicia para interpretar las disposiciones del Derecho de la Unión únicamente a partir de la fecha de adhesión de este país a la Unión Europea (fundamento 28). Por ello, al ser los hechos del litigio principal parcialmente posteriores a la fecha de adhesión de Rumanía a la Unión Europea, el Tribunal de Justicia es competente para responder a las cuestiones planteadas (fundamento 29).

En cuanto al efecto directo de las Directivas, la STJUE de 24 de noviembre de 2011, As. acum. C-468/10 y C-469/10, ASNEF, recuerda que si las disposiciones de una Directiva son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado, en particular cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado o cuando haya procedido a una adaptación incorrecta (fundamento 51). Al efecto útil de las Directivas se refiere la STJUE de 21 de diciembre de 2011, As. C-495/10, Dutruieux y Caisse primaire d'assurance maladie du Jura, indicando que la aplicación de normas nacionales no puede mermar dicho efecto (fundamento 30).

Por último, la STJUE de 9 de febrero de 2012, C-277/10, Luksan, contiene una interesante aclaración acerca del sentido del artículo 351 TFUE. Según este precepto, las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra. Así, la Sentencia referida señala que

«la disposición del artículo 351 TFUE, párrafo primero, tiene por objeto precisar, conforme a los principios del Derecho internacional, que la aplicación del Tratado no afecta al compromiso del Estado miembro de que se trate de respetar los derechos de los terceros Estados que resultan de un convenio anterior a su adhesión y de cumplir sus obligaciones correspondientes» (fundamento 61).

Ahora bien, si un convenio internacional permite a un Estado miembro adoptar una medida que resulta contraria al Derecho de la Unión, pero sin obligarle a ello, el Estado miembro debe abstenerse de adoptar tal medida (fundamento 62). Dicha jurisprudencia debe aplicarse también, *mutatis mutandis*, cuando, a raíz de la evolución del Derecho de la Unión, una medida legislativa adoptada por un Estado miembro conforme a una facultad ofrecida por un convenio internacional anterior deviene contraria al Derecho de la Unión. En tal situación el Estado miembro interesado no puede invocar dicho convenio para liberarse de las obligaciones nacidas posteriormente del Derecho de la Unión (fundamento 63).

4. RECURSOS

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

Durante el tiempo al cual se suscribe la presente crónica de jurisprudencia no se observan grandes modificaciones en la doctrina de los tribunales de la Unión Europea respecto los recursos de anulación y de omisión. Y, es más, apenas se encuentran sentencias y autos sobre estos recursos.

No obstante, respecto el recurso de anulación, podemos recordar algunas sentencias. Entre éstas la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2011, Francia/People's Mojahedin Organization of Iran, asunto C-27/09 C, en la que el Tribunal de Justicia recordó que los actos de las instituciones de la Unión producen efectos mientras no hayan sido revocados, en su caso anulados en el marco de un recurso de anulación o

bien declarados inválidos a raíz de una cuestión prejudicial o de una excepción de ilegalidad. Es interesante recordar cómo el Tribunal General (Sala Cuarta) en su sentencia de 7 de diciembre de 2011, HTTS, asunto T-562/10, si bien anuló el reglamento núm. 961/2010 del Consejo, de 25 de octubre de 2010, relativo a medidas restrictivas contra Irán, en cuanto afectaba a HTTS (HTTS, Hanseatic Trade Trust & Shipping GmbH) por no estar suficientemente motivada su inclusión en la lista de entidades a las que se tenían que inmovilizar todos sus fondos y recursos económicos por prestar cobertura a las actividades nucleares de Irán. No obstante, defendió que se mantuvieran sus efectos durante dos meses, aunque se anulara este Reglamento, pues «la anulación del Reglamento núm. 961/2010, en cuanto afecta a la demandante, con efecto inmediato, puede menoscabar grave e irreversiblemente la eficacia de las medidas restrictivas que impone dicho Reglamento, en la medida en que, en el intervalo que preceda a su posible sustitución por un nuevo acto, la demandante podría seguir comportamientos cuyo objetivo fuera neutralizar el efecto de ulteriores medidas restrictivas» (apartado 42).

Respecto el recurso de omisión podemos recordar el auto del Tribunal General (Sala Quinta), de 9 de enero de 2012, Neubrandenburger Wohnungsgesellschaft/Comisión, asunto T-407/09, en el que se declaró que no debía prosperar el recurso por omisión pues «una carence prend fin à la date de réception de la prise de position de l'institution par l'auteur de la mise en demeure (arrêt du Tribunal du 27 janvier 2000, Branco/Commission, T-194/97 et T-83/98, Rec. p.II-69, point 55). En l'espèce, à supposer même qu'il ait eu carence de la part de la Commission, cette carence a pris fin avec la réception par la requérante de la lettre attaqué. Le recurs est donc irrecevable».

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

Vaya por delante que, en lo concerniente a este tópico del sistema jurisdiccional comunitario, no se han verificado grandes novedades en la que viene siendo la «reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia». Ahora bien, ello no quiere decir: a) que la Curia comunitaria no haya vuelto a aludir —en respuesta a las alegaciones de las partes y como uno de sus argumentos principales— a la temática de los motivos de (in)admisión prejudicial (lo que nos obliga a ocuparnos de ella una vez más); ni b) que el Tribunal de Justicia de la Unión no haya aprovechado la ocasión para perfilar otros extremos de este peculiar mecanismo procesal comunitario, como más adelante se comprobará.

Pero refirámonos ahora a los motivos de inadmisión. Unos motivos que han sido objeto de atención preferente en las SSTJ de 16 de febrero de 2012, Varzim Sol, as. C-25/11; de 21 de diciembre de 2011, Evroetil AD contra Direktor na Agentsia «Mitnitsi», as. C-503/10; de 16 de febrero de 2012, Costa, as. C-72/10; y, sobre todo y por encima del resto, en la

STJ 1 de diciembre de 2011, Eva-Maria Painer contra Standard VerlagsGmbH y otros, as. C-145/10. Una sentencia que hemos distinguido del resto dado que se trata de un pronunciamiento donde se resumen, como en ningún otro durante los últimos tres meses, cinco de los motivos clásicos de inadmisión prejudicial. Además, esta sentencia nos permite observar —al menos en este caso— cómo el Tribunal de Justicia, partiendo de la regla general de la admisión prejudicial, suele desmontar una tras otras las alegaciones de inadmisión de las partes (demandadas) en el proceso, hasta llegar a rechazarlas todas; y, en su consecuencia, declarar la admisión de la totalidad de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

Así es, en sus apdos. 44 a 71, la STJ de 1 de diciembre de 2011, Painer, as. C-145/10, disecciona y compendia cinco de los motivos tradicionales de inadmisión prejudicial, como lo son: a) la falta de elementos de hecho y de derecho en el escrito de remisión (v. apdo. 45 de la sentencia); b) el tratarse —al menos en parte— de un conjunto de cuestiones prejudiciales formuladas por un juez de primera instancia relacionadas con el ya derogado art. 68 del TCE (v. apdo. 51 de la misma); c) que esta petición (así como las cuestiones que la integran) no guardan relación alguna con el Derecho de la Unión, esto es, resulta hipotética (v. apdo. 57); d) la circunstancia de que los preceptos por cuya interpretación se interroga al Tribunal de Justicia resultarían del todo claros (v. apdo. 63); y e) que varias de las cuestiones planteadas resultan «... demasiado genéricas...» (apdo. 67). Siendo así que, en opinión siempre de las demandadas, las cuestiones prejudiciales (todas) deberían inadmitirse.

Sin embargo, el parecer del Tribunal de Justicia de la Unión es otro muy distinto. De hecho, y como acabamos de apuntar, la Curia comunitaria desmonta uno tras otro estos motivos de inadmisión, hasta concluir (apdos. 50, 56, 66 y 71 de la sentencia) que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional interno resultan (todas) admisibles. Así es, en primer lugar y frente a la primera objeción de las partes demandadas (en el sentido de falta de elementos de hecho y de derecho en el escrito de remisión), la Curia comunitaria considera (apdo. 48 de la Sentencia): «... que la resolución de remisión define el contexto fáctico y normativo nacional en el que se inscriben las cuestiones planteadas...»; y que, además, «... el órgano jurisdiccional remitente indica las razones por las que estimó necesario plantear las cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, en la medida en que constata puntos de vista opuestos de las partes en el procedimiento principal respecto de la compatibilidad, con las disposiciones del Derecho de la Unión contempladas por dichas cuestiones...».

En cuanto al segundo de los motivos de inadmisión invocado por las partes demandadas (que la cuestión prejudicial se ha planteado por un órgano de primera instancia en relación con un precepto relativo a la política de visado, asilo e inmigración del antiguo art. 68 del TCE, lo cual resulta imposible), la Corte comunitaria nos recuerda (apdo. 54 de la sentencia): «... que la petición de decisión prejudicial fue presentada el 22 de marzo de 2010, esto es, después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa...»; y que, precisamente «... desde el 1 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor de éste, el artículo 68 CE está derogado...»; resultando de todo ello que: «... Desde entonces se aplican a las peticiones prejudiciales sobre interpretación de los actos adoptados en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, en virtud del artículo 267 TFUE, las normas generales que regulan la petición de decisión prejudicial...»; lo que a su vez implica que «... los órganos

jurisdiccionales [de instrucción], como el órgano jurisdiccional remitente, están facultados para plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales sobre la interpretación...» de normas y preceptos relacionados con aquella política (apdo. 55 de la Sentencia).

En tercer lugar, y frente al también tercero de los motivos de inadmisión invocados por las partes demandadas (el referido al carácter hipotético de la remisión prejudicial), el Tribunal de Justicia contra-argumenta (apdo. 60 de la sentencia): «... que el mero hecho de que la resolución de remisión no contenga una declaración formal según la cual los artículos de prensa de que se trata en el asunto principal no están protegidos por derechos de autor, no evidencia que la cuestión prejudicial segunda, letra a), sea hipotética o que no tenga relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio...».

Por lo demás, y en lo que atañe al cuarto de los eventuales motivos de inadmisión prejudicial aducidos por las partes demandadas (la inexistencia de duda razonable alguna que tenga que ver con el Derecho de la Unión), la Curia comunitaria considera, simple y llanamente (apdo. 64 de la sentencia), que «... nada impide a un órgano jurisdiccional nacional plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial cuya respuesta, según las demandadas en el procedimiento principal, no deja lugar a duda razonable alguna...».

Por último, y en lo que concierne al quinto de los motivos de inadmisión prejudicial invocado por las demandadas (el carácter demasiado genérico de alguna de las cuestiones prejudiciales planteadas), el Tribunal de Justicia de la Unión evidencia (apdo. 69 de la sentencia) que en el proceso principal se está discutiendo acerca de la distinción entre: «... libre utilización y reproducción de un retrato fotográfico...»; distinción a la que cabalmente se refiere «... la cuarta cuestión planteada...». De modo y manera tales que, al menos esta cuestión (apdo. 70 de la sentencia), «... no puede considerarse sin relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal ni de naturaleza hipotética...».

En suma, tanto este quinto motivo de inadmisión como los cuatro anteriores son rechazados por el Tribunal de Justicia de la Unión y, en su virtud, resultan declaradas admisibles todas las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional interno.

En todo caso, y como ya antes se ha dicho, no sólo de los motivos de inadmisión se ha ocupado este Tribunal durante el período que comprende esta crónica. Es más, la Curia comunitaria ha tenido ocasión de precisar otros aspectos de este particular proceso cooperativo entre juez nacional y juez comunitario al hilo del dictado de sus sentencias en los últimos tres meses.

Así, por ejemplo, la Corte de justicia de la Unión se ha encargado de establecer qué ocurre en aquellos casos en los que una o varias de las partes en un proceso prejudicial le solicitan que replantee (ampliando o precisando su alcance) la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente. A este respecto, y en la STJ de 21 de diciembre de 2011, *Danske Svineproducenter contra Justitsministeriet*, as. C-316/10, la Curia comunitaria nos ha aclarado que no puede acceder a este tipo de solicitudes (apdo. 34 de la sentencia), debido a que:

- a) En el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales del artículo 267 del TFUE: «... corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades

del asunto pendiente ante él, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia...» (apdo. 32 de la sentencia). Por tanto: «... la facultad de determinar las cuestiones que deben someterse a éste corresponde (...) exclusivamente al juez nacional y las partes en el litigio principal no pueden modificar su contenido...».

- b) A ello cabe sumar que: «... la modificación material de las cuestiones prejudiciales o la respuesta a las cuestiones complementarias formuladas por la demandante del litigio principal en sus observaciones sería incompatible con la obligación del Tribunal de Justicia de garantizar que los Gobiernos de los Estados miembros y las partes interesadas tengan la posibilidad de presentar observaciones...» (v. apdo. 33 de la sentencia).

En su consecuencia, puede afirmarse que las partes en un proceso prejudicial no tienen derecho a solicitar —salvo con carácter graciable— que se modifique el alcance o extensión material de la cuestión o cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional de remisión.

Así también, y en la STJ de 14 de febrero de 2012, *Toshiba Corporation e.a., as. C-17/10*, la Curia comunitaria ha tenido ocasión de esclarecer si son admisibles, o no, las cuestiones prejudiciales planteadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Unión que lo es con carácter sobrevenido. Dicho de otro modo: qué sucede en aquellos supuestos en los que un órgano jurisdiccional de un Estado presenta un escrito de remisión prejudicial relativo a un asunto del que ahora conoce, pero que se inició antes de que dicho órgano y Estado adquiriesen la cualidad de órgano y Estado de la Unión.

Pues bien, a este respeto y en opinión del Tribunal de Justicia de la Unión, este solo dato no es motivo suficiente para inadmitir la cuestión o cuestiones prejudiciales suscitadas por el juez interno; aunque sí lo es para poder limitar su alcance y contenido. Y es que, a juicio de la Curia comunitaria y en este caso concreto (v. apdos. 38, 39, 40, 41 y 42 de la sentencia) hay que tener presente: a) «... el órgano jurisdiccional remitente estima necesario considerar que el asunto sobre el que versa el litigio principal implica una conducta única y continuada cuya finalización sólo se produjo con posterioridad...» a la adhesión a la Unión del Estado considerado (la República Checa); b) que la conducta sobre la que se interroga al Tribunal de Justicia en la cuestión prejudicial resulta contraria a la competencia «... globalmente...», pero también en relación con la normativa vigente el día en que finalizó (a saber, el artículo 81 del TCE y el Reglamento núm. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002); y c) que, por último y de las propias indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, se desprende que la resolución discutida en el litigio principal tiene en cuenta «... exclusivamente los efectos contrarios a la competencia producidos, en territorio checo, por la actuación del cártel entre las empresas implicadas, antes del 1 de mayo de 2004...»; esto es, únicamente comprende el período anterior a la adhesión de la República Checa a la Unión. Por todo ello (apdo. 43 de la sentencia), la Curia comunitaria entiende que: «... procede examinar las cuestiones prejudiciales...».

Finalmente, no querríamos concluir este epígrafe (prejudicial) sin dar cuenta, siquiera somera, de la única sentencia que en los últimos tres meses ha tenido su origen en un órgano jurisdiccional español. Se trata de la STJ de 16 de febrero de 2012, *Celaya Empananza y*

Galdos International, as. C-488/10, y de la que, en lo que aquí importa, tan sólo cabe reseñar: a) que procesalmente ha sido planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante y núm. 1 de Marca Comunitaria (mediante auto de 15 de septiembre de 2010, recibido en el Tribunal de Justicia el 11 de octubre de 2010, en el procedimiento entre Celaya Empananza y Galdós Internacional, S.A., y Proyectos Integrales de Balizamiento, S.L.); b) que, en lo sustantivo o material tiene por objeto la interpretación del artículo 19, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios; y c) que ha sido resuelta por el Tribunal de Justicia declarando que este artículo 19, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001 (sobre los dibujos y modelos comunitarios), debe interpretarse en el sentido de que «... en un litigio por infracción del derecho de exclusiva otorgado por un dibujo o modelo comunitario registrado, el derecho de prohibir la utilización por terceros de dicho dibujo o modelo se extiende a cualquier tercero que utilice un dibujo o modelo que no produzca en los usuarios informados una impresión general distinta, incluido el tercero titular de un dibujo o modelo comunitario registrado posterior...».

E) Medidas cautelares

Durante el tiempo que comprende esta crónica, ninguna sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión ha modificado en modo alguno la que viene siendo su reiterada jurisprudencia sobre la materia. De modo y manera tales que nada nuevo cabe escribir en cuanto a este tópico del sistema jurisdiccional comunitario.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 21 de noviembre de 2011 al 15 de febrero de 2012), se han publicado un total de tres sentencias, de las que destacamos la STJUE (Sala 8.^a), de 21 de diciembre de 2011, «Euroetil» (C 503/10), cuyo origen es una cuestión prejudicial planteada desde Bulgaria, relativa a la exigencia de pago de impuestos especiales para los biocombustibles.

Según el tribunal, la definición de bioetanol se contiene en la Directiva 2003/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de mayo de 2003, relativa al fomento del uso de biocarburantes u otros combustibles renovables en el transporte, y debe ser interpretada en el sentido de que incluye un producto como el que es objeto del litigio principal, que se obtiene, en particular, a partir de la biomasa y que contiene más de un 98,5% de alcohol etílico, si se comercializa como biocarburante para transporte. No obstante lo anterior, procede aplicarle el impuesto especial establecido en la Directiva 92/83/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la armonización de las estructuras de los impuestos especiales sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas, a un producto como el que es objeto del litigio principal, que contiene más de un 98,5 % de alcohol etílico y que no ha sido desnaturalizado siguiendo un procedimiento de desnaturalización específico, aunque se obtenga a partir de la biomasa siguiendo una tecnología distinta a la utilizada para producir alcohol

etélico de origen agrícola, contenga sustancias que lo hacen inadecuado para el consumo humano, cumpla los requisitos previstos por el proyecto de norma europea EN 15376 para el bioetanol utilizado como carburante y pueda responder a la definición de bioetanol que figura en la Directiva 2003/30.

B) Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios

En el período analizado (del 21 de noviembre de 2011 al 15 de febrero de 2012), han sido un total de siete las sentencias del TJUE en esta materia, de las cuales destacamos las siguientes:

La primera de ellas es la STJUE (Gran Sala), de 29 de noviembre de 2011, «National Grid Indus» (Asunto C-371/10), donde el litigio viene ocasionado por el traslado de la sede central de toma de decisiones a otro Estado miembro. En concreto, el Tribunal desautoriza la normativa holandesa virtud de la cual debía procederse al cobro inmediato del gravamen sobre las plusvalías latentes correspondientes a los elementos del patrimonio de una sociedad que traslada su sede de dirección efectiva a otro Estado miembro en el momento mismo de dicho traslado.

La STJUE (Sala Tercera) de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet Extended* (Asunto C-70/10), nace también como cuestión prejudicial planteada por Bélgica sobre el siempre polémico tema de los derechos de autor y la posibilidad intentada por una Sociedad de gestión de derechos de autor de colocar un «filtro» a los programas de descargas.

Hay cuatro Directivas comunitarias que resultan de aplicación: La 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico); La 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; La 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual; La 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y la 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

Pues bien, todas estas Directivas leídas conjuntamente e interpretadas a la luz de los requisitos derivados de la protección de los derechos fundamentales aplicables, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un requerimiento judicial por el que se ordena a un proveedor de acceso a Internet establecer un sistema de filtrado

- de todas las comunicaciones electrónicas que circulen a través de sus servicios, en particular mediante la utilización de programas «peer-to peer»;
- que se aplique indistintamente con respecto a toda su clientela;

- con carácter preventivo;
- exclusivamente a sus expensas y
- sin limitación en el tiempo, capaz de identificar en la red de dicho proveedor la circulación de archivos electrónicos que contengan una obra musical, cinematográfica o audiovisual sobre la que el solicitante del requerimiento alegue ser titular de derechos de propiedad intelectual, con el fin de bloquear la transmisión de archivos cuyo intercambio vulnera los derechos de autor.

Haremos una especial referencia a la STJUE (Sala Primera), de 24 de noviembre de 2011, Comisión/España (Asunto C- 281/09), por ser un tema que nos es especialmente reconocible, referido a la publicidad televisiva, y en concreto las nuevas formas de publicidad que no son propiamente el bloque de anuncios comerciales. Todas estas formas tienen su propia definición legal en el Derecho europeo:

«El tiempo total dedicado a la emisión de publicidad en todas sus formas y a la televenta, con exclusión de los programas de televenta regulados en el apartado 3 de este artículo, no será superior al 20% del tiempo diario de emisión.

El tiempo de emisión dedicado a anuncios publicitarios no podrá superar el 15 % del tiempo total diario de emisión».

Varios criterios interpretativos concretan los siguientes límites diarios:

«Publicidad (en todas sus formas) y anuncios de televenta: 20% del tiempo de emisión diario. Esta limitación afecta a la publicidad en todas sus formas y a todas las formas de televenta excepto los programas de televenta.

Anuncios publicitarios: 15% del tiempo de emisión diario. En esta limitación no se incluyen ni las otras formas de publicidad ni los anuncios y programas de televenta».

Los criterios interpretativos definen los anuncios publicitarios de la siguiente manera:

«Spots (anuncios): mensaje publicitario audiovisual de breve duración (normalmente entre 10 y 30 segundos), independiente de los programas. Es una producción stock (sobre soporte permanente) susceptible de reemisión».

Los criterios interpretativos contienen la siguiente definición de «otras formas de publicidad»:

«Publirreportajes: mensaje publicitario de mayor duración que el anuncio, generalmente argumental, informativo o descriptivo. Es igualmente una producción stock susceptible de reemisión, si bien por sus características singulares de duración y argumentación no se reemite habitualmente.

Telepromociones: mensajes publicitarios asociados a un programa utilizando el mismo escenario, atrezzo, ambientación y/o vestuario del programa al que se asocia. Es una producción “flujo” no destinada a su reemisión independiente, si no es dentro de la reemisión del programa en la que se produjo. Las telepromociones de un mismo producto en sucesivas

ediciones de un programa responden a grabaciones diferentes (las de los diferentes episodios del programa) por lo que nunca son exactamente idénticas.

Una telepromoción puede consistir en un mensaje exclusivamente verbal del presentador siempre que el mismo tenga finalidad publicitaria. [...]

Anuncios publicitarios de patrocinio: a petición de algunos operadores de televisión, el anterior Secretario General de Comunicaciones determinó que un tipo peculiar de anuncio —la euroclaqueta, en la denominación de un operador—, en el que simultáneamente se informa sobre el patrocinio de un programa y se hace publicidad del patrocinador, fuera incluido entre otras formas de publicidad siempre que cumpliera las tres condiciones siguientes: Duración máxima 10 segundos; Emisión inmediatamente anterior o posterior al programa a que se refiere; Realización con características notoriamente distintas de la de los anuncios convencionales. [...]

Microespacios publicitarios: los microespacios conteniendo mensajes publicitarios se considerarán “otra forma de publicidad” cuando su duración sea superior a 60 segundos y no consistan en una mera agrupación de spots con un leve hilo común».

La denuncia parte de la Comisión Europea, y el Tribunal de Justicia declara el incumplimiento por parte de España de las obligaciones impuestas por la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, en su versión modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, al permitir que determinados tipos de publicidad, como los publirreportajes, los anuncios de telepromoción, los anuncios publicitarios de patrocinio y los microespacios publicitarios, sean emitidos por las cadenas de televisión españolas durante un tiempo que excede el límite máximo del 20% del tiempo de emisión por hora de reloj establecido en dicha Directiva.

En apoyo de la decisión del Tribunal se citan las Sentencias de 18 de octubre de 2007, *Österreichischer Rundfunk*, C-195/06, y la de 20 de octubre de 2011, *Interedil*, C-396/09, aún no publicada en la Recopilación.

Por último, en la STJUE (Sala Primera) de 1 de diciembre de 2011, *Comisión/Bélgica* (asunto C 250/08), la Comisión pretendía que se declarase el incumplimiento por parte de Bélgica (en realidad, de la Región de Flandes) por cuanto para calcular una ventaja fiscal con motivo de la compra de un bien inmueble para su uso como nueva vivienda principal, únicamente se tiene en cuenta la cantidad pagada en concepto de impuesto sobre transmisiones patrimoniales por la compra de una vivienda principal anterior si ésta se encuentra en la Región Flamenca y no si está situada en un Estado miembro distinto de Bélgica o en un Estado miembro de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). El Tribunal, no obstante, no ve incompatibilidad con el Derecho Comunitario. La misma doctrina se aplica en la STJUE (Sala Primera) de 1 de diciembre de 2011, *Comisión/Hungría* (asunto C 253/09).

B) Libre circulación de trabajadores

1. Ventajas fiscales

La STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Comisión c. Hungría*, as. C-353/09, confirma la compatibilidad con el Derecho de la Unión de determinadas disposiciones tributarias

húngaras relativas a la transmisión de inmuebles. La sentencia tiene su origen en el recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión, quien consideraba que dicha normativa vulneraba los arts. 18, 39, 43 y 56 TCE, ya que sólo establecía deducciones fiscales a la adquisición de inmuebles para uso residencial cuando la vivienda que se vendía previamente —a fin de posibilitar la nueva adquisición— estaba radicada en Hungría. Para la Comisión Europea, ello implicaba un trato profundamente discriminatorio.

El Tribunal de Justicia admite que el régimen fiscal controvertido supone una restricción a las libertades comunitarias. Evidentemente, la medida perjudica a quienes deseen establecerse en Hungría comprando allí un inmueble en relación con quienes se mudan dentro de este Estado miembro, ya que los primeros no pueden acogerse a la ventaja fiscal controvertida.

No obstante, el Tribunal Europeo considera que la restricción está suficientemente justificada por perseguir de forma proporcionada un objetivo de interés general como es salvaguardar la coherencia del sistema fiscal. Y es que:

«[...] dicha restricción es proporcionada al objetivo previsto. En efecto, debe recordarse, por una parte, que el objetivo de la normativa controvertida es, en particular, evitar, cuando se adquiere una segunda residencia principal en Hungría, la doble imposición del capital invertido en la compra de la residencia anterior revendida mientras tanto. Por otra parte, [...] la República de Hungría carece de potestad tributaria sobre las transacciones inmobiliarias realizadas en otros Estados miembros.

82 En estas circunstancias, tener en cuenta tales transacciones para reducir la base imponible del impuesto de que se trata equivaldría a tratar a estas últimas transacciones como si ya hubiesen estado sometidas al impuesto controvertido, pese a que no ha sido así. Evidentemente, esta situación es contraria al objetivo mencionado de evitar la doble imposición por lo que respecta al sistema fiscal húngaro.

83 Aunque es cierto que las transacciones inmobiliarias realizadas en otros Estados miembros también han podido ser gravadas con impuestos similares, incluso idénticos al controvertido, debe observarse, no obstante, que, en el estado actual del Derecho de la Unión, los Estados miembros disponen, sin perjuicio del respeto del Derecho de la Unión, de cierta autonomía en materia tributaria y que, en consecuencia, no tienen la obligación de adaptar su propio sistema tributario a los diferentes sistemas de tributación de los demás Estados miembros para eliminar, en particular, la doble imposición (véanse, por analogía, las sentencias de 6 de diciembre de 2007, *Columbus Container Services*, C-298/05, Rec. p. I-10451, apartado 51, y *Block*, antes citada, apartado 31)».

C) Libre circulación de capitales

1. *Ventajas fiscales*

La **STJUE de 1 de diciembre de 2011, Comisión c. Bélgica, as. C-250/08**, declara la compatibilidad con el Derecho de la Unión de determinadas disposiciones tributarias belgas relativas al impuesto sobre transmisiones patrimoniales. La normativa controvertida sólo establecía deducciones fiscales a la adquisición de inmuebles para uso como vivienda principal cuando la vivienda principal que se vende previamente —a fin de posibilitar la

nueva adquisición— estaba radicada en la Región Flamenca. El supuesto, es muy similar al analizado en la STJUE de 1 de diciembre de 2011, Comisión c. Hungría, as. C-353/09⁽¹⁾, si bien en la sentencia que reseñamos ahora se adopta la perspectiva de la libertad de circulación de capitales, ya que:

«31 [...] es también jurisprudencia reiterada que las medidas nacionales que puedan impedir o limitar la adquisición de un inmueble situado en otro Estado miembro pueden considerarse restricciones a los movimientos de capitales (véanse las sentencias de 22 de enero de 2009, STEKO Industriemontage, C-377/07, Rec. p. I-299, apartado 24, y de 15 de octubre de 2009, Busley y Cibrián Fernández, C-35/08, Rec. p. I-9807, apartado 21).

32 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, debe examinarse la normativa controvertida únicamente a la luz del artículo 56 CE. En efecto, por una parte, el artículo 18 CE no puede aplicarse de manera autónoma en el presente litigio, ya que los casos en que la adquisición de una nueva vivienda en la Región Flamenca por una persona que se traslada a esa región belga desde otro Estado miembro sin motivación económica están cubiertos por la libre circulación de capitales. Por otra parte, en el caso de autos, como señala el Reino de Bélgica, la eventual infracción del artículo 43 CE es la consecuencia necesaria de la vulneración de la libre circulación de capitales».

Ahora bien, el Tribunal Europeo estima igualmente que existe una restricción a la libertad comunitaria, ya que en la medida en que la posibilidad de obtener una ventaja fiscal puede influir significativamente en la actitud del adquirente de un nueva vivienda principal, no puede excluirse que la no deducibilidad del impuesto sobre transmisiones patrimoniales pagado en un Estado miembro distinto del Reino de Bélgica pueda disuadir, en determinados casos, a la personas que ejercen su derecho a la libre circulación de proceder a la compra de un bien inmueble en la Región Flamenca.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia considera que la normativa fiscal analizada no vulnera el Derecho de la Unión Europea ya que la restricción a la libre circulación de capitales se justifica por razones relativas a la coherencia del régimen fiscal. Y se subraya que esa restricción es adecuada para alcanzar tal objetivo en cuanto opera de forma totalmente simétrica, ya que sólo los impuestos sobre transmisiones patrimoniales anteriormente pagados en el marco del régimen fiscal belga pueden deducirse.

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

(1) Vid., en esta crónica, el epígrafe dedicado a libre circulación de trabajadores.

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. PROCESOS CONSTITUCIONALES.
 - A) **Recurso de inconstitucionalidad.**
 - B) **Cuestión de inconstitucionalidad.**
 - 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) Admisión por nueva doctrina constitucional.
 - a.2) Admisión cuando la vulneración proviene de una disposición de carácter general.
 - a.3) Cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o genere consecuencias políticas generales.
 - a.4) Perjuicio grave al recurrente pero sin trascendencia jurídico-objetiva.
 - a.5) Recursos de amparo admitidos pero de difícil encaje en los supuestos de la STC 155/2009.
 - b) Flexibilización del requisito de justificar la especial relevancia constitucional.
3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.
 - A) **Competencias sobre ordenación de la economía (149.1.13.^a) y en materia de hacienda general (art. 149.1.14.^a CE): validez de los preceptos de las leyes estatales que establecen un régimen de equilibrio presupuestario en el sector público.**
 - B) **Competencias en materia de hacienda general (art. 149.1.14.^a CE) y bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.^a CE): competencia exclusiva del legislador estatal para establecer una exención en un impuesto local de regulación estatal.**
 - C) **Principio dispositivo (art. 147 CE) y autonomía financiera (art. 156 CE): constitucionalidad de modelo de financiación autonómica 2001-2009.**
 - D) **Alcance de las normas básicas sobre órganos rectores de las cajas de ahorros (art. 149.1.11.^a y 13.^a CE): nulidad de las disposiciones de la ley estatal que atribuyen al Ministerio de Economía la aprobación de los estatutos de las cajas de ahorro fundadas por la Iglesia.**

- E) **La competencia exclusiva autonómica en materia de ganadería resulta limitada por la competencia del Estado para dictar normas básicas en materia de ordenación general de la economía, sanidad y medio ambiente (art. 149.1.13.^a, 16.^a y 23.^a CE): validez de las disposiciones estatales que ordenan las explotaciones porcinas.**
 - F) **Distribución de competencias en materia laboral: vulneración de las competencias ejecutivas autonómicas al asignarse a un órgano estatal la aplicación de las medidas administrativas que hubieran de adoptarse en relación con las empresas que contasen con centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma.**
 - G) **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.**
 - H) **Bases del régimen energético (art. 149.1.25.^a CE): nulidad de preceptos de una ley autonómica que contradicen las normas básicas del Estado.**
 - I) **Potestad subvencional del Estado: requisitos formales de la normativa básica, competencias autonómicas de gestión de los fondos estatales.**
-

1. INTRODUCCIÓN

En este número analizamos las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas entre octubre y diciembre de 2011. Incluimos en el apartado de distribución de competencias las SSTC 148 y 151/2011 porque, aunque son de 28 y 29 de septiembre, fueron publicadas en la página web del Tribunal Constitucional con posterioridad al cierre del anterior número de la revista.

De las 73 sentencias dictadas en el trimestre, 6 han sido conflictos positivos de competencia, 21 recursos de inconstitucionalidad, 12 cuestiones de inconstitucionalidad, 1 cuestión interna de constitucionalidad y 33 recursos de amparo. Entre estos últimos, ha de destacarse que 24 han sido planteados con posterioridad a la LO 6/2007, de 24 de mayo (9 de ellos han sido recursos de amparo electoral), tardando de media el Tribunal en resolver entre un año y medio y dos años.

El TC sigue sin especificar en la gran mayoría de los casos el motivo por el que el recurso de amparo es admitido a trámite, prolongando la incertidumbre que sufren los recurrentes a la hora de acudir al Alto Tribunal. Tan sólo en un caso, STC 183/2011, la Sala Primera apunta que es un caso con trascendencia. En otros dos casos, SSTC 155/2011 y 174/2011, la Sala Segunda alude a que es un asunto sobre el que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado nunca o tan solo de manera tangencial. Los casos restantes no son fáciles de encuadrar en los supuestos señalados por la STC 155/2009.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) **Recurso de inconstitucionalidad**

No hay doctrina novedosa.

B) Cuestión de inconstitucionalidad

No hay doctrina novedosa.

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) Admisión por nueva doctrina constitucional

— *Integración de precepto legal con las garantías constitucionales del art. 24.1 CE: STC 181/2011, de 21 de noviembre.*

Mediante Auto de 7 de agosto de 2006, la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional accede a lo solicitado en la orden europea de detención y entrega emitida por las autoridades holandesas y acuerda la entrega del demandante de amparo para cumplimiento de una pena de prisión impuesta por la comisión de un delito de tráfico de drogas. La solicitud exactamente era de «ampliación de entrega», es decir, un procedimiento en el que el condenado ya había sido entregado a las autoridades que plantean la orden de detención por la comisión de otro delito. El problema es que el precepto que regula esta «ampliación de entrega» (art. 24.3 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo) no establece expresamente el trámite de audiencia del condenado. Consecuentemente la Sala Cuarta accede a la ampliación de entrega sin posibilitar la intervención del recurrente en el procedimiento, por sí mismo o a través de un Abogado. De esta forma, la Sala Primera del Tribunal Constitucional cree que esta falta de regulación debió de integrarse con las garantías establecidas en el art. 24.1 CE y haber dado audiencia al condenado.

— *Derecho del acusado por abusos sexuales a menores a poder contrastar el testimonio acusatorio: STC 174/2011, de 7 de noviembre.*

En este caso, el recurrente es condenado por un delito de abusos sexuales a una menor. Durante los procesos judiciales no se le dio oportunidad de interrogar, ni directa ni indirectamente a la menor. El Tribunal Constitucional, basándose en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sentencias del TEDH, ponderando los bienes en conflicto, por un lado, la protección de la menor y por otro lado, el derecho a la defensa del acusado, sentencia la vulneración del art. 24.1 CE por indefensión, pues el acusado debería haber tenido en el proceso penal previo las mínimas oportunidades exigibles para contradecir el testimonio de la menor que ha dado lugar a su condena.

— *Proporcionalidad en la vulneración del derecho a la intimidad por la autoridad policial pero sin la intervención judicial en el ámbito de internet: STC 173/2011, de 7 de noviembre.*

El recurrente en amparo alega que la policía vulneró su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) por revisar el portátil en donde tenía contenido pedófilo sin orden judicial. El recurrente llevó su ordenador portátil a reparar a una tienda y el dueño, al ver el contenido pedófilo, lo llevó a dependencias policiales, quienes sin comunicarlo a instancias judiciales investigaron el contenido del ordenador. El Tribunal Constitucional estima que la intromi-

sión en el derecho a la intimidad del recurrente es proporcionada y da prioridad a asegurar el objeto de prueba que era el ordenador y su contenido, dando prioridad a intereses como asegurar que no se destruyan los ficheros por otros accesos a internet, la premura en identificar otros partícipes o la acreditación de la comisión de posibles abusos sexuales a menores (FJ 7).

— *Procedimiento de conciliación voluntaria procesal: STC 155/2011, de 17 de octubre.*

La recurrente planteó el recurso de amparo contra el Auto dictado en primera instancia y confirmado luego en apelación que decretó la inadmisión a trámite de la solicitud de la recurrente para la apertura de procedimiento de conciliación voluntaria procesal [arts. 460 a 480 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) de 1881]. Tanto el Juzgado como la Audiencia consideran que el escrito presentado contiene peticiones que son propias del ámbito de las diligencias preliminares y no de la conciliación, por lo que no cabe darles curso por esta vía procedimental, sin que se concediese trámite de subsanación.

A raíz de la afirmación «A falta de pronunciamientos concretos de este Tribunal en torno al problema y procedimiento que aquí se suscita» en el FJ 2, es de presumir que la Sala Segunda admitiera este recurso de amparo por completar la interpretación del art. 24.1 CE que el Alto Tribunal estima vulnerado.

— *Autonomía universitaria en el ámbito penitenciario: STC 206/2011, de 19 de diciembre.*

En este recurso de amparo el Tribunal Constitucional declara contraria al art. 27.10 CE (autonomía universitaria) la interpretación que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo realizó del art. 56.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional interpreta el derecho fundamental a la autonomía universitaria (art. 27.10 CE) en un supuesto concreto: cuando colaboran las Universidades y la administración penitenciaria para la educación universitaria de los reclusos. El Tribunal Constitucional declara contraria a la jurisprudencia constitucional (STC 47/2005, de 3 de marzo) la interpretación que el Tribunal Supremo realizó del art. 56.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que hacía depender de una previa suscripción de un acuerdo interadministrativo (entre Universidad y Administración Penitenciaria) no solo la prestación de la docencia a distancia a los reclusos sino «la validez misma de la ordenación abstracta por la Universidad de las especialidades que la prestación de los servicios educativos a prestar a distancia a internos en centros penitenciarios ha de revestir para adaptarse a tan singulares estudiante». De esta manera, el Tribunal Supremo estaba haciendo «de los convenios de colaboración entre la Administración penitenciaria y las Universidades públicas presupuesto habilitante del ejercicio por éstas de su potestad normativa para la regulación de lo que constituye el núcleo de la autonomía universitaria: la protección de la libertad académica, en su manifestación de libertad de enseñanza, estudio e investigación frente a todo tipo de injerencias externas (STC 47/2005, de 3 de marzo, F5)» (FJ 7).

— *Admisión del recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal sobre la inadmisión de un recurso de amparo: ATC 185/2011, de 21 de diciembre.*

La Sección Tercera estima la postura del Ministerio Fiscal que defiende que el recurso de amparo inadmitido sí plantea «un problema o una faceta de un derecho fundamental

susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional». Concretamente, dicha Sección decide que al margen de la doctrina general sobre el derecho a la libertad (art. 17 CE), el Tribunal Constitucional carece de doctrina concreta sobre la aplicación de una norma prevista para penas privativas de libertad (art. 50.4 párrafo 5 de la Ley de enjuiciamiento criminal) a penas como la expulsión, que es de carácter heterogéneo en relación con ella. Tal aplicación produce una privación de libertad añadida y superflua que va a soportar el condenado sin reflejo compensatorio en la pena efectivamente impuesta de expulsión.

a.2) Admisión cuando la vulneración proviene de una disposición de carácter general

— *Vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal, en el ámbito administrativo sancionador, producida por una disposición de carácter general: STC 144/2011, de 26 de septiembre.*

El Tribunal Constitucional confirma la anulación sentenciada por el Tribunal Supremo del Reglamento del «Rioja», aprobado por Orden de 3 de abril de 1991, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, por la lesión del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE) en relación con la sanción impuesta por utilización indebida de contraetiquetas y precintos, tipificada en el art. 51.1.6 del citado Reglamento.

a.3) Cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o que genere consecuencias políticas generales

— *Recurso de amparo parlamentario: STC 192/2011, de 12 diciembre.*

El presente recurso de amparo es planteado por la Diputada doña María Inmaculada Ortega Martínez del Parlamento de La Rioja contra el Acuerdo de la Mesa del Parlamento de La Rioja de fecha de 19 de abril de 2010, por el que se acuerda la suspensión en el ejercicio de la función parlamentaria durante el plazo de un mes por haber sido llamada al orden varias veces y haberse negado a abandonar el Pleno.

— *Recursos de amparo electorales: STC 172/2011, de 3 de noviembre; STC 171/2011, de 3 de noviembre; STC 170/2011, de 3 de noviembre; STC 169/2011, de 3 de noviembre; STC 168/2011, de 3 de noviembre; STC 167/2011, de 3 de noviembre; STC 165/2011, de 3 de noviembre; STC 164/2011, de 3 de noviembre; STC 163/2011, de 2 de noviembre; STC 162/2011, de 2 de noviembre.*

— *Relevante y general repercusión social: STC 183/2011, de 21 de noviembre.*

El caso trata sobre la denominación de la titulación «graduado o graduada en Ingeniería de la edificación» recogida en un acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 2007 y la Orden ECI/3855/2007, de 27 de diciembre, que establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habilitan para el ejercicio de la profesión de arquitecto técnico, a la cual el Colegio de Ingenieros Técnicos se opone. El Tribunal Constitucional aprecia especial relevancia constitucional, concretamente el supuesto recogido en la letra g) de la STC 155/2009, FJ 2), esto es «cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga

unas consecuencias políticas generales», pues se impugna «una Sentencia anulatoria de disposiciones generales en materia de titulación universitaria habilitante para el ejercicio de una profesión regulada, con eventual incidencia en el desarrollo del objetivo del espacio europeo de educación superior de adoptar un sistema de títulos académicos fácilmente comprensibles y comparables en los Estados miembros de la Unión Europea» (FJ 2).

a.4) Perjuicio grave al recurrente pero sin trascendencia jurídico-objetiva

En algunos de los recursos de amparo admitidos, la vulneración del derecho fundamental no encaja en ninguno de los supuestos de la STC 155/2009, FJ 2. Sin embargo, el perjuicio que de esa vulneración se produce al recurrente es realmente significativo. Es indiciario que estos casos se encuadren en el ámbito penal y sancionador, como la expulsión del territorio nacional de un extranjero y la ejecución hipotecaria de viviendas..

— *Ejecución hipotecaria de viviendas en el que el debido proceso judicial no se ha respetado: STC 191/2011, de 12 diciembre.*

En un proceso de ejecución hipotecaria el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid ignora abiertamente y de forma continuada lo dispuesto en un Auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid en el que se le ordenaba que resolviera sobre la suspensión ejecutiva de unos inmuebles (ateniéndose al tenor de la cuestión prejudicial devolutiva resuelta por aquel Juez de lo Mercantil), la mayoría viviendas. Esta negativa incide directamente en continuar con la ejecución de dichos inmuebles que son ejecutados finalmente. La Sala Primera estima que se conculca el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución jurídicamente fundada (art. 24.1 CE) de los recurrentes, toda vez que tenían derecho a que la suspensión de la ejecución se resolviera de forma congruente y fundamentada en Derecho, en coherencia con lo declarado previamente por el Juez del concurso» (FJ 6). Al no existir un problema jurídico constitucional de fondo, cabe plantearse la posibilidad, como ya lo hiciera en alguna ocasión el Tribunal Constitucional Federal alemán en materia de desahucio, si el daño ocasionado a los recurrentes por una pésima praxis del órgano jurisdiccional ocasiona la admisión a trámite del recurso de amparo.

— *Expulsión del territorio nacional, vulneración del derecho de defensa en el proceso administrativo sancionador: STC 145/2011, de 26 de septiembre.*

En el presente caso el recurrente alega que la orden de expulsión del territorio nacional por permanecer ilegalmente decretada por la Delegada del Gobierno de Madrid vulnera su derecho fundamental a la defensa (art. 24.2 CE), puesto que la propuesta de resolución formulada por el instructor del expediente incorporó determinados datos fácticos que no figuraban en el acuerdo de incoación. La Sala Segunda estima que esos hechos nuevos incorporados a la propuesta de resolución, que no fue notificada, no implicaban una nueva calificación jurídica ni tampoco la imposición de una sanción distinta de la anunciada, pero sí eran relevantes desde el punto de vista de la licitud de la opción de la Administración en favor de la sanción de expulsión frente a la de multa. Por ello, el Alto Tribunal estima la vulneración del citado derecho fundamental al derecho de defensa en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador.

- *Pena privativa de libertad, suspensión de la condena y vulneración de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: STC 135/2011, de 12 de septiembre.*

El recurrente en amparo es condenado por un delito contra la propiedad intelectual por la Audiencia Provincial de Madrid tras la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid. La Audiencia resuelve sin la apreciación directa del testimonio del acusado, que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional estima vulnerados los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) del recurrente. El posible motivo de la admisión de este recurso de amparo podría ser el perjuicio, concretamente la pena de cárcel, que se le estaba ocasionando al recurrente y que con la admisión del recurso de amparo posibilita la suspensión solicitada de la ejecución de la pena.

- a.5) Recursos de amparo admitidos pero de difícil encaje en los supuestos de la STC 155/2009

- **STC 182/2011, de 21 de noviembre.**

En un proceso de medidas matrimoniales, la Sala Segunda entra a valorar que la aplicación de la analogía *legis* (art. 4 CC) para la resolución del reparto de la vivienda que los cónyuges tenían en común parte de premisas erróneas. El Tribunal Constitucional aprecia la vulneración de la tutela judicial efectiva de la recurrente (art. 24.1 CE) en su dimensión de resolución basada en Derecho ya que la decisión del órgano jurisdiccional parte de una premisa que el Tribunal Constitucional califica de patentemente errónea, esto es, la asimilación de la figura del cónyuge que solicita la liquidación de bien común, con la de un «acreedor», y, en sentido contrario, la de aquel otro que no ha tomado la misma iniciativa (en el recurso de amparo, el recurrente) como un «deudor» de aquél. De otro lado, y merced a ello, se llega a un resultado absolutamente desproporcionado e irrazonable, principalmente en perjuicio de la recurrente.

- **STC 193/2011, de 12 de diciembre.**

CC.OO. de Ceuta demanda la vulneración del derecho de manifestación (art. 21.2 CE) por las condiciones que el Subdelegado de Gobierno de Ceuta impone para la celebración de unas manifestaciones (prohibición de interrupción del tráfico y no superación de unos decibelios de ruidos marcada por las ordenanzas municipales). El TC estima que estas restricciones no vulneran el art. 21.1 CE pues se respetan tanto el requisito de que esas medidas sean «necesarias» como el que sea «proporcionadas».

- **STC 154/2011, de 17 de octubre.**

El recurrente en amparo es condenado en segunda instancia apoyándose la decisión en la prueba documental y en dos nuevas testificales practicadas, pero obviando el interrogatorio de los acusados, la testifical del denunciante y las seis pruebas periciales. En caso de vulneración de los derechos fundamentales alegados, podría creerse que se admite el recurso de amparo por mala práctica del tribunal ordinario. Sin embargo, la Sala Segunda no estima la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ni a la pre-

sunción de inocencia (art. 24.1 CE). Al existir abundantísima jurisprudencia sobre el tema se antoja difícil adivinar el motivo de admisión del recurso de amparo.

b) *Flexibilización del requisito de justificar la especial relevancia constitucional*

— *Inadmisión del recurso de amparo por no contener argumentación material sobre la especial relevancia constitucional: STC 143/2011, de 26 de septiembre.*

A pesar de permitir cierta flexibilidad a los recursos de amparo planteados con anterioridad a la fecha de la publicación, el 28 de julio de 2009, de la trascendente STC 155/2009, de 25 de junio, atenuando así el rigor en la valoración del cumplimiento de la carga justificativa de la especial trascendencia constitucional en las demandas interpuestas con anterioridad a esa fecha (STC 15/2011, de 28 de febrero, FJ 3; AATC 4/2010 y 5/2010, de 14 de enero), no puede constituir una excepción a la exigencia de justificación impuesta por el art. 49.1 LOTC. Consecuentemente, al no contener este recurso de amparo una justificación sobre su especial relevancia constitucional, es inadmitido.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) **Competencias sobre ordenación de la economía (149.1.13.^a) y en materia de hacienda general (art. 149.1.14.^a CE): validez de los preceptos de las leyes estatales que establecen un régimen de equilibrio presupuestario en el sector público**

El TC ha desestimado este trimestre doce recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra diversos preceptos de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria y de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley general de estabilidad presupuestaria. El TC resuelve en Sentencias independientes los recursos planteados por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias (SSTC 157/2011, de 18 de octubre, y 185/2011, de 23 de noviembre), el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña (SSTC 186/2011, de 23 de noviembre, y 195/2011, de 13 de diciembre), el Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha (SSTC 187/2011, de 23 de noviembre, y 203/2011, de 14 de diciembre), el Gobierno de Aragón (SSTC 188/2011, de 23 de noviembre, y 196/2011, de 13 de diciembre), las Cortes de Aragón (STC 197/2011, de 13 de diciembre), el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura (STC 198/2011, de 13 de diciembre) y cincuenta diputados del Grupo Socialista del Congreso de los Diputados (SSTC 189/2011, de 23 de noviembre, y 199/2011, de 13 de diciembre).

El TC toma como referencia para resolver la STC 134/2011, de 20 de julio (en la que se desestima el recurso de inconstitucionalidad del Parlamento de Cataluña, que ya comentamos en el núm. 54 de JA). El TC corrobora la competencia del Estado para fijar un principio general de estabilidad presupuestaria en virtud, principalmente, de los apartados 13 y 14 del art. 149.1 CE, y concluye que las leyes estatales impugnadas no limitan de modo indebido la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas (arts. 137 y 156 CE). Entre la STC 134/2011, de 20 de julio, y la STC 157/2011, de 18 de octubre, se ha producido la reforma del art. 135 CE con la «consagración constitucional» —exposición

de motivos de la Reforma— del «principio de estabilidad presupuestaria». Este precepto establece, de acuerdo con la STC 157/2011, el «nuevo canon de constitucionalidad» al que debe atenerse el examen jurisdiccional de la legislación. El TC destaca que el nuevo precepto constitucional encomienda al legislador estatal, mediante ley orgánica, el desarrollo del principio de estabilidad presupuestaria. La nueva redacción del art. 135 CE refuerza, en consecuencia, la competencia estatal para dictar las normas controvertidas.

B) Competencias en materia de hacienda general (art. 149.1.14.^a CE) y bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.^a CE): competencia exclusiva del legislador estatal para establecer una exención en un impuesto local de regulación estatal

El objeto de la STC 184/2011, de 23 de noviembre, es la exención en el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras aplicable a las obras que tengan por finalidad la conservación, mejora o rehabilitación de monumentos declarados de interés nacional prevista en el artículo 59 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1993, de 30 de septiembre, del patrimonio cultural catalán. El TC declara la nulidad parcial del citado precepto por vulneración del orden constitucional de distribución de competencias. La Sentencia sostiene que sólo el legislador estatal puede establecer una exención en el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, que es un «impuesto local de regulación estatal». El TC interpreta que la reserva de ley para la configuración de los elementos esenciales de los impuestos locales, que establece el art. 133 CE, debe operarse necesariamente a través del legislador estatal, con la finalidad de garantizar la «básica igualdad de posición de los contribuyentes» y la suficiencia financiera de las corporaciones locales.

C) Principio dispositivo (art. 147 CE) y autonomía financiera (art. 156 CE): constitucionalidad de modelo de financiación autonómica 2001-2009

La STC 204/2011, de 15 de diciembre, desestima el recurso de inconstitucionalidad núm. promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados contra diversos artículos de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía (derogada por Ley 22/2009). Nos centraremos en la pretendida vulneración del principio dispositivo (art. 147 CE) en relación con el principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (art. 156 CE), aunque la Sentencia analiza otros motivos de inconstitucionalidad, como la infracción del art. 115 RS (al admitir como transaccionales enmiendas que materialmente no lo eran) o del art. 9.3 CE (interdicción de la arbitrariedad, lealtad constitucional y seguridad jurídica).

El argumento central en el que se basa el recurso de inconstitucionalidad es que la disposición final segunda de la Ley 21/2001 condiciona indebidamente la aplicación del nuevo sistema de financiación a la aceptación por cada Comunidad Autónoma de la competencia de gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. El TC rechaza que se haya vulnerado el principio dispositivo [art. 147.2.d) CE], pues la referida disposición final no impide a las Comunidades Autónomas decidir acerca del nivel compe-

tencial que deban asumir. El precepto prevé dos posibilidades. De acuerdo con la primera, si la Comunidad Autónoma ha recibido la transferencia de servicios y acepta el sistema de financiación, es claro que no se produce ninguna vulneración del principio dispositivo, pues se vincula a la competencia estatutaria la correspondiente financiación. Y en la segunda, si la Comunidad Autónoma no ha recibido la transferencia de servicios o no acepta el sistema de financiación, ésta se regirá por el sistema de financiación anterior, al que dio su conformidad, supuesto en el que tampoco se produce ninguna vulneración

Según los recurrentes, la vulneración del principio dispositivo también se habría producido, en segundo lugar, porque la Ley 21/2001 no respetó lo acordado en el Consejo de Política Fiscal y Financiera el 27 de julio de 2001, a consecuencia de las enmiendas introducidas durante la tramitación del proyecto de ley a su paso por el Senado. Por el contrario, la Sentencia sostiene que el principio dispositivo no puede interpretarse en el sentido de que han de ser las Comunidades Autónomas las habilitadas para elegir el sistema con arreglo al cual deberán financiarse. El TC sostiene que la Constitución atribuye al Estado la potestad exclusiva para configurar el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas que considere más idóneo y rechaza que los acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera no pueden ser modificados por las Cortes Generales sin el concurso expreso de las Comunidades Autónomas.

En relación con la suficiencia financiera, la Sentencia recuerda que este principio se refiere a la totalidad de recursos de que disponen las Comunidades Autónomas para el efectivo ejercicio de las competencias asumidas, no encontrándose por tanto limitada a un único recurso como son las transferencias garantizadas por el Estado, y que encuentra un límite en el «marco de las posibilidades reales del sistema financiero del Estado en su conjunto».

D) Alcance de las normas básicas sobre órganos rectores de las cajas de ahorros (art. 149.1.11.^a y 13.^a CE): nulidad de las disposiciones de la ley estatal que atribuyen al Ministerio de Economía la aprobación de los estatutos de las cajas de ahorro fundadas por la Iglesia

La STC 151/2011, de 29 de septiembre, declara la nulidad del segundo párrafo de la disposición adicional segunda de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las cajas de ahorros, en la redacción dada por el art. 8, apartado 15, de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. La declaración de inconstitucionalidad se produce a instancias de la cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Córdoba. Esta disposición atribuye al Ministerio de Economía la aprobación de los estatutos y de los reglamentos organizativos de las cajas de ahorros cuya entidad fundadora directa según los citados estatutos sea la Iglesia Católica. La inconstitucionalidad se fundamenta en la doctrina empleada en la STC 118/2011, de 5 de julio (comentada en *JA* 54), según la cual «las competencias sobre la organización interna de las cajas de ahorros fundadas por la Iglesia Católica con domicilio en Andalucía que tengan su sede en Andalucía pertenecen, al igual que respecto de las demás cajas de ahorros, a dicha Comunidad Autónoma, siempre con sumisión a lo dispuesto en la legislación básica estatal sobre la materia».

La nulidad de la norma estatal lleva a la STC 160/2011, de 19 de octubre a declarar la desaparición sobrevenida del objeto de una cuestión de inconstitucionalidad planteada posteriormente por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Córdoba.

E) La competencia exclusiva autonómica en materia de ganadería resulta limitada por la competencia del Estado para dictar normas básicas en materia de ordenación general de la economía, sanidad y medio ambiente (art. 149.1.13.^a, 16.^a y 23.^a CE): validez de las disposiciones estatales que ordenan las explotaciones porcinas

La STC 158/2011, de 19 de octubre, desestima los dos conflictos positivos de competencia acumulados en este proceso han sido planteados por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura frente a diversos preceptos del Real Decreto 324/2000, de 3 de marzo, por el que se establecen las normas básicas de ordenación de las explotaciones porcinas y del Real Decreto 3483/2000, de 29 de diciembre, por el que se modifica el anterior. La Sentencia señala que la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de ganadería resulta limitada por la competencia del Estado para dictar normas básicas en materia de ordenación general de la economía, sanidad y medio ambiente (art. 149.1.13.^a, 16.^a y 23.^a CE).

El TC considera que los citados Decretos tienen carácter materialmente básico y satisfacen asimismo las exigencias formales de la normativa básica. Respecto de los requisitos formales, la Sentencia recuerda que la jurisprudencia constitucional admite que se exceptúe la exigencia de Ley para formalizar las bases cuando la potestad reglamentaria sea un complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal. El TC respalda la constitucionalidad de los Decretos impugnados en este caso basándose en que se declara expresamente su carácter básico y en la existencia de cobertura legal en la Ley de epizootias, de 20 de diciembre de 1952, de forma preexistente, y en la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, de forma sobrevenida.

Un conflicto contra los mismos Decretos promovido por el Gobierno de Aragón es desestimado por la STC 207/2011, de 20 de diciembre, basándose en argumentos similares.

F) Distribución de competencias en materia laboral: vulneración de las competencias ejecutivas autonómicas al asignarse a un órgano estatal la aplicación de las medidas administrativas que hubieran de adoptarse en relación con las empresas que contasen con centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma

La STC 194/2011, de 13 de diciembre, estima el conflicto positivo de competencia planteado por la Generalitat de Cataluña contra el art. 8 de la Orden de 24 de julio de 2000, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se regula el procedimiento administrativo referente a las medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por 100 a favor de trabajadores discapacitados en empresas de cincuenta o más trabajadores, reguladas por el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero. El objeto del conflicto consiste en determinar qué órgano es competente para apreciar la concurrencia

de las circunstancias que permiten eximir a las empresas de la obligación de contratar a trabajadores minusválidos y para aplicar medidas alternativas. El precepto cuestionado de la Orden asignarse a un órgano estatal la aplicación de las medidas administrativas que hubieran de adoptarse en relación con las empresas que contasen con centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma.

El TC encuadra la controversia dentro de las competencias de ejecución laboral y relaciona el problema con la territorialidad de las competencias ejecutivas autonómicas así como con la correlativa utilización de la supraterritorialidad como criterio de atribución de competencias al Estado. La Sentencia recuerda que el principio de territorialidad de las competencias autonómicas, proclamado en todos los Estatutos, significa que esas competencias deben tener por objeto fenómenos, situaciones o relaciones radicadas en el territorio de la propia Comunidad Autónoma. Ello no implica necesariamente, matiza el TC, que cuando el fenómeno objeto de las competencias autonómicas se extiende a lo largo del territorio de más de una Comunidad Autónoma, éstas pierdan en todo caso y de forma automática la competencia y la titularidad de la misma deba trasladarse necesariamente al Estado. La supraterritorialidad de una actuación ejecutiva sólo conlleva de forma excepcional el traslado de la titularidad de la competencia desde la Comunidad Autónoma al Estado, cuando a) «no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas»; o b) «cuando además del carácter supraautonómico del fenómeno objeto de la competencia, no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejercida sobre él y, aun en este caso, siempre que dicha actuación tampoco pueda ejercerse mediante mecanismos de cooperación o de coordinación y, por ello, requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un único titular, forzosamente el Estado», o c) «cuando sea necesario recurrir a un ente supraordenado con capacidad de integrar intereses contrapuestos de sus componentes parciales, sin olvidar el peligro inminente de daños irreparables, que nos sitúa en el terreno del estado de necesidad». Se cita como antecedentes jurisprudenciales dos Sentencias relacionadas con las competencias de ejecución en medio ambiente y la conservación de espacios naturales protegidos: las SSTC 102/1995, de 26 de junio, y 194/2004, de 4 de noviembre. Los argumentos del Abogado del Estado para justificar la atribución de competencias al Estado no convencen al TC, por lo que resuelve que la actuación ejecutiva discutida ha de corresponder a la Comunidad Autónoma.

G) 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

La STC 175/2011, de 8 de noviembre, declara la nulidad del precepto legal autonómico que establece una dispensa de titulación para la promoción interna de los policías locales. La cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición transitoria segunda de la Ley del Parlamento de Cantabria 7/1994, de 19 de mayo, de coordinación de policías locales, había sido promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. La disposición controvertida es contraria a las normas básicas en materia de función pública que establece la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en las que la «titulación» se erige en requisito esencial de la «promoción interna». Estas normas básicas

tienen su respaldo constitucional en la competencia del Estado sobre «régimen estatutario de los funcionarios públicos» (art. 149.1.18.^a CE).

H) Bases del régimen energético (art. 149.1.25.^a CE): nulidad de preceptos de una ley autonómica que contradicen las normas básicas del Estado

La STC 148/2011, de 28 de septiembre, estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con la Ley de Castilla-La Mancha 6/1999, de 15 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico. La Sentencia considera que la controversia competencial debe ser examinada desde la perspectiva de los títulos competenciales estatales y autonómicos relacionados con la materia energética. El art. 149.1.25.^a CE atribuye al Estado la competencia para aprobar las «bases del régimen minero y energético», mientras que el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha adjudica a la Comunidad Autónoma la competencia «exclusiva» en materia de instalaciones de producción, distribución y transporte de energía (art. 31.1.27) y la competencia de desarrollo legislativo y ejecución del régimen minero y energético (art. 32.8). El TC descarta aplicar los títulos en materia de defensa de los consumidores y usuarios aplicando el criterio finalista y la preferencia del título competencial especial sobre el general.

A partir de esta delimitación de los títulos competenciales, la Sentencia se centra en determinar si los preceptos impugnados de la Ley autonómica respetan las bases estatales contenidas en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico. Se declara la nulidad de los preceptos de la ley autonómica que hacen recaer sobre el distribuidor los costes de instalación de los dispositivos de medida de calidad en el suministro de energía eléctrica, tipifican como infracciones conductas relacionadas con el régimen tarifario del sector eléctrico e introducen un plazo de prescripción de las infracciones graves más breve que el establecido en la legislación básica estatal.

I) Potestad subvencional del Estado: requisitos formales de la normativa básica, competencias autonómicas de gestión de los fondos estatales

El TC aborda en tres casos el problema de la regulación de subvenciones. La referencia para resolver este tipo de conflictos de competencias es la STC 13/1992, de 6 de febrero. En esta Sentencia el TC distinguió cuatro supuestos relativos al ejercicio de la potestad subvencional por parte del Estado. Los tres primeros supuestos se corresponden con las diferentes modalidades de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia en la que se inscriban las subvenciones: a) 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; b) el Estado ostenta un título competencial genérico de intervención (*v. gr.*, la ordenación general de la economía) que se superpone a una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, o bien tiene competencia sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución; y c) que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, mientras que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de ejecución.

El cuarto y último supuesto prevé una situación excepcional en la que se permite al Estado gestionar de forma centralizada una subvención referente a una materia en la que las Comunidades Autónomas tienen competencias plenas de ejecución. Se exige que el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia y que justifique la necesidad de la consignación centralizada de las partidas presupuestarias. Debe acreditarse que la centralización de la gestión de la subvención resulta «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, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector». La necesidad de la centralización «habrá de aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate».

La STC 156/2011, de 18 de octubre, enjuicia la competencia del Consejo Superior de Deportes para convocar subvenciones a Universidades privadas con programas de ayudas a deportistas universitarios de alto nivel. Según la Sentencia, estamos ante un ejemplo del segundo supuesto descrito en la STC 13/1992: una competencia del Estado sobre las bases que se superpone a la competencia de las Comunidades Autónomas sobre una materia. En este caso, corresponde al Estado las «normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia» (art. 149.1.30.^a CE) y la Generalitat de Cataluña tiene atribuida la competencia «exclusiva» sobre «la regulación y la gestión de los fondos estatales» dirigidos a «becas y ayudas a la formación universitaria» [art. 172.1.g) EAC]. Después de alcanzar esta conclusión, la Sentencia examina si la Resolución cumple la doctrina constitucional sobre las exigencias formales de las normas básicas, llegando a una conclusión negativa, por lo que se estima el conflicto de competencias. La Resolución del Consejo Superior de Deportes no satisface, a juicio del TC, los requisitos exigibles en cuanto al rango de la normativa básica. Se subraya la débil cobertura legal que le otorga la Ley 10/1990, del Deporte, y la ausencia de una norma reglamentaria del Gobierno que complemente la regulación del objeto y la finalidad de las ayudas.

Los Magistrados Eugeni Gay Montalvo, Pablo Pérez Tremps, Adela Asúa Batarrita y Luis Ortega Álvarez formulan un voto particular en el que cuestionan el encuadre competencial del caso. Según el voto particular, no sería aplicable el título estatal en materia de educación y las competencias autonómicas que habrían sido invadidas serían las relativas a la materia «deporte». En consecuencia, el caso sería un ejemplo del primer supuesto descrito en la STC 13/1992: la Comunidad Autónoma ostenta una competencia exclusiva sobre una determinada materia y el Estado no tiene título competencial alguno sobre la misma.

La STC 159/2011, de 19 de octubre, resuelve un conflicto positivo de competencia planteado por la Generalitat de Cataluña frente al 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. Se enjuicia el régimen de financiación de los llamados proyectos singulares de desarrollo local y urbano. La principal característica de la financiación de este régimen subvencional es que «se realizará [por el Estado] directamente con las entidades locales solicitantes y beneficiarios de la subvención». El caso se encuadra en la materia de «régimen

men local», por lo que el Estado tiene atribuido el establecimiento de la normativa básica (art. 149.1.18.^a CE) y la Comunidad Autónoma de Cataluña la competencia exclusiva (art. 160 EAC 2006). La Sentencia reconduce el supuesto de hecho al segundo de los supuestos de subvenciones recogidos en la STC 13/1992. En estos supuestos, el TC ha señalado que la gestión de los fondos corresponde a las Comunidades Autónomas, de manera que las partidas deben territorializarse. El TC no aprecia la existencia de ninguno de los supuestos excepcionales a que se refiere el cuarto supuesto de la STC 13/1992 para centralizar en el Estado la gestión de las subvenciones dirigidas a financiar los proyectos singulares de desarrollo local y urbano.

La STC 178/2011, de 8 de noviembre, sigue un razonamiento similar respecto de las subvenciones dirigidas a financiar programas en materia de asistencia social. El TC considera que estamos ante el primer supuesto descrito en la STC 13/1992 (la Comunidad Autónoma ostenta una competencia exclusiva sobre asistencia social y el Estado no invoca título competencial alguno, genérico o específico, sobre la misma). En estos casos, el Estado puede decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios a esas materias o sectores, pero corresponde a las Comunidades Autónomas la determinación del destino de las partidas presupuestarias correspondientes y la tramitación de las subvenciones. La Sentencia considera que los preceptos de las bases reguladoras fijadas por el Estado atinentes a la tramitación, resolución, pago, control, responsabilidad y reintegros de las ayudas vulneran la competencia autonómica.

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
MARÍA ISABEL GONZÁLEZ PASCUAL
MARIO HERNÁNDEZ RAMOS
ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ
ROBERTO ROSINO CALLE
LUCÍA ALONSO SANZ

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
 - A) **Admisibilidad.**
 - a) Extensión, limitada, de la aplicabilidad de la CEDH a eventos anteriores a su entrada en vigor en un Estado. Obligaciones de investigación y sanción de torturas.
 - B) **Derecho a la vida (art. 2 CEDH).**
 - a) Inadecuada planificación y ejecución de operación terrorista contraria al derecho a la vida.
 - C) **Prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH).**
 - a) Capuchón y esposas en pies y manos en conducción de preso peligroso no vulneran el art. 3 CEDH.
 - b) La esterilización de una mujer de etnia gitana en un hospital público sin su consentimiento informado supone la violación de sus derechos humanos (arts. 3 y 8 CEDH).
 - D) **Prohibición de trabajos forzados (art. 4 CEDH).**
 - a) El nombramiento no deseado como tutor de un discapacitado no supone violación del art. 4.
 - E) **Derecho a la libertad y seguridad (art. 5 CEDH).**
 - a) Confinamiento de menores acompañados en centros de internamiento para extranjeros ilegales.
 - b) Derecho a la libertad y seguridad y derecho de reunión (arts. 5 y 11 CEDH). Detenciones durante la cumbre del G8 contrarias a estos derechos.
 - F) **Derecho a un proceso justo (art. 6 CEDH).**
 - a) Independencia del poder judicial frente a presiones políticas. Seguridad jurídica: límites a la revisión de sentencias firmes.
 - b) Igualdad en la aplicación de la ley: conformidad con el art. 6 de la convivencia de interpretaciones divergentes de supuestos idénticos en dos Tribunales de carácter Supremo (militar y contencioso-administrativa).
 - c) La nueva valoración de los hechos en apelación sin audiencia del demandado no cumple con los requisitos de un juicio justo.

- d) La ausencia de audiencia pública en un proceso de casación lesiona el derecho a un juicio justo garantizado en el art. 6.1 CEDH.

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

- a) Violación del derecho a la vida familiar debido a incumplimiento de una STEDH previa (art. 8 en relación con el art. 46 CEDH).
- b) Derecho a la vida privada familiar lesionado por el exceso de ruido: nueva condena a España.
- c) La prohibición nacional sobre determinados métodos de reproducción asistida no supone una lesión del derecho a la vida privada.
- d) Derechos de padres separados y secuestro de niños: ¿margen de apreciación nacional para ponderar los hechos?

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

- a) Protección de la libertad de expresión profesional: críticas de una doctora al tratamiento médico realizado por un superior. Extensión de la buena fe en la base fáctica de la imputación a estos supuestos.
- b) Libertad de expresión de los Abogados: revelación de informaciones confidenciales (secreto de la instrucción) y derecho a la defensa.

I) Derecho de propiedad (artículo 1 Protocolo 1).

- a) Injusto equilibrio entre el derecho de los particulares a la restitución de bienes y los derechos del Estado.
- b) Derecho prioritario de restitución a los herederos de los (originales) propietarios judíos, frente a los herederos de los (segundos) propietarios de los bienes expropiados durante el comunismo.

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

A) Prohibición de tratos inhumanos o degradantes y derecho de asilo (arts. 4 y 18 CDFUE). Ámbito de aplicación de la Carta (art. 51 CDFUE).

B) Protección de datos de carácter personal y respeto a la vida privada (arts. 7 y 8 CDFUE).

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

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

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

- a) Para considerar que el ruido ambiental excesivo vulnera derechos fundamentales ha de probarse el daño individual y que este daño pueda imputarse a la Administración.
- b) Acceso constitucionalmente justificado a los archivos informáticos sin consentimiento del titular ni autorización judicial.

B) Derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE).

- a) La prohibición de cortar el tráfico o de superar determinado nivel de ruido en una manifestación no supone vulneración del derecho fundamental.

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

- a) La insuficiencia de avales en la presentación de candidaturas electorales constituye un defecto subsanable.

- b) La exigencia de presentación de un porcentaje mínimo de avales establecida en el art. 169.3 LOREG no vulnera el art. 23.2 CE.

D) Ejercicio del cargo parlamentario (art. 23.2 CE).

- a) ¿El contenido material del derecho de enmienda no impide leyes de contenido tan heterogéneo como las leyes de acompañamiento? Un resbaladizo criterio de homogeneidad legislativa.
- b) El contenido material de la enmienda no impide un entendimiento amplio de las enmiendas transaccionales.

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

- a) Acceso a la jurisdicción en sanciones disciplinarias militares leves. Inconstitucionalidad de la exclusión legal de recurso judicial ordinario.

F) Derecho a la autonomía universitaria (art. 27.10 CE).

- a) La potestad normativa de las universidades para la ordenación de la actividad docente forma parte del contenido del derecho a la autonomía universitaria.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

A) Derechos de los extranjeros en España (art. 13.1 CE). Visados para la reagrupación familiar.

- a) Denegación de visado de reagrupación familiar de menor marroquí, tras la firma de la «Kafala» o entrega del menor no abandonado a otra persona distinta de sus padres [art. 17.1.c) LO 4/2000].
- b) Reagrupación Familiar solicitada por naturalizado español. Incorporación al ordenamiento español de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la crónica de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas correspondiente al número 55 de esta Revista se aborda la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en el cuarto trimestre del año 2011.

Por lo que se refiere al TEDH, en este periodo hemos destacado dos Sentencias contra nuestro país: el caso **Almenara Álvarez contra España, de 25 de octubre de 2011**, y el caso **Lacadena Calero contra España, de 22 de noviembre de 2011**. En ambos se condena a España por vulneración del derecho a un proceso justo y, en concreto, por falta de audiencia a un condenado en un proceso penal en fase de recurso (art. 6.1 CEDH).

Del resto de la jurisprudencia del TEDH, podemos destacar el caso **V.C. contra Eslovaquia, de 8 de noviembre de 2011**, en el que el Tribunal se enfrenta por vez primera a un supuesto de esterilización y considera que la falta de consentimiento informado de una

mujer de etnia gitana a quien se le había sometido a esta operación en un hospital público vulnera los arts. 3 y 8 CEDH.

Es interesante, asimismo, el caso **Nejdet Sahin & Perihan Sahim contra Turquía, de 20 de octubre de 2011**, en el que se resuelve de forma polémica una situación infrecuente como es la existencia de dos jurisprudencias contradictorias de dos tribunales supremos con la misma jerarquía.

En dos sentencias contra Alemania, **Althoff y otros y Gobel, ambas de 8 de diciembre de 2011**, el TEDH se enfrenta al complicado problema de las disputas por la restitución de bienes a los primeros propietarios (judíos alemanes huidos a EE.UU. antes de la 2.ª Guerra Mundial) y segundos propietarios (otros alemanes a quienes expropió el sistema comunista de la RDA).

En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, hay que destacar la Sentencia dictada en los **Asuntos Acumulados N.S. y Secretary of State for the Home Department et M.E. y Refugee Applications Commissioner, de 21 de diciembre de 2010**. En ella se plantea por vez primera la posibilidad de permitir—incluso obligar—a un Estado miembro a comprobar el respeto de los derechos por otro Estado miembro, empleando para ello como estándar mínimo el CEDH y la jurisprudencia de Estrasburgo.

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español es interesante la **STC 150/2011, de 29 de septiembre**, un episodio más en la cuestión de los ruidos ambientales y los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad. En este polémico caso el Tribunal no otorgó el amparo pero, curiosamente, en este mismo periodo, el TEDH ha dictado otra condena contra España por el mismo tema (caso **Martínez Martínez contra España, de 18 de octubre de 2011**, del que también se da cuenta en esta crónica).

Finalmente, nos referimos a dos nuevas decisiones sobre la cuestión del derecho de enmienda de los parlamentarios y las leyes de acompañamiento (**SSTC 176/2011, de 8 de noviembre, y 206/2011, de 19 de diciembre**).

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Admisibilidad

a) *Extensión, limitada, de la aplicabilidad de la CEDH a eventos anteriores a su entrada en vigor en un Estado. Obligaciones de investigación y sanción de torturas*

Stammimirovic contra Serbia, de 18 de octubre, plantea un interesante caso respecto a la limitada vigencia del CEDH antes de su entrada en vigor. La jurisprudencia (*Blečić v. Croatia; Šilih v. Slovenia; Hackett v. the United Kingdom*) había fijado algunos supuestos en los que algunas obligaciones derivadas del CEDH podían extenderse a sucesos anteriores cuando tales hechos se referían a la violación del derecho a la vida del art. 2. Esta sentencia, al igual que la reciente Tuna contra Turquía de 19 de enero de 2010, declara aplicables tales principios a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes prevista en el art. 3. Los hechos alegados por el recurrente (tortura a un detenido por parte de la policía) se producen en 2001, 3 años antes de la ratificación del CEDH por Serbia. Sin embargo, el recurrente no alega tal tortura hasta mayo de 2004 al reconocer a uno de sus torturadores. La investigación realizada por las autoridades serbias concluye la existencia

de ese maltrato pero no se adopta ninguna medida al respecto. El TEDH considera que el recurrente tiene no sólo derecho a la adopción de esas medidas como consecuencia de la violación del art. 3 antes de su entrada en vigor en Serbia. Pero, como la obligación de investigar el maltrato por parte de Serbia «ha sido revivida» con la ratificación del tratado, también tiene derecho a que cualquier acción procesal realizada por el recurrente antes sea considerada irrelevante. Gracias a ello el TEDH puede considerar que se produjo violación no sólo del art. 3 (porque las autoridades serbias no realizaran una investigación criminal después de 2004), sino también por violación del art. 6, porque los procedimientos penales se beneficiaron del trato dispensado en 2001 o se realizaron con el miedo del recurrente a que pudiera volver a sufrir maltrato.

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

- a) *Inadecuada planificación y ejecución de operación terrorista contraria al derecho a la vida*

Caso Finogenov y otros contra Rusia de 20 de diciembre de 2011. Se trata de un interesante asunto en el que la Corte enjuicia, a petición de un grupo de víctimas de la crisis de los rehenes en el teatro Dubrovka en Moscú, en octubre de 2002, la entrada por la fuerza en el teatro, que terminó con más de cien fallecidos entre los rehenes además de los secuestradores, y considera que si bien no existe responsabilidad internacional del gobierno ruso derivada de la decisión de las autoridades de resolver el secuestro por la fuerza, utilizando para ello gas venenoso, sin embargo sí se produce vulneración del artículo 2 por la inadecuada planificación y ejecución de la operación, así como, en su faceta procedimental, por no haber realizado una investigación efectiva de lo ocurrido durante la operación y condena a Rusia al pago de elevadas indemnizaciones.

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

- a) *Capuchón y esposas en pies y manos en conducción de preso peligroso no vulneran el art. 3 CEDH*

En el caso **Portman contra Suiza, de 11 de octubre de 2011**, se discutía sobre conformidad con el art. 3 CEDH del uso de las esposas en manos y pies y el capuchón en la cabeza respecto de personas detenidas especialmente peligrosas. En este caso el TEDH concluyó que no se había vulnerado el derecho puesto que el trato denunciado por el demandante fue limitado en el tiempo (sólo duró 2 horas), estuvo acompañado de otras medidas de vigilancia (los policías se aseguraron de que pudiera respirar bien y estuvo bajo observación en todo momento), y no tenía la finalidad de humillar ni someter al detenido, sino, más bien, de protegerlo ante posibles represalias.

- b) *La esterilización de una mujer de etnia gitana en un hospital público sin su consentimiento informado supone la violación de sus derechos humanos (arts. 3 y 8 CEDH)*

Caso V.C. contra Eslovaquia, de 8 de noviembre de 2011. Esta sentencia es importante ya que es la primera vez que el TEDH resuelve una demanda por esterilización. Los hechos

que traen causa de esta sentencia son los siguientes. La recurrente, de etnia gitana y 20 años de edad, en el momento en el que estaba siendo sometida a una cesárea para el nacimiento de su segundo hijo fue preguntada si quería tener más hijos, informándola en ese momento que si decidía quedarse de nuevo embarazada podía poner en riesgo su propia vida o la del bebé, en su caso. Ella sostiene que debido a las circunstancias, en las que se mezclaba el dolor que padecía y el temor provocado por esas informaciones proporcionadas nada más finalizar la cesárea, firmara la autorización en la que consentía la esterilización, pero que en ningún momento comprendió lo que significaba la esterilización, la naturaleza y consecuencias del procedimiento al que iba a ser sometida, y, en particular, su irreversibilidad. Además, la recurrente alegó que no fue informada de ningún otro método alternativo. Es más, ella también afirma que su etnia gitana —circunstancia ésta que figuraba claramente en su historial médico— jugó un papel decisivo en su esterilización.

El Tribunal comienza señalando la relevancia de un proceso de esterilización. A su juicio, la esterilización supone una de las mayores interferencias en un ser humano, ya que afecta a su estado de salud reproductiva y a múltiples aspectos de su integridad personal (tanto en su aspecto físico como en su bienestar mental, así como la vida emocional, espiritual y familiar). Por todo ello para poder proceder a la esterilización se exige el consentimiento informado de los adultos en plenas condiciones mentales. Pues bien, a pesar de las exigencias legales, el Tribunal comprueba cómo la recurrente no sólo no fue informada sobre su estado de salud, las características de la esterilización propuesta y/o posibles alternativas a la misma, sino que fue empujada por las autoridades médicas a firmar un documento mientras se le estaba practicando una cesárea y tras ser informada por el personal médico de que si tuviera un hijo más, ella o el bebé iban a morir.

Es más, el Tribunal considera que la manera en la que se había producido el consentimiento para proceder a la esterilización provocó en la recurrente miedo, angustia e inferioridad, un sufrimiento tal que había tenido repercusiones duraderas y serias en su salud física y su estado psicológico, así como en su relación tanto con su marido como con la comunidad romaní. Por todo ello, y a pesar de que no hay pruebas que confirmen que el personal médico tuviera la intención de maltratar a la demandante, el Tribunal considera que las autoridades actuaron con total indiferencia respecto del derecho a la autonomía y la elección de la paciente. Por lo tanto, la esterilización a la que fue sometida supone una vulneración del artículo 3 del Convenio.

Finalmente, el Tribunal también considera que se ha producido una lesión del art. 8 del Convenio (derecho al respeto de la vida privada y familiar), al entender que el Estado eslovaco no había cumplido con las obligaciones derivadas del art. 8, especialmente por el hecho de ser de etnia gitana.

D) Prohibición de trabajos forzados (art. 4 CEDH)

- a) *El nombramiento no deseado como tutor de un discapacitado no supone violación del art. 4*

El raramente alegado art. 4 CEDH es el objeto básico de decisión en el curioso supuesto resuelto en **Graziani-Weiss c. Austria, de 18 de octubre**. El recurrente es un abogado que

se opone a su nombramiento como tutor legal de un discapacitado psíquico del que no puede ocuparse ningún familiar conocido, ni la asociación encargada de este tipo de casos en Austria. El recurrente alegó que no le era posible hacerse cargo de tal tutoría pues carecía de preparación y su situación familiar y sus obligaciones laborales no dejaban el tiempo necesario para ocuparse de tal labor. Además supondría un sobrecoste que no podría asumir, a pesar de lo cual se produce su nombramiento. El TEDH rechaza la alegación porque cuando el recurrente adquirió la condición de abogado en Austria conocía perfectamente la obligación impuesta en estos casos, y porque en contrapartida el ejercicio de la profesión de abogado supone ciertos privilegios.

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

a) *Confinamiento de menores acompañados en centros de internamiento para extranjeros ilegales*

Caso Kanagaratnam y otros contra Bélgica, de 13 de diciembre de 2011; el TEDH establece que el confinamiento por un largo período de tiempo (4 meses) de menores acompañados en centros de detención de extranjeros irregulares les expuso a sentimientos de angustia e inferioridad que pudieron comprometer el desarrollo de su personalidad. La recurrente acompañada de sus tres niños se presentó en la frontera belga, procediendo del Congo con un falso pasaporte indio, y, al día siguiente, presentó una solicitud de derecho de asilo y de protección subsidiaria, petición que fue rechazada; tras diversos recursos y ocho meses después de la llegada a la frontera, se le reconoció el estatuto de refugiada.

El Tribunal subraya que el Gobierno belga anuncia no proceder más en el futuro a estas detenciones y el informe del Defensor del Pueblo nacional sobre las dañinas consecuencias de estos confinamientos para los niños; así como remarca el interés superior del menor y su vulnerabilidad en función de su minoría de edad y su traumática historial personal, y admite el argumento de la madre de que en esas circunstancias no pudo desempeñar su papel protector. Asimismo pondera las circunstancias personales del caso: el analfabetismo de la madre que acentuó su sensación de confinamiento, y la larga duración de la detención. Por estas mismas razones se estima violada la garantía del artículo 5.1.f) CEDH sobre la detención de personas para impedirles entrar irregularmente en el territorio nacional.

b) *Derecho a la libertad y seguridad y derecho de reunión (arts. 5 y 11 CEDH). Detenciones durante la cumbre del G8 contrarias a estos derechos*

Caso F Schwabe y M.G. contra Alemania, de 1 de diciembre de 2011. Con ocasión de la celebración de la cumbre del G8 en Rostock los recurrentes son detenidos porque la policía considera que el hecho de que llevaran pancartas en la que solicitaban la liberación de todos los detenidos con anterioridad como consecuencia de la cumbre suponía una incitación a que fueran liberados por la fuerza, suficiente para justificar su detención. La Corte valora el dato de que la detención se extendió durante más de cinco días y que no llevaban ningún instrumento susceptible de ser utilizado para liberar por la fuerza a los detenidos, así como que los slogans utilizados eran ambiguos en el sentido de que podrían estar diri-

gidos a las propias autoridades, solicitándoles la liberación de los detenidos, por lo que en definitiva considera que la detención no está justificada.

La Corte analiza a continuación los hechos desde la óptica de la libertad de manifestación del artículo 11 y considera que no se ha demostrado que los organizadores tuvieran intenciones violentas, y que el mero hecho de que la policía esperase la participación de algunos elementos violentos no convertía a la propia manifestación en violenta ni le hacía perder la protección del artículo 11, por lo que declara igualmente la vulneración de este precepto.

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

- a) *Independencia del poder judicial frente a presiones políticas.
Seguridad jurídica: límites a la revisión de sentencias firmes*

En **Agrokompleks contra Ucrania, de 6 de octubre** (recurrida ante la Gran Sala), se plantea un interesante problema. El caso concierne al impago de las deudas contraídas con la recurrente por parte de la mayor refinería de petróleo del país cuyo accionista mayoritario es el propio Estado. Tales deudas ascendían a 19,5 millones de euros reconocida por sentencia judicial firme. Las autoridades estatales realizaron todo tipo de acciones hasta conseguir reabrir el caso y que se redujera, mediante presiones a los miembros del tribunal de arbitraje, significativamente el monto de la deuda. El TEDH censura duramente la actuación de las autoridades nacionales y recuerda que la obligación estatal de garantizar un poder judicial independiente e imparcial no se refiere sólo a la organización del poder judicial, sino también a la obligación de todas las autoridades nacionales de respetar y acatar las decisiones judiciales. Considera, además, que la reapertura del caso es lesiva del principio de seguridad jurídica ya que apartarse del principio de *res judicata* sólo es posible cuando existan razones sustanciales poderosas. Concluye declarando las vulneraciones del artículo 6 y del derecho de propiedad.

- b) *Igualdad en la aplicación de la ley: conformidad con el art. 6 de la convivencia de interpretaciones divergentes de supuestos idénticos en dos Tribunales de carácter Supremo (militar y contencioso-administrativa)*

En **Nejdet Sahin & Perihan Sahim contra Turquía, de 20 de octubre**, se resuelve una situación infrecuente como es la existencia de dos jurisprudencias contradictorias en lo que podríamos denominar dos salas del mismo tribunal supremo (realmente se trata de dos Tribunales Supremos pues en Turquía hay cuatro tribunales supremos, uno por jurisdicción). El problema planteado es que un mismo supuesto de hecho (la muerte en accidente de aviación de diversas personas) es resuelto de manera contradictoria a los efectos del reconocimiento de pensiones especiales a los familiares. Así en un caso, el de los recurrentes, se niega tal reconocimiento por el Tribunal Supremo Militar, mientras que en los restantes se otorga tal reconocimiento por el Tribunal Supremo Administrativo. En ausencia de una instancia de unificación de las decisiones, el TEDH se encuentra por primera vez ante un supuesto en el que dos tribunales supremos son igualmente competentes y adoptan decisiones contradictorias entre sí. Los reclamantes asientan sus alegaciones en el art. 6,

pero realmente el problema es si la presencia de dos jurisprudencias contradictorias para el mismo caso es lesivo del principio de seguridad jurídica. La mayoría (10 magistrados) entiende que una situación como ésta es tolerable siempre y cuando no sea permanente en el tiempo y no afecte a cuestiones particularmente importantes, por un lado, y que existan mecanismos para resolver el problema en el futuro, por el otro. Para la minoría (7 magistrados) la situación es inaceptable desde el punto de vista de la seguridad jurídica y denota un defectuoso funcionamiento estructural de los sistemas turcos de resolución de conflictos jurisdiccionales. La lesión al art. 6 es, para la minoría, obvia, pues lo contrario convertiría a la Justicia en una lotería (*sic*) en la que la resolución en un sentido u otro del caso depende solo de qué juez sea el encargado de resolverlo.

c) La nueva valoración de los hechos en apelación sin audiencia del demandado no cumple con los requisitos de un juicio justo

En el caso **Almenara Álvarez contra España, de 25 de octubre de 2011**, el demandante, director de una empresa contratada para construir un restaurante, es denunciado bajo la sospecha de malversación de fondos. Aunque el Tribunal penal absolvió a la parte hoy demandante por una sentencia dictada después de una audiencia pública, dicha Sentencia fue recurrida a la Audiencia Provincial, donde se anuló la sentencia de primera instancia sin haber dado audiencia al demandante, valorando nuevos hechos y condenándole a dos años de prisión y una multa por malversación de fondos. Ante estos hechos, el ahora demandante denuncia la falta de audiencia en la apelación seguida en la Audiencia Provincial.

El TEDH recuerda que la interpretación del artículo 6 CEDH cuando se trata de los procedimientos de apelación dependerá de las características del procedimiento en cuestión, y, especialmente, de su consideración a nivel nacional; y que no necesariamente garantiza el derecho a una audiencia pública o, en caso de celebrarse una audiencia, la de asistir en persona a la misma.

No obstante, en el presente asunto, el TEDH, al hilo de recordar casos análogos sobre el proceso penal español, observa que la Audiencia Provincial realiza valoraciones nuevas fuera de lo estrictamente legal. No se limita a una nueva apreciación de los elementos de derecho, sino que se produce una nueva valoración de los hechos y que dicha valoración fue determinante para declarar la culpabilidad del hoy demandante. Por este motivo, el Tribunal consideró que se hacía necesario dar audiencia al hoy demandante, y que el no haberlo hecho provocó la falta de cumplimiento de los requisitos necesarios para un juicio justo garantizado por el artículo 6 CEDH, y por ello condena a España a indemnizar al demandante con una multa de 8.000 euros por daños morales.

d) La ausencia de audiencia pública en un proceso de casación lesiona el derecho a un juicio justo garantizado en el art. 6.1 CEDH

Caso Lacadena Calero contra España, de 22 de noviembre de 2011. En este caso, la recurrente acude al TEDH en defensa del derecho a un juicio justo (art. 6.1 CEDH) de su marido, ya fallecido, que había sido condenado por los Tribunales nacionales a un año de prisión como cómplice en un delito de estafa, relacionado con un entramado que se

encargaba de emitir bonos supuestamente garantizados por hipotecas que realmente no existían, sin que se hubiera producido audiencia pública al acusado en el proceso en el que fue condenado. El proceso judicial comenzó en el año 2000, cuando la Audiencia Nacional que enjuició por primera vez los hechos, y tras audiencia pública del acusado, le absolvió de los cargos en su contra. Sin embargo, tres años después la sentencia fue revisada por el Tribunal Supremo, que, sin tomar declaración al recurrente ni oírle en ningún momento del procedimiento, le condenó a un año de prisión. El Tribunal Constitucional en sentencia de 26 de noviembre de 2006 desestimó el recurso de amparo al entender que se no había producido lesión de la presunción de inocencia (art. 24 CE) ni del principio de legalidad penal (art. 25 CE).

El TEDH recuerda que el artículo 6 CEDH no obliga a que en los procedimientos de apelación o casación deba existir audiencia pública, sino que deberán tenerse en cuenta las características del procedimiento en cuestión, así como el papel asignado a los tribunales encargados de las apelaciones en el orden jurídico nacional. Sin embargo, es doctrina reiterada del Alto Tribunal que cuando el tribunal de apelación ha de hacer frente a cuestiones de hecho y de derecho y que está en cuestión la culpabilidad o inocencia de una persona, es necesario, para lograr la imparcialidad del proceso, una evaluación directa de todas las pruebas presentadas, lo que exige una nueva audiencia de las partes interesadas.

A la vista de todas las circunstancias del juicio, la Corte concluye que al marido de la demandante se le negó su derecho a defenderse en el proceso judicial, constituyendo una violación del derecho a un juicio justo garantizado por el artículo 6.1 CEDH.

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

a) Violación del derecho a la vida familiar debido a incumplimiento de una STEDH previa (art. 8 en relación con el art. 46 CEDH)

El caso **Emre contra Suiza, de 11 de octubre de 2011**, destaca porque supone una muestra de fuerza del TEDH frente al incumplimiento de sus decisiones. Los hechos de los que trae causa esta decisión son los siguientes: el Sr. Emre, turco residente en Suiza, tras cometer una serie de delitos fue castigado, entre otros, a no entrar en Suiza por un período de tiempo indefinido. El demandante consideró que esta medida era contraria al derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH y, después de no encontrar respuesta ante la justicia suiza, interpuso una demanda ante el TEDH. La STEDH de 22 de mayo de 2008 declaraba efectivamente vulnerado el art. 8 CEDH. El demandante interpuso entonces una demanda de revisión ante el Tribunal Federal (TF) —según el art. 122 de la Ley de Federal de TF cabe solicitar revisión tras una condena de Estrasburgo—, quien la aceptó y limitó la prohibición indefinida a una duración de 10 años. El Sr. Emre consideró que esta decisión del TF seguía suponiendo una lesión del art. 8 CEDH esta vez en relación con el art. 46 por no ser conforme el resultado de esta jurisdicción federal con la ponderación detallada de los intereses en juego hecha por el TEDH en su decisión de 2008 y llevó el asunto de nuevo ante Estrasburgo. En la sentencia de 2011 el TEDH afirma que un cumplimiento correcto de su decisión de 2008 y, por tanto, respetuosa con la *restitutio in integrum* que el art. 46 CEDH exige hubiera supuesto simple y llanamente la anulación de la prohibición de entrada en Suiza. Sólo hubiera cabido una decisión distinta del TF si este hubiera elaborado una contra-argumentación bien moti-

vada que respondiera a cada uno de los puntos expuestos por Estrasburgo. Al no aparecer tal motivación, el Tribunal Europeo no encuentra razón que justifique el mantenimiento de la prohibición y, por tanto, declara vulnerado el art. 8 CEDH por suponer aquella medida una injerencia innecesaria en una sociedad democrática.

b) *Derecho a la vida privada familiar lesionado por el exceso de ruido:
nueva condena a España*

En **Martínez Martínez contra España, de 18 de octubre**, se vuelve a condenar a España como consecuencia de la violación del derecho a la vida privada familiar por los ruidos producidos por locales de esparcimiento nocturnos que afectan a domicilios privados. La ausencia de medidas positivas por parte de las autoridades para garantizar el respecto al citado derecho constituye una violación del art. 8. La sentencia se limita a reproducir los argumentos esgrimidos en su día respecto a los olores en López Ostra contra España y sobre todo, respecto a los ruidos, en Moreno Gómez contra España.

c) *La prohibición nacional sobre determinados métodos de reproducción
asistida no supone una lesión del derecho a la vida privada*

En el asunto **S.H. y otros contra Austria, de 3 de noviembre de 2011**, se cuestiona ahora ante la Gran Sala la prohibición austriaca sobre el uso de esperma y óvulos donados para la técnica de inseminación *in vitro*. En este caso, los demandantes eran un par de parejas con problemas de fertilidad cuya solución pasaba por la fecundación *in vitro* con el uso de esperma o de óvulos donados. En la STEDH de 1 de abril de 2010, el Tribunal por cinco votos contra dos consideró que no se había producido ninguna lesión de la vida privada de los demandantes por el uso de los óvulos donados, pero sí en el caso del uso de esperma donado.

La Ley de reproducción asistida austriaca de 1992, aunque permite diferentes posibilidades de fecundación asistida, no permite aquéllas que conlleven la donación y utilización de esperma para la inseminación *in vitro* o la donación de óvulos en general. En este sentido, aunque el TEDH reconoce como parte del derecho a la vida privada el derecho de una pareja de concebir un hijo y hacer uso de la procreación médicamente asistida a tal efecto, considera que las disposiciones de la Ley de Reproducción Asistida austriaca se encuentran dentro del margen de apreciación que sobre estos temas corresponden al Estado y que las medidas se encontraban justificadas con el fin de evitar relaciones personales inusuales como, por ejemplo, un niño con más de un madre genética; o la explotación de las mujeres menos favorecidas para ser donantes de óvulos. Señala sin embargo la existencia de un consenso emergente en el tratamiento nacional de estas cuestiones

d) *Derechos de padres separados y secuestro de niños:
¿margen de apreciación nacional para ponderar los hechos?*

El debate sobre el alcance del margen de apreciación nacional y de las facultades europeas de revisión de los hechos, ya apreciados por las autoridades domésticas, vuelve a plantearse en el **Caso X. contra Letonia, de 13 de diciembre de 2011**.

La recurrente tiene nacionalidad letona y reside en Australia. Mantuvo una relación afectiva con un australiano con el que convivió en un apartamento al que se mudó estando ya embarazada. Pese a ello, cuando dio a luz a una niña no constaba en el certificado de nacimiento el nombre del padre y no se realizó un test de paternidad. Desde el nacimiento, la madre gozó de los beneficios de un modelo monoparental. Más tarde, la relación *more uxorio* se deterioró y ambos se separaron, pero la madre continuó viviendo en el mismo piso como inquilina hasta que volvió con la niña a Letonia. El presunto padre presentó una reclamación ante las autoridades australianas para que se reconocieran sus derechos parentales de acuerdo con la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro de niños (*Child Abduction*). Los tribunales australianos reconocieron el derecho del padre tras tramitar un juicio en ausencia de la madre, quien fue invitada a comparecer en juicio incluso por e-mail o teléfono. A instancias de las autoridades australianas, se tramitó un segundo procedimiento ante las autoridades letonas de acuerdo con dicho Convenio y con presencia de ambos padres. Los tribunales inferiores letones negaron sus facultades de revisión de los hechos conforme a la Convención, debiendo decidir sólo sobre los daños que pudiera ocasionar a la menor su traslado, y, por consiguiente, ordenaron el retorno de la niña a Australia en seis semanas. La madre impugnó la decisión, argumentando los riesgos psicológicos y la habitualidad de la niña al letón, lengua en la que había ya sido preescolarizada, pero la decisión de instancia fue confirmada. La recurrente sostenía ante el TEDH que se habían lesionado sus derechos del artículo 8 CEDH por la errónea interpretación del Convenio de La Haya de referencia; y afirmaba que haberse llevado la niña de Australia era una decisión lógica dada su condición monoparental y en interés del menor, no debiendo habersele aplicado dicha Convención.

El Tribunal de Estrasburgo, por 5 votos a 2, estimó violado el Convenio tras efectuar un juicio de proporcionalidad. La medida —el retorno de la niña a Australia— estaba dispuesta en la ley letona de procedimiento civil, que implementa en esta materia el Convenio de La Haya y era además legítima. Pero no se considera una medida necesaria en una sociedad democrática, manejando el test del justo equilibrio entre los intereses públicos y privados en juego. Otra vez el TEDH dice reconocer la competencia de los tribunales domésticos y el margen de apreciación nacional al respecto, pero luego procede a revisarla, considerando que debió tenerse en cuenta el interés superior del menor y, en particular, que no fue revisado el informe psicológico aportado sobre el riesgo de daños emocionales, ni se solicitó otro por los propios tribunales, quienes tampoco se aseguraron de las condiciones de acogida del menor en Australia. Unas garantías muy insuficientes ante una medida tan traumática, lo que hace a la interferencia en el derecho desproporcionada.

Un Voto Disidente de los Jueces Myjer y López Guerra discrepa de la decisión y considera que no es una tarea de la Corte reemplazar a las autoridades nacionales a la hora de tomar esta decisión sobre la mejor residencia del niño; la Corte debe contentarse con su función de verificar si las autoridades siguieron un procedimiento adecuado y ponderaron razonablemente los intereses en juego.

Pese a las primeras apariencias y dada la sobrecarga de asuntos de la jurisdicción europea, nos parece que el Voto Particular sienta una razonable frontera entre el papel de una jurisdicción supranacional y las domésticas: la revisión de los hechos debe normalmente quedar —salvo excepciones a la regla derivadas de arbitrariedades— dentro del juicio de

los tribunales domésticos y del margen de apreciación nacional (*in extenso*, la monografía de Javier GARCÍA ROCA: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*). Al cabo se trata de una frontera igualmente discutida entre el amparo constitucional y la tutela judicial de los derechos.

H) Libertad de expresión (art. 10 CEDH)

- a) *Protección de la libertad de expresión profesional: críticas de una doctora al tratamiento médico realizado por un superior. Extensión de la buena fe en la base fáctica de la imputación a estos supuestos*

En Sosinowska contra Polonia, de 18 de octubre, el TEDH concreta una manifestación infrecuente de la libertad de expresión en la práctica de los tribunales: la realizada por los profesionales. En el caso se trata de una doctora especialista en enfermedades pulmonares que critica en una carta a las autoridades sanitarias el tratamiento de los pacientes realizado por sus superiores y por el hospital en el que trabaja. La doctora es sancionada muy levemente tras un procedimiento por infracción del código ético médico, motivo por el que acaba recurriendo ante el TEDH. Este considera que, a pesar de la poca entidad de la sanción (una reconvención), la libertad de crítica de un profesional ante las autoridades del funcionamiento de una institución pública sanitaria constituye una manifestación de la libertad de expresión que ha de ser particularmente tutelada. En tal sentido recuerda que las cuestiones referentes a la práctica de una profesión forman parte del objeto de la libertad de expresión.

- b) *Libertad de expresión de los Abogados: revelación de informaciones confidenciales (secreto de la instrucción) y derecho a la defensa*

Tiene interés para ejercer el derecho de defensa por los Abogados el Caso **Mor contra Francia, de 15 de diciembre de 2011**. La recurrente, Abogada, presentó una demanda hace una decena de años por homicidio civil involuntario en nombre de los padres de una niña de doce años que murió tras una aplasia medular sobrevenida tras ser vacunada contra la hepatitis B, y otro tanto hizo en nombre de varios clientes. Estas demandas involucraron en procesos a las sociedades farmacéuticas que distribuyeron la vacuna. Estando en fase de instrucción de los hechos por el Juez, la Abogada fue entrevistada por varios periodistas de diarios nacionales, de una agencia de noticias, y una emisora de radio. En un artículo publicado en *Le Parisien* se daba la noticia de un informe sobre las actuaciones a los fabricantes de una vacuna y a la administración sanitaria que controló el producto en la campaña de 1994. La Abogada fue condenada penalmente por violación del secreto profesional, relativo al secreto de la instrucción penal, al haber divulgado a la prensa el contenido de este informe.

La Corte estima violado el Convenio y concede —«en equidad» y sin argumentar— una compensación de 5.000 euros por daño moral. Razona que el específico estatuto de los Abogados les hace ocupar un papel central en la administración de justicia en su cualidad de «intermediarios» entre los justiciables y el tribunal y auxiliares de la justicia. La

Corte estima que es un fin legítimo proteger el secreto de la instrucción, pero concluye que la medida no es necesaria por desproporcionada. Las declaraciones a la prensa de la recurrente, en defensa de los intereses de sus clientes en un procedimiento que afectaba a varias víctimas de vacunas en mal estado, se inscribían en un debate de interés general, que afectaba a la responsabilidad de los laboratorios farmacéuticos que las fabricaron, y a los representantes de la sanidad del Estado encargados de revisar el producto. A la vista de los hechos —además el autor de la revelación no fue realmente identificado—, la actuación de la Abogada no puede considerarse motivo suficiente para declararla culpable. «La protección de esta libertad debe tener en cuenta la excepción que entraña que el ejercicio del derecho de defensa puede hacer necesaria la violación del secreto profesional» (§36). La regulación francesa no responde a una necesidad social imperiosa y la injerencia fue desproporcionada.

La decisión es a nuestro entender correcta. Conviene recordar que BRANDEIS y WARREN en su clásico *Derecho a la intimidad* ya advertían que ese otro derecho no prohíbe dar información sobre temas e informaciones calificados conforme a la ley como de «privilegiada», según ocurriría —decían— ante un tribunal de justicia para hacer valer el derecho a la defensa o ante una comisión parlamentaria o cámara legislativa. El derecho es otro pero el razonamiento de los clásicos es el mismo: una publicación debe ser prohibida cuando no tenga una conexión legítima con la adecuación de su titular con un cargo o función, en este caso, la defensa.

I) Derecho de propiedad (artículo 1 Protocolo 1)

a) *Injusto equilibrio entre el derecho de los particulares a la restitución de bienes y los derechos del Estado*

Una curiosa y muy complicada disputa sobre propiedad es **Althoff y otros contra Alemania, de 8 de diciembre de 2011**. Se analiza una demanda de restitución de sus bienes de nueve ciudadanos alemanes, herederos de un tendero que adquirió la propiedad en 1939 (*Zweitgeschädigte*, segundos propietarios), frente a Alemania, quien sucedió a la heredera de los antiguos propietarios judíos (*Erstgeschädigte*, primeros propietarios), quienes vendieron precipitadamente sus terrenos antes de huir a los Estados Unidos, en virtud del título concedido por los Acuerdos de 1992 entre esos dos Estados y las leyes posteriores. Estos terrenos, cerca de Postdam (Berlín), estuvieron en la antigua República Democrática Alemana y fueron además expropiados durante el comunismo, siendo comprados por una empresa tras la reunificación. El Tribunal Constitucional federal rechazó admitir una demanda de amparo sobre la conformidad a la Constitución de la Ley de Propiedad que regula estas complejas colisiones de intereses entre sucesivos propietarios. En virtud de los acuerdos de Alemania con Estados Unidos de 1992 sobre medidas de compensación a ciudadanos americanos, debían elegir entre recibir tales compensaciones o formular reclamaciones ante los tribunales americanos; si optaban por lo primero, sus derechos de propiedad pasaban a la República Federal. El Tribunal Administrativo Federal estableció que las reclamaciones se efectuaron fuera del plazo límite fijado en la Ley de Propiedad de 1992 tras ser revisada en 1998 por la Ley de Clarificación de los Derechos de Propiedad. Los recurrentes en el amparo europeo discutían ahora esa regulación legal y los rigurosos plazos fijados.

El TEDH resuelve la aplicación a los hechos del artículo 3 P1, interpretando la garantía de manera extensiva, al existir no «posesión» pero sí una «legítima expectativa». Admite que ha habido una interferencia en el derecho al goce pacífico de las posesiones, y que estaba prevista en la ley de forma accesible y predecible, la Ley de Propiedad trata de clarificar una incierta situación legal y de asegurar las propiedades estatales tras el pago de indemnizaciones. Y se centra el pleito en resolver si ha habido un justo equilibrio entre intereses públicos y privados. Los primeros son evidentes, la Ley de Clarificación es una consecuencia de los acuerdos con Estados Unidos para asegurar las propiedades estatales. La Corte dice reconocer un amplio margen de apreciación nacional, y más aún en el complicado contexto de la reunificación alemana y del tránsito de una economía comunista a otra de mercado, pero, al tiempo, admite que no puede abdicar de sus poderes de revisión y estima la medida legal desproporcionada. La retroactiva reforma de la versión inicial de la Ley de 1992 en 1998, ocho años después de la reunificación y seis desde que expiró el plazo legal, rompe ese equilibrio al conceder una gran ventaja a los derechos de la federación que no tienen plazo frente a los derechos de quienes reclaman la restitución de sus derechos de propiedad. El margen de apreciación choca frente a una adecuada ponderación de los intereses en conflicto.

Dada la complejidad del asunto, el TEDH no considera la cuestión del artículo 41 CEDH «preparada para decisión» y pospone la cuantificación de las compensaciones a la vez que implícitamente sugiere un acuerdo entre el Gobierno demandado y los reclamantes.

b) Derecho prioritario de restitución a los herederos de los (originales) propietarios judíos, frente a los herederos de los (segundos) propietarios de los bienes expropiados durante el comunismo

Origen en la misma problemática tiene el **Caso Gobel contra Alemania**, del mismo día, **8 de diciembre de 2011**. Otro pleito derivado de la aplicación de la Ley de Propiedad alemana y sus previsiones sobre las condiciones de ejercicio del derecho a la restitución de tierras expropiadas durante el comunismo. De nuevo el TEDH interpreta el artículo 1 P1 con una lógica exégesis finalista y reconoce que protege no sólo «posesiones», como dice literalmente, sino otros derechos de propiedad no físicos; se trataba de unas acciones pertenecientes a la comunidad de herederos del comprador inicial. El TEDH realiza su habitual juicio de proporcionalidad: identifica la previsión legal; el interés público en conflicto, referido al objetivo de Alemania de devolver la propiedad a los herederos de los originales propietarios judíos que fueron víctimas de la persecución nacional socialista; y se centra en la proporcionalidad de la medida. De nuevo se reconoce un amplio margen de apreciación nacional para regular los derechos de indemnización, y se afirma que la ley reconoce un derecho prioritario de restitución a los herederos de los originales propietarios judíos, despojados de sus bienes por el nacionalsocialismo, frente a los herederos de los segundos propietarios expropiados durante el comunismo. En el presente caso se estima crucial que el recurrente adquirió sus acciones después de la entrada en vigor de la Ley de Propiedad con pleno conocimiento del riesgo de su situación y concluye que el Gobierno alemán no ha sobrepasado su margen de apreciación pues ha efectuado un justo equilibrio de los intereses en juego.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Prohibición de tratos inhumanos o degradantes y derecho de asilo (arts. 4 y 18 CDFUE). Ámbito de aplicación de la Carta (art. 51 CDFUE)

Asuntos Acumulados *N.S y Secretary of State for the Home Department et M.E. y Refugee Applications Commissioner* (C- 411/10 & 493/10) de 21 de Diciembre de 2010.

En ambos casos el conflicto surge por la petición de asilo en Reino Unido e Irlanda de personas procedentes de terceros Estados, que llegaron a dichos países por Grecia pero no presentaron solicitud de asilo en la misma. Alegan que las condiciones de los recurrentes de asilo en Grecia son inapropiadas y solicitan que sus solicitudes sean tramitadas por Reino Unido e Irlanda, aunque conforme a la normativa europea la responsable fuera Grecia.

Varias son las cuestiones de interés de este caso desde la perspectiva de los derechos fundamentales, más allá de la normativa concreta sobre asilo común europeo.

1. ¿Se aplica la CDFUE a los supuestos en que las normas europeas conceden una facultad de libre apreciación a los Estados Miembros?
2. ¿Puede un Estado Miembro controlar el grado de respeto de los Derechos Fundamentales de otro Estado Miembro?
3. ¿Qué obligaciones impone a Reino Unido la CDFUE teniendo en cuenta el Protocolo 30?

El TJ comienza constatando que cuando un Estado miembro examina una solicitud de asilo sobre la base de la normativa europea está aplicando Derecho de la Unión, incluso en los supuestos en que no es el Estado responsable y la normativa le permite decidir libremente si estudia o no dicha solicitud. En consecuencia, en los casos en que la normativa europea confiere una facultad de libre apreciación a los Estados a la hora de aplicar una norma europea, resulta de aplicación la CDFUE (art. 51 CDFUE).

En segundo lugar afronta la espinosa cuestión de si los Estados Miembros deben presuponer el cumplimiento de los Derechos reconocidos en el CEDH y en la CDFUE por parte de otros Estados Miembros. De hecho esta presunción, esta confianza mutua, es la base no sólo del funcionamiento del asilo común europeo sino, además, del sistema de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales en la UE.

Ahora bien, esta presunción no es irrefutable porque no sólo deben haberse ratificado los Tratados en materia de derechos, sino que deben ser observados por los Estados miembros. De manera que, en determinados supuestos, un Estado miembro puede llegar a la conclusión de que en otros Estados miembros no se respetan adecuadamente los Derechos Fundamentales y, en consecuencia, no debe dar traslado de los solicitantes de asilo a dicho país, y para llegar a la conclusión de que en Grecia se podría estar efectivamente vulnerando el art. 4 de la Carta de una manera sistemática el TJ se basa en la STEDH M.S.S. v. Bélgica y Grecia de 21 de enero de 2011.

Por último, la *Court of Appeal* pregunta acerca de las consecuencias del Protocolo 30 sobre la aplicación de la CDFUE a Polonia y Reino Unido en este supuesto. El TJ es contundente. Le recuerda al Reino Unido que la Carta no ha creado derechos, los hace más visibles pero los derechos recogidos en la misma están reconocidos por el Derecho

de la Unión. De hecho el protocolo 30 en su artículo primero reitera el art. 51 CDFUE, siendo claro que dicho protocolo no exime ni a Reino Unido ni a Polonia de la obligación de respetar la Carta, ni impide que sus órganos jurisdiccionales velen por el respeto a ésta.

B) Protección de datos de carácter personal y respeto a la vida privada (arts. 7 y 8 CDFUE)

Asuntos Acumulados Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito y Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (C- 468/10 & 469/10), de 24 de Noviembre de 2010. La sentencia trae causa de una cuestión preliminar planteada por el Tribunal Supremo español acerca de la interpretación del art. 7 de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y se refiere a la compatibilidad del Real Decreto 17210/2007 de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos Personales con la citada Directiva.

La Directiva 95/46/CE permite el tratamiento de datos sin el consentimiento inequívoco del interesado siempre que sea necesario para la satisfacción de un interés legítimo, tras ser ponderado el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección. Sin embargo, el Real Decreto añade un requisito: que los datos figuren en fuentes accesibles al público.

Recuerda el TJ que el art. 7 de la Directiva impone una ponderación de los derechos reconocidos en los arts. 7 y 8 de la Carta al hilo de las circunstancias del caso. En este sentido, tanto el art. 8 como el 52 CDFUE prevén la posibilidad de limitar el derecho. Ahora bien, si una norma nacional no permite ponderar los derechos en conflicto y de manera generalizada y categórica excluye el tratamiento de datos que no figuran en fuentes accesibles al público sin consentimiento del interesado, no se está limitando a precisar la Directiva y es contraria a la Directiva 95/46/CE. Asimismo, constata que el art. 7 de la Directiva tiene un contenido incondicional y preciso, de manera que posee efecto directo.

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

Asunto *Scarlet Extended SA y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (C-70/10)*, de 24 de noviembre de 2010. La sociedad belga de autores, compositores y editores (SABAM) presentó recurso ante el Tribunal de primera instancia de Bruselas contra Scarlet Extended, proveedor de acceso a internet, por considerar que sus usuarios descargaban de Internet archivos musicales sin autorización ni pagar derechos, de manera que se estaban violando los derechos de autor.

El Tribunal de primera instancia condenó a Scarlet Extended y la obligó a impedir cualquier tipo de forma de envío o recepción por sus clientes de archivos electrónicos que reprodujeran una obra musical del repertorio de SABAM, pero la Corte de Apelación de Bruselas entendió que podía vulnerarse el derecho europeo y preguntó si las Directivas relativas a protección de datos, comercio electrónico, derechos de autor y derecho de propiedad intelectual, interpretadas a la luz de los arts. 8 y 10 CEDH, permiten que un juez imponga a un proveedor de acceso a Internet que establezca un sistema de filtrado de todas

las comunicaciones electrónicas que conllevan intercambio de archivos («peer to peer»), de manera preventiva, generalizada, ilimitada y a sus expensas.

Para el TJ las autoridades y órganos jurisdiccionales deben garantizar un justo equilibrio entre los derechos implicados. Y en este supuesto el requerimiento judicial no ha tenido en cuenta, en primer lugar, la libertad de empresa al obligar a establecer un sistema informático complejo, gravoso, permanente y exclusivamente a expensas del proveedor de internet. De hecho implica una vulneración sustancial de la libertad de empresa.

Pero, además, obliga a llevar a cabo un tratamiento de las direcciones IP que no se corresponde con el carácter de dato personal de las mismas, siendo una vulneración del derecho reconocido en el art. 8 de la Carta. Asimismo, puede vulnerar la libertad de información al bloquear el intercambio de comunicaciones con contenido lícito.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

a) *Para considerar que el ruido ambiental excesivo vulnera derechos fundamentales ha de probarse el daño individual y que este daño pueda imputarse a la Administración*

La controvertida **STC 150/2011, de 29 de septiembre** (formulan Votos Particulares cuatro Magistrados) fue resuelta por el Pleno del Tribunal y representa un episodio más en el tema de la vulneración del derecho a la intimidad causada por un nivel excesivo de ruido ambiental. En este caso, el demandante de amparo presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento de Valencia considerando que el nivel excesivo de ruidos nocturnos en la zona de su residencia le producía insomnio, con el correlativo deterioro de su salud, y le privaba del pacífico disfrute de su domicilio.

El Tribunal desestima el recurso de amparo considerando que el recurrente no acreditó una lesión real y efectiva de los derechos fundamentales aducidos imputable al Ayuntamiento de Valencia. Entiende que llegar a una conclusión distinta sería tanto como afirmar que, siempre que en una zona declarada acústicamente saturada o cuando el ruido ambiental supere los niveles máximos autorizados, todos los que tengan en ella su domicilio, por esta mera circunstancia y sin necesidad de prueba individualizada, estarían sufriendo vulneraciones de los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la intimidad domiciliaria (art. 18.1 y 2 CE).

El Tribunal recuerda aquí la ya abundante jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y, en particular, el Caso Moreno Gómez contra España, de 16 de noviembre de 2004, en el que el Tribunal Europeo condenó a España en un asunto aparentemente similar al aquí comentado. Se detiene, sin embargo, el Tribunal Constitucional en poner de manifiesto las diferencias entre ambos casos y, especialmente, en el hecho de que la Sra. Moreno Gómez, a diferencia del ahora recurrente, aportó un principio de prueba sobre la incidencia de los ruidos externos en distintos lugares de su domicilio. Además, considera el Tribunal que la reciente jurisprudencia del TEDH confirma la doctrina según la cual en casos como el comentado se exige una prueba concreta de la lesión alegada (SSTEDH de 20 de mayo de 2010, Caso Oluic contra Croacia, entre otros).

Pero, a mayor abundamiento, el Tribunal estima que, aunque el recurrente hubiese acreditado una afectación a su salud o intimidad personal o familiar, ésta no sería imputable al Ayuntamiento de Valencia, toda vez que el demandante no ha acreditado que el exceso sonoro sea consecuencia de una omisión imputable a la corporación municipal, limitándose a presentar testimonio de diversas denuncias, a su juicio desatendidas, interpuestas por los vecinos.

El Magistrado D. Manuel Aragón Reyes formula un Voto Particular en el que, sin discrepar del fallo, muestra su disconformidad con la fundamentación del mismo. A su vez, el Magistrado D. Luis Ignacio Ortega Álvarez formula otro Voto Particular al que se adhieren los Magistrados D. Eugeni Gay Montalvo y D.^a Elisa Pérez Vera en el que discrepan tanto del fallo como de la fundamentación jurídica. Consideran que debió otorgarse el amparo solicitado pues la exigencia de la prueba del daño en el interior de la vivienda como requisito para amparar el derecho fundamental es expresamente rechazada por el TEDH en el mencionado Caso Moreno Gómez y, posteriormente, en el Caso Dees contra Hungría, de 9 de noviembre de 2010.

b) Acceso constitucionalmente justificado a los archivos informáticos sin consentimiento del titular ni autorización judicial

La **STC 173/2011, de 7 de noviembre**, deniega el amparo solicitado por un condenado como autor de un delito de corrupción de menores en su modalidad de distribución de pornografía infantil del art. 189.1.b) CP. Alegaba vulneración de su derecho a la intimidad del art. 18.1 CE por haberse fundado la condena en prueba de cargo obtenida con vulneración del derecho invocado, al haber accedido tanto el denunciante de los hechos como después la policía a determinados archivos del ordenador del demandante de amparo sin su consentimiento y sin autorización judicial.

El Tribunal se pronuncia sobre la licitud constitucional del comportamiento del denunciante del delito y del de la policía, quienes accedieron a los archivos personales del demandante de amparo, entre los cuales se encontraban unas fotografías que resultaron incriminatorias. Concluye que tanto la conducta del denunciante del delito (un técnico informático que reparaba el ordenador y que, al descubrir casualmente las fotografías, llevó el aparato a la Comisaría) como la de la policía (que realizó un primer análisis del ordenador y encontró las pruebas incriminatorias) estaban justificadas. Entiende el Tribunal que la actuación policial constituye una de las excepciones a la regla general según la cual sólo se puede acceder a los efectos y documentos personales con permiso del titular o autorización judicial. La razón es que en el caso concreto era necesario actuar con celeridad dada la gravedad del delito, la alarma social que causa y la facilidad con que pueden hacerse desaparecer las pruebas. De todas formas, el Tribunal llama la atención sobre la necesidad de que el legislador regule expresamente esta materia.

B) Derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE)

a) La prohibición de cortar el tráfico o de superar determinado nivel de ruido en una manifestación no supone vulneración del derecho fundamental

La **STC 193/2011, de 12 de diciembre**, deniega el amparo solicitado por el sindicato Comisiones Obreras de Ceuta contra la resolución de la Delegación del Gobierno en esa ciudad

por la que se prohibían los cortes de tráfico durante el recorrido de las manifestaciones previstas para el mes de agosto así como la utilización de megafonía u otros elementos sonoros por encima de los límites marcados en las ordenanzas municipales, así como contra la Sentencia del TSJ de Andalucía que confirmaba dicha resolución. El sindicato consideraba que se había vulnerado su derecho de reunión y manifestación por cuanto las limitaciones impuestas suponían, en realidad, una prohibición encubierta de la manifestación.

Sin embargo, el Tribunal estima que la prohibición de cortar el tráfico no puede asimilarse a una modificación del itinerario de la manifestación ni tampoco a una prohibición absoluta de la marcha, teniendo en cuenta que, como el propio sindicato reconoce, se podía continuar la marcha por las aceras.

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

a) *La insuficiencia de avales en la presentación de candidaturas electorales constituye un defecto subsanable*

La **STC 162/2011, de 2 de noviembre**, otorga el amparo solicitado por el Partido Unificación Comunista de España contra la decisión de la Junta Electoral Provincial de Cantabria por la que se acordó no proclamar su candidatura a las elecciones generales del 20 de noviembre de 2011 por ser insuficientes los avales presentados, aunque estos avales se presentaron con posterioridad. El Tribunal entiende que la insuficiencia de avales constituye defecto subsanable susceptible de ser corregido *a posteriori*. Sigue aquí la doctrina sentada con anterioridad (por todas, STC 115/2007), según la cual las irregularidades o defectos en los que incurran las candidaturas electorales son subsanables «siempre, claro está, que ello sea materialmente factible».

b) *La exigencia de presentación de un porcentaje mínimo de avales establecida en el art. 169.3 LOREG no vulnera el art. 23.2 CE*

La **STC 163/2011, de 2 de noviembre**, otorga el amparo solicitado por el Partido Humanista contra la Resolución de la Junta Electoral Provincial de Cantabria por la que se acordó la no proclamación de su candidatura a las elecciones generales de 20 de noviembre de 2011 por no acreditar el número de avales exigido por el art. 169.3 LOREG. El Tribunal reitera la doctrina sentada en la STC 162/2011, comentada anteriormente, sobre el carácter subsanable de la insuficiencia de avales presentados con la candidatura y esta doctrina se reitera, asimismo, en las SSTC 164 a 172/2011, todas ellas de 24 de noviembre.

Ahora bien, en esta Sentencia el Tribunal se pronuncia también sobre la constitucionalidad del requisito establecido en el art. 169.3 LOREG en la redacción dada al mismo por la LO 2/2011, de 28 de enero, según el cual para la presentación de candidaturas en las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado se exige a los partidos políticos, federaciones o coaliciones que no hubieran obtenido representación en ninguna de las Cámaras en la anterior convocatoria de elecciones la firma de, al menos, el 0,1 por 100 de los electores inscritos en el censo electoral de la circunscripción por la que pretenden su elección.

El Tribunal concluye que este requisito no vulnera el derecho de acceso a los cargos públicos representativos establecido en el art. 23.2 CE pues constituye una limitación objetiva no carente de fundamento constitucional. Esto es así porque obedece a la consecución de un valor o bien constitucionalmente protegido, como es el de la racionalización y

perfeccionamiento de la organización y desarrollo del proceso electoral, a través del cual se articula la representación política, cuyo adecuado funcionamiento puede verse efectivamente afectado por la excesiva proliferación de candidaturas carentes de respaldo o arraigo en el cuerpo electoral.

D) Ejercicio del cargo parlamentario (artículo 23.2 CE)

- a) *¿El contenido material del derecho de enmienda no impide leyes de contenido tan heterogéneo como las leyes de acompañamiento?
Un resbaladizo criterio de homogeneidad legislativa*

En el número 54 de Justicia Administrativa hemos reseñado la muy importante **STC 119/2011, de 5 de julio**, donde se estimó vulnerado el ejercicio del cargo parlamentario al admitirse enmiendas que o guardan relación material alguna con la iniciativa legislativa a enmendar. Recordemos que el Tribunal Constitucional admitió revisar su jurisprudencia previa (FJ 6), avocando un amparo al Pleno, y reconoció que la enmienda, conceptual y lingüísticamente, implica la modificación de algo preexistente. Pese a que la Constitución no establece expresamente límites materiales al derecho de enmienda del Senado, toda enmienda tiene un carácter subsidiario respecto del texto enmendado por su propia naturaleza: sólo se enmienda lo ya definido. Las enmiendas deben por ello guardar una «mínima relación de homogeneidad» con los proyectos de ley remitidos por el Congreso. No obstante, se reconoció igualmente que el órgano parlamentario al que corresponda efectuar este análisis contará con un amplio margen de apreciación para no encorsetar el procedimiento parlamentario en reglas rígidas. Y asimismo se mantuvo que la vulneración del derecho fundamental *ex* artículo 23.2 CE al ejercicio del cargo público representativo reclama que la infracción de la legalidad parlamentaria «haya afectado al núcleo de su función representativa» conectado con ese precepto y con el principio democrático del artículo 1.1 CE, pues no es un mero derecho reglamentario sino un derecho de participación política.

Una importantísima novedad en los amparos parlamentarios que esta sentencia aportó y parece reconducir las violaciones —a nuestro entender— a la lesión del contenido esencial de dicho derecho fundamental al ejercicio de los cargos representativos como singularmente ocurre con los parlamentarios. Tras este singular avance jurisprudencial en la adecuada caracterización de ese derecho de configuración legal mediante una interpretación constitucional adecuada, vuelven a ver otras sentencias este cuatrimestre que se ocupan de las enmiendas, pero el Tribunal parece dar ahora una de cal y tres de arena. No obstante, como las impugnaciones se producen mediante recursos de inconstitucionalidad y sólo parcialmente se invoca el artículo 23.2 CE, y estamos redactando una crónica de derechos fundamentales, nos veremos obligados a dar sólo noticia sucinta de esta jurisprudencia que afecta sobre todo a la técnica legislativa.

Una de arena: la **STC 136/2011, de 13 de septiembre**, desestima la impugnación de la llamada Ley de Acompañamiento de 1998 por 89 Diputados socialistas ante la redacción que otorga a la Ley de Haciendas Locales de 1988. Obsérvese que el Tribunal ha invertido nada menos que 13 años en dictar sentencia, pero el excesivo tiempo invertido —como suele ocurrir— no asegura la mayor capacidad persuasiva de las argumentaciones ante este serio problema sobre la deficiente forma de legislar. La confusa doctrina que el Tribunal recoge de manera prolija, y que ahora se expondrá muy brevemente, resulta harto discutible a la luz de las elaboraciones doctrinales más recientes sobre técnica legislativa, que tienden

a conectar ciertos abusos manifiestos con vicios formales de inconstitucionalidad. Pero sobre todo no es además evidente que se adecúe a la buena jurisprudencia recogida en la **STC 119/2011** antes reseñada. Podría haber una grave contradicción entre ambas sentencias.

El Tribunal en esencia sostiene que el dogma de la deseable homogeneidad de un texto legislativo no es un obstáculo insalvable que impida al legislador dictar normas multisectoriales, dada la ausencia de una prohibición constitucional de leyes complejas o de contenido heterogéneo. Pues el Tribunal Constitucional no es un tribunal de técnica legislativa. Ninguna de las disposiciones enmendadas por la ley de acompañamiento quedaba tampoco reservada en la constitución a la Ley de Presupuestos ni por ende altera su naturaleza de ley ordinaria. El procedimiento parlamentario se ordena conforme al principio democrático de la mayoría. Tampoco se viola el derecho de enmienda por la introducción de enmiendas en el Senado. Este derecho viene regulado como parámetro de apreciación por el bloque de la constitucionalidad entre cuyas disposiciones se encuentran los reglamentos parlamentarios que ordenan la vida de las Asambleas. Pero *«la materia y el objeto del procedimiento lo delimita...el autor de la iniciativa legislativa»* (FJ 6) y en ningún caso el derecho de enmienda puede desnaturalizar la oportunidad y la configuración del espíritu del proyecto por quien está legitimado para ello. El Tribunal admite que ha revisado y clarificado en la **STC 119/2011** su doctrina anterior, exigiendo la conexión y homogeneidad entre la enmienda y el texto enmendado por su carácter subsidiario. Pero de ahí no se deduce la homogeneidad del texto enmendable. Además la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo sólo podrá viciar de inconstitucionalidad la ley cuando altere de manera sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras. Aplicando esta doctrina, la vulneración del derecho de enmienda sólo podría conducir a la inconstitucionalidad de probarse el defecto denunciado en cada uno de los preceptos impugnados, lo que no ocurre en este caso; y no es función del Tribunal «investigar el contenido de la ley» (FJ 8). Asimismo se rechaza la violación del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) por tratarse de una ley de contenido indefinido, una expresión de mala técnica legislativa, pero no una infracción de dicho precepto constitucional.

Un certero Voto Particular del Magistrado Manuel Aragón, cuya perspectiva doctrinal compartimos, denuncia que ésta era una ocasión idónea para poner coto a la «moda» de las leyes de acompañamiento, parcialmente abandonada desde entonces, declarando inconstitucional esa práctica viciada. Recuerda así que la ley recurrida modificó algo menos de noventa disposiciones de rango legal y que buen número de esas modificaciones fueron introducidas a través de enmiendas. Y advierte que este efecto descodificador no puede dejar de atentar contra el principio de seguridad jurídica al tiempo que la práctica asimismo vulnera el principio democrático por violentar la participación de las minorías.

Por el contrario, un Voto Concurrente del Magistrado Luis Ortega discrepa incluso de que se discuta la calidad técnica de este tipo de leyes, pues estas leyes transversales —afirma— son la consecuencia de la complejidad de los modernos ordenamientos.

En suma y a modo de síntesis: las enmiendas deben ser homogéneas respecto de las iniciativas legislativas, pero éstas no vienen obligadas a ser a su vez homogéneas en su objeto que puede ser tan transversal como se desee y que además puede ser ampliada por las enmiendas. Nos resulta un poco complicado de asumir que una relación necesariamente bilateral entre la cosa principal y la accesoria se convierta en sólo unilateral por el interés supremo. La claridad de julio ha desaparecido en septiembre.

A esta **STC 136/2011** se remite prácticamente, confirmando su doctrina, la **STC 176/2011, de 8 de noviembre**, que analiza la impugnación de la ley de acompañamiento de 1999 por 60 Diputados del Grupo socialista, nada menos que 12 años después. Así se hace en el FJ 2. Pero los recurrentes incluyeron también otro alegato, referido al carácter retroactivo de una modificación tributaria del IRPF sin la concurrencia de las exigencias requeridas, que sí fue estimado por esta sentencia.

b) *El contenido material de la enmienda no impide un entendimiento amplio de las enmiendas transaccionales*

Más difícil de valorar desde esta perspectiva es la **STC 204/2011, de 15 de diciembre**, que desestima la impugnación por 63 Diputados del Grupo socialista de la Ley de 2001 sobre el nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas. Entre otros problemas, se suscita el análisis del artículo 115 del Reglamento del Senado referido a las enmiendas transaccionales. Los recurrentes denunciaban que se admitieron como transaccionales enmiendas que materialmente no lo eran y fueron impuestas por la mayoría pese a ser presentadas fuera de plazo. A su juicio, sólo podían admitirse enmiendas que armonizaran diversas enmiendas con distinta redacción, pero aquí la mayoría se enmendó a sí misma burlando el Reglamento. No obstante, el Tribunal no admite esta exégesis, recuerda que cualquier infracción del Reglamento no debe abocar a la inconstitucionalidad y que lo relevante son las consecuencias de la inobservancia. El derecho de enmienda —según la **STC 119/2011**— reclama una conexión material o relación de homogeneidad, pero ese juicio debe realizarse con cautela para no atrapar el procedimiento legislativo en unas reglas muy rígidas. El artículo 115 admite una interpretación más amplia que permita un acuerdo final entre el texto de la enmienda y el texto legislativo de acuerdo con un amplio margen de apreciación en la exégesis de la norma por el Presidente del Senado. Ningún reproche de constitucionalidad merece esta exégesis.

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

a) *Acceso a la jurisdicción en sanciones disciplinarias militares leves.
Inconstitucionalidad de la exclusión legal de recurso judicial ordinario*

STC 177/2011, de 8 de noviembre. Pleno. El Tribunal Constitucional, al resolver la autocuestión de inconstitucionalidad planteada en el marco de un proceso de amparo, anula por inconstitucionales los arts. 453.2, en el inciso «por falta grave», y 468.b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, en la medida en que los mismos vedaban el cauce del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario (no así el preferente y sumario, en que se han de alegar derechos fundamentales como vulnerados) frente a sanciones leves, puesto que ello es tanto como dejar fuera de control judicial las cuestiones de legalidad ordinaria que susciten las sanciones impuestas por faltas leves a militares, lo que choca frontalmente con el derecho fundamental del art. 24.1 CE. No es justificación para tal exclusión de recurso las exigencias de celeridad y pronta resolución que el mantenimiento de la disciplina castrense precisa, ya que no hay vinculación alguna entre el cumplimiento de la misión de las Fuerzas Armadas y la limitación general del ejercicio del derecho, que es siempre *a posteriori*. Además, el Tribunal aprecia contrariedad de los preceptos citados con el art. 106.1 CE, que declara el sometimiento de todos los poderes

públicos a la Ley y al Derecho, e implica el principio de fiscalización plena, sin inmunidad de poder, de la actuación administrativa, que veda la creación de un ámbito de actuación administrativa exenta de control judicial, inmune a la revisión por jueces y Tribunales que garantice su conformidad con el ordenamiento jurídico y, en definitiva, su sometimiento a la ley. Todo ello conlleva asimismo que los preceptos legales sean contrarios al art. 117.5 CE, que establece la necesidad de adecuación de las especialidades de la jurisdicción militar a los principios constitucionales (arts. 24.1 y 106.1 CE).

F) Derecho a la autonomía universitaria (art. 27.10 CE)

a) *La potestad normativa de las universidades para la ordenación de la actividad docente forma parte del contenido del derecho a la autonomía universitaria*

La **STC 206/2011, de 19 de diciembre**, estima parcialmente el recurso de amparo presentado por la Universidad del País Vasco frente a la Sentencia del TS de 25 de marzo de 2009 por la que se anulaba el Protocolo para la atención de personas internas en centros penitenciarios aprobado por Consejo de Gobierno de la Universidad. El Tribunal considera que la Sentencia vulnera el derecho a la autonomía universitaria del art. 27.10 CE por cuanto realiza una interpretación del art. 56.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) que supedita el ejercicio de la potestad normativa de la Universidad para la ordenación de la actividad docente (potestad que forma parte del contenido del derecho a la autonomía universitaria) a la previa suscripción de un convenio interadministrativo.

El art. 56.2 LOGP establece que «para que los internos puedan acceder al servicio público de la educación universitaria será necesario que la Administración penitenciaria suscriba... los oportunos convenios con universidades públicas». El Tribunal considera que la celebración de dichos convenios es una condición previa y necesaria antes de comenzar la prestación del servicio público de la educación universitaria a los internos en centros penitenciarios. Ahora bien, no cabe decir lo mismo cuando de la firma del convenio se hace depender no sólo la posibilidad de la efectiva impartición de la docencia universitaria, sino la validez misma de la ordenación abstracta realizada por la Universidad de las especialidades que la prestación de los servicios educativos a los internos ha de revestir para adaptarse a tan singulares estudiantes.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

**A) Derechos de los extranjeros en España (art. 13.1 CE).
Visados para la reagrupación familiar**

a) *Denegación de visado de reagrupación familiar de menor marroquí, tras la firma de la «Kafala» o entrega del menor no abandonado a otra persona distinta de sus padres [art. 17.1.c) LO 4/2000]*

STS, de la Sala Tercera, de 9 de diciembre de 2011. Se desestima el recurso de casación interpuesto contra Resolución del Consulado en Nador denegando el visado de reagrupación familiar a una menor, sobrina de la solicitante de origen marroquí. La decisión del Consulado se confirma porque se basaba en «el documento aportado de otorgamiento de representación legal a favor de un familiar no incluido en el grupo de reagrupables que

viene recogido en el artículo 39 del Real Decreto 2393/2004». Los tíos de la menor y sus padres suscribieron una «*kafala*» o documento de «toma a cargo de menores no abandonados» para su tutela, custodia, guarda y educación, así como todas sus necesidades fuera del territorio nacional, en España, donde trabajaba la peticionaria. La Sentencia interpreta el término «representante legal» del menor del art. 17.1.c) LO 4/2000.

b) *Reagrupación Familiar solicitada por naturalizado español. Incorporación al ordenamiento español de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*

SSTS, de la Sala Tercera, de 20 de octubre y 22 de noviembre de 2011 y STS de la Sala Tercera, de 23 de noviembre de 2011. En todos estos casos se estima el recurso de casación interpuesto contra la Resolución de los respectivos Consulados por el que se denegaba el visado de reagrupación solicitada por un familiar nacionalizado español, por no cumplir las condiciones exigidas.

A partir de la STS de 1 de junio de 2010 el régimen aplicable a la reagrupación de ascendientes directos de españoles es el contemplado en el art. 2 del RD 240/2007, que exige al reagrupado se halle «a cargo» del reagrupante considerando tal expresión como «una situación en la que el reagrupado necesita de la asistencia del reagrupante español para hacer frente a sus necesidades básicas». La posibilidad de reagrupación debe aplicarse de forma menos restrictiva cuando el reagrupante es ciudadano de la UE. La interpretación de «ascendientes directos a cargo del reagrupante español» debe realizarse con base en los criterios proporcionados por el Derecho Europeo y en el supuesto de reagrupación de ascendientes de españoles, no puede restringirse la operatividad de ese concepto.

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
MARÍA ISABEL GONZÁLEZ PASCUAL
MARIO HERNÁNDEZ RAMOS
ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ
LUCÍA ALONSO SANZ
ROBERTO ROSINO CALLE

IV. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. BASES.
 - A) **En materia de subvenciones.**
 - a) Se exige que las normas básicas estén reguladas en una norma de rango legal o, con carácter excepcional, de rango reglamentario.
 - b) La tramitación centralizada de las subvenciones por parte del Estado sólo se admite en casos excepcionales.
 - c) En el ámbito de la asistencia social: corresponde la gestión de las subvenciones y la regulación de los procedimientos correspondientes a la Comunidad Autónoma.
 - B) **En relación con las normas básicas de ordenación de las explotaciones porcinas: se admite con carácter excepcional su regulación reglamentaria.**
 - C) **En materia de régimen estatutario de la función pública y seguridad pública: la promoción interna de los policías locales sin tener en cuenta el requisito de la titulación infringe las bases estatales en materia de función pública.**
3. LEY.
 - A) **Procedimiento legislativo: solo la vulneración de trámites fundamentales del procedimiento legislativo puede justificar la declaración de inconstitucionalidad de una Ley.**
 - B) **Reserva de Ley en materia sancionadora del artículo 25 CE.**
4. REGLAMENTO.
 - A) **Potestad reglamentaria.**
 - a) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general: trámite de audiencia.
 - B) **Reglamento municipal.**
 - a) Nulidad de un reglamento municipal que incumple la normativa autonómica sobre régimen local.
 - C) **Potestad normativa de las Universidades: su ejercicio no puede quedar supeditado a la aprobación de un convenio de colaboración con la Administración penitenciaria.**
5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

- A) **Principio de seguridad jurídica: se entiende vulnerado en el ámbito tributario cuando una norma establece un caso de retroactividad auténtica sin que concurren razones suficientes de interés general.**
 - B) **Principio de igualdad en la Ley: no se vulnera cuando la diferencia de trato se basa en una circunstancia jurídicamente relevante.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Id. Cendoj 28079130052011100609; y respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Id. Cendoj 50297330032011100277. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 207/2011, de 20 de diciembre.

2. BASES

A) En materia de subvenciones

- a) *Se exige que las normas básicas estén reguladas en una norma de rango legal o, con carácter excepcional, de rango reglamentario*

En la **STC 156/2011, de 18 de octubre**, se resuelve un conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña frente a la Resolución de 8 de septiembre de 1999 del Consejo Superior de Deportes, por la que se convocan subvenciones a Universidades privadas con programas de ayudas a deportistas universitarios de alto nivel, correspondientes al año 1999. El conflicto se plantea porque, para la Generalitat de Cataluña, dicha Resolución vulnera sus competencias en materia de enseñanza y deporte (arts. 15 y 9.29 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979). La representación del Estado aduce que la citada Resolución se dicta en virtud de las competencias del Estado en materia de enseñanza y cultura (art. 149.1.30.^a y 2 CE), así como en el interés estatal y supracomunitario sobre el deporte de alto nivel..

La Resolución de 8 de septiembre de 1999 define en su apartado primero que el objeto de la convocatoria se dirige a subvencionar a las Universidades privadas para que promuevan proyectos y programas que «impulsen el acceso, seguimiento y finalización de los estudios académicos de los deportistas universitarios» que cumplan determinados requisitos, entre ellos el de ser deportistas de alto nivel. El apartado tercero de la Resolución señala como beneficiarios a «las universidades privadas que estén reconocidas legalmente por el Ministerio de Educación y Cultura». Los apartados cuarto y quinto establecen, respectivamente, los requisitos que han de satisfacer los proyectos para los que se solicita la ayuda, así como los requisitos que deben cumplirse al formalizar las solicitudes y la documentación que ha de acompañar a éstas. En cuanto a la tramitación de las solicitudes de ayuda, la Resolución la configura de modo centralizado, esto es, con exclusión de toda

intervención de las Comunidades Autónomas, según ponen de relieve sus apartados sexto a decimotercero.

El Abogado del Estado sostiene el carácter básico de la totalidad de la Resolución impugnada, esto es, predica dicho carácter básico tanto de la regulación del régimen de otorgamiento de las subvenciones como de su gestión, resolución y pago centralizados, a cargo del Consejo Superior de Deportes, de manera que, en su opinión, a estas subvenciones les es de aplicación el supuesto d) del fundamento jurídico 8 de la STC 13/1992, por lo que el régimen regulador impugnado resulta correcto en términos constitucionales. Para el Letrado de la Generalitat la Resolución vulnera las competencias autonómicas tanto en lo relativo a la regulación del régimen de acceso a las subvenciones como al de su gestión.

El Tribunal afirma que la subvención no es un concepto que delimite competencias y considera que el Estado es competente para regular, *ex art.* 149.1.30.^a CE, las subvenciones a las que se refiere la Resolución objeto del conflicto, por lo que procede analizar si dicha Resolución cumple los requisitos exigibles en relación con la competencia estatal sobre las bases.

La Sentencia concluye que la Resolución no satisface los requisitos formales exigibles a la normativa básica en materia de enseñanza en la que se encuadran las subvenciones que regula. La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, que constituye el fundamento de la Resolución, no tiene, a juicio del Tribunal, el complemento normativo necesario, esto es, una norma reglamentaria estatal que establezca el objeto y finalidad de las ayudas, su modalidad técnica, los beneficiarios y los requisitos de acceso. En consecuencia, el Tribunal declara que dicha Resolución, por su notoria insuficiencia de rango, no puede ser calificada como norma básica, lo cual supone que se ha vulnerado el régimen constitucional de la distribución de competencias en esta materia.

b) La tramitación centralizada de las subvenciones por parte del Estado sólo se admite en casos excepcionales

La **STC 159/2011, de 19 de octubre**, resuelve un conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña frente a los arts. 3.3, 22 a 32 y 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 Tribunal Constitucional afirma el carácter básico *ex art.* 149.1.18.^a CE de las prescripciones generales que deben cumplir determinados entes locales para formular proyectos que les permitan acceder a la financiación estatal correspondiente, así como de las condiciones que dichos proyectos deben cumplir. El problema se plantea en relación con la tramitación centralizada de los fondos por parte del Estado, que la Generalitat de Cataluña rechaza al considerar que le corresponde a ella.

El Tribunal Constitucional recuerda su jurisprudencia sobre esta materia, en virtud de la cual solo en casos excepcionales está justificada la gestión centralizada de las subvenciones, y concluye afirmando que en el caso que analiza no concurre ninguna circunstancia que justifique dicha excepcionalidad, por lo que declara inconstitucionales los preceptos impugnados.

c) *En el ámbito de la asistencia social: corresponde la gestión de las subvenciones y la regulación de los procedimientos correspondientes a la Comunidad Autónoma*

En la **STC 178/2011, de 8 de noviembre**, se resuelve el conflicto positivo de competencia promovido por la Generalitat de Cataluña 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 Gobierno de la Generalitat de Cataluña alega que dicha Orden vulnera la competencia de la Generalitat en materia de asistencia social, asumida con carácter exclusivo de acuerdo con el art. 9.25 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979. Por el contrario, el Abogado del Estado rechaza que se haya producido la vulneración competencial denunciada, pues considera que el Estado puede realizar legítimamente determinadas intervenciones en materia de asistencia social.

La Orden TAS/893/2005, de 17 de marzo, establece las bases reguladoras de concesión de las 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 de Servicios Sociales. El objeto de dichas subvenciones 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, familia, infancia, pueblo gitano y voluntariado».

Las entidades y organizaciones solicitantes de las ayudas deben tener, entre otros requisitos, «ámbito de actuación estatal, según su título constitutivo». Además, la Orden establece un procedimiento de tramitación, resolución y pago de las solicitudes de subvención que corre a cargo de las direcciones generales competentes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Dicho régimen procedimental se completa con el correspondiente procedimiento de control y sancionador, asimismo centralizado.

La Letrada del Gobierno de la Generalitat de Cataluña reprocha a la Orden impugnada la regulación del régimen de gestión de subvenciones, pues considera que, tratándose de subvenciones en materia de servicios sociales, competencia asumida por la Generalitat con carácter exclusivo, los fondos subvencionales correspondientes deberían haber sido territorializados entre las Comunidades Autónomas, asignándole a la Generalitat de Cataluña la dotación correspondiente. En este sentido, rechaza que la determinación que establece la Orden impugnada de que las organizaciones y entidades beneficiarias de la subvención deban tener ámbito de actuación en todo el territorio del Estado justifique que los fondos subvencionales queden sin territorializar y sean gestionados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pues de dicha Orden, en especial de sus anexos, se desprende que los programas subvencionales se localizaran en ámbitos territoriales concretos de las Comunidades Autónomas y, por tanto, permiten su gestión descentralizada.

El Tribunal Constitucional inicia la resolución del conflicto recordando su reiterada doctrina, según la cual «el poder de gasto del Estado no puede concretarse y ejercerse al margen del sistema constitucional de distribución de competencias, pues no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado»,

establecida inicialmente en su conocida STC 13/1992, de 6 de febrero. En el FJ 8 de dicha sentencia se dijo que, según sea el reparto constitucional de competencias en la materia de que se trate, las subvenciones estatales que se establezcan deben reconducirse a algunos de los cuatro supuestos que allí se describen, con las consecuencias en el reparto competencial que también allí se expresan.

En el primer apartado del citado FJ 8 se dispuso que un primer supuesto se produce cuando 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. En este caso 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.

A juicio del Tribunal Constitucional se deben aplicar en este caso los citados criterios contenidos en el fundamento jurídico 8, primer apartado, de la STC 13/1992. En consecuencia, corresponden a 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 corresponde a la competencia autonómica lo referente 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».

B) En relación con las normas básicas de ordenación de las explotaciones porcinas: se admite con carácter excepcional su regulación reglamentaria

En la **STC 158/2011, de 19 de octubre de 2011**, se resuelve un conflicto positivo de competencia promovido 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. La representación procesal del Gobierno de la Junta de Extremadura alega que el citado Real Decreto vulnera las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y de ganadería [art. 7.1.2 y 6 del Estatuto de Autonomía de Extremadura (EAE) de 1983]. El Abogado del Estado rechaza que se produzca la infracción de las competencias de la Comunidad Autónoma de Extremadura, pues dicho Real Decreto se ha dictado al amparo de las competencias estatales en materia de ordenación general de la economía, sanidad y medio ambiente (art. 149.1.13.ª, 16.ª y 23.ª CE).

El Real Decreto 324/2000, de 3 de marzo, tiene como objeto la regulación de «medidas de ordenación sanitaria y zootécnica de las exportaciones porcinas», es decir, la instrumentación de medidas dirigidas a la cría, reproducción y selección del ganado porcino, de un lado, y a la prevención y lucha contra las enfermedades de dicho ganado.

En este sentido, el Tribunal Constitucional hace referencia a la justificación de la competencia estatal en relación con la regulación de las bases de esta materia, al afirmar que la competencia de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de ganadería, aun siendo de carácter exclusivo, ha de ejercitarse «de acuerdo con la ordenación general de la economía» (art. 7.1.6 EAE). A continuación precisa que «corresponde al Estado, en virtud de su competencia de ordenación general de la economía, establecer las directrices globales de ordenación y regulación del mercado agropecuario nacional... quedando reservada a la Comunidad Autónoma la competencia para adoptar, dentro del marco de esas directrices generales, todas aquellas medidas que no resulten contrarias a las mismas, sino complementarias, concurrentes o neutras de tal forma que estando encaminadas a mejorar las estructuras de la agricultura y ganadería propias, no supongan interferencia negativa o distorsión de la ordenación general establecida por el Estado, sino más bien que sean coadyuvantes o inocuas para esta ordenación estatal» (STC 14/1989, de 26 de enero, FJ 3). De manera más concreta, señala que «resulta claro que al establecerse un programa nacional de ordenación y mejora de las explotaciones ganaderas extensivas, se está adoptando una medida concreta de programación y ordenación de un sector específico». En resumen, el Tribunal establece que la competencia estatal del art. 149.1.13.^a CE se proyecta sobre los diversos sectores económicos, siendo ello «aplicable al terreno de la ganadería, que tiene una relación reconocida y expresa con la política económica general».

A partir de esta argumentación, el Tribunal afirma el carácter básico de la regulación impugnada poniendo de manifiesto el carácter materialmente básico de la regulación del sistema de explotación extensiva contenida en el Real Decreto 324/2000, que se refiere al establecimiento de los criterios de ordenación de las explotaciones porcinas para todo el territorio nacional, y, por lo tanto, de las características que deben tener las explotaciones de ganado porcino en régimen extensivo y su diferenciación de las de régimen intensivo. Por otro lado, también afirma que esta norma también satisface los requisitos formales de las bases, pues se trata de un real decreto; su regulación reglamentaria es admisible con carácter excepcional, ya que, además, la propia norma no deja lugar a dudas sobre su naturaleza de norma básica, al explicitarlo así en su disposición adicional segunda.

Sobre esta misma cuestión se pronuncia en los mismos términos el Tribunal Constitucional en la **STC 207/2011, de 20 de diciembre de 2011**, al resolver un conflicto de competencias sobre esta materia planteado por la Comunidad Autónoma de Aragón.

C) En materia de régimen estatutario de la función pública y seguridad pública: la promoción interna de los policías locales sin tener en cuenta el requisito de la titulación infringe las bases estatales en materia de función pública

En la **STC 175/2011, de 8 de noviembre**, se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en relación con la disposición transitoria segunda de la Ley del Parlamento de Cantabria 7/1994, de 19 de mayo, de coordinación de policías locales. En el citado precepto se establecía una dispensa de titulación para la promoción interna de los policías locales en Cantabria.

Se plantea la posible inconstitucionalidad del citado precepto legal por vulneración del art. 149.1.18.^a CE, relativo a la competencia estatal en materia de bases estatales para

la regulación de los funcionarios públicos y del art. 149.1.29.^a CE en materia de seguridad pública. El ejercicio de la competencia autonómica se fundamentó en el art. 24.24 del Estatuto de Autonomía de Cantabria, que atribuye competencia exclusiva a la Comunidad en materia de «coordinación de las policías locales sin perjuicio de su dependencia jerárquica de la autoridad municipal», y en el art. 25.2 del mismo texto legal, que le atribuye competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de «régimen local», «en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca».

El Tribunal reconoce el carácter de funcionarios públicos de los policías locales y considera que en este ámbito funcional la regulación de las materias de «promoción interna» y «titulación» ostenta carácter básico (*ex* art. 1.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública), y se encuadra sin dificultad en el «régimen estatutario de los funcionarios públicos» del art. 149.1.18.^a CE.

La regulación básica del sistema estatutario de los funcionarios públicos parte de dos principios rectores: por un lado de la consideración de los títulos académicos como criterio taxonómico para clasificar los Cuerpos, Escalas, clases y categorías de funcionarios, y por otro de la exigencia de que la promoción interna del personal se haga respetando esos títulos. El desconocimiento de estos principios menoscaba la capacidad como requisito absoluto para el desempeño de cada puesto de trabajo concreto y niega el mérito como elemento relativo de comparación y preferencia para el acceso o nombramiento.

Por lo tanto, la regulación de la Ley de Cantabria impugnada, al no tener en cuenta la titulación para la promoción interna de los funcionarios locales, infringe, a juicio del Tribunal Constitucional, las bases estatales. En definitiva, dando igual trato a quienes tienen distintos merecimientos en el ámbito de Cantabria, se rompe el régimen general aplicable a toda España, que está en el fundamento de lo básico.

3. LEY

A) Procedimiento legislativo: solo la vulneración de trámites fundamentales del procedimiento legislativo puede justificar la declaración de inconstitucionalidad de una Ley

En la **STC 176/2011, de 8 de noviembre**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Esta Ley ya había sido objeto de recurso previamente, recurso que fue resuelto por STC 136/2011, de 13 de septiembre, que fue objeto de comentario en el número anterior de esta revista.

El primer bloque de cuestiones nuevas planteadas por los recurrentes en este proceso constitucional se refiere a la existencia de irregularidades en el procedimiento legislativo dirigido a la aprobación de la Ley. Las irregularidades que se alegan son las siguientes: en primer lugar, la no reconsideración por la Mesa del Congreso, dada la heterogeneidad de los contenidos abarcados por el proyecto de ley, del acuerdo de 5 de octubre de 1999 por el que se encomendaba a la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda el estudio del proyecto de ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social; en segundo lugar,

la negativa de la Mesa de la Cámara a solicitar informe previo a otras comisiones competentes en razón de las materias afectadas por el proyecto de ley; y, en tercer lugar, la ordenación bajo un solo punto del día y la realización de un debate conjunto de las enmiendas de totalidad con devolución tanto al proyecto de ley de presupuestos generales del Estado como al proyecto de ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

El Tribunal Constitucional ha mantenido reiteradamente que no basta con cualquier vicio o inobservancia de los previstos en las normas que regulan el procedimiento parlamentario para declarar la inconstitucionalidad de la norma o disposición con que se pone fin al mismo, siendo necesario a tales efectos que el vicio o inobservancia denunciada afecte «esencialmente al proceso de formación de la voluntad de los parlamentarios, de modo que sólo los vicios o defectos más graves provocan un déficit democrático en el proceso de elaboración de una norma que podría conducir a su declaración de inconstitucionalidad» (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 10).

El Tribunal Constitucional entiende que se trata de unos actos de trámite insertos en un procedimiento parlamentario cuya eventual inobservancia sólo podría alcanzar relevancia constitucional y, por tanto, viciar de inconstitucionalidad la ley resultante si alterasen de modo sustancial el proceso de formación de voluntad de una Cámara.

En este caso, no sólo los vicios citados no fueron denunciados ante la misma Cámara (salvo el de la decisión de atribuir a la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda el estudio del proyecto de ley, decisión ésta respecto de la que solicitó su reconsideración), sino que los Diputados recurrentes se limitan a cuestionar de forma genérica determinadas decisiones de la Mesa del Congreso, sin un mínimo de argumentación que permita poner en cuestión sobre esta base la constitucionalidad de la totalidad de la ley impugnada. En consecuencia el Tribunal Constitucional rechaza que este argumento pueda constituir el fundamento de la inconstitucionalidad de la Ley.

B) Reserva de Ley en materia sancionadora del artículo 25 CE

La **STS de 4 de noviembre de 2011** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 5.^a, ponente: Jesús Ernesto Pérez Morate), Id. Cendoj 28079130052011100609, resuelve el recurso de casación 6062/2010 interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1.^a). Dicha Sentencia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la Orden del Ministerio de Medio Ambiente 85/2008, de 16 de enero, por la que se establecen los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y análisis de vertidos de aguas residuales. Rechazó de este modo las alegaciones de la recurrente que se apoyaban en la vulneración de los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad, de la presunción de inocencia, así como en la extralimitación del mandato reglamentario, puesto que la Orden impugnada contempla costes de restauración ambiental ajenos y distintos a los daños del dominio público. La recurrente en casación solicita la declaración de nulidad de la Orden impugnada. Señala que al establecer los criterios para determinar los daños al demanio hidráulico la Orden está interviniendo en la definición de las infracciones correspondientes y la regulación de esta cuestión le corresponde a la Ley.

El Tribunal comienza analizando las alegaciones referidas a la vulneración de la reserva de Ley en materia sancionadora del artículo 25 CE. Para ello se remite a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a su propia jurisprudencia en torno a la relación entre Ley y reglamento (FJ 3). Apunta que «debe reputarse contraria a las mencionadas exigencias constitucionales no sólo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carente de toda base legal, sino también, en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras». A continuación, distingue entre las distintas normas reglamentarias como instrumentos de desarrollo de la Ley. En este sentido, afirma que «(1) la potestad de dictar los reglamentos ejecutivos de desarrollo y ejecución de las leyes compete al Consejo de Ministros mediante Real Decreto, quedando para los Ministros individualmente considerados la competencia para dictar las Órdenes Ministeriales que se limitan a fijar un último escalón descendente de concreción normativa de los aspectos más estrictamente técnicos y organizativos propios del sector funcional homogéneo que constituye cada Ministerio».

Con base en este aparato argumentativo, el Tribunal Supremo procede a analizar la concreta regulación de la Orden impugnada (FJ 4). La Orden se aprueba en el marco del Texto Refundido de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio) y del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (Real Decreto 849/1986, de 11 de abril). En concreto, la Orden Ministerial persigue «determinar los criterios técnicos para la valoración de los daños ocasionados al dominio público hidráulico como consecuencia de la comisión de infracciones por incumplimiento de lo establecido en la legislación de aguas, así como, en los supuestos de conductas que puedan producir daños en la calidad del agua, las normas sobre toma de muestras y análisis de vertidos de aguas residuales, y ello con un doble propósito: primero, para determinar la exacta calificación o tipificación de las conductas sancionables dentro del catálogo de infracciones concordadamente establecido en la Ley de Aguas y su Reglamento de desarrollo; y segundo, para fijar los umbrales de referencia en orden al cumplimiento del deber de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por dichas conductas». Pues bien, a juicio del Tribunal el resultado de la sucesiva y descendente remisión normativa de la Ley de Aguas, a su reglamento de desarrollo y a la Orden impugnada, es que, si se atiende únicamente a la redacción de los tipos infractores de la Ley de Aguas y su Reglamento general de desarrollo, «resulta imposible determinar con la mínima exactitud necesaria la concreta tipificación que se anuda a la realización de las conductas infractoras; haciéndose, pues, imprescindible integrar, a tal efecto, esas normas con la Orden Ministerial aquí concernida, que es la que realmente proporciona los datos para llevar a cabo tal labor de incardinación de la conducta en el tipo sancionador».

En consecuencia, el Tribunal acepta el primer motivo de casación, al entender que no se ha respetado el principio de legalidad para regular las infracciones administrativas consagrado en el artículo 25 CE. El fallo declara, por tanto, la nulidad de la Orden Ministerial por fijar criterios para la determinación de los daños al demanio hidráulico como pauta para la tipificación de las infracciones administrativas en materia de aguas. Sin embargo, mantiene su validez únicamente en su calidad de parámetro y pauta de concreción del deber de indemnización de los daños ambientales que se contienen en la Orden.

4. REGLAMENTO

A) Potestad reglamentaria

a) *Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general: trámite de audiencia*

La **STS de 13 de octubre de 2011** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 4.ª, ponente: Santiago Martínez-Vares García), Id. Cendoj 28079130042011100531, resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 304/2010 interpuesto por la Asociación de Ciclistas Profesionales contra el Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte. La Asociación recurrente solicita la declaración de nulidad del Real Decreto impugnado al considerar que se vulneró el procedimiento legalmente establecido para su aprobación.

Al analizar el procedimiento de elaboración del Reglamento impugnado, el Tribunal únicamente detecta una vulneración referida al trámite de audiencia previsto en el artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno. Afirma que «las modificaciones que el Real Decreto 1462/2009 introdujo en el precedente Real Decreto 641/2009 en el apartado primero del artículo 47, en la letra a) del artículo 48.2, así como la modificación del concepto control en competición en el anexo de definiciones, y la supresión del término horas de descanso nocturno del mismo anexo, afectaban de modo directo y esencial a los destinatarios del mismo, a los que debió oírse, como con toda amplitud y buen sentido, la Administración hizo al elaborar el Real Decreto inicial 641/2009». La ausencia de ese trámite se considera suficiente para declarar la nulidad del Real Decreto impugnado (FJ 6).

B) Reglamento municipal

a) *Nulidad de un reglamento municipal que incumple la normativa autonómica sobre régimen local*

La **STSJ de Aragón de 10 de octubre de 2011** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 1.ª, ponente: Carmen Samanes Ara), Id. Cendoj 50297330032011100277, resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 231/2009 interpuesto por dos particulares contra el Acuerdo del Pleno de fecha 1 de abril de 2009 por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interno de notificaciones del Ayuntamiento de Pinseque. El recurso se apoya en que el reglamento tiene en realidad carácter orgánico, por lo que debían haberse seguido los trámites previstos para la aprobación de este tipo de reglamentos; asimismo, se apunta que la regulación contenida en el reglamento incumple los requisitos previstos por la legislación autonómica para la convocatoria de los Plenos municipales.

El Tribunal analiza, en primer lugar, la naturaleza del reglamento (FJ 3). Señala que el contenido del reglamento orgánico es doble: contiene los aspectos relativos a la organización del ente local, esto es, la estructura de sus órganos de gobierno y administración; y asimismo determina las reglas de funcionamiento del ente. Con base en esta definición,

concluye que el Reglamento impugnado no es un reglamento orgánico, puesto que solo regula una cuestión puntual en torno al funcionamiento del ente local, referida al medio a utilizar para realizar las comunicaciones a los portavoces (sms para las comisiones y sms y correo electrónico para el Pleno), a la antelación con que deben realizarse las comunicaciones y a la documentación que debe entregarse. El Tribunal rechaza, con base en estos argumentos, la primera alegación.

A continuación el Tribunal analiza el ajuste del contenido del Reglamento a las previsiones de la legislación autonómica en torno a las convocatorias de los Plenos municipales. El artículo 116 de la Ley Aragonesa de Régimen Local de 1999 dispone: «1. Las sesiones plenarias serán convocadas por el Presidente, al menos, con dos días hábiles de antelación a la fecha prevista para celebrar la sesión, salvo las extraordinarias que lo sean con carácter urgente, cuya convocatoria con este carácter deberá ser ratificada por el Pleno por mayoría simple. 2. La convocatoria contendrá la fecha, hora y lugar de celebración de la sesión, así como el correspondiente orden del día. La documentación completa de los asuntos incluidos en el orden del día, que deba servir de base al debate y, en su caso, votación, deberá estar a disposición de los miembros de la Corporación, en la secretaría, desde el mismo día de la convocatoria». Pues bien, entiende el Tribunal que esta regulación se vulnera por el contenido del Reglamento que prevé comunicaciones por sms y correo electrónico y plazos distintos para su realización. Por esa razón, declara la nulidad del Reglamento municipal.

C) Potestad normativa de las Universidades: su ejercicio no puede quedar supeditado a la aprobación de un convenio de colaboración con la Administración penitenciaria

La **STC 206/2011, de 19 de diciembre**, resuelve un recurso de amparo interpuesto por la Universidad del País Vasco por vulneración del derecho fundamental a la autonomía universitaria, art. 27.10 CE. La vulneración se fundamenta en la Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que anula el protocolo para la atención de personas internas en centros penitenciarios, aprobado por el Consejo de Gobierno de dicha Universidad el 28 de octubre de 2004. El fundamento de esta anulación por parte del Tribunal *a quo* remite a lo previsto en el art. 56.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), en virtud del cual la prestación del servicio público universitario a personas internas en instituciones penitenciarias está condicionada a la suscripción previa de convenio entre la Administración penitenciaria y la universidad correspondiente. En este caso no había sido aprobado el correspondiente convenio, por lo que el Tribunal entiende que no es válido el ejercicio de la potestad normativa por parte de la Universidad.

El Tribunal Constitucional afirma que la potestad normativa que deriva de la autonomía universitaria no tiene carácter general. Esta potestad normativa se integra en el contenido de la autonomía universitaria como parte de la libertad de ordenación —también normativa— de los medios necesarios para la impartición de las enseñanzas superiores que la Universidad tiene legalmente encomendada.

La parte recurrente alega que la interpretación del art. 56.2 LOGP efectuada en la Sentencia impugnada es contraria al derecho a la autonomía universitaria reconocida por

la Constitución, al supeditar el ejercicio de uno de los contenidos de esa autonomía, la potestad normativa para la ordenación de la actividad docente, a la previa suscripción de un convenio interadministrativo.

En la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se dispone que los convenios de colaboración entre la Administración penitenciaria y las Universidades públicas no sólo deben facilitar las condiciones para que «los internos puedan acceder al servicio público de la educación universitaria», sino también garantizar que la especial situación de privación de libertad de los internos en centros penitenciarios no conduzca a una disminución injustificada tanto de la calidad de la enseñanza como de las exigencias propias de titulaciones oficiales a las que dan acceso.

Con esta interpretación se hace de los convenios de colaboración entre la Administración penitenciaria y las Universidades públicas presupuesto habilitante del ejercicio por éstas de su potestad normativa para la regulación de lo que constituye el núcleo de la autonomía universitaria: la protección de la libertad académica, en su manifestación de libertad de enseñanza, estudio e investigación frente a todo tipo de injerencias externas, lo cual supone una clara vulneración del derecho a la autonomía universitaria.

5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de seguridad jurídica: se entiende vulnerado en el ámbito tributario cuando una norma establece un caso de retroactividad auténtica sin que concurren razones suficientes de interés general

En la **STC 176/2011, de 8 de noviembre**, se resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Esta Ley ya había sido objeto de recurso previamente, recurso que fue resuelto por STC 136/2011, de 13 de septiembre, que fue objeto de comentario en el número anterior de esta revista. No obstante, la STC 176/2011 aborda algunas cuestiones que no habían sido planteadas en el recurso anterior, en concreto la vulneración del art. 9.3 CE por la disposición transitoria duodécima de la Ley impugnada, la cual, a juicio de los recurrentes, otorga una eficacia retroactiva plena o auténtica a la nueva redacción dada al art. 17.2.a) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

La Ley 55/1999, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, fue aprobada el día 29 de diciembre, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» del día 30 de diciembre de 1999, y fijada su entrada en vigor, según su disposición final segunda, para «el día 1 de enero del año 2000». La disposición transitoria duodécima de esta Ley, bajo el título de «régimen transitorio de la modificación introducida en el artículo 17.2 a) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias», establecía, en su primer párrafo, que «la modificación introducida en el artículo 17.2 a) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, por el artículo 1 de esta Ley, será aplicable a los rendimientos devengados desde el día 1 de octubre de 1999».

Por lo tanto, la disposición en cuestión entraba en vigor el 1 de enero del año 2000 pero se iba a aplicar a los rendimientos devengados desde el día 1 de octubre de 1999. A juicio del Tribunal Constitucional se trata de un caso de retroactividad auténtica, por afectar a situaciones ya consumadas: la norma impugnada entró en vigor el día 1 de enero de 2000, esto es, con posterioridad al devengo del impuesto sobre la renta de las personas físicas correspondiente al ejercicio 1999 que se produce, con carácter general, el día 31 de diciembre de cada ejercicio.

El Tribunal Constitucional establece que para determinar cuándo una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos hay que analizar, de un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto: y muy especialmente los principios de capacidad económica y seguridad jurídica. En particular, en los supuestos de retroactividad «auténtica», según el Tribunal, «sólo cualificadas excepciones» podrían oponerse al principio de seguridad jurídica. En consecuencia, pueden considerarse conformes con la Constitución modificaciones con cualquier grado de retroactividad cuando «existan claras exigencias de interés general»

En este caso el Tribunal considera que la norma cuestionada ha llevado a cabo, retroactivamente, una alteración en la determinación de la deuda tributaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas sin la concurrencia de nítidas y cualificadas exigencias de interés general que justificasen el efecto retroactivo otorgado. Este dato conduce a estimar que se ha producido la vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 de la Constitución. En consecuencia, el Tribunal declara la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo primero de la disposición transitoria duodécima de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

B) Principio de igualdad en la Ley: no se vulnera cuando la diferencia de trato se basa en una circunstancia jurídicamente relevante

La **STC 205/2011, de 15 de diciembre**, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, para determinar si el apartado 2 del artículo 143 de la Ley general de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante, LGSS), vulnera, entre otros, el art. 14 CE.

El citado precepto permite, en los casos en que el pensionista por invalidez permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, que el Instituto Nacional de la Seguridad Social, de oficio o a instancia del propio interesado, pueda promover la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución en que la misma se declara. Este derecho no se reconoce al resto de los pensionistas que no ejercen actividad profesional.

El Tribunal Constitucional acepta que dicha actividad laboral sea tomada en consideración por el legislador para configurar un régimen jurídico de protección diferenciado para los pensionistas que trabajan del de aquéllos que no trabajan. A continuación analiza si el procedimiento y plazos para la revisión del grado de incapacidad constituye uno de los

elementos de dicho régimen jurídico en los que una diferenciación de tratamiento puede resultar justificada.

El Tribunal concluye que el diferente tratamiento que la ley ofrece a unos y otros pensionistas de incapacidad permanente en relación con la posibilidad de revisión del grado de pensión reconocido está basado en la toma en consideración de una circunstancia jurídicamente relevante, como es el hecho de que el pensionista compatibilice o no su pensión con el ejercicio de una actividad laboral, por cuenta propia o ajena. Esta circunstancia justifica que el agravamiento o la mejoría del estado invalidante del pensionista deba tener un reflejo inmediato en el grado de incapacidad reconocido, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los pensionistas que no desempeñan ninguna actividad laboral, en el que no concurren dichas circunstancias.

En la medida en que el aplazamiento de la posibilidad de revisión en el caso de estos últimos es meramente temporal —algo menos de dos años en los casos aquí analizados—, y que su fijación ha tenido que establecerse con base en criterios técnicos susceptibles de revisión judicial, el Tribunal estima que no puede considerarse que los efectos del tratamiento diferente resulten desproporcionados desde el punto de vista de la finalidad perseguida, ni su resultado excesivamente gravoso o desmedido. Y concluye que, en consecuencia, se trata, por ello, de una diferenciación constitucionalmente lícita desde la perspectiva del art. 14 CE.

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) **Naturaleza.**
 - a) Ejercicio de orden de derribo: acto de naturaleza reglada.
 - b) Otorgamiento de una concesión de riego: acto de naturaleza discrecional.
 - B) **Actos impugnables.**
 - a) Acto inimpugnable: acto consentido y firme.
 - C) **Acto de trámite.**
 - a) Acto inimpugnable: declaración de impacto ambiental.
 - b) Aprobación definitiva condicionada de instrumento de planeamiento: acto definitivo.
 - c) Acto de trámite inimpugnable: informe no vinculante.
3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
 - A) **Tramitación.**
 - a) Solicitante de una concesión de aguas: mero titular de un interés legítimo.
 - b) Defensa de los derechos e intereses legítimos durante el procedimiento administrativo.
 - c) Causa de abstención: pendencia de cuestión litigiosa con el interesado.
 - d) Causas de recusación: carácter taxativo.
 - e) Valor probatorio de los informes de órganos técnicos municipales.
 - f) Cómputo de los plazos de tramitación.
 - B) **Terminación.**
 - a) Adquisición de licencia por silencio administrativo positivo.
4. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.
 - A) **Notificación.**
 - a) Notificación correcta de liquidación tributaria.
 - b) Notificación defectuosa en domicilio distinto.
 - B) **Ejecución del acto administrativo.**

- a) Suspensión de acto administrativo y no exigencia de caución: autorización de obras en estación de autobuses.

5. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

A) Revisión de oficio.

- a) Modificación de liquidaciones provisionales: no es revocación de un acto anterior.
- b) Denegación de solicitud de revisión de oficio de relación definitiva de aspirantes a pruebas selectivas: límite temporal.

B) Recursos administrativos.

- a) Cómputo del plazo de reclamación económica-administrativa: liquidación de canon de regulación general indirecta.
 - b) Cómputo de plazo de reclamación contra acto de repercusión.
 - c) La falta de factura no determina la inexistencia de un acto de repercusión recurrible.
 - d) Cómputo del plazo de recurso de alzada contra desestimación presunta.
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de octubre a diciembre de 2011, ambos incluidos, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.

En este período puede destacarse la Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 14 de noviembre de 2011 que refleja la jurisprudencia sobre el carácter taxativo de las causas de abstención y recusación de los arts. 28 y 29 de la LRJPAC, que no permiten su aplicación analógica, así como el significado de dichas garantías, en relación con la independencia, imparcialidad y objetividad de los órganos de las Administraciones Públicas, como correlato de sus principios de actuación y funcionamiento establecidos en el art. 103 de la Constitución.

2. CLASES DE ACTOS

A) Naturaleza

- a) *Ejercicio de orden de derribo: acto de naturaleza reglada*

La **STS de 27 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 4657/2008, repasa, y aplica al caso objeto del litigio, los presupuestos para el ejercicio de autorización de derribo, al que considera un acto administrativo de carácter reglado.

- b) *Otorgamiento de una concesión de riego: acto de naturaleza discrecional*

La **STS de 7 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 4455/2007, señala la naturaleza discrecional de la resolución

sobre el otorgamiento de una concesión de uso privativo de aguas para riegos, y reitera la jurisprudencia sobre el sentido de la discrecionalidad de la Administración al otorgar concesiones de aguas, que no supone arbitrariedad, sino que debe basarse en informes razonables, teniendo en cuenta el interés público y los Planes Hidrológicos de Cuenca aprobados tras la solicitud.

B) Actos impugnables

a) Acto inimpugnable: acto consentido y firme

La **STS de 16 de diciembre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 5056/2010, declara inadmisibile el recurso contencioso-administrativo, por no haber sido recurrido el acto en vía administrativa. El recurrente admite haber conocido la publicación del acto en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial y que figura en el encabezamiento de la publicación de las concesiones de marca el régimen de recursos, aunque no se haga constar en la publicación concreta de la marca concedida. Puesto que transcurrió el plazo de interposición del recurso sin que éste se llevara a efecto, la concesión de la marca devino firme y, por tanto, no susceptible de ser recurrida. La interposición en sede jurisdiccional, sin agotamiento previo de la vía administrativa y sin formular otras alegaciones e invocaciones, justifica suficientemente la decisión de inadmisión del recurso contencioso en vía jurisdiccional. Por todo ello, el Tribunal concluye que la desestimación del recurso se hizo con arreglo a Derecho.

Sobre actos inimpugnables, por ser consentidos y firme, también la **STS de 17 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.^a), recurso de casación núm. 2980/2008.

C) Acto de trámite

a) Acto inimpugnable: declaración de impacto ambiental

La **STS de 7 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 5345/2007, se pronuncia acerca de la impugnabilidad de una declaración de impacto ambiental de un proyecto de regadío, en coherencia con una consolidada doctrina jurisprudencial del propio Tribunal Supremo que lo califica como un acto de trámite que no puede ser objeto de recurso administrativo, ni contencioso-administrativo. El contenido de la declaración de impacto ambiental no constituye la decisión última de la Administración, ni acerca de la conveniencia de ejecutar el proyecto, ni acerca tampoco de las condiciones medioambientales a que haya de sujetarse. Si esto es así, la consecuencia lógica es que estamos ante un acto no susceptible de impugnación independiente o autónoma, por lo que el recurso contra este acto resulta inadmisibile.

En este mismo sentido, la **STS de 10 de noviembre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 4980/2008, que recuerda que sólo como excepción se han considerado impugnables autónoma y separadamente de la resolución final del procedimiento autorizatorio de la obra o actividad aquellas resoluciones en las que se decide no someter a evaluación de impacto ambiental un determinado proyecto;

y ello porque esa decisión produce un efecto inmediato, la ausencia de evaluación, y se adopta con criterios propios e independientes, no integrándose en la decisión aprobatoria del proyecto.

b) Aprobación definitiva condicionada de instrumento de planeamiento: acto definitivo

La **STS de 27 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 4225/2009, conoce de la impugnación de un Acuerdo por el que se supedita la aprobación definitiva de un Plan Parcial al cumplimiento de las observaciones realizadas en las consideraciones técnico-jurídicas del citado acuerdo. Considera el Tribunal que no es procedente la inadmisión del recurso, por cuanto el Acuerdo no es un acto de trámite, sino que ha sido aprobado definitivamente, aunque sujeto a un «condicionado». Pero esto no le priva de su carácter definitivo. No se está, por tanto, ante un acto de aprobación inicial o provisional del plan general, respecto de los cuales el propio Tribunal Supremo ha declarado (con matices) su carácter de acto de trámite.

Justo sobre la improcedencia de formular recursos en vía administrativa contra los actos de aprobación de los planes de urbanismo, la **STS de 11 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 4769/2007.

c) Acto de trámite inimpugnable: informe no vinculante

La **STS de 14 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 2309/2009, afirma el carácter inimpugnable de un Acuerdo de la Junta General del Consejo General de Colegios de Ingenieros Técnicos de Minas por el que se emite informe de legalidad (no vinculante) al proyecto de estatutos particulares del citado colegio.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Tramitación

a) Solicitante de una concesión de aguas: mero titular de un interés legítimo

La **STS de 7 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 4455/2007, destaca que no cabe invocar un derecho subjetivo previo al otorgamiento de una concesión de uso privativo de aguas para riego. Antes de obtener la concesión el solicitante no goza de derecho alguno a su otorgamiento, sino un mero interés legítimo individualizado a que se resuelva su petición por la Administración en un correcto ejercicio de su discrecionalidad y atendiendo al interés público, por lo que no es aplicable a estas solicitudes la prohibición de retroactividad del art. 9.3 CE. Así, las concesiones deben otorgarse conforme a la normativa vigente en el momento en que se resuelve y según las previsiones de los planes hidrológicos (art. 59.4 Ley de Aguas).

b) Defensa de los derechos e intereses legítimos durante el procedimiento administrativo

La **STS de 7 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.^a), recurso de casación núm. 4455/2007, desestima el motivo de indefensión del recurrente

en el expediente administrativo, ante los distintos argumentos que fueron utilizados por la Administración para desestimar su solicitud. En el caso, la sentencia recurrida afirma que la demandante no sólo instó el procedimiento, sino que participó en él, conoció los motivos de las decisiones y no se le impidió defender sus posiciones, tanto en vía administrativa como en vía judicial. Junto a esta argumentación, el Tribunal Supremo recuerda la jurisprudencia constitucional que afirma que las garantías del art. 24 CE referidas a la tutela judicial efectiva no pueden trasladarse sin más a lo actuado en vía administrativa, salvo que la resolución atacada tenga una naturaleza sancionadora. En los demás casos, como en el de autos de una solicitud de concesión de aguas, la defensa de los derechos e intereses legítimos en el procedimiento administrativo es cuestión que ha de resolverse por los órganos del orden contencioso-administrativo en aplicación de las leyes.

c) Causa de abstención: pendencia de cuestión litigiosa con el interesado

La **STSJ de Islas Baleares de 14 de noviembre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.^ª), recurso de apelación núm. 299/2011, estima en parte el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia de instancia al apreciar que concurría la causa de abstención prevista en el letra a) del art. 28.2 de la LPAC, «(...) tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado». La concurrencia de dicha causa debió ser apreciada de oficio por la Administración local competente, a fin de plantear su apartamiento del procedimiento. En relación con las causas de abstención, señala la sentencia que «la independencia, imparcialidad y objetividad de los órganos de las Administraciones Públicas, como correlato de sus principios de actuación y funcionamiento establecidos en el artículo 103 de la Constitución, no sólo tiene una vertiente subjetiva interna respecto del funcionario actuante, materializada en ciertos motivos de abstención (como la enemistad manifiesta, la amistad íntima, el interés directo o interno), sino también un aspecto objetivo o externo, en el sentido de que en ciertas circunstancias se aparenta o presume racionalmente la pérdida de imparcialidad, como se trata del supuesto de que el actuario o autoridad tenga un pleito pendiente con el interesado en un expediente administrativo» (FJ 4.^º).

En el caso enjuiciado, pese a la pendencia de una causa penal entre el interesado y el titular del órgano competente para resolver el expediente sancionador, éste resolvió el expediente, imponiendo una multa a la actora por la comisión de una infracción urbanística grave. Por ello, al apreciar la concurrencia de causa de abstención, ante la naturaleza sancionadora del expediente, la sentencia anula la resolución sancionadora y retrotrae las actuaciones al momento anterior a la adopción de la misma, a fin de que se designe una nueva persona que resuelva el procedimiento.

d) Causas de recusación: carácter taxativo

La **STSJ de Islas Baleares de 14 de noviembre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.^ª), recurso de apelación núm. 299/2011, estima en parte el recurso de apelación interpuesto frente a la sentencia de instancia, ya que no es aplicable la causa de recusación prevista en la letra d) del art. 28.2 de la Ley 30/92, «haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate», en el caso de un funcionario que intervino en las «diligencias informativas» previas a la incoación del expediente

sancionador, a modo de informe jurídico tenido en cuenta para iniciar el procedimiento. Tal intervención no lo fue en calidad de «testigo» ni de «perito», como se pone de relieve en la sentencia de instancia, donde se aplica la causa de abstención de forma analógica, sino que simplemente se produjo la actuación en la condición de funcionario encargado de una diligencia informativa previa, no incardinándose en ninguna de las causas tasadas de abstención o recusación recogidas en el art. 28.2 LPAC.

Por otra parte, señala la sentencia que no hay motivo alguno que exija aplicar a la relación entre quien instruye diligencias informativas y quien instruye el expediente las reglas que rigen la relación entre quien instruye y quien resuelve (art. 134.2 Ley 30/1992), pues la fase de indagación previa y la posterior de instrucción poseen una naturaleza afín y una continuidad que hacen que no sólo no sea reprochable, sino incluso lógico y comprensible, que se encarguen al mismo funcionario. Por ello el alegato general de parcialidad del instructor carece de fundamento.

Concluye la sentencia reiterando la jurisprudencia sobre el carácter taxativo de las causas de abstención y recusación que establecen los arts. 28 y 29 de la LRJPAC, que no permiten su aplicación analógica.

e) Valor probatorio de los informes de órganos técnicos municipales

La **STSJ de Madrid de 6 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de apelación núm. 562/2010, al confirmar la validez de la resolución denegatoria de la modificación de una licencia de actividad, centra su argumentación en el valor probatorio de los informes de los órganos técnicos municipales, en aplicación del art. 37.3 de la LRJ-PAC. En tal sentido, numerosas sentencias determinan que los informes emitidos por los órganos técnicos municipales, así como los de los peritos procesales, gozan de garantía de imparcialidad. Como determina reiterada jurisprudencia, los hechos reflejados en los informes de la administración gozan de presunción de veracidad, salvo prueba en contrario, por lo que han de prevalecer frente a las manifestaciones subjetivas del sancionado, exentas de prueba, como en este caso.

Por el contrario, la **STSJ de Madrid de 6 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de apelación núm. 567/2010, revoca la sentencia de instancia porque entiende que el informe emitido por los servicios técnicos municipales, sobre el que se basaba la denegación de la licencia, es erróneo. En este supuesto, según expone el Tribunal, con la mera lectura de la norma urbanística es evidente el error y queda destruida la presunción de objetividad, veracidad y certeza de los informes realizados por funcionario público, sin necesidad de ningún otro medio probatorio, por tratarse de una cuestión de derecho.

f) Cómputo de los plazos de tramitación

La **STSJ de Madrid de 6 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de apelación núm. 564/2010, al pronunciarse sobre la adquisición de una licencia por silencio positivo, analiza el art. 17.1 de la Ordenanza Especial de tramitación de Licencias y Control Urbanístico aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid,

que establece que «A los efectos del cómputo de los plazos de tramitación, se considerará iniciado el expediente en la fecha de entrada de la documentación completa en el Registro del órgano competente para resolver». Por consiguiente, mientras no se entrega la documentación completa no se inicia el expediente administrativo. Y no corren los plazos para resolver ni para que opere el silencio positivo.

B) Terminación

a) Adquisición de licencia por silencio administrativo positivo

La **STSJ de Madrid de 6 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de apelación núm. 564/2010, confirma la adquisición de una licencia de actividad mediante silencio administrativo positivo. Frente a la alegación de la Corporación apelante, sobre la imposibilidad de adquirir en virtud de silencio administrativo positivo licencias o facultades en materia de actividades, que contravengan expresamente el ordenamiento jurídico, el Tribunal entiende que no se ha acreditado de forma fehaciente en el expediente que concurren causas de denegación de la licencia solicitada según la normativa aplicable, y que ha transcurrido el plazo máximo para resolver dicho procedimiento.

En este sentido, la sentencia afirma que «íntimamente relacionado con la acreditación fehaciente de que la licencia solicitada incumpla o no el ordenamiento Jurídico, está la posible adquisición de la licencia mediante la ficción jurídica del silencio administrativo. Por lo que se refiere a la adquisición de licencia en virtud de silencio administrativo positivo, la Sala entiende que en efecto, habiendo transcurrido más de dos meses desde que se solicitó la licencia y se entregó la documentación completa en el registro correspondiente, hasta que la Administración dictó resolución expresa, ha precluido en exceso el plazo de dos meses establecido en el art. 12 de la Resolución de la Dirección Gral. de Comercio anteriormente transcrita, para entender la licencia adquirida en virtud de silencio positivo, en primer lugar porque no consta que la misma infrinja precepto alguno del Ordenamiento Jurídico aplicable en materia de licencias específicas para la venta de bebidas alcohólicas en establecimiento no aptos para su consumo, y estando el establecimiento en posesión de las preceptivas licencias de instalación y funcionamiento, entendemos que no opera la prohibición establecida en el art. 62.1.f) de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre que considera nulos de pleno derecho los actos en los que se adquieran facultades cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición» (FJ 3.^a).

Asimismo, la **STSJ de Madrid de 6 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de apelación núm. 567/2010, declara la adquisición de licencia urbanística por silencio administrativo positivo, revocando la sentencia de instancia y anulando la resolución denegatoria de la licencia. Tras constatar la existencia de error de derecho en el informe de los servicios técnicos municipales, desaparece el único motivo en el que se basaba la denegación de la licencia. Por ello, habiendo transcurrido el plazo máximo para resolver aplicable, y constanding aportado el Certificado del Técnico autor del proyecto que garantiza que el proyecto se adecúa a la normativa aplicable, afirma la Sala: «Hemos de concluir sin ambages que la licencia denegada ya había sido adquirida en virtud de silencio administrativo positivo, por lo que el acto expreso posterior no podía contradecir los términos de referido silencio. Por todo ello, procede la estimación del

presente recurso; y ello sin perjuicio de que la Administración tiene el deber de velar por el cumplimiento de la normativa urbanística durante todo el tiempo de vida de cualquier uso o actividad, a pesar de que se encuentre en posesión de la preceptiva licencia» (FJ 3.º).

4. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Notificación

a) *Notificación correcta de liquidación tributaria*

La **STS de 5 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.ª), recurso de casación núm. 415/2007, rechaza la infracción del art. 124 de la Ley General Tributaria, que determina que las liquidaciones tributarias se notificarán a los sujetos pasivos con expresión de los elementos esenciales de aquéllas, de los medios de impugnación que puedan ser ejercidos, con indicación de plazos y órganos en que habrán de ser interpuestos, y del lugar, plazo y forma en que debe ser satisfecha la deuda tributaria. Y esto porque en la notificación practicada en este caso constan los elementos básicos de la cantidad exigida, figurando en el reverso la indicación de los posibles medios de impugnación, órganos y plazos, así como los plazos y formas de pago.

b) *Notificación defectuosa en domicilio distinto*

La **STS de 11 de noviembre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.ª), recurso de casación núm. 6212/2010, recuerda la doctrina jurisprudencial sobre la correcta forma de practicar las notificaciones, conforme a la cual, de manera resumida, cabe afirmar que si, pese a los vicios de cualquier gravedad en la notificación, el interesado llegó a conocer el acto por cualquier medio, o no lo hizo exclusivamente por su negligencia o mala fe, no cabe alegar lesión alguna de las garantías constitucionales, dado el principio antiformalista y el principio general de buena fe que rigen en esta materia. En el presente caso, en las diligencias policiales del expediente figuraba un domicilio que nada tiene que ver con la dirección en la que se intentó notificar la resolución revocatoria de la licencia de armas del interesado, por lo que el interesado ni pudo conocer el acto administrativo ni pudo formular recurso alguno en plazo.

B) Ejecución del acto administrativo

a) *Suspensión de acto administrativo y no exigencia de caución: autorización de obras en estación de autobuses*

La **STS de 10 de noviembre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.ª), recurso contencioso-administrativo núm. 4503/2005, considera que en el expediente administrativo existen datos suficientes, que la Sala de instancia especifica, que aconsejaban acordar la suspensión del acto administrativo (autorización de obras en estación de autobuses), ante los perjuicios que las obras podían ocasionar en el servicio que prestan las empresas de transporte por carretera. Puesto que la suspensión no causa perjuicio a los in-

tereses públicos y tampoco a los intereses de la recurrente, no concurren las circunstancias que hagan necesaria la exigencia de caución para acordar la suspensión, pues el art. 111.4 LRJPAC no ampara la exigencia de garantía en defensa de unos intereses o en previsión de unos daños cuya justificación no se ha producido ni siquiera indiciariamente.

5. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Revisión de oficio

a) Modificación de liquidaciones provisionales: no es revocación de un acto anterior

La **STS de 5 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 1985/2007, afirma que un informe de la Oficina Nacional de Inspecciones tiene un valor meramente informativo (art. 96 Ley General Tributaria), sin carácter vinculante, por lo que no hay inconveniente en que la Administración tributaria, motivadamente, se aparte de él, una vez analizados todos los datos del expediente. Las liquidaciones provisionales, por tanto, no vinculan a la Administración que puede rectificarlas sin limitación alguna en el procedimiento de gestión, sin que ello implique revocación de ningún acto administrativo anterior. En cambio, las liquidaciones definitivas son inmodificables en el procedimiento de gestión pues conforman el pronunciamiento último de la Administración sobre la cuantía del impuesto, cerrando y finiquitando aquél. Su modificación sólo sería posible utilizando las técnicas comunes del procedimiento administrativo, es decir, impugnación por el interesado o revisión de oficio.

b) Denegación de solicitud de revisión de oficio de relación definitiva de aspirantes a pruebas selectivas: límite temporal

La **STS de 5 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 415/2007 recuerda la doctrina que sostiene esta misma Sala en relación con el límite temporal del art. 106 LRJPAC en relación con la revisión de oficio de los actos administrativos. Para aplicar este límite, hay que tener presente todas las circunstancias concurrentes. En efecto, la nulidad radical derivada de la infracción del art. 23.2 de la Constitución que se cometió en la evaluación del presente proceso selectivo, y las consecuencias que eso supuso para el proceso selectivo, llevan a excluir que el tiempo transcurrido en este caso impida la revisión de oficio.

B) Recursos administrativos

a) Cómputo del plazo de reclamación económica-administrativa: liquidación de canon de regulación general indirecta

La **STS de 5 de octubre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 415/2007, se pronuncia acerca del cómputo de interposición de reclamación económica-administrativa. Según establece el art. 88.2 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, tratándose de deudas de vencimiento periódico y notificación

colectiva, el plazo para la interposición de la reclamación se computaría a partir del día siguiente al de finalización del período voluntario de cobranza. Sin embargo, considera el Tribunal que, en este caso, no concurre este supuesto, por no encontrarnos ante un supuesto de notificación colectiva, ni ante una deuda de vencimiento periódico, sino del cobro de un canon de regulación general indirecta cuyo establecimiento se hace por períodos anuales. En conclusión, en aplicación de este criterio, la reclamación ha de considerarse extemporánea (Fundamento de Derecho Segundo).

b) Cómputo de plazo de reclamación contra acto de repercusión

La **STS de 5 de diciembre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 3635/2009, comienza por recordar que el texto del art. 117.3 del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, que afirma: «La reclamación deberá interponerse en el plazo de quince días, contados desde que la repercusión o pretensión de reembolso hayan sido comunicados en forma fehaciente al reclamante o, en su defecto, desde que exista constancia de que éste haya tenido conocimiento de la repercusión», es claro, a su tenor, que regula dos posibilidades de cómputo del plazo de interposición, no de forma alternativa sino complementaria. Había de atenderse primero a la fecha de comunicación fehaciente de la repercusión y sólo en su defecto a la de constancia de su conocimiento por quien reclama. En el caso concreto, el Tribunal concluye que, tanto si entendemos que la constancia del conocimiento de la repercusión se produjo en la fecha de la factura, como si lo consideramos producido en la fecha de emisión de las preceptivas autorizaciones por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cuando la entidad recurrente interpuso la reclamación por el acto de repercusión había transcurrido el plazo de quince días para interponerla que le confería el art. 117.3 del Reglamento.

c) La falta de factura no determina la inexistencia de un acto de repercusión recurrible

La **STS de 5 de diciembre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 3954/2009, decide si puede promoverse una reclamación económico-administrativa respecto de la procedencia de repercutir el impuesto sobre el valor añadido de una determinada operación, sin haberse expedido la pertinente factura pero mediando un requerimiento notarial que precisaba cuál sería la base imponible, el tipo de gravamen aplicable y la cuota que le correspondía de estar gravada por dicho impuesto. El Tribunal concluye afirmando que la inexistencia de factura no permite rechazar *in limine litis* la reclamación que la recurrente interpuso ante el TEAR.

d) Cómputo del plazo de recurso de alzada contra desestimación presunta

La **STS de 17 de noviembre de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a), recurso de casación núm. 4891/2007, recuerda que, pese a la literalidad de art. 240 de la Ley General Tributaria, el transcurso de un año sin resolución expresa y el de un mes posterior a dicho plazo, no autoriza la declaración de extemporaneidad del recurso de alzada, dada la doctrina que acerca del silencio han elaborado tanto el Tribunal Constitucional

como el propio Tribunal Supremo. En el presente caso no puede calificarse de razonable (y menos aún de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental), una interpretación que computa el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una resolución expresa notificada con todos los requisitos legales; puede, en cambio, responder a tales criterios una interpretación que equipare este supuesto a la notificación defectuosa (incluso, si se quiere, a una notificación defectuosa que contenga el texto íntegro del acto), y es claro que en este caso no existe la causa de inadmisibilidad aplicada por la sentencia de instancia.

Por tanto, el Tribunal Supremo entiende que el TEAR en ningún caso debió de inadmitir el recurso de alzada formulado por la recurrente contra la desestimación presunta de su reclamación económico-administrativa presentada por ella, cuando el TEAR no resolvió expresamente en el plazo del año previsto legalmente.

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) **Distinción entre contrato público de servicios y contrato de concesión de servicios en el Derecho Europeo.**
 - B) **Aplicación del principio de igualdad y no discriminación en la contratación pública.**
 3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN.
 - A) **Análisis del concepto «proposición económicamente más ventajosa» en la jurisprudencia.**
 4. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.
 - A) **Requisitos para la aplicación del «principio de enriquecimiento injusto» en caso de excesos sobre el proyecto, a consecuencia de órdenes de la Administración.**
 5. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS.
 - A) **Aplicación de la caducidad al procedimiento de resolución del contrato.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de octubre de 2011 a enero 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) **Distinción entre contrato público de servicios y contrato de concesión de servicios en el Derecho Europeo**

La **STJCE, de 10 noviembre 2011**, Asunto C-348/10, apartados 41 a 45, tiene por origen una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 2004/17/CE del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

Dicha sentencia distingue entre los conceptos de «contrato público de servicios» y de contrato de «concesión de servicios», definidos en la mencionada Directiva 2004/17, estableciendo que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios, mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago.

Además, en lo que se refiere al contrato de servicios, argumenta la sentencia que tiene que concurrir la circunstancia de que la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora, sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros. Este requisito responde a la exigencia de una contrapartida establecida en el artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17.

Aclara la sentencia que si bien el modo de remuneración es uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate. La inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios. Por consiguiente, es preciso comprobar si el prestador asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre.

B) Aplicación del principio de igualdad y no discriminación en la contratación pública

La **STS, de 9 diciembre 2011**, recurso contencioso-administrativo núm. 202/2008, FD 10.º, sienta en lo que se refiere al principio de igualdad y no discriminación que hay que tener en cuenta su raigambre como derecho fundamental reconocido en el artículo 14 de nuestra Constitución y principio que inspira la normativa comunitaria, especialmente en la Directiva 2004/18, que lo refiere a la actuación de los poderes adjudicatarios.

Este principio no tiene otra modulación que su estricta aplicación legal, puesto que es la ley, en suma, la que ha establecido los requisitos de manera justificada por razones de orden público, para los contratistas nacionales y para aquellos que siendo no miembros de países de la Unión Europea les son exigibles por razones de orden público y seguridad jurídica.

De tal modo, que este principio no se traduce en un mero requisito «formal o procedimental» sino que lo hace en pieza fundamental sobre la que los interesados en el procedimiento de adjudicación pueden acceder al mismo y han conocido en este caso con claridad

su tramitación, las respectivas propuestas y los criterios de valoración como explícitamente han sido consignados en las respectivas alegaciones formuladas en el proceso judicial y que han permitido la sujeción del poder adjudicador a cuánto estaba previsto en el anuncio de licitación y en los pliegos, proposiciones y prescripciones técnicas».

3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Análisis del concepto «proposición económicamente más ventajosa» en la jurisprudencia

La STS, de 3 noviembre 2011, recurso de casación núm. 841/2008, FD 12.º, analiza el concepto de «oferta económicamente más ventajosa», establecido como criterio para la valoración de las ofertas en el art. 134 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y afirma que afecta a un principio esencial en el Ordenamiento de la contratación administrativa, con inequívoca incidencia del Derecho comunitario, como es el de observancia del interés general o público, proclamado en la Directiva 2004/18/CE y reconocido en una muy consolidada doctrina tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal Supremo.

Del mismo modo, califica «proposición más ventajosa» como «concepto jurídico indeterminado, que actúa como mecanismo de fiscalización y control en el ámbito de la contratación administrativa, si bien la discrecionalidad técnica de la Administración tiene su esfera de actuación con anterioridad al trámite de adjudicación, atendiendo a la toma de la respectiva decisión en términos de libertad de criterio y en orden a determinar cuáles son los objetivos más significativos conforme a los principios de eficacia administrativa y de consecución del interés general, en coherencia con las previsiones contenidas en el artículo 103.1 de la Constitución, fue respetada en el caso examinado». Así, la Administración contratante determinará la fijación de los específicos criterios que deban reunir las entidades que concurren al concurso y procederá a una pormenorizada concreción de la puntuación atribuible a cada una de aquellas entidades, y a una asignación particularizada y debidamente detallada en relación con cada uno de los concursantes, a la vista de la documentación presentada. De tal forma que «La naturaleza del pliego de condiciones es, en buena medida, la de la “ley del contrato”, con todo lo que ello comporta y representa en las prerrogativas para su elaboración y a las concretas consecuencias derivadas de sus distintos efectos y de su ulterior cumplimiento».

4. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Requisitos para la aplicación del «principio de enriquecimiento injusto» en caso de excesos sobre el proyecto, a consecuencia de órdenes de la Administración

La STSJ Castilla y León, Burgos, núm. 456/2011, de 11 noviembre, recurso de apelación núm. 179/ 2001), FD 12.º, realiza un completo resumen de los criterios objetivos que

viene sentando la jurisprudencia, para determinar los supuestos en los que cabe aplicar la doctrina de «enriquecimiento injusto», en los casos de excesos sobre el proyecto a consecuencia de ordenes dadas por la Administración. Establece la sentencia:

- 1) El desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración.
- 2) Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada, o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo, u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna.
- 3) Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque si prestada de buena fe por la contratista siguiendo ordenes de la administración, así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes.
- 4) Y también el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe.
- 5) Asimismo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las autoridades y funcionarios de un Ayuntamiento que contrató de forma ilegal unas obras de pavimentación, se ha aceptado deberían ser pagadas para no producir enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla, a lo que está obligado este Tribunal.
- 6) Es doctrina jurisprudencial reiterada la relativa a que iría en contra del principio de la buena fe contractual, del enriquecimiento injusto, de la equidad y seguridad jurídica la no satisfacción por la Administración del importe económico de las obras o servicios que los particulares le realicen o presten con fundamento o amparo exclusivo en el carácter eminentemente formal de la contratación administrativa. Con relación a una posible modificación de los proyectos originados de obra, si bien es cierto que debe ajustarse al procedimiento establecido en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, también lo es que defectos procedimentales, y en virtud de los principios expuestos, no pueden constituir obstáculo para el abono del importe de las obras realizadas, siempre que estas fueran ordenadas o contratadas por persona que tuviera apariencia de efectiva potestad, máxime teniendo en cuenta que los defectos de forma contractuales no son imputables al contratista y todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar.

5. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Aplicación de la caducidad al procedimiento de resolución del contrato

La **SAN de 3 noviembre 2011**, recurso contencioso-administrativo núm. 1422/2009, FD 2.º, determina que la previsión de la caducidad del procedimiento persigue evitar situaciones de incertidumbre jurídica que se prolonguen injustificadamente en el tiempo; prolongación nada deseada, sino todo lo contrario, en el seno de una relación contractual cuando una de las partes pretende poner fin a ella, extinguiéndola anticipadamente; y menos deseada, aún, cuando el origen de esa pretensión es una causa, como aquella, que no aboca sin más a la resolución, sino que se traduce en una facultad de opción de la Administración entre forzar el cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución. Y, aplica la doctrina expuesta al caso objeto de la sentencia, argumentando lo que sigue:

«En el caso de autos, como se ha hecho constar en el primer antecedente de hecho de esta sentencia; el Consejo de Estado emite informe favorable a la resolución contractual el 19 de febrero de 2009, que es recepcionado en el órgano administrativo el día 26 de marzo de 2009, el día siguiente, 27 de marzo de 2009, —folio 737 del expediente—, es remitida comunicación a la empresa actora a los efectos de la finalización del plazo de suspensión, recepcionada el 31 de dicho mes y año. Por lo que al haberse excedido del plazo de suspensión, este debe computarse por tres meses.

Por lo que notificada a la parte interesada la resolución del contrato el 23 de abril de 2009, —folio 739 vuelto—, había transcurrido el plazo que la Administración tenía para resolver, tres meses, más la adición de la suspensión por quince días mas tres meses, lo que hace un total de seis meses más quince días, es decir, el plazo máximo que ostentaba la Administración para dictar el acto administrativo y notificarlo era el 23 de marzo de 2009.

Por lo que, cuando la Administración dictó la resolución que constituye el objeto del presente proceso, y en virtud de la cual, resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía, había transcurrido en exceso el plazo de legal de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía, y lo que debió decidir fue 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».

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. NOTA PREVIA.
 2. ADMINISTRACIÓN LOCAL.
Organización municipal.
 - a) No es orgánico el reglamento que tiene por único objeto regular las convocatorias por SMS.
 - b) Competencia de aprobación de la Junta de Gobierno Local por delegación del Alcalde de un convenio interadministrativo para la ejecución de infraestructuras hidráulicas.
 3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS.
A) Colegios profesionales.
 - a) Corresponde a la legislación estatal fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustar su organización y competencias las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses profesionales aunque los órganos de gobierno y régimen electoral pueden ser objeto de regulación diferente en cada ordenamiento autonómico.
 - b) La reclamación de cuotas impagadas a Colegios Profesionales corresponde a la jurisdicción civil, si bien la situación de alta o baja colegial corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.
B) Profesiones tituladas.

Título universitario de «graduado en ingeniería de la edificación» que habilita para el ejercicio de la profesión regulada de arquitecto técnico. Nueva titulación que induce a error sobre sus efectos profesionales. Confusión con el título de ingeniero.
 4. FEDERACIONES DEPORTIVAS.
Orden Ministerial que regula los procesos electorales. Supuesta vulneración del derecho fundamental de asociación y de la potestad de autoorganización de las Federaciones.
-

1. NOTA PREVIA

En crónicas anteriores ya hemos dado cuenta de sentencias que abordan diversos problemas jurídicos sobre los que vuelven a aparecer nuevas resoluciones judiciales. Por obvias razones de espacio, no podemos más que dar cita de las nuevas. Así, la **STSJ de Madrid**

de 29 de septiembre de 2011 (recurso 616/2009) vuelve a analizar y a anular parcialmente la Ordenanza del municipio de Madrid sobre el régimen de gestión y control de licencias urbanísticas de actividades (véase el *número 52* de esta Revista). Las **SSTS de 8 de septiembre de 2011** (recurso 5154/2009) y de **12 de enero de 2012** (recursos 3650/2010 y 1670/2010) se refieren a la dimensión económica del principio de autonomía local (véase el *número 52* de *Justicia Administrativa*). A la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las limitaciones a la instalación de antenas de telefonía móvil nos hemos referido en numerosas ocasiones (entre ellas en los *números 49* y *52*), por lo que sólo damos aquí la cita de la **STS de 29 de noviembre de 2011** (recurso 4964/2008, relativa a las limitaciones por razones de impacto visual o medioambiental).

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

Organización municipal

- a) *No es orgánico el reglamento que tiene por único objeto regular las convocatorias por SMS*

El objeto del procedimiento contencioso-administrativo es la impugnación del Acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento que aprobaba en 2009 el reglamento interno de notificaciones. La cuestión central que se plantea consiste en determinar cuál es la naturaleza del acuerdo adoptado, más concretamente si se puede o no calificar de reglamento orgánico, el cual debe abordar aspectos relativos a la organización del ente local entendida en sentido estricto (estructura organizativa, órganos de gobierno y administración, etc.) y a su funcionamiento.

Sin embargo, en el presente caso lo que se acordó fue exclusivamente el medio a utilizar para las comunicaciones a los portavoces (SMS para las Comisiones y SMS y correo electrónico para el Pleno) y la antelación con que éstas debían efectuarse y debía entregarse la documentación.

Para la **STSJ de Aragón de 10 de octubre de 2011** (recurso 231/2009), pese a su denominación como «Reglamento de régimen interno de notificaciones», nos encontramos ante un simple acuerdo municipal sobre una cuestión puntual y, por ello, entiende la Sala que no es posible calificarlo de reglamento orgánico, pues no contiene una regulación completa y sistemática ni responde a lo que comúnmente se entiende por tal. Por ello, no concurre una de las causas de nulidad alegadas por la recurrente, pues no se ha infringido el procedimiento previsto para la aprobación de reglamentos ni tampoco se precisa informe previo de legalidad.

Ahora bien, dado que en el Acuerdo existe una vulneración de lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley de Administración Local de Aragón, al no dejarse transcurrir dos días hábiles entre la convocatoria y la sesión plenaria, salvo en las de carácter urgente, y al no facilitarse la documentación completa de los asuntos incluidos en el orden del día con un mínimo de 48 horas de antelación, la Sala procede a anular el acuerdo impugnado y a estimar el recurso.

b) *Competencia de aprobación de la Junta de Gobierno Local por delegación del Alcalde de un convenio interadministrativo para la ejecución de infraestructuras hidráulicas*

La Sala de lo Contencioso Administrativo del **TSJ de Castilla y León** en su **sentencia de 10 de octubre de 2011** (recurso 284/2010) ha desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por particulares contra la Resolución dictada por el Ilmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Soria con fecha 26 de marzo de 2010, por la que se resolvía el Recurso de Reposición interpuesto contra el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Soria en sesión ordinaria núm. 4 del día 5 de febrero de 2010, por el que prestaba su conformidad al Convenio entre la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S.A. (SIEP) y el Excmo. Ayuntamiento de Soria para la ejecución de infraestructuras hidráulicas, habilitando a la Alcaldía para su firma, por ser las citadas resoluciones conformes a derecho.

Los recurrentes invocaban que los actos administrativos mencionados se habían dictado por órgano administrativo manifiestamente incompetente y prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, puesto que el Convenio entre la SIEP y el ayuntamiento de Soria debería haber sido aprobado por el Pleno de la corporación, por lo que se estaba ante un vicio de nulidad radical tipificado en el artículo 62.1 apartados b) y e) de la Ley 30/1992, en relación fundamentalmente con los artículos 21, 22, 23 y 47 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL).

A dicho recurso y a los motivos en él esgrimidos se opuso el Ayuntamiento demandado defendiendo la plena conformidad a derecho del acuerdo recurrido, alegando que dado lo que es el objeto del litigio, el Convenio entre la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios S.A. y el Excmo. Ayuntamiento de Soria para la ejecución de infraestructuras hidráulicas, aprobado por Junta de Gobierno Local en sesión ordinaria de fecha 5-2-2010, es competente formalmente, por delegación del Alcalde, la Junta de Gobierno para aprobar dicho acto administrativo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo art. 21.1.s) de la LBRL, puesto que legalmente únicamente se la atribuye al Pleno la aprobación de convenios de planeamiento, y dado lo que se ha indicado en el hecho primero de la contestación, este no es un convenio de planeamiento. Materialmente también es competente la Junta de Gobierno Local, ya que el objeto del convenio se resume en dos obligaciones para las partes, la primera el pago de la SIEP al Ayuntamiento de Soria de la cantidad de un millón de euros y el suministro por parte del Ayuntamiento de agua en las debidas condiciones sanitarias al Centro Penitenciario Centro 1, siendo la concesión de este suministro obligatorio para el Ayuntamiento, conforme el artículo 25.2.1 LBRL, del que resulta que el Ayuntamiento está obligado a suministrar agua para el abastecimiento de su población, siempre que ese suministro sea para su propio término municipal, no para otros, sin perjuicio de en quién recaiga finalmente el coste de ese suministro.

El TSJ entiende, a la vista de las concretas obligaciones que asume el Ayuntamiento en virtud del convenio impugnado, que ni formal, ni materialmente nos encontramos ante un convenio cuya competencia correspondiera al Pleno del Ayuntamiento, ya que no estamos ante ningún convenio urbanístico, ni de planeamiento, ni de gestión, pues para que se tratase de un convenio urbanístico sería preciso de conformidad con lo que establece tanto la Ley de Urbanismo de Castilla y León, en su artículo 94, como el artículo 436 del Regla-

mento de Urbanismo de Castilla y León, aprobado por Decreto 22/2004, de 29 de enero, que tuviese por objeto o establecer condiciones detalladas para la elaboración, aprobación, revisión o modificación de los instrumentos de ordenación del territorio y planeamiento urbanístico, en cuyo caso se trataría de un convenio de planeamiento o de un convenio de gestión si tuviera por objeto establecer condiciones detalladas para la ejecución de los instrumentos de ordenación del territorio y planeamiento urbanístico o para el desarrollo de la gestión urbanística, pero es patente a la vista del contenido de las obligaciones que asume el Ayuntamiento en virtud del mismo, que no existe afectación alguna, ni establecimiento de determinaciones urbanísticas, ni afecta a la gestión de las mismas, por lo que siendo ello así no está comprendido el convenio dentro de las competencias que se reservan al Pleno de acuerdo con lo establecido en el artículo 22.2 apartado c) de la LBRL, en su redacción dada al mismo por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, que es cuando específicamente se introdujo como de competencia del Pleno la relativa a la aprobación de los convenios que tengan por objeto la alteración de cualesquiera de dichos instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística, como tampoco estamos ante un convenio que establezca la forma de gestión de un servicio público, como a la que se refiere el TS en su sentencia de 22 de febrero del 2006 dictada en el recurso 1067/2002, en la que se concluía que la fijación por parte de la Comisión de Gobierno de unas bases para la colaboración con unas entidades, no puede incardinarse en las competencias relativas a la aprobación de una forma de gestión de un servicio público, que se regula en la LBRL, Ley 7/1985, de 2 de abril, que son competencia del Pleno e indelegable en cualquier otro órgano, por lo que se concluía en consecuencia que la Comisión de Gobierno tenía competencia para decidir sobre esa cuestión y al concluirse en el presente caso que estamos ante tal tipo de convenios y poder por tanto afirmar la competencia de la Junta de Gobierno Local integrada por el Alcalde y los demás concejales que la componen, quiebra el presupuesto sobre el que se asentaba la demanda, dado que tampoco resulta de aplicación la normativa urbanística que se citaba en la misma, ni la referencia a la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, ni al Proyecto Regional de Medio Ambiente, ya que del texto del convenio no se advierte que afecte a ninguna determinación urbanística, ni de planeamiento, ni de gestión del Ayuntamiento de Soria, ni de la documentación aportada, incluido el informe que se aportó y consta al folio 294 de autos, quepa extraer la conclusión de que del citado convenio quepa extraer en ejecución del mismo obligaciones contractuales o financieras que determinasen dicha competencia del Pleno, por lo que la consecuencia obligada no puede ser otra que la desestimación del recurso, por cuanto no cabe examinar en el presente recurso, ni sería un motivo que afectará a la validez del convenio, sino a su ejecución, las cuestiones planteadas en conclusiones por la parte actora, referidas al destino dado a la cantidad entregada en virtud del referido convenio, procediendo por todo ello en los términos indicados a desestimar la presente demanda.

3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

A) Colegios profesionales

- a) *Corresponde a la legislación estatal fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustar su organización y competencias las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses profesionales aunque los órganos de gobierno y régimen electoral pueden ser objeto de regulación diferente en cada ordenamiento autonómico*

La **Sentencia del TSJ de Cataluña de 2 de diciembre de 2011** (recurso 260/2009) estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Letrados por un turno de oficio digno de Cataluña y declara nula de pleno derecho la Resolución JUS/751/2009, de 17 de marzo, del Departamento de Justicia, por la que se inscriben en el Registro de Colegios Profesionales de la Generalidad de Cataluña los Estatutos del Colegio de Abogados de Barcelona.

La parte actora en su recurso cuestionaba el procedimiento seguido para la aprobación de los Estatutos del Colegio de Abogados de Barcelona, considerando que se ha prescindido de la regulación contenida en los artículos 59 y siguientes del RD 658/2001, que aprueba el Estatuto General de la Abogacía, y 46 de la Ley 7/2006, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales de Cataluña.

Antes de entrar a valorar el fondo del asunto, el TSJ analiza la normativa de aplicación y concluye que en orden a la normativa aplicable debe estarse básicamente a lo dispuesto en la Ley 7/2006, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales de Cataluña, consecuencia de la competencia atribuida a la Generalidad de Cataluña por el artículo 125 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, del Estatuto de Autonomía de Cataluña, sin necesidad de acudir a otra normativa, en este caso, el RD 658/2001, de 22 de junio, que aprueba el Estatuto General de la Abogacía, que es la que invoca la actora, cuando no existen lagunas legales.

Recuerda el TSJ la Jurisprudencia del Tribunal Supremo citando la STS de 5 de octubre de 2011, entre otras, que afirmaba en sus Fundamentos Jurídicos que según el Tribunal Constitucional (STC 76/1983 y 20/1988) «... corresponde a la legislación estatal fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustar su organización y competencia las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses profesionales (...)», ya que el fundamento constitucional de esta legislación básica estatal se encuentra en el artículo 149.1.18.ª CE, por cuanto estas Corporaciones profesionales, aunque están orientadas primordialmente a la consecución de fines privados, propios de los miembros que las integran, también participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas, y es por ello que «... la constitución de sus órganos, así como su actividad en los limitados aspectos en que realizan funciones administrativas han de entenderse sujetas a las bases que con respecto a dichas Corporaciones dicte el Estado en el ejercicio de las competencias que le reconoce el art. 149.1.18.ª de la Constitución...».

En lo que se refiere al fondo del asunto considera el Tribunal que es evidente que entre las competencias atribuidas a la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Barcelona debe incardinarse la iniciativa para la modificación de los Estatutos colegiales siendo la

cuestión controvertida si podía la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Barcelona acordar, como así hizo en la reunión celebrada el 13 de enero de 2009, no admitir a trámite diversas enmiendas presentadas, lo que supuso, como consecuencia de tal decisión, que no pudieran ser sometidas a su debate y votación por la Junta General Extraordinaria convocada al afecto los días 14, 15 y 16 de enero de 2009.

Pues bien, este proceder de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Barcelona es nulo de pleno derecho porque el acuerdo adoptado contraviene el principio de que «la organización interna y el funcionamiento de los colegios profesionales deben ser democráticos», para lo cual «los colegios profesionales deben tener unas normas de organización y funcionamiento internas que permitan la participación de los colegiados en la gestión y control de los órganos de gobierno y deben reconocer a los colegiados los derechos y facultades para garantizarla» (artículo 45.2 Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales), entre ellos la posibilidad de presentar enmiendas al Proyecto de Estatutos para que sean debatidas y, en su caso, votadas en la Junta General Extraordinaria convocada al efecto, que es el órgano soberano para aprobar y modificar los Estatutos, sin que esta facultad pueda atribuírsela la Junta de Gobierno cercenando el derecho de participación, esencial en el ámbito de los colegios profesionales, más allá del control del cumplimiento de los aspectos formales, como son el de ser presentadas las enmiendas dentro del plazo establecido y por el número de colegiales exigido, y de su calificación.

En consecuencia, la Sala estima el recurso contencioso-administrativo y, como consecuencia de la nulidad de pleno derecho del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Barcelona y de la Resolución JUS/751/2009, de 17 de marzo, del Departamento de Justicia, por la cual, habiéndose comprobado previamente la adecuación a la legalidad, se inscriben en el Registro de Colegios Profesionales de la Generalidad de Cataluña los Estatutos del Colegio de Abogados de Barcelona.

b) *La reclamación de cuotas impagadas a Colegios Profesionales corresponde a la jurisdicción civil, si bien la situación de alta o baja colegial corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de noviembre de 2011 (recurso 444/2010) estima el recurso de apelación interpuesto por el Colegio Oficial de Delineantes de la Comunidad de Madrid contra la sentencia de 13 de enero de 2010 del Juzgado de Primera Instancia número cinco de Alcalá de Henares, revocando la citada resolución, estimando la demanda formulada por el Colegio Oficial de Delineantes de la Comunidad de Madrid contra D. Manuel, condenando al demandado a abonar a la actora la cantidad adeudada en concepto de cuotas de colegiación de diversos años.

La AP considera que la jurisprudencia viene declarando que los Colegios profesionales tienen naturaleza jurídica y finalidad mixta, en cuanto son Corporaciones de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para cumplir sus fines, pero de tipo sectorial de base asociativa privada, por lo que cumplen fines públicos, y privados, que son estos últimos los intereses de los colegiados y sus relaciones internas con la Corporación. Y son los tribunales civiles los que han de conocer, por ser los competentes,

de las materias o asuntos que no vengán atribuidos claramente a otro orden jurisdiccional, es por ello que la jurisdicción civil es la competente para resolver sobre las reclamaciones de las cuotas, pero sin entrar a cuestiones administrativas referidas a la corrección o no de las bajas, o su tramitación, etc, y ello porque las bajas colegiales son actos administrativos que son susceptibles de ser impugnados en vía corporativa y después ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en consecuencia, los tribunales civiles solo pueden conocer indirectamente y a los fines prejudiciales solo de esta materia de las bajas.

Por otra parte, conforme a criterio reiterado por nuestro Tribunal Constitucional en numerosas resoluciones, a partir de la STC 89/1989, de 11 de mayo, a la que se refiere la STC 76/2003 de 23 de abril, la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo como tal para el ejercicio de la elección de profesión, ya que la misma no excluye la adscripción del colegiado a las asociaciones o sindicatos que estime conveniente, requiriendo la calificación de una profesión como colegiada, con la consecuente incorporación obligatoria, desde un punto de vista constitucional, la necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes, teniendo como función un colegio profesional la «de tutela del interés de quienes son destinatarios de los servicios prestados por los profesionales que lo integran» (STC 194/1998), justificándose la incorporación a un colegio profesional no en atención a los intereses de los profesionales sino precisamente como garantía de los intereses de sus destinatarios.

Por lo tanto, corresponde al orden jurisdiccional civil conocer acerca de la reclamación de las cuotas colegiales, pero, sin embargo, denegada al demandado su solicitud de baja colegial, la procedencia de esta resolución no compete analizarla al orden jurisdiccional civil sino al contencioso-administrativo, agotada en su caso la vía previa administrativa.

B) Profesiones tituladas

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

El Consejo General de Colegios de Ingenieros Industriales interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Consejo de Ministros, de 14 de diciembre de 2007, que establece las condiciones a las que deben adecuarse los planes de estudio conducentes a la obtención de títulos que habiliten para el ejercicio de la profesión regulada de arquitecto técnico, entre los que se incluye el nuevo título de «graduado o graduada en ingeniería de la edificación», denunciando, entre otros motivos de oposición, que la citada denominación de «graduado en ingeniería de la edificación» era equívoca, toda vez que un arquitecto técnico no es un ingeniero, e inducía por tanto a confusión, con consecuente infracción del apartado 1 de la disposición adicional decimonovena de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que prohíbe utilizar para la denominación de los títulos oficiales y con validez en todo el territorio nacional «aquellas otras denominaciones que, por su significado, puedan inducir a confusión».

Por Sentencia de 9 de marzo de 2010 la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acordó estimar el recurso y, en consecuencia, anular

el acuerdo del Consejo de Ministros impugnado en el extremo relativo a la denominación de «graduado o graduada en ingeniería de edificación». Una declaración de nulidad que la Sentencia extiende, además, «por aplicación del artículo 72.2 de la Ley Jurisdiccional, a la misma denominación de la Orden ECI/3855/2007, de 27 de diciembre, por el que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habilitan para el ejercicio de la profesión de Arquitecto Técnico».

A juicio del Tribunal Supremo, con la creación de la nueva titulación de «graduado en ingeniería de edificación», el acuerdo impugnado «modifica la denominación de arquitecto técnico», y que, «aunque se diga que no altera la distribución de competencias prevista en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, puede provocar confusión [...] pues el calificativo de “graduado en ingeniería de edificación” es tan genérico que [permite] pensar que los arquitectos técnicos que han obtenido dicho nuevo título tienen en detrimento de otros profesionales una competencia exclusiva en materia de edificación». Por añadidura, para el Tribunal Supremo «al crearse una nueva titulación que modifica en algunos supuestos la denominación de arquitecto técnico», también se infringe el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, sobre ordenación de enseñanzas universitarias oficiales «[...] porque no existe la profesión regulada de “ingeniero de edificación”, sino la profesión regulada de “arquitecto técnico” que aparece en la Ley 12/1986, de 1 de abril, creándose, por tanto, una nueva titulación que no se encuentra recogida en los anexos del citado Real Decreto».

Después de promover sin éxito el oportuno incidente de nulidad de actuaciones el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional denunciando la vulneración del art. 24.1 CE por considerar, entre otros reproches pero de modo principal, que el razonamiento y conclusión de la Sentencia es irrazonable y arbitrario porque parte de premisas inexistentes o patentemente erróneas al confundir el Tribunal Supremo el título oficial de «Graduado en Ingeniería de Edificación», que es un título expedido por la Universidad y habilitante para el ejercicio de la profesión regulada de Arquitecto Técnico, con la profesión misma, que subsiste, es única y otorga a su titular determinadas atribuciones profesionales.

La **STC 183/2011, de 21 de noviembre** (BOE de 21 de diciembre de 2011) desestima el amparo solicitado. En lo que ahora más importa, por considerar que la motivación de la Sentencia impugnada «contiene una fundamentación en Derecho que garantiza que la decisión no es consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulta manifiestamente irrazonable, ni incurre en error patente con relevancia constitucional». Y todo ello, añade la Sentencia, «al margen del juicio sobre el acierto o desacierto de tal decisión, sobre el que nada le cabe decir al Tribunal Constitucional, pues, como se deriva de nuestra reiterada doctrina sobre el control de la motivación de las resoluciones judiciales [...], determinar si una concreta denominación de un título universitario oficial puede inducir a confusión a terceros sobre sus efectos profesionales es una cuestión de legalidad que corresponde resolver a la jurisdicción ordinaria, sin que el derecho a la tutela judicial efectiva incluya un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales» (FJ 7).

Esta forma de razonar y la conclusión desestimatoria en la que termina no son compartidas por el Presidente del Tribunal, don Pascual Sala Sánchez, que firma un voto particular

discrepante por considerar que el razonamiento de la Sentencia impugnada en amparo no satisface las exigencias de razonabilidad exigidas por la doctrina constitucional.

Justo al día siguiente de la STC comentada, el Tribunal Supremo dictó un nuevo pronunciamiento sobre esta cuestión. Al igual que ya sucedió con la STS de 9 de marzo de 2009, la **STS de 22 de noviembre de 2011** (recurso 308/2010) estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de marzo de 2010, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Grado y su inscripción en el Registro de Universidades y, en consecuencia, anula el punto del Anexo relativo al título universitario oficial de «Graduado a Graduada en Ingeniería de Edificación», de la rama de conocimiento «Ingeniería y Arquitectura» de la Universidad de Salamanca.

El TS en su sentencia analiza las normas reguladoras de las atribuciones profesionales de los Ingenieros Técnicos y en concreto del artículo 2.1 de la Ley 12/1986, de 1 de abril, por la que se regulan las atribuciones profesionales de Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos y el artículo 10.2.a) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, relativo a las obligaciones del proyectista. El TS concluye que debe estimarse el recurso contencioso-administrativo, trayendo a colación la fundamentación expuesta por la misma sala en el STS de 9 de marzo de 2010, estimatoria del recurso en el que se impugnaba el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 2007, por el que se establecen las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos que habiliten para el ejercicio de la profesión regulada de Arquitecto Técnico. El Tribunal considera que tenía razón la recurrente al afirmar que «la nueva denominación del título “Graduado en Ingeniería de la Edificación” induce a confusión y por ende infringe el apartado 1 de la Disposición Adicional Decimonovena de la Ley Orgánica 6/2001, pues, a pesar de que la Disposición impugnada se cuida en precisar que “la denominación de los títulos universitarios oficiales ... deberá facilitar la identificación de la profesión para cuyo ejercicio habilita y en ningún caso, podrá conducir a error o confusión sobre sus efectos profesionales”; lo cierto es, que el Acuerdo impugnado al establecer una titulación de “Graduado en Ingeniería de Edificación”, viene a modificar la denominación de Arquitecto Técnico, aunque sólo sea para aquellos profesionales que superen los planes de estudio a los que se refiere el artículo 5 del RD 1393/2007, de 29 de octubre, y consiguientemente con esta nueva denominación, que aunque, se diga que no altera la atribución de competencias prevista en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, puede provocar confusión en la ciudadanía, pues el calificativo “Graduado en Ingeniería de la Edificación” es tan genérico que induciría a pensar que estos Arquitectos Técnicos tienen en detrimento de otros profesionales una competencia exclusiva en materia de edificación... Pero además, al crearse una nueva titulación que viene a modificar en algunos supuestos la denominación de Arquitecto Técnico, el Acuerdo impugnado se opone al RD 1393/2007, de 29 de octubre, sobre ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, que en el artículo 12.9 en concordancia con el 15.4, establece que “cuando se trate de títulos que habiliten para el ejercicio de actividades profesionales reguladas en España, el Gobierno establecerá las condiciones a las que deberán adecuarse los correspondientes planes de estudios, que además deberán ajustarse, en su caso, a la normativa europea aplicable. Estos planes de estudios deberán, en todo caso, diseñarse de forma que permitan ob-

tener las competencias necesarias para ejercer esa profesión. A tales efectos la Universidad justificará la adecuación del plan de estudios a dichas condiciones... De ahí... se vulnera el citado RD 1393/2007, pues no existe la profesión regulada de “Ingeniero de Edificación” sino la profesión regulada de “Arquitecto Técnico”, que aparece en la Ley 12/1986, de 1 de abril, y en el RD 1665/1991, de 25 de octubre, por el que se regula el sistema general de reconocimiento de los títulos de Enseñanza Superior de los Estados miembros de la Comunidad Europea, creando así el Acuerdo impugnado una nueva titulación que no se encuentra recogida en los Anexos del citado Real Decreto».

No existiendo la profesión regulada de «*Ingeniero de Edificación*» es evidente que se produce la vulneración invocada del RD 1393/2007, al establecer el Acuerdo impugnado una titulación de «*Graduado o Graduada en Ingeniería de la Edificación*», por lo que el recurso debe estimarse, en plena conformidad además con la doctrina de esta Sala expresada en la sentencia citada de 9 de marzo de 2010. Y a esta conclusión no obsta la alegación formulada por las demandadas sosteniendo que en el examen de la adecuación de la denominación del título discutido a las prescripciones contenidas en el RD 1393/2007 se ha de comenzar señalando que la cuestión debatida, en definitiva la denominación «*Ingeniería de la Edificación*» se ha visto *de facto* superada apenas un mes después del acuerdo impugnado, al publicarse el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se establecen las condiciones a que habrán de ajustarse los títulos que habiliten para el ejercicio de la profesión regulada de Ingeniero Técnico Industrial, que, entendemos, no hace sino ratificar el criterio que hemos expuesto pues contempla las siguientes profesiones reguladas: «*Ingeniero Aeronáutico, Ingeniero Agrónomo, Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, Ingeniero Industrial, Ingeniero de Minas, Ingeniero de Montes, Ingeniero Naval y Oceánico, e Ingeniero de Telecomunicación*», sin referencia alguna a «*Ingeniería de la Edificación*».

4. FEDERACIONES DEPORTIVAS

Orden Ministerial que regula los procesos electorales. Supuesta vulneración del derecho fundamental de asociación y de la potestad de autoorganización de las Federaciones

La Orden ECI/356/2007, de 4 de diciembre, regula los procesos electorales de las Federaciones deportivas españolas. Entre otros extremos la Orden establece que la elección de los órganos de gobierno y representación se producirá cada cuatro años, coincidiendo con el año de celebración de los Juegos Olímpicos de Verano, debiendo iniciarse los correspondientes procesos electorales dentro del primer trimestre de dicho año, salvo en el que caso de las Federaciones deportivas españolas que vayan a participar en dichos Juegos que iniciarán sus procesos electorales dentro de los dos meses siguientes a la finalización de los mismos (art. 2.3). La citada Orden contiene también prescripciones muy precisas sobre el contenido necesario de los respectivos reglamentos electorales y el procedimiento a seguir para su elaboración, previa a su aprobación definitiva por el Consejo Superior de Deportes (arts. 3 y 4). Fija también las proporciones de representación de los distintos estamentos deportivos en la composición de la correspondiente Asamblea General. Y determina, en fin, la composición de las Comisiones Gestoras que sustituyen en sus funciones a las Juntas Directivas una vez convocadas las elecciones.

La Real Federación Española de Fútbol (RFEF) interpuso recurso contencioso-administrativo denunciando que las previsiones que se han recordado, por su grado de detalle, apenas concedían margen a la decisión propia de la Federación y, por este motivo, vulneraban el contenido esencial del derecho de asociación que garantiza el art. 22 CE y el principio de libertad de organización y funcionamiento internos de las Federaciones. Por Sentencia de 30 de septiembre de 2009 la Audiencia Nacional desestimó el recurso. Frente a esta decisión la RFEF interpuso recurso de casación, insistiendo en los mismos motivos ya denunciados en la instancia.

La **STS de 15 de diciembre de 2011** (recurso de casación núm. 613/2009) desestima el recurso y, en consecuencia, confirma la decisión de la Audiencia Nacional.

La Sentencia comienza recordando que el grueso de esas mismas tachas, formuladas también por la misma Federación recurrente, ya fueron rechazadas por el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de noviembre de 2010, a la que ahora expresamente se remite, por considerar entonces, de un lado, que las Federaciones deportivas, dadas su singular naturaleza y funciones, son asociaciones distintas de las previstas en el art. 22 CE, y que de hecho se rigen en esa condición por un régimen singular, según la propia Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, de asociaciones, se cuida de precisar. Y, de otro, porque las reglas consideradas, aunque con cierto grado de detalle, se limitan no obstante a apurar las previsiones que la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, establece en materia de elecciones a las Federaciones deportivas (arts. 30 y ss.). Y siempre con el legítimo propósito de garantizar que su organización y funcionamiento internos se ajusten a los principios de democracia y representatividad, habida cuenta su relevancia social y su condición de asociaciones colaboradoras de la Administración que ejercen por delegación determinadas funciones públicas de carácter administrativo.

En particular para la Sentencia que ahora se comenta las reglas sobre el calendario electoral previstas en el art. 2.3 de la Orden impugnada, y que antes se han recordado, tampoco suponen ninguna restricción de la potestad de autoorganización de la Federación. Pues, en contra de lo que se razona en el recurso, el hecho de que los procesos electorales deban iniciarse con carácter general en los tres primeros meses de cada año olímpico respecta el mandato de cuatro años de los miembros de la Asamblea y del Presidente elegidos. En forma concluyente porque los *artículos 15 y 17* del RD 1835/1991, de 20 de diciembre, dictado en desarrollo de la Ley del Deporte, y al que simplemente sigue la Orden Ministerial cuestionada, «no fijan una duración del mandato en cuatro años naturales contados de fecha a fecha, tal y como pretende la parte recurrente, sino la necesidad de celebrar un proceso electoral cada cuatro años». De hecho, «la tesis de la recurrente llevada a sus últimas consecuencias implicaría que todas las elecciones deberían realizarse el mismo día en que se cumpliesen los cuatro años naturales, ni antes ni después, el mero anticipo en un día de dicho proceso electoral supondría un acortamiento indebido de su mandato y el mero retraso de un solo día supondría una prolongación indebida del mandato representativo conferido». Una interpretación muy difícil de admitir y que la Sentencia rechaza, «pues no se acomoda ni al tenor literal ni al espíritu de la norma».

La Sentencia declara también que el hecho de que la Orden prevea un calendario distinto para iniciar el correspondiente proceso electoral Federativo dependiendo de la participación efectiva en las Olimpiadas «responde a razones objetivas y organizativas que no

pueden ser calificadas de arbitrarias y caprichosas ni constituyen una injerencia indebida de la Administración en las Federaciones respectivas». De modo principal porque, según consta en el informe del Consejo Superior de Deportes, obrante en el expediente, «la mayor parte de las competiciones deportivas de alto nivel comienzan en el segundo semestre del año, por lo que resulta aconsejable que el nuevo Presidente junto con su equipo puedan planificar las líneas de trabajo lo antes posible, evitando que el proceso electoral se desarrolle de forma simultánea a la participación de los deportistas en tales eventos».

Por parecidas razones la Sentencia concluye que el hecho de que en el caso de las Federaciones que vayan a participar en los Juegos Olímpicos de Verano el proceso electoral se retrase hasta después de la cita olímpica es igualmente una previsión conveniente y razonable, que no compromete la duración del correspondiente mandato federativo, y que simplemente sirve al propósito de «evitar que la renovación de los máximos órganos de gobierno y representación genere problemas en la organización y representación de nuestras delegaciones en los [Juegos Olímpicos], permitiendo que sea el equipo directivo que diseñó el plan de preparación olímpico y sus preparadores y entrenadores los que asistan a dicho evento y dirijan a las delegaciones hasta el final de los Juegos».

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

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SUMARIO

1. CONCEPTO DE SANCIÓN.
 - A) **Actos que no constituyen sanción.**
2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS EN MATERIA SANCIONADORA.
 - A) **La competencia para tipificar infracciones y determinar sanciones se atribuye *ratione materiae*.**
 - B) **Potestad sancionadora con relación a la utilización de frecuencias radioeléctricas por entidades emisoras de televisión local sin autorización administrativa.**
 - C) **Para graduar las sanciones en materia de protección del medio ambiente la normativa autonómica ha de respetar los mínimos de protección de la normativa básica estatal.**
3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD.
 - A) **Insuficiente rango normativo de la ordenanza municipal para establecer supuestos de responsabilidad sancionadora subsidiaria.**
 - B) **Prohibición de una interpretación extensiva del tipo.**
 - C) **Concepto de tipicidad como elemento de la infracción administrativa.**
4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD.
 - A) **Actuación omisiva que permite prácticamente presumir la existencia de culpabilidad.**
 - B) **El tamaño y especialización de la empresa infractora no permiten inferir el dolo o intencionalidad.**
 - C) **Circunstancias personales que no excluyen la culpabilidad, pero atenúan la sanción.**
5. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*.
 - A) **La vulneración del *non bis in idem* no se produce en el nivel normativo, sino en la aplicación de las normas.**
 - B) **La incoación de un segundo procedimiento para sancionar la misma infracción que se persiguió en el primer procedimiento caducado no lesiona el *non bis in idem* procesal.**
6. COMPETENCIA SANCIONADORA.
 - A) **Se puede incoar un procedimiento sancionador por una persona en la que concurren causas de abstención, si existen razones objetivas para iniciar el expediente.**

7. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
 - A) Los defectos formales tienen relevancia invalidante si originan indefensión material.
 - B) Derecho a ser informado de la acusación: para sancionar por una calificación jurídica más grave hay que informar antes al acusado.

8. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.
 - A) Vicios en la práctica de la prueba: la ausencia de la firma del Secretario en el acta de una declaración supone un vicio de nulidad absoluta.
 - B) Requisitos de las declaraciones autoinculpatorias para alcanzar eficacia probatoria.
 - C) Valor probatorio de la prueba testifical de referencia.
 - D) Es lícito el empleo, como prueba de cargo, del seguimiento hecho al sancionado mediante un GPS instalado en su vehículo oficial.
 - E) Las imágenes obtenidas por videocámaras destinadas a garantizar la seguridad ciudadana constituyen prueba ilícita para sancionar en otras materias.

9. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
 - A) Para motivar la concurrencia de culpabilidad no basta con indicar que no concurre ninguna de las causas excluyentes de la responsabilidad previstas en la Ley.
 - B) Obligación de responder a las alegaciones que hizo el imputado a la propuesta de resolución.

10. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
 - A) No existe caducidad en los procedimientos disciplinarios militares.
 - B) La caducidad no es apreciable de oficio.

11. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES.
 - A) No vulnera el principio de igualdad la imposición de una sanción de mayor gravedad al guardia civil jefe de pareja que a su acompañante por los mismos hechos.
 - B) El principio de proporcionalidad de las sanciones es un principio general del derecho.

12. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN.
 - A) Plazo de prescripción de infracción tributaria.

13. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL.
 - A) Obligación de la Administración de abonar los gastos de constitución del aval exigido para la suspensión de una sanción posteriormente declarada nula.

14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA.
 - A) Derecho a la asistencia letrada y gratuita en el proceso judicial de impugnación de una sanción.
 - B) Se mantienen los hechos, aunque se modifica la infracción y se fija la sanción: requisitos.

- C) **Se mantienen los hechos y la infracción, aunque se modifican su calificación jurídica y la sanción.**
 - D) **La indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la imposición de una sanción no surge automáticamente por su anulación.**
 - E) **Que las sanciones disciplinarias por faltas leves impuestas a militares no puedan ser objeto de recurso judicial ordinario lesiona los arts. 24.1, 106 y 117.5 CE.**
-

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos que no constituyen sanción

- El paso a la situación administrativa de suspensión de empleo de aquellos guardias civiles que hayan sido condenados a la pena de prisión del Código Penal, en tanto se encuentren privados de libertad, «en absoluto tiene naturaleza disciplinaria», lo que impide estimar la concurrencia de *non bis in idem* en relación con la condena penal. **STS de 31 de marzo de 2011**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario núm. 51/2010).
- La adopción de las medidas provisionales que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento de la resolución que pudiera recaer en un procedimiento sancionador. **STSJ de Andalucía de 14 de julio de 2011** (recurso contencioso-administrativo núm. 138/2011).
- El ajuste unilateral en la valoración de las operaciones entre sociedades vinculadas a efectos del impuesto de sociedades. Mediante una reforma operada en 1991 en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, se estableció que cuando la Administración tributaria tuviese que efectuar una corrección valorativa en relación con una operación realizada entre sociedades vinculadas, con el fin de ajustarla al valor normal en el mercado, dicha corrección debía realizarse en aquella de las personas o entidades para la que el ajuste supusiera un aumento de la base imponible, sin deducir en el otro sujeto afectado en el ejercicio de la actividad empresarial el mismo importe como gasto financiero (ajuste unilateral). Hasta dicho momento, se entendía que el sistema de corrección debía aplicarse tanto en la valoración de los ingresos como de los gastos (ajuste bilateral). Cierta jurisprudencia menor consideró que el nuevo criterio del ajuste unilateral tenía carácter penalizador para la entidad que computaba menores ingresos o mayores gastos en operaciones vinculadas, por lo que debía aplicarse la prohibición de retroactividad contenida en el art. 9.3 CE.

Sin embargo, la **STS de 29 de abril de 2011**, Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 205/2007), niega dicho carácter sancionador y, por tanto, la aplicación del principio de irretroactividad. Comienza la sentencia recordando, de conformidad con la doctrina constitucional, que «las normas fiscales no poseen carácter sancionador, pues es evidente que las leyes fiscales poseen un fundamento autónomo en el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos establecido en el art. 31 de la Constitución». Ya en relación con el ajuste unilateral, la

Sala considera que «en el caso que nos ocupa, no tiene por qué ser la operación entre sociedades vinculadas ilícita, la conducta puede, y normalmente así será, ser perfectamente conforme al orden jurídico (...), la regulación que analizamos en absoluto define una infracción como conducta ilícita contraria al ordenamiento jurídico y su correspondiente sanción, sino, como se ha dejado dicho, se procede a determinar el posible beneficio de las partes intervinientes en la operación según la verdadera naturaleza objetiva, prescindiendo de las motivaciones subjetivas, lo que destierra que el fundamento del ajuste unilateral fuera su carácter sancionado (...) Ha de afirmarse que no estamos, pues, en presencia de normas sancionadoras, sino que las mismas se insertan naturalmente como normas de características y naturaleza tributaria, que responden a finalidades propias de las mismas, dentro de la estructura legalmente diseñada del Impuesto sobre Sociedades».

2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS EN MATERIA SANCIONADORA

A) La competencia para tipificar infracciones y determinar sanciones se atribuye *ratione materiae*

El presidente del gobierno de España interpone un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos —arts. 19.2 y 3 y 20.1— de la Ley de Castilla-La Mancha 8/2001, de 28 de junio, para la ordenación de las instalaciones de radiocomunicación, por considerar que la tipificación de infracciones que contienen excede de la competencia autonómica e invade la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones (art. 149.1.21 CE), más concretamente, en materia de radiocomunicación. Se opone la Comunidad Autónoma alegando que dichos preceptos los ha dictado en virtud de sus competencias sobre ordenación del territorio, protección del medio ambiente y sanidad. En concreto, esos preceptos tipifican como infracción: el incumplimiento de la obligación de incorporar las mejoras tecnológicas que supongan una reducción significativa de las emisiones radioeléctricas (art. 19.2), el incumplimiento de la obligación de revisar las instalaciones cada año (art. 19.3) y la construcción de instalaciones que no estén incluidas en los planes territoriales de despliegue aprobados (art. 20.1). El abogado del Estado alega que si al Estado le corresponde la regulación de esos aspectos sustantivos de la radiocomunicación también él será el competente para establecer las correspondientes infracciones sin que pueda la Comunidad Autónoma entrar en su regulación. Al respecto, declara la **STC 8/2012, de 18 de enero** (recurso de inconstitucionalidad, Pleno), que «es una regla de deslinde competencial muy reiterada por este Tribunal que la titularidad de la potestad sancionadora va normalmente pareja, como instrumental, a la competencia sustantiva de que se trate. Por ello, como dijimos en la STC 124/2003, de 19 de junio, las Comunidades Autónomas “pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando tengan competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, debiendo acomodarse las disposiciones que dicten a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del Derecho administrativo sancionador (art. 25.1 CE), y no introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable a otras partes del territorio (art. 149.1.1 CE)”. En aplicación de esta doctrina, y en coherencia con lo afirmado en relación con las compe-

tencias sustantivas, debe reputarse únicamente inconstitucional el apartado 2 del artículo 19 de la ley castellano-manchega al carecer la Comunidad Autónoma de competencia para la regulación sustantiva de esta materia. El apartado 3 del artículo 19 y el apartado 1 del artículo 20 son, por el contrario, constitucionales pues están vinculadas a regulaciones sustantivas para las que la Comunidad Autónoma tiene competencia».

B) Potestad sancionadora con relación a la utilización de frecuencias radioeléctricas por entidades emisoras de televisión local sin autorización administrativa

La Generalidad de Cataluña interpone un conflicto positivo de competencias contra cinco resoluciones del Ministerio de Fomento que imponen sanciones pecuniarias a diversas entidades emisoras de televisión local por la utilización de frecuencias radioeléctricas sin autorización, al considerar que resultan contrarias al orden constitucional de distribución de competencias. En concreto, alega que, conforme al art. 149.1.27 CE y a las previsiones del Estatuto de Autonomía de Cataluña, las competencias para la inspección y sanción de las emisoras que carecen de título habilitante para funcionar corresponden a la Generalidad de Cataluña en el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de medios de comunicación social, de tal forma que la actuación estatal ha supuesto una invasión de su ámbito competencial constitucional y estatutariamente delimitado. Al anterior planteamiento se opone el abogado del Estado señalando que los expedientes cuestionados tienen como finalidad el control del espectro radioeléctrico, por lo que dicha actuación se ampararía en la competencia exclusiva estatal en materia de telecomunicaciones *ex art.* 149.1.21 CE. Según la **STC 5/2012, de 17 de enero** (conflicto positivo de competencias, Pleno), «en relación con las que hemos denominado emisoras clandestinas, esto es, aquellas que emitan sin poseer la correspondiente concesión administrativa, hemos considerado que ha de ser “el otorgamiento de la concesión o su denegación, o la falta de solicitud —en virtud de la naturaleza de ese acto administrativo— el punto de referencia que determine la titularidad de la competencia para la inspección y sanción de las emisoras clandestinas (...). Por consiguiente y como resultado de cuanto precede, podemos extraer dos criterios jurisprudenciales para la solución del litigio: de un lado, es el art. 149.1.27 de la Constitución el que contiene las reglas de competencia atinentes a las emisiones clandestinas, ya sean de radio o de televisión, y no el art. 149.1.21 como pretende en este proceso el Abogado del Estado; y de otra parte, quien ostente 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 (...). Hemos de concluir que corresponde a la Generalitat de Cataluña la titularidad de las facultades de inspección, interrupción de emisiones, precintado y depósito de los equipos y determinación de las responsabilidades administrativas que correspondan a las personas físicas o jurídicas que realicen emisiones de televisión local sin ostentar el correspondiente título habilitante en los casos en los que éste ha de ser otorgado por la Generalitat. Facultades indebidamente ejercidas por el Estado en las resoluciones administrativas objeto del presente conflicto, que determinan que las mismas sean contrarias al orden constitucional de distribución de competencias y, por tanto, inconstitucionales y nulas».

C) Para graduar las sanciones en materia de protección del medio ambiente la normativa autonómica ha de respetar los mínimos de protección de la normativa básica estatal

El presidente del gobierno de España interpone un recurso de inconstitucionalidad contra algunos preceptos del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, que aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias por vulnerar la legislación estatal básica en materia de protección del medio ambiente (arts. 76 y 77 Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad), que dispensa una protección mayor al bien jurídico tutelado. En concreto, los preceptos impugnados disponen lo siguiente. Según el art. 217 «la destrucción o alteración de las especies de la flora y fauna naturales o de sus hábitats, que estuvieran protegidos por la normativa vigente, se sancionarán con multas de 100.000 a 100.000.000 de pesetas. La multa se graduará en función a la mayor o menor trascendencia de la acción sancionada». Establece el art. 220.2 que «si el vertido fuere al mar o alterase las condiciones naturales de un Espacio Natural Protegido o de su zona periférica de protección o le ocasione daños se sancionará con multa de 1.000.000 a 50.000.000 de pesetas». Y el art. 224.1 dispone que «se sancionará con multa de 1.000.001 a 100.000.000 de pesetas: a) La utilización de productos químicos y sustancias biológicas que alteren las condiciones naturales o produzcan daños a los valores objeto de protección». Al respecto, dice la **STC 7/2012, de 18 de enero** (recurso de inconstitucionalidad, Pleno), que en cuanto a la cuantía de la multa prevista en el art. 217 del texto canario sí «se vulneran las previsiones del artículo 149.1.23 CE. Dicha vulneración se produce por cuanto la norma autonómica fija sanciones inferiores a las previstas por el legislador básico estatal para estos casos tanto en su nivel mínimo, 100.000 pesetas (o 600 euros) frente a los 200.001 euros de la norma estatal, como máximo, 100 millones de pesetas (o 600.000 euros) frente a los 2 millones de euros de la base estatal, rebajando así el nivel de protección determinado por el mismo. Por ello, la notable disparidad de las sanciones previstas en las normas en contraste, determina que debamos considerar inconstitucional el artículo 217 del texto refundido (...), en cuanto a las sanciones que el mismo prevé, si bien, (...) debemos precisar que la inconstitucionalidad de este precepto ha de contraerse a las infracciones administrativas en las que, concurriendo el supuesto previsto en el art. 76.2 de la Ley del patrimonio natural y biodiversidad, se refieran a las especies de fauna y flora incluidas en la categoría “en peligro de extinción” así como a la destrucción o deterioro de hábitats, esto es, las previstas en los apartados b), c), d) y e) del art. 76.1 de la misma ley, por ser éstos los extremos en los que coinciden las infracciones previstas en la normativa estatal y en la autonómica y se produce la reducción de las sanciones previstas en la normativa básica estatal dado que, conforme con la misma, dichas infracciones habrán de ser consideradas en todo caso como muy graves y sancionadas en consecuencia». Lo mismo declara el Pleno con relación a la cuantía de las multas previstas en los otros dos preceptos autonómicos impugnados —esto es, que son inconstitucionales y nulos— pues «al señalar unas multas de inferior cuantía a la prevista por el legislador básico estatal rebajan el nivel de protección otorgado por la normativa básica de modo contrario al orden constitucional de competencias».

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Insuficiente rango normativo de la ordenanza municipal para establecer supuestos de responsabilidad sancionadora subsidiaria

El artículo 28.1 de la Ordenanza sobre instalaciones de los equipos y elementos de telecomunicación en el municipio de Logroño disponía la responsabilidad sancionadora subsidiaria en materia de instalaciones del instalador, del director de las obras e instalaciones y del propietario o comunidad de propietarios del inmueble donde se ubicaren las instalaciones. Impugnado dicho precepto, entre otros, por *Vodafone España SAU*, la **SAN de 6 de julio de 2011** (recurso contencioso-administrativo 310/2010) lo anula. Recuerda la sentencia que el artículo 130.3 de la Ley 30/1992 establece que «Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores». En consecuencia, «partiendo de lo que establecen las Leyes [de medio ambiente y ordenación del territorio de La Rioja], ha de concluirse que el inciso final del artículo 28.1 de la Ordenanza, en la determinación de los responsables subsidiarios, excede de lo que contemplan estas Leyes citadas, pues estas no hacen una determinación de responsables subsidiarios de la comisión de las infracciones. Este inciso, por lo tanto, ha de ser anulado, sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de exigir la responsabilidad por la comisión de infracciones a los sujetos que puedan resultar responsables en base al régimen previsto en las Leyes (...) antes citadas».

B) Prohibición de una interpretación extensiva del tipo

Un Sargento, Comandante de Puesto de la Guardia Civil, de uniforme y en vehículo oficial, abordó en la calle a un Concejal de la localidad en la que radicaba su Puesto y mantuvo una conversación con él en la que le reprochó la actitud del Ayuntamiento, que había remitido una carta al Subdelegado del Gobierno en la que se formulaban algunas quejas sobre la actuación de la Guardia Civil. En el procedimiento sancionador quedó acreditado que durante la conversación se crearon momentos de tensión, aunque no las frases concretas dirigidas por el Sargento al Concejal. Por estos hechos, el Sargento fue sancionado con pérdida de un día de haberes como autor de una falta leve consistente en «la desconsideración o incorrección con los superiores, subordinados o ciudadanos, en el ejercicio de las funciones, con ocasión de aquellas y vistiendo de uniforme». En interpretación de la **STS de 7 de abril de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 138/2010), sin embargo, «no se puede extender este ilícito disciplinario a toda situación donde se produzcan conversaciones que en algún momento se vuelven tensas o se formulen preguntas que puedan crear tensión, pero ayunas de la falta del respeto, exigible a todo miembro de la Benemérita, para con sus superiores, subordinados, compañeros o ciudadanos. La Ley disciplinaria, como cualquier otra limitadora de derechos, como materia odiosa, ha de ser interpretada restrictivamente, sin que quepa convertirla en un estricto manual de urbanidad que forzosamente caería en un voluntarismo que choca frontalmente con el principio de legalidad y taxatividad exigibles al derecho penal y disciplinario».

C) Concepto de tipicidad como elemento de la infracción administrativa

La STS de 21 de junio de 2011, Sala de lo Militar, recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 140/2010, dice que «una conducta es típica cuando se aprecia identidad entre sus componentes fácticos y los descritos en la norma jurídica, es decir, cuando existe homogeneidad entre el hecho real cometido y los elementos normativos que describen y fundamentan el contenido material del injusto. Asimismo, debemos señalar que la exigencia de tipicidad no se incumple por los tipos sancionadores parcialmente en blanco, es decir por aquellos que requieren ser complementados por remisión a otras normas, siempre que el reenvío normativo esté justificado, la norma sancionadora contenga el núcleo esencial de la prohibición y se respete la exigencia de certeza».

4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Actuación omisiva que permite prácticamente presumir la existencia de culpabilidad

La Administración tributaria requirió a *Iberia, Líneas Aéreas de España, SA*, para que presentara la declaración resumen anual que reflejara el número de empleados, identificados, que hubieren gozado de beneficios empresariales (billetes de avión, bonificaciones en virtud de Convenios Colectivos o acuerdos empresariales con trascendencia fiscal), requerimiento que *Iberia* incumplió, por lo que fue sancionada como autora de una infracción tributaria simple. *Iberia* impugna la sanción argumentando, entre otras cuestiones, la posible falta de culpabilidad en su actuación, al considerar que no se había probado suficientemente la existencia de culpa o negligencia y la posible existencia de una duda razonable sobre la obligación de presentar la documentación requerida cuando se trataba de retribuciones en especie inferiores a 50.000 pesetas, que no comportaban efectuar ingresos en cuenta. Sin embargo, la STS de 23 de marzo de 2011, Sección Segunda (recurso de casación núm. 365/2007), considera que «tales argumentos no pueden ser acogidos, pues la propia culpabilidad del recurrente se deduce del incumplimiento de entrega o presentación de los datos que le fueron requeridos, sin que la consideración de que esos datos no eran relevantes a los efectos de la retención o de efectuar ingresos a cuenta, pudiera enervar el deber de cumplir el requerimiento de entrega de los mismos efectuado por la Administración, conducta que autónomamente constituye la obligación que incumplió el sujeto pasivo y por la que se le sanciona, siendo la culpabilidad derivada de su omisión, sin que requiera más prueba que el propio incumplimiento».

B) El tamaño y especialización de la empresa infractora no permiten inferir el dolo o intencionalidad

La Audiencia Nacional anuló una sanción impuesta a la entidad *Gestibérica 4001, SL*, al considerar, entre otras cuestiones, que la Administración sancionadora no había probado su culpabilidad. La Abogacía del Estado recurre esta sentencia al estimar que dicha culpabilidad se derivaría, entre otros extremos, «de las propias características de aquella entidad (...) que dispone de suficientes medios y de la experiencia (...) y a la que hay que suponer

asistida de numerosos y cualificados profesionales jurídicos por lo que no podía albergar duda razonable respecto a las cuestiones objeto de actuación inspectora». La **STS de 31 de marzo de 2011**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 290/2008), confirma, sin embargo, la sentencia de instancia, dado que «no es factible, en ningún caso, presumir una conducta dolosa por el mero hecho de las especiales circunstancias que rodean al sujeto pasivo de la imposición (importancia económica, clase de asesoramiento que recibe, etc.), sino que, en cada supuesto y con independencia de dichas cuestiones subjetivas, hay que ponderar si la discrepancia entre el sujeto pasivo y la Hacienda pública se debe o no a la diversa, razonable y, en cierto modo, justificada interpretación que una y otro mantienen sobre las normas aplicables (...); o dicho de manera más precisa, lo que no puede hacer el poder público, sin vulnerar el principio de culpabilidad que deriva del art. 25 CE, es imponer una sanción a un obligado tributario (...) por sus circunstancias subjetivas —aunque se trate de una persona jurídica, tenga grandes medios económicos, reciba o pueda recibir el más competente de los asesoramientos y se dedique habitual o exclusivamente a la actividad gravada por la norma incumplida— si la interpretación que ha mantenido de la disposición controvertida, aunque errónea, puede entenderse como razonable».

C) Circunstancias personales que no excluyen la culpabilidad, pero atenúan la sanción

Un magistrado fue sancionado con multa de 6.000 euros como autor de una falta grave de retraso injustificado en la tramitación de procesos o causas. En su descargo, el sancionado alegó su falta de culpabilidad, achacando los retrasos a su estado de salud, que le llevó a obtener la baja médica en dos ocasiones. La **STS de 31 de marzo de 2011**, Sección Séptima (recurso contencioso-administrativo núm. 192/2010), considera que el sancionado «no ha estado privado de la necesaria capacidad y percepción de la naturaleza de sus actos», por lo que la circunstancia de las sucesivas bajas médicas «no exime del reconocimiento de la culpabilidad de sus acciones». Sin embargo, la sentencia reconoce que tales hechos «han influido en la disminución de su capacidad resolutoria», lo que permite «la aplicación ponderativa del principio de proporcionalidad» y «desemboca en el reconocimiento de la cuantía de la multa en la suma de 3.000 euros».

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

A) La vulneración del *non bis in idem* no se produce en el nivel normativo, sino en la aplicación de las normas

La entidad *Retevisión Móvil, SL*, impugnó diversos preceptos del Decreto de la Generalidad de Cataluña núm. 148/2001, de 29 de mayo, de ordenación ambiental de las instalaciones de telefonía móvil y otras instalaciones de radiocomunicación por considerarlos nulos de pleno derecho. Entre los preceptos impugnados se encontraba el art. 15, que disponía que «las infracciones a lo que dispone este Decreto se sancionan de acuerdo con lo que establece la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la Intervención integral de la Administración

ambiental». A juicio de la recurrente, el precepto sería nulo porque establecía un régimen sancionador sobre materias en las que la Comunidad Autónoma carecía de competencias y porque, a través del mismo, se infringía el principio *non bis in idem*, dado que la regulación del Decreto se superponía a las condiciones y exigencias contenidas en la legislación estatal, cuya infracción ya podía ser sancionada conforme a la legislación estatal específica en materia de telecomunicaciones. La **STS de 22 de marzo de 2011**, Sección Quinta (recurso de casación núm. 1845/2006), acepta la falta de competencia de la Comunidad Autónoma para regular la materia, pero rechaza la posible vulneración del principio *non bis in idem* al considerar que «es una cuestión que no puede ser apreciada al nivel abstracto de las formulaciones normativas, sino a la vista de las circunstancias de cada caso, de las específicas conductas que se examinen, de los concretos preceptos que se invoquen y de las razones que se esgriman para sostener el reproche sancionador».

B) La incoación de un segundo procedimiento para sancionar la misma infracción que se persiguió en el primer procedimiento caducado no lesiona el *non bis in idem* procesal

Lo afirma claramente la **STS de 29 de junio de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 21/2011), a la que nos referimos en un epígrafe posterior de esta crónica, indicando que «la prescripción conlleva efectos de cosa juzgada, en tanto que la caducidad, al haber dejado imprejuizada la cuestión de fondo, permite abrir un nuevo procedimiento disciplinario sin vulnerar, por ello, el “ne bis in idem”».

6. COMPETENCIA SANCIONADORA

A) Se puede incoar un procedimiento sancionador por una persona en la que concurren causas de abstención, si existen razones objetivas para iniciar el expediente

La Secretaría de Cooperación Territorial, por delegación del Ministerio de Administraciones Públicas, impone a D. Eugenio, funcionario de Administración Local con habilitación de carácter nacional, la sanción de destitución de cargo con prohibición de obtener nuevo destino durante seis años y seis meses, por faltas muy graves de incumplimiento de las normas de incompatibilidades (ejercicio de la abogacía) y de la jornada de trabajo. D. Eugenio recurre las sanciones sobre la base de que el Alcalde que incoó el expediente disciplinario estaba incurso en causa de abstención, sin que ni siquiera se hubiera tramitado la recusación que contra él formuló en su momento. La **SAN de 20 de julio de 2011** (recurso de apelación núm. 4/2010) desestima las pretensiones del recurrente confirmando las sanciones impuestas. Para ello, destaca cómo «con anterioridad a dictarse el citado acuerdo [de incoación] se practicaron unas diligencias previas por la Dirección General de Administración Local (...), para determinar si concurrían o no motivos suficientes para incoar un expediente disciplinario al hoy apelante (...). Diligencias que concluyen por resolución del Director General de Cooperación Local del Ministerio de Administraciones Públicas de fecha 25 de junio de 2004 (...) en la que señala que de las mismas parecían deducirse indicios de posibles

faltas disciplinarias (...) [dejando] al criterio de la Alcaldía del Ayuntamiento en cuestión, la decisión de incoar el expediente disciplinario al Secretario (...). Es decir, la incoación del expediente por parte del Alcalde se sustenta en unas diligencias previas incoadas por una Administración distinta y de las que se desprenden, en principio, unos hechos objetivos que sirven de cobertura a dicha incoación. No es, por tanto como insiste el apelante, que el Alcalde se empeñara en la incoación del expediente, sino que había hechos objetivos que resultaban de las citadas diligencias previas, que no podían dejarse de investigar y que inexorablemente llevaban a la incoación de un expediente que, como ya se ha expuesto, procedía que lo realizara el Alcalde».

7. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Los defectos formales tienen relevancia invalidante si originan indefensión material

Debido a la comisión de ciertos hechos que podían ser considerados como constitutivos de falta leve, fue incoado expediente disciplinario contra un Brigada. El procedimiento sancionador militar por falta leve es de carácter oral y únicamente impone el requisito de que el encartado sea oído. No obstante, al no ser posible oír al encartado por habersele concedido la baja médica y haber sido autorizado a residir en un domicilio alejado de la Unidad de destino, se le concedió un plazo de cinco días para presentar sus alegaciones por escrito. Agotado dicho plazo, fue dictada resolución sancionadora, presentándose las alegaciones con posterioridad a dicho momento, por lo que no pudieron ser tenidas en cuenta. El Brigada impugnó la sanción impuesta al entender, entre otras razones, que se había producido una irregularidad procedimental invalidante, pues el procedimiento debía tener, necesariamente, forma oral. La **STS de 25 de marzo de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 132/2010), niega, sin embargo, toda relevancia a dicha irregularidad al estimar que no se ha producido indefensión, pues «el concepto de indefensión va más allá de la mera observancia de las formalidades procesales y consiste en la producción del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado, todo ello producido por la indebida actuación de los órganos administrativos o jurisdiccionales. De suerte que no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el art. 24 de la Constitución». En concreto, la sentencia considera que «nula indefensión real, material o efectiva se le ha originado en un caso como el que aquí nos ocupa en el que el interesado, con antelación a la imposición de la sanción, dispuso de su oportunidad para alegar lo que estimare conveniente en ese periodo (cinco días) que específicamente se le confirió al efecto (no efectuándolo por razones únicamente imputables a él mismo)».

La **STS de 14 de marzo de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario militar núm. 56/2010) también niega toda relevancia al hecho de que la instructora de un expediente disciplinario incoado contra un militar por el consumo de *cannabis* no incorporara al expediente las cinco últimas conceptuaciones anuales, sino solo cuatro de ellas. Tal omisión «ciertamente constituye una irregularidad que no es relevante al efecto de que se trata, por cuanto que a través de dichas cuatro informaciones disponibles

se pone de manifiesto el elevado concepto militar que a los mandos ha venido mereciendo el recurrente, al menos hasta que dio positivo al consumo de *cannabis*. Resulta excesiva la denuncia de indefensión que con tal motivo se hace en términos abiertos, porque la parte que recurre no llega a concretar la indefensión supuestamente padecida, más allá de la irregularidad derivada del defectuoso cumplimiento de la aportación de documentos al expediente, ni tampoco justifica el actor no haberlo remediado pudiendo hacerlo en la fase probatoria del presente Recurso de plena cognición».

B) Derecho a ser informado de la acusación: para sancionar por una calificación jurídica más grave hay que informar antes al acusado

El guardia civil don Dimas es sancionado con reprensión por falta leve de inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas (dar cuenta a un sargento de lo ordenado en una llamada telefónica realizada por su superior). Alega que se le ha ocasionado indefensión porque se empezó el procedimiento acusándole por una infracción leve (falta de respeto al superior) y se le acabó sancionando por otra infracción leve distinta sin darle la posibilidad de defenderse del nuevo título de imputación. No está de acuerdo la **STS de 27 de junio de 2011**, Sala de lo Militar, recurso de casación núm. 9/2011, que empieza recordando la doctrinal constitucional al respecto:

«por lo que se refiere al derecho a ser informado de la acusación, hay que reiterar que constituye sin duda base esencial del derecho de defensa, pues como ha significado el Tribunal Constitucional “mal puede defenderse de algo quien no sabe de que hechos en concreto se le acusa” (STC 205/2003), habiéndose significado en Sentencia 117/2002, el contenido normativo complejo que encierra este derecho fundamental, pues “junto al mandato obvio de poner en conocimiento de quien se ve sometido al ejercicio del *ius puniendi* del Estado la razón de ello, presupone la existencia de la acusación misma y es, a su vez, instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, pues representa una garantía para evitar la indefensión que resultaría del hecho de que alguien pueda ser condenado por cosa distinta de la que se le acuse y de la que, consecuentemente, no haya podido defenderse”.

Desde la perspectiva constitucional del derecho de defensa lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos o perspectivas jurídicas que de facto no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas (STC 4/2002)».

Y continúa la Sala: «el derecho a conocer la acusación, en su proyección en el ámbito administrativo sancionador, no implica que en la fase de inicio del procedimiento disciplinario exista obligación de determinar de forma absoluta los hechos y la calificación jurídica correspondiente, sino que la imputación puede ir precisándose de forma gradual al desarrollo del procedimiento siempre que se dé al imputado ocasión de defenderse de la acusación de forma plena desde el momento en que la conoce de forma plena (...). Las garantías de defensa impiden la variación de los hechos probados o la modificación de la calificación jurídica de los mismos en la resolución sancionadora sin brindar al afectado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa. Y en este sentido, no cabe duda que en el expediente por faltas graves o muy graves resultará obligado que la posible mutación del título de imputación se realice al formular el pliego de cargos o la propuesta de resolución. Sin embargo, en el expediente por faltas leves (...), no se prevén tales actuaciones del ins-

tructor y las eventuales variaciones (...) habrán de serle puestas (...) de manifiesto al interesado (...) al darle vista de la prueba practicada (...) para que (...) pueda éste formular sus alegaciones (...) antes de dictar la resolución».

Desde tal perspectiva, la sentencia concluye que «en el caso enjuiciado el encartado tuvo ocasión de conocer y rebatir la nueva calificación jurídica de su conducta, como de hecho demuestra que interviniera en la ratificación del parte disciplinario emitido y formulara en dicha intervención cuantas preguntas consideró necesarias para su defensa». Se confirma la sanción impuesta.

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

A) Vicios en la práctica de la prueba: la ausencia de la firma del Secretario en el acta de una declaración supone un vicio de nulidad absoluta

Durante la tramitación de un expediente disciplinario fue tomada declaración al imputado, declaración que quedó recogida en la correspondiente acta de comparecencia. En dicha acta se indicaba que el imputado comparecía «ante el Instructor sustituto y ante mí el Secretario» y terminaba con la cláusula «se da por concluida la presente declaración que leída por el encartado y en prueba de conformidad con su contenido firma la presente ante el Sr. Instructor y ante mí el Secretario, que doy fe». No obstante, en el acta constaba la firma del Instructor, pero no la del Secretario. A pesar de que el acta también estaba suscrita por el encartado, la **STS de 17 de marzo de 2011, Sala de lo Militar** (recurso contencioso-disciplinario núm. 95/2010), señala *obiter dictum* que la ausencia de la firma del Secretario «comporta un quebrantamiento de las garantías esenciales del procedimiento, viciando de nulidad aquella prueba, dada la falta de constancia fehaciente que la dicha ausencia de la firma del Secretario supone acerca de la realización del acto de toma de declaración al encartado de que la misma había de dar fe».

B) Requisitos de las declaraciones autoinculatorias para alcanzar eficacia probatoria

En relación con la utilización como prueba de cargo de una declaración autoinculatoria de un militar del ejército de Tierra, prestada en el seno de un expediente disciplinario incoado contra él por consumo habitual de cannabis, la **STS de 17 de marzo de 2011, Sala de lo Militar** (recurso contencioso-disciplinario núm. 95/2010) indica que «la declaración autoinculatoria o autoincriminatoria tiene eficacia probatoria, desvirtuando el derecho fundamental a la presunción de inocencia, cuando en la misma se reconoce o admite de modo expreso y terminante el hecho que se imputa o, en el caso de que no se haga en ella ese reconocimiento claro e inequívoco, cuando, puesta en relación con las demás pruebas obrantes en el procedimiento, vengan estas a corroborar los indicios autoinculatorios que de la misma se infieran». En los hechos, a la pregunta «diga si consume con habitualidad cannabis» el encartado había contestado que «ahora no» y a la pregunta acerca de «cuál es a su juicio la causa por la que ha dado positivo a las analíticas antes referidas» manifestó que «no sé cuál es el motivo porque no hay uno en particular. Creo que pudiera ser uno

social: se debió al juntarme con amigos». En consecuencia, la sentencia considera que «de las vagas e imprecisas respuestas del hoy demandante (...) no es posible deducir un reconocimiento expreso e inequívoco por este de los episodios de consumo que hubieren dado lugar a los positivos que arrojan las analíticas», por lo que rechaza que la declaración tenga valor probatorio *per se*, sin perjuicio del que pudiera tener en conjunción con otras pruebas e indicios, que tampoco concurrían en el caso.

C) Valor probatorio de la prueba testifical de referencia

Tras tener conocimiento de ciertos rumores relativos al consumo de estupefacientes por parte de un guardia civil alumno, fue abierta una información reservada por personal de su Puesto de destino. En dicha información, entre otras cuestiones, se recogieron las declaraciones de un buen número de testigos que afirmaron que el guardia civil investigado había sido visto en compañía de conocidos delincuentes de la demarcación en diversas ocasiones y consumiendo cocaína con alguno de ellos. Como resultado de esta información reservada fue iniciado expediente disciplinario, que concluyó con la imposición de una sanción por la comisión de la falta grave de «observancia de conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Guardia Civil». En el seno de dicho expediente, junto con otras pruebas documentales, se incorporó el contenido de la información reservada, la cual fue ratificada por su emisor. No obstante, las declaraciones de los testigos referidos en la información reservada solo fueron corroboradas por algunos de ellos, existiendo otros testigos que prefirieron prestar sus testimonios verbalmente pero no dejar constancia de sus declaraciones por escrito, al no venir obligados a ello por ninguna norma. Ante estos hechos, el imputado estima vulnerada su presunción de inocencia, al considerar que la prueba testifical de referencia no puede considerarse prueba de cargo. La **STS de 15 de marzo de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 102/2010), comienza reconociendo que «la declaración del testigo directo se caracteriza por su inmediación con el hecho que ha presenciado visual o auditivamente; pero por razones de justicia material, también se otorga validez a lo declarado por el testigo de referencia; es decir, testigos que no han presenciado los hechos pero han escuchado su narración de quienes efectivamente lo hicieron». Junto a ello, recuerda que la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 217/1989) ha admitido que «la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia excepto para las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra (...), y, en definitiva, la problemática que plantea la prueba de referencia es, como en cualquier otra prueba, el relativo a su veracidad y credibilidad». Y, en sentido parecido, recoge también ciertos pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo que admiten la prueba testifical de referencia, si bien matizando que se trata de una «prueba poco recomendable», sobre todo cuando sea posible presentar al testigo referido para ser interrogado.

Como resultado de todo lo anterior, la Sala considera que en relación con la aceptación de la prueba testifical de referencia, «la solución correcta debe de darse caso por caso, matizando las exigencias ideales, en lo posible, según las circunstancias de cada supuesto, porque el problema que plantean los testigos de referencia como transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, no es un problema de legalidad, sino una cuestión de cre-

dibilidad». En el supuesto enjuiciado, la sentencia destaca que «los testigos de referencia trasladan a su testimonio los hechos referidos por personas que no quieren dejar constancia por escrito de su testimonio pero que resultan identificadas por los mismos en su deposición ante el instructor del expediente, sin que podamos soslayar (...) que nos encontramos en un procedimiento administrativo en que no existen normas que obliguen a los testigos a comparecer y declarar sobre los hechos de los que tienen conocimiento». Esta situación, junto con la existencia de una cierta prueba documental, permite a la sentencia confirmar el carácter de prueba de cargo de la prueba testifical de referencia cuestionada.

D) Es lícito el empleo, como prueba de cargo, del seguimiento hecho al sancionado mediante un GPS instalado en su vehículo oficial

Un guardia civil destinado en una zona de Navarra incluida en el «Plan de Prevención y Protección Antiterrorista» con nivel 2 (situación de alerta) fue sancionado con diez meses de suspensión de empleo como autor de una falta muy grave consistente en «la no comparecencia a prestar un servicio, ausentarse del mismo o desatenderlo, cuando por su naturaleza y circunstancia sea de especial relevancia». Los hechos por los que fue sancionado consistieron en el incumplimiento del itinerario nocturno que debía patrullar, deteniéndose durante más de dos horas en el cementerio de una localidad no incluida en dicho itinerario. Para la determinación de los hechos se hizo uso del GPS instalado en el vehículo con el que realizó la patrulla, lo que es denunciado por el sancionado como atentatorio de sus derechos. No obstante, la **STS de 4 de abril de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 123/2010), considera que «tal alegato, que pretende ampararse en una sentencia de la Sala de lo Social de este Tribunal de 28 de septiembre de 2007, que contempla un supuesto de relación laboral alejado, por ende, de la relación propia del enjuiciado, no debe ser acogido por tratarse de un vehículo oficial en el que la instalación del GPS comporta la necesaria exigencia de su permanente localización. De ahí que, a través de dicho instrumento, se evidencie que, durante más de dos horas, el vehículo oficial estuvo en una localidad no incluida en la papeleta de servicio, no constituye la pretendida infracción, por cuanto que la utilización de GPS resulta mera necesidad del debido seguimiento al aludido vehículo oficial».

E) Las imágenes obtenidas por videocámaras destinadas a garantizar la seguridad ciudadana constituyen prueba ilícita para sancionar en otras materias

El Ayuntamiento de Madrid sancionó a D. Ovidio, taxista de dicha ciudad, con multa y suspensión de la licencia de autotaxi por recoger viajeros fuera de la parada oficial establecida en el aeropuerto de Barajas. La imposición de la sanción se apoyó en el boletín de denuncia cumplimentado por un agente de la policía local que constató los hechos a través de un dispositivo de vídeo vigilancia en el centro de gestión aeroportuaria. La **STSJ de Madrid de 2 de junio de 2011** (recurso de apelación 438/2010) anula la sanción por considerar que se trata de una prueba ilícita, dada la distinta finalidad a la que el ordenamiento destina el uso de tales artefactos: «examinada la denuncia, consta que se identifica el vehículo mediante cámaras del aeropuerto, es decir el agente de tráfico no ha identificado personalmente ni ha entregado en mano la denuncia al conductor de autotaxi sino que ha constatado los

hechos a través de un dispositivo de video vigilancia en el centro de gestión aeroportuaria, entendiéndolo el funcionario de policía local según su propia declaración contenida en su ratificación que procedió a cumplimentar el boletín de denuncia correspondiente. En este caso sí procede estimar la alegación del recurrente en cuanto que la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos determina: “Artículo 1. Objeto 1. La presente Ley regula la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública (...)”. Es evidente que la conducta que ha sido objeto de sanción, es decir, el recoger viajeros fuera de la parada oficial establecida en el aeropuerto de Barajas, no constituye una infracción a la seguridad ciudadana ni la utilización de videocámaras exige la existencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, por lo que la prueba está indebidamente obtenida, al no tener amparo legal, por lo que se estimará el recurso de apelación interpuesto».

9. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

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

Lo reitera una vez más, de nuevo en relación con una sanción tributaria, la **STS de 17 de marzo de 2011**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 2281/2009), que recuerda que «el principio de presunción de inocencia garantizado en el art. 24.2 CE no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión o, dicho de manera más precisa, mediante la afirmación de que la actuación del obligado tributario es culpable porque no se aprecia la existencia de una discrepancia interpretativa razonable (...) o la concurrencia de cualquiera de las otras causas excluyentes de la responsabilidad de las recogidas en el art. 77.3 LGT (actual art. 179.2 Ley 58/2003)». En términos idénticos, **STS de 31 de marzo de 2011**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 290/2008).

B) Obligación de responder a las alegaciones que hizo el imputado a la propuesta de resolución

La Administración tributaria inició contra D. Fabio un procedimiento sancionador por la posible comisión de una infracción en materia de Impuesto sobre el Patrimonio. En el seno de dicho procedimiento, presentó un escrito de alegaciones de 12 folios. Sin embargo, la resolución sancionadora se limitó a consignar los preceptos legales en los que objetivamente resultaría susceptible de incardinarse la falta y a apuntar que las alegaciones presentadas no desvirtuaban el incumplimiento y que, en todo caso, se valorarían en vía de recurso. La **STSJ de Cataluña de 29 de junio de 2011** (recurso contencioso-administrativo núm. 1063/2007) anula la sanción por falta de motivación, pues «semejante proceder supone

desconocer las obligaciones de la Administración que pasan por atender a las alegaciones de los interesados en general, y del contribuyente, en particular, para admitirlas o rechazarlas antes de adoptar la resolución definitiva de que se trate, circunstancia que ha sido absolutamente preterida en el caso que nos ocupa al no haberse producido —como expresamente reconoce la resolución citada— la valoración de dichas alegaciones, al diferirlas a una eventual y futura vía de recurso. La ausencia de una mínima motivación al respecto entraña la nulidad de pleno derecho del acto sancionador impugnado que no colma las garantías mínimas exigibles a la Administración en un Estado de Derecho, lo que trasluce un vicio lo suficientemente grave como para convertir en superflua cualquier consideración añadida, procediendo, en consecuencia, la estimación del presente recurso jurisdiccional».

10. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) No existe caducidad en los procedimientos disciplinarios militares

Sin perjuicio de los cambios normativos e interpretativos de los que hemos dado noticia en anteriores crónicas, y que han admitido la caducidad de las infracciones leves cometidas por miembros de la Guardia Civil (**STS de 28 de abril de 2011**, Sala de lo Militar, recurso contencioso-disciplinario militar núm. 126/2010), se mantiene constante la jurisprudencia que, con carácter general, niega la aplicación del instituto de la caducidad a los expedientes disciplinarios militares. En esta ocasión, es la **STS de 14 de marzo de 2011**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar núm. 56/2010), la que rechaza la caducidad de un procedimiento iniciado el 22 de enero de 2009 y cuya resolución sancionadora fue notificada el 19 de enero de 2010, habiendo transcurrido con creces el plazo de seis meses previsto para su tramitación. Insiste la sentencia en que «el instituto de la caducidad es ajeno al ámbito disciplinario de las Fuerzas Armadas (...) por cuanto el art. 25.2 LO 8/1998 establece como consecuencia de dicho exceso temporal el nuevo cómputo desde el principio del plazo prescriptivo que corresponda, de dos años en el presente caso. De manera que si la incoación tuvo lugar el 22.01.2009, llegado el día 22.07.2009 en que concluyó el plazo señalado en la Ley para la instrucción del procedimiento sancionador, comenzó a correr entonces el dicho plazo de prescripción de dos años, que no se agotó por cuanto que la notificación de la Resolución sancionadora se produjo con fecha 19.01.2010».

B) La caducidad no es apreciable de oficio

El guardia civil don Avelino fue sancionado con pérdida de cuatro días de haberes por falta leve de negligencia o inexactitud en el cumplimiento de sus funciones del art. 9.3 LO 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. La sentencia de instancia anuló la sanción por apreciar de oficio y sin dar audiencia a las partes para que alegaran al respecto la caducidad del procedimiento disciplinario que está prevista en el art. 65.1 LO 12/2007. Sin embargo, la **STS de 29 de junio de 2011**, Sala de lo Militar, recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 21/2011, comprueba, a partir de las alegaciones del abogado del Estado, y por los datos que obraban en el expediente administrativo, que la sentencia de instancia incurrió en un error material al computar el plazo de seis meses y que, en realidad, el procedimiento no había caducado y la sanción impuesta

era eficaz. No obstante, lo verdaderamente llamativo de esta sentencia es lo que añade a continuación: «Una vez resuelto de forma favorable al recurrente el único motivo de casación planteado contra la Sentencia, la Sala entiende que es necesario, en el presente caso, efectuar algunas precisiones sobre el contenido que se suscitan de su lectura (...). Entiende la sentencia que el tratamiento de la caducidad, de modo semejante a cuanto se predica de la prescripción, es materia de orden público (...). Es equivocado afirmar que nos encontramos ante una cuestión de orden público, que puede ser apreciada sin precisar que sea alegada por las partes. Aunque son instituciones que se refieren a la inactividad de la Administración y ambas, tanto la prescripción como la caducidad, atienden a criterios de seguridad jurídica para limitar el tiempo que la Administración (en este caso la Administración militar) tiene para ejecutar su *ius puniendi*, existen entre ellas grandes diferencias (...). Por lo que se refiere a la apreciación de oficio, sólo se admite de manera pacífica, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que la prescripción en materia sancionadora sea apreciable de oficio, ya sea en instancia administrativa como judicial. La Administración tiene la obligación de aplicar la prescripción en cualquier fase del procedimiento, sin necesidad de que la invoque el interesado. Del mismo modo, en sede judicial, la prescripción es igualmente apreciable de oficio ya sea en el Tribunal de instancia o en casación. En sede judicial, aun cuando no haya sido alegada y, por tanto, no haya sido objeto de debate, su apreciación por el Tribunal no quebranta las reglas de la congruencia de la resolución judicial, ni el principio de contradicción (...). Por estas consideraciones, *la Sala entiende que la caducidad solo puede apreciarse a instancia de parte. Apreciable únicamente en términos de “justicia rogada” ya que al no impedir su apreciación la incoación de un nuevo procedimiento sancionador no puede sostenerse que necesariamente beneficie al expedientado, antes al contrario pudiera perjudicarle la incoación de otro procedimiento disciplinario que la Administración inicie cuidando de depurar y no incurrir en posibles vicios jurídicos que, a juicio del expedientado, pudieran existir en el procedimiento que se declara caducado (...).* La Sala estima que [la sentencia de instancia] (...) debió hacer uso de lo dispuesto en el artículo 490 de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar (...). Al no hacerlo así, impidió que las partes examinaran y alegaran lo que a su derecho conviniera sobre tal cuestión, privándoles de la oportunidad de pronunciarse incluso desde la perspectiva que finalmente resolvió el Tribunal, es decir, privándoles de la oportunidad de alegar sobre la apreciación de oficio de la caducidad. En conclusión, entendemos que el Tribunal de instancia no debió resolver una cuestión (la aplicación de oficio de la caducidad) que no le ha sido planteada, sin hacer uso previamente de lo dispuesto en el citado art. 490 de la Ley Procesal Militar».

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

A) **No vulnera el principio de igualdad la imposición de una sanción de mayor gravedad al guardia civil jefe de pareja que a su acompañante por los mismos hechos**

Los dos miembros de una pareja de la guardia civil fueron sancionados por incumplir parcialmente el itinerario de vigilancia que se les había encomendado en un servicio de patrulla, como autores de la falta muy grave de «no comparecencia a prestar un servicio, ausen-

tarse del mismo o desatenderlo, cuando por su naturaleza y circunstancia sea de especial relevancia». No obstante, la extensión de la sanción de suspensión de empleo impuesta a cada uno de ellos fue distinta, correspondiendo al jefe de la pareja una suspensión de diez meses y a su acompañante una suspensión de cinco. Alegada la posible vulneración del principio de igualdad y no discriminación, vinculados a los arts. 14 y 23.2 CE, la **STS de 4 de abril de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 123/2010), aclara, con base en jurisprudencia anterior, que «es el jefe de pareja quien debe hacerse responsable del incumplimiento de las órdenes recibidas para la prestación de un determinado servicio. Desde tal premisa (...) deviene correcto el criterio resolutorio (...) a partir de la condición de funcionalmente superior (...) que el carácter de Jefe de Pareja otorgaba al recurrente, y de la que deriva el distinto tratamiento sancionador que ahora se cuestiona».

B) El principio de proporcionalidad de las sanciones es un principio general del derecho

Contra la sanción de separación del servicio impuesta a un funcionario por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio fue interpuesto recurso contencioso-administrativo. En la sentencia que puso fin al proceso judicial así iniciado se confirmó la infracción pero, en aplicación del principio de proporcionalidad recogido en el art. 131.3 LRJPAC, se sustituyó la sanción inicial por otra de suspensión de funciones por tiempo de seis años. La Abogacía del Estado impugnó esta sentencia al considerar que el art. 131.3 LRJPAC no resultaba de aplicación al tratarse de un procedimiento disciplinario, de conformidad con la exclusión prevista en la Disposición Adicional Octava LRJPAC. La **STS de 1 de abril de 2010**, Sección Séptima (recurso de casación núm. 1508/2008), admite que el Título IX LRJPAC no resulta de aplicación a los procedimientos disciplinarios, pero añade que «sin embargo, la exclusión de la aplicación de esta Ley no implica que en el derecho disciplinario no rijan los principios propios del derecho sancionador en general». Por tanto, «el hecho de que el ámbito de aplicación de la ley excluya su aplicación concreta a las sanciones disciplinarias, que se deben regir por su propia normativa, no impide por sí, ni podría hacerlo, la aplicación de principios generales del derecho que tienen su respaldo además en nuestra norma constitucional», por lo que confirma la sanción.

12. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) Plazo de prescripción de infracción tributaria

Unsegur, S.L. fue sancionada por presentar declaración de IVA soportado sin contar con el adecuado documento justificativo del derecho a la deducción. La empresa sancionada esgrime a su favor la prescripción de la infracción por transcurso del plazo previsto en el artículo 132 LRJPAC para las infracciones graves. La **STSJ de Andalucía de 6 de junio de 2011** (recurso contencioso-administrativo núm. 1056/2004) rechaza este argumento y confirma la sanción: «No podemos, sin embargo, compartir tal argumentación, ya que tratándose de infracciones tributarias, hemos de acudir necesariamente a lo dispuesto en el

art. 64 c) de la LGT conforme al cual, prescriben a los cinco años (actualmente cuatro años —de conformidad con lo dispuesto en el art. 24 de la Ley 1/1998—) la acción de la Administración para imponer sanciones tributarias, y no estableciendo tal precepto diferenciación alguna, resulta obligado interpretar que el plazo que allí se establece es aplicable a las infracciones graves. Siendo esto así, es claro que el plazo de prescripción de la acción de la Administración Tributaria para sancionar las infracciones no es el previsto en el art. 132 de la Ley 30/1992, sino el establecido con carácter general en el art. 64.c) de la LGT, no debiendo olvidarse que conforme a lo dispuesto en el art. 132 de la LRJPAC, las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las Leyes que las establezcan, y sólo cuando éstas no lo señalen, es cuando se podrá acudir a dichos plazos, lo que no ocurre en el presente caso, al existir un precepto concreto [art. 64 c) de la LGT] que regula tal cuestión, debiendo reseñarse que en todo caso, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1992, los procedimientos tributarios se regirán por su normativa específica, y solo en defecto de norma tributaria aplicable se aplicará supletoriamente las disposiciones de esa Ley; supletoriedad a la que no hemos de recurrir en el presente caso, por existir una norma específica que regula la prescripción en materia tributaria».

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

A) **Obligación de la Administración de abonar los gastos de constitución del aval exigido para la suspensión de una sanción posteriormente declarada nula**

El Consejo de Ministros impuso a *Panrico, SLU*, una sanción de multa de 346.715,69 euros por la comisión de una infracción muy grave en materia de aguas. La sancionada presentó recurso de reposición contra dicha sanción solicitando, además, la suspensión de su ejecutividad, para lo cual tuvo que prestar aval suficiente de conformidad con lo exigido por el art. 337 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico. Desestimado por silencio administrativo negativo el recurso, la sanción es finalmente declarada nula de pleno derecho, por falta de tipicidad, por la **STS de 22 de marzo de 2011**, Sección Quinta (recurso de casación núm. 269/2009). La sentencia, además, ordena a la Administración demandada «que devuelva [a la sancionada] el aval prestado con la solicitud de suspensión del acto impugnado, cuyo coste de mantenimiento le deberá ser reembolsado por dicha Administración, ya que, según hemos declarado, la resolución sancionatoria impugnada es nula de pleno derecho, y además, para la plena indemnidad por el perjuicio causado con la presentación del referido aval, deberá la Administración abonar también el interés legal de las cantidades satisfechas para el mantenimiento del aval desde el pago de cada una de ellas hasta la fecha de devolución de dicho aval».

14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) **Derecho a la asistencia letrada y gratuita en el proceso judicial de impugnación de una sanción**

Un militar fue sancionado como autor de una falta disciplinaria leve con imposición de treinta días de arresto. Tras una compleja sucesión de recursos impugnatorios contra dicha

sanción, acabó interponiendo recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario. En su escrito de interposición solicitó formalmente asistencia jurídica gratuita, pero el Tribunal de instancia no llegó a proveer la expresada solicitud. La **STS de 13 de abril de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 46/2010), razona que «aunque en lo que concierne al derecho a la asistencia letrada este adquiere mayor alcance cuando se trata de garantizar la defensa en el seno del proceso penal (...), tampoco puede obviarse que en el presente caso se decide sobre imposición de una sanción de arresto disciplinario, con lo que se afecta el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), razón por la cual las garantías esenciales han de ser análogas a las que rigen en el proceso punitivo». De este modo, con la omisión del Tribunal de instancia de proveerle de asistencia jurídica «se obstaculizó que el recurrente dispusiera del asesoramiento jurídico imprescindible para la defensa de un asunto que revestía notoria dificultad, sobre todo para una persona lega en derecho. Por lo que la omisión del órgano judicial ha propiciado que la parte recurrente experimente un menoscabo sensible de las posibilidades de alegar y justificar sus pretensiones en el proceso, en igualdad de condiciones respecto de las demás partes». Por todo ello, se estima el recurso, anulando las actuaciones y retrotrayéndolas al momento anterior a la vulneración del derecho de defensa.

B) Se mantienen los hechos, aunque se modifica la infracción y se fija la sanción: requisitos

Debido a la ingestión de medicamentos a raíz de una dolencia leve, un guardia civil se quedó dormido y llegó tarde a la prestación de un servicio que tenía previamente asignado. Estos hechos fueron calificados como constitutivos de la falta grave consistente en «no comparecer a prestar un servicio» (art. 8.10 LORDGC), siendo sancionado con la pérdida de cinco días de haberes con suspensión de funciones. La **STS de 11 de marzo de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 129/2010), recuerda que el art. 9.2 del mismo texto legal también tipifica como falta leve «la incomparecencia a prestar un servicio» y que «la ausencia de datos distintivos en la distinción típica de ambas faltas obliga a delimitar y determinar el correcto encaje de la conducta antidisciplinaria en cada caso (...) en función de las circunstancias del hecho y del autor así como de la clase de servicio de que se trate y la perturbación producida por la conducta del autor». En el supuesto enjuiciado, y atendiendo a «la falta de intencionalidad, la escasa entidad del servicio desatendido o el hecho de que el mismo pudo ser finalmente realizado por el Sargento Comandante de Puesto», la sentencia considera que los hechos eran constitutivos de la falta leve y no de la falta grave.

No obstante, antes de proceder a modificar la infracción e imponer una nueva sanción, la sala entra a analizar si se cumplen los criterios fijados para realizar esta operación por el Pleno no jurisdiccional de 16 de abril de 2007 y recogidos en sus sentencias de 23 de abril, 22 de junio y 5 de noviembre de 2007 y de 4 de febrero de 2008. De conformidad con tales criterios, «cabe admitir la recalificación siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) que entre la falta dejada sin efecto y la apreciada *ex novo* exista homogeneidad, es decir, que tengan la misma o semejante naturaleza, en razón al bien jurídico protegido por las normas aplicables; b) que el sustrato fáctico de la nueva falta haya sido acreditado en el expediente disciplinario seguido al efecto; c) que no se produzca indefensión, exigiendo-

se al respecto la existencia de un debate previo al que debe atenerse la Sala; y d) que la dirección letrada del recurrente haya admitido expresa o tácitamente la comisión de una falta de menor gravedad a la inicialmente impuesta». La sentencia estima la concurrencia de los referidos requisitos en el caso enjuiciado, por lo que procede a la recalificación de los hechos y a la imposición de una nueva sanción, consistente en la pérdida de dos días de haberes.

C) Se mantienen los hechos y la infracción, aunque se modifican su calificación jurídica y la sanción

A diferencia de la sentencia anterior, en la **STS de 8 de abril de 2011**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 4987/2008), se mantienen los hechos probados y la infracción, pero se modifica parcialmente la calificación de algunos hechos y, como resultado, se fija una nueva sanción. La sentencia trae causa de una sanción de multa de 195.335 euros impuesta a *Gestevisión Telecinco, SA*, por incurrir en un exceso de 4 minutos y 21 segundos de publicidad emitida el día 20 de marzo de 2005 en la franja horaria de las 22 a las 23 horas. Como parte de la emisión conceptuada como publicidad se incluyó el espacio «Flash Nosolomúsica», de un minuto de duración, en el que se incluían imágenes y se daba noticia del estreno de una película, la apertura de una exposición de pintura y la representación de una obra de teatro. Tras un minucioso análisis, la Sala concluye que el referido espacio, cuya emisión no se pone en duda, tenía carácter cultural, y no publicitario. En consecuencia, además de mantener los hechos se mantiene la infracción, pero se sustituye la sanción, pues «si la cuantía de esta fue de 195.335 euros por el exceso de 4 minutos y 21 segundos de emisión publicitaria (...) y de dicho exceso deben detraerse los sesenta segundos del microespacio “Flash Nosolomúsica”, la sanción ha de quedar reducida, proporcionalmente, a la de 150.430 euros».

D) La indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la imposición de una sanción no surge automáticamente por su anulación

A un policía nacional se le sancionó con suspensión por siete días por falta grave que supuso la no consolidación de su categoría de subinspector. Recurrió la sanción impuesta y en vía judicial se cambió el tipo sancionado de grave a leve y la sanción de siete días de suspensión por la de cuatro, lo que supuso la reposición a la categoría superior. Reclama la responsabilidad patrimonial de la Administración alegando que el transtorno mental que padece (transtorno adaptativo mixto crónico y fobia) deriva de la imposición indebida de esa sanción que fue anulada, ya que ello impidió que se consolidara su nombramiento como subinspector. Pero, para la **STS de 29 de junio de 2011**, Sección Cuarta, recurso de casación núm. 4195/2007, «en este caso (...) la lesión consistente en la imposición de una sanción que ha sido posteriormente anulada no tiene carácter antijurídico, desde el momento que (...) [la sentencia de instancia] consideró que los hechos no debían ser calificados como falta grave sino leve; (...) [es decir] por cuanto existieron unos hechos sancionables si bien de menor gravedad que los apreciados por la Administración (...). Se trata en definitiva de una consecuencia que está obligado a soportar el recurrente, como resultado de su propia conducta».

Por su parte, la **SAN de 30 de junio de 2011** (recurso contencioso-administrativo núm. 734/2009) sí reconoce la generación de responsabilidad patrimonial en favor de un administrado a quien la Real Federación Española de Atletismo impuso una sanción de dos años de suspensión de la licencia federativa (temporadas 2002-2003 y 2005-2006) como consecuencia de un control de dopaje fuera de competición; sanción que, tras los recursos oportunos, fue judicialmente anulada debido a la caducidad del expediente sancionador. La sentencia reconoce la existencia de un «contrato deportivo con agrupación Deportiva Universidad de Salamanca, firmado para la temporada deportiva 2002-2003 (...) con unos ingresos fijos de 1.500 € y un máximo en premios de 2.100 €», así como que «de la prueba documental aportada se desprende efectivamente que dicho contrato fue resuelto con ocasión de la citada resolución [sancionadora]». No obstante, en relación con el daño efectivamente producido, considera que «la indemnización debe circunscribirse a la suma de 1.500 € al haberle sido abonada la de 2.100 por la citada temporada 2002-2003» y que «al tratarse de un contrato que se circunscribe a un año (2002-2003) y del que no consta posibilidad de prórroga, no procede más indemnización que la concedida pues ese es el daño real producido, tratándose el resto de meras expectativas».

E) Que las sanciones disciplinarias por faltas leves impuestas a militares no puedan ser objeto de recurso judicial ordinario lesiona los arts. 24.1, 106 y 117.5 CE

Según se expuso en el número anterior de esta revista (vid. *JA* núm. 54.VII.11.A), la STC 177/2011, de 8 de noviembre, declaró nulo el art. 453.2, inciso «por falta grave», y el art. 468 b) Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar por lesión de los art. 24.1, 106 y 117.5 CE, en cuanto que dichos preceptos limitaban el objeto del recurso contencioso-disciplinario ordinario a las infracciones graves dejando fuera del mismo y, por tanto, del control judicial, las cuestiones de legalidad ordinaria que suscitaban las sanciones impuestas por faltas leves a los militares. Lo confirma ahora la **STC 202/2011, de 13 de diciembre** (cuestión de inconstitucionalidad, Pleno), que también declara nulo e inconstitucional el inciso «tan sólo» del art. 64.3 de la anterior Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil por las mismas razones antes esgrimidas.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO BUENO ARMIJO
MANUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. SUJETOS DE LA EXPROPIACIÓN.
 - A) **La identificación catastral del sujeto expropiado solo cabe cuando la registral es inexistente o insuficiente.**
3. CAUSA *EXPROPRIANDI*.
 - A) **Efectos de la anulación del Plan urbanístico que prevé una expropiación sobre la declaración de utilidad pública de la misma.**
4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO.
 - A) **Un proyecto de obras carente de la relación de bienes y derechos afectados no deja de constituir, por esa sola razón, una declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios.**
 - B) **El control judicial de la motivación de la urgencia en los procedimientos expropiatorios del artículo 52 de la LEF se limita al momento mismo de la declaración de la urgencia, sin que pueda proyectar sus efectos anulatorios sobre circunstancias ulteriores que eventualmente puedan contradecir la urgencia real de la expropiación así decretada.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Para redactar la presente crónica se han tenido en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Supremo producidos en el cuarto trimestre de 2011 (del 1 de octubre al 31 de diciembre, periodo en el que el Tribunal Supremo ha dictado unas 160 sentencias en materia expropiatoria), de los que se reseña la doctrina más relevante.

2. SUJETOS DE LA EXPROPIACIÓN

- A) **La identificación catastral del sujeto expropiado solo cabe cuando la registral es inexistente o insuficiente**

La **sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2011** (rec. núm. 2086/2008) estima el recurso de casación interpuesto contra una sentencia del Tribunal Superior de

Justicia de la Comunidad de Valencia de 22 de febrero de 2008. El asunto tiene origen en la expropiación de un terreno para la construcción de la red tranviaria de Alicante. Los recurrentes, propietarios del terreno expropiado, sostuvieron que la iniciación del procedimiento expropiatorio fue incorrectamente notificada, ya que se hizo en el domicilio de quien aparecía como propietario en el Catastro. Por ello, solicitaron la retroacción de las actuaciones, que les fue denegada mediante resolución de la entidad pública Ferrocarriles de la Generalidad Valenciana de 22 de marzo de 2006, confirmada en reposición el 11 de mayo siguiente. Acudieron entonces a la vía jurisdiccional, donde su pretensión fue desestimada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia antes citada.

La cuestión litigiosa era si la notificación de iniciación del procedimiento expropiatorio debe dirigirse, al menos en un primer momento, a quien aparece como propietario del terreno expropiado en el Registro de la Propiedad. La sentencia de instancia omitió pronunciarse sobre este extremo, crucial para acoger o rechazar la pretensión de los recurrentes, incurriendo en incongruencia omisiva que es apreciada por el Tribunal Supremo para casar la sentencia y resolver la referida cuestión del siguiente modo:

«el problema a dilucidar es, como se ha visto, si es lícito utilizar la información catastral para identificar a la persona —con su correspondiente domicilio— a quien se debe notificar la iniciación del procedimiento expropiatorio.

La respuesta es, sin sombra de duda, que ello sólo es legalmente posible de manera subsidiaria. El apartado segundo del art. 3 LEF establece: “Salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente, o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales o, finalmente, al que lo sea pública y notoriamente”. Pues bien, siendo pacífico que el Registro de la Propiedad es un registro público que produce presunción de titularidad y que el Catastro es un registro fiscal, es claro que, a efectos de determinar la persona con quien debe seguirse el procedimiento expropiatorio, sólo cabe acudir a la información catastral cuando la registral sea inexistente o insuficiente. No es legalmente posible acudir de entrada a los datos obrantes en el Catastro.

No se procedió así en el presente caso, pues se acudió directamente a la información catastral sin utilizar previamente que la registral y, precisamente por esta razón, la notificación de iniciación del procedimiento expropiatorio fue defectuosa. Ello impidió a quien aparecía como titular registral del terreno expropiado —así como a los posteriores adquirentes del mismo— realizar las actuaciones que estimaran pertinentes para la defensa de sus intereses. De aquí que las resoluciones de la entidad pública Ferrocarriles de la Generalidad Valenciana de 22 de marzo y 11 de mayo de 2006 deban ser anuladas, ordenando la reposición del procedimiento expropiatorio al momento en que ha de hacerse la notificación de su iniciación a los propietarios afectados».

Así pues, para el Tribunal Supremo es claro que la identificación catastral del sujeto expropiado solo cabe cuando la registral es inexistente o insuficiente, por lo que la primera es una vía subsidiaria y no alternativa a la segunda; de modo que acudir al Catastro para identificar al sujeto expropiado hace defectuosa la notificación de de la iniciación del procedimiento expropiatorio.

3. CAUSA EXPROPRIANDI

A) Efectos de la anulación del Plan urbanístico que prevé una expropiación sobre la declaración de utilidad pública de la misma

La **sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2011** (rec. núm. 3023/2008) resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Colindres (Cantabria) contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Cantabria de 18 de abril de 2008. Los antecedentes del caso se refieren a la previsión de una expropiación asistemática prevista en el Plan General de Ordenación Urbana de Colindres de 1999 a fin de obtener para la ciudad el palacete de Villa Luz. En cumplimiento de esta previsión, el Ayuntamiento de Colindres acordó la expropiación y los propietarios acabaron impugnando el justiprecio fijado en casi 1,5 millones de euros en vía contencioso-administrativa.

En ese proceso, el Ayuntamiento no se limitó a oponerse al incremento del justiprecio pretendido por los expropiados, sino que solicitó que el recurso contencioso-administrativo fuese declarado inadmisibile por falta de acto administrativo susceptible de impugnación. La razón aducida era que el Tribunal Supremo, mediante sentencia de fecha 18 de diciembre de 2005, había confirmado en casación la nulidad del Plan General de Ordenación Urbana de Colindres de 1999; nulidad que en su día, a instancia de cierta asociación ecologista, había sido declarada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. La anulación con carácter definitivo del Plan General —acaecida unos meses después de que se adoptase el acuerdo del Jurado— debía arrastrar consigo, a juicio del Ayuntamiento, todo el procedimiento expropiatorio, incluido el acuerdo del Jurado que fija el justiprecio.

La sentencia de instancia negó que el recurso contencioso-administrativo fuese inadmisibile por tres razones. En primer lugar, porque el Plan General también había sido impugnado por los expropiados, que —a diferencia de la asociación ecologista— vieron desestimada su pretensión anulatoria. De aquí infiere el Tribunal a quo que el Plan General que contenía la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios era válido con respecto a la expropiación de la finca Villa Luz. En segundo lugar, esgrime que el Ayuntamiento de Colindres, lejos de recurrir el acuerdo del Jurado, mostró expresamente su conformidad con el mismo cuando le fue notificado. Y, con alcance más general, afirma en tercer lugar que «la nulidad del Plan General de Ordenación Urbana de Colindres de 1999 que prevé la expropiación de la finca Villa Luz no conlleva la nulidad de la expropiación forzosa del citado inmueble», citando en apoyo de esta aseveración la jurisprudencia anterior de la propia Sala así como el artículo 73 de la LJCA, que prevé que la anulación de una disposición general no implica la invalidez de los actos administrativos firmes que la hubieran aplicado.

Frente a esta interpretación, el Tribunal Supremo recuerda su consolidada doctrina a propósito de efectos radicales y *erga omnes* de la nulidad de un Plan sobre las expropiaciones previstas en el mismo, que le lleva a estimar el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento, y así afirma que

«Contrariamente a lo que dice la sentencia impugnada, es jurisprudencia constante que la desaparición de la declaración de utilidad pública —cualesquiera que sean la causa que la

determine y el momento en que se produzca— trae consigo la invalidez de todo lo actuado en el procedimiento expropiatorio, lo que incluye el justiprecio fijado por el acuerdo del Jurado. La razón es sencillamente que sin *causa expropriandi* no hay finalidad que justifique la privación de bienes o derechos por parte de la Administración. Véase, en este sentido, la detallada exposición de dicha doctrina jurisprudencial que se recoge en la reciente sentencia de esta Sala de 22 de junio de 2001 (recurso de casación núm. 4271/2007).

Así, en el presente caso, dado que la nulidad del Plan General que legitimaba la expropiación de la finca Villa Luz había sido declarada mediante sentencia firme, la Sala de instancia habría debido extraer las oportunas consecuencias y constatar que el acuerdo del Jurado —cuya impugnación era el objeto de cognición— había perdido validez, con la consiguiente pérdida de objeto del proceso. Al no haberlo hecho así, la sentencia impugnada efectivamente infringe la mencionada jurisprudencia, por lo que el motivo primero debe ser estimado y la sentencia impugnada debe ser anulada.

Para disipar cualquier posible malentendido, conviene hacer dos observaciones adicionales. Por un lado, la anterior conclusión no puede verse enervada, como parece entender la sentencia impugnada, por la circunstancia de que el Ayuntamiento de Colindres no impugnase el acuerdo del Jurado cuando le fue notificado. Ello es ahora irrelevante. De entrada, el Tribunal Supremo sólo confirmó definitivamente la nulidad del Plan General cinco meses después de que el Jurado adoptase el acuerdo de fijación del justiprecio, por lo que el Ayuntamiento de Colindres no pudo considerar la utilización de ese argumento impugnatorio dentro del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo. Y además, no cabe pasar por alto que el recurso contencioso-administrativo de las expropiadas perseguía un incremento muy notable de la cuantía del justiprecio con respecto a la establecida por el acuerdo del Jurado. Esto permite concluir que, incluso si se admitiera a efectos puramente argumentativos que el Ayuntamiento de Colindres se había aquietado frente al justiprecio fijado por el acuerdo del Jurado, no podría decirse lo mismo con respecto a la pretensión formulada en la instancia por las expropiadas; y, así las cosas, la decisión de no recurrir el acuerdo del Jurado utilizando el mencionado argumento de la desaparición de la causa *expropriandi* no puede interpretarse como un obstáculo para esgrimir legítimamente dicho argumento cuando, en condición de codemandado, hay que combatir la pretensión de obtener un justiprecio muy superior al fijado por el acuerdo del Jurado».

El Tribunal Supremo apostilla que la alusión que la sentencia impugnada hace al artículo 73 de la LJCA para justificar la subsistencia de la declaración de utilidad pública de la expropiación está fuera de lugar, ya que dicho precepto salva del efecto de arrastre que supone la anulación de una disposición general únicamente «los actos administrativos firmes que los hayan aplicado», y el acuerdo del Jurado carecía de firmeza desde el momento mismo en que era el objeto del recurso contencioso-administrativo del que ha acabado conociendo el Tribunal Supremo.

4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Un proyecto de obras carente de la relación de bienes y derechos afectados no deja de constituir, por esa sola razón, una declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios

La **sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2011** (rec. núm. 404/2008) resuelve el recurso de casación deducido frente a la sentencia de lo contencioso-adminis-

trativo de la Audiencia Nacional, de 27 de noviembre de 2007, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una serie de propietarios contra una Resolución del Director General de Costas de 16 de junio de 2005, dictada por delegación del Ministro de Medio Ambiente, que declaraba de utilidad pública la expropiación de unos terrenos para destinarlos a paseo marítimo.

Los antecedentes del caso se remontan a una Resolución del Director General de Costas de 10 de junio de 2003 que aprobó el proyecto de ejecución del paseo marítimo de La Antilla, localidad costera ubicada en el término municipal de Lepe (Huelva), que llevaba aparejada la utilidad pública a efectos expropiatorios. Dicho proyecto no contenía una relación de bienes y derechos afectados. Más tarde, la Resolución del Director General de Costas de 16 de junio de 2005 antes mencionada acordó «la declaración en concreto de utilidad pública para el fin de protección integral del dominio público marítimo terrestre, así como la iniciación de los trámites legales para la expropiación forzosa de las fincas que se relacionan en el anejo adjunto». Se abrió entonces un trámite de información pública, en que varios de los propietarios afectados presentaron alegaciones. Como antes se ha dicho, la Resolución de 16 de junio de 2005 fue objeto de impugnación ante la Audiencia Nacional, sosteniendo en dicha sede los recurrentes que la declaración de necesidad de ocupación, hecha por aquella primera resolución de 10 de junio de 2003, debía entenderse nula por no haberse acompañado, tal como exigen los artículos 17 de la LEF y 45 de la Ley de Costas, de la oportuna relación de bienes y derechos afectados; y, al ser nulo el acto declarativo de la *causa expropiandi*, la posterior Resolución de 16 de junio de 2005 por la que se declara la necesidad de ocupación de bienes concretos carecía, en opinión de los recurrentes, de causa de utilidad pública.

La sentencia de instancia desestima la pretensión de los recurrentes sosteniendo, en esencia, que la segunda resolución inicia efectivamente el procedimiento expropiatorio y subsana la primera. De aquí se deriva que los recurrentes no sufrieron indefensión alguna como consecuencia de la ausencia de declaración de bienes y derechos afectados en la resolución que llevaba aparejada la utilidad pública a efectos expropiatorios. Frente a esta sentencia dedujeron los propietarios recurso de casación, argumentando en uno de sus motivos la infracción del artículo 45.2 de la Ley de Costas (según el cual, «la aprobación de dichos proyectos llevará implícita la necesidad de ocupación de los bienes y derechos que, en su caso, resulte necesario expropiar. A tal efecto, en el proyecto deberá figurar la relación concreta e individualizada de los bienes y derechos afectados, con la descripción material de los mismos») con apoyo en el mismo argumento esgrimido en la instancia: que la primera Resolución ministerial debía entenderse ineficaz por no adjuntar la relación de bienes y derechos afectados, lo que a su vez determina la nulidad de la segunda Resolución por tratarse de una declaración de necesidad de ocupación carente de una previa declaración de utilidad pública.

El Tribunal Supremo desestima el motivo de casación afirmando que del apartado 2.º del artículo 45 de la Ley de Costas

«se sigue sin sombra de duda, que un proyecto de obras en la costa carente de la relación de bienes y derechos afectados no lleva implícita la necesidad de ocupación; y ello determina, como es obvio, la imposibilidad de iniciar el procedimiento expropiatorio, que, tal como ordena el art. 19 LEF, ha de comenzar precisamente con el acuerdo de necesidad de ocu-

pación. Ahora bien, de aquí no se sigue que un proyecto de obras en la costa carente de la relación de bienes y derechos afectados no constituya, por esa sola razón, una declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios. La utilidad pública, como es bien sabido, está implícita en los planes de obras y servicios del Estado a tenor del art. 10 LEF.

No está de más recordar que, mientras la utilidad pública se refiere a la obra o servicio que legitima la expropiación y constituye así la llamada *causa expropriandi*, la necesidad de ocupación se refiere a los bienes o derechos que deben ser expropiados para la realización de la obra o servicio y determina así el objeto de la expropiación. La ley permite que, siempre que lleve incorporada una relación de bienes y derechos afectados, el acto que declara la utilidad pública surta además efecto como declaración de necesidad de ocupación de dichos bienes y derechos, dando así inicio al procedimiento expropiatorio. Esto es lo dispuesto con alcance general por el apartado segundo del art. 17 LEF, así como para su sector específico por el arriba transcrito apartado segundo del art. 45 de la Ley de Costas. Dicho esto, el acto que declara la utilidad pública, como bien dice la sentencia impugnada, no puede entenderse ineficaz o inválido por no ir acompañado de una relación de bienes y derechos afectados. La única consecuencia de esta carencia será la imposibilidad de que esa utilidad pública se materialice en la iniciación de un expediente expropiatorio; pero, dado que nada impide —más bien se trata de la secuencia normal, a la vista del art. 15 LEF— que la declaración de necesidad de ocupación se haga con posterioridad a la declaración de utilidad pública, es claro que un proyecto de obras o servicios carente de la relación de bienes y servicios afectados podrá operar como *causa expropriandi* tan pronto como se apruebe dicha relación y, por supuesto, sólo a partir de este momento.

Esto último es precisamente lo ocurrido en el presente caso, en que la primitiva resolución de 10 de junio de 2003, declarativa de la utilidad pública, pudo desplegar toda su eficacia gracias a la nueva resolución de 16 de junio de 2005, declarativa de la necesidad de ocupación de determinados terrenos, debiendo entenderse, como no podría ser de otro modo, que es esta segunda resolución la que da inicio al procedimiento expropiatorio.

No ha habido, en suma, ninguna infracción del art. 45 de la Ley de Costas. Tampoco la ha habido de los arts. 65 y 66 LRJ-PAC, relativos a la conversión de actos viciados y a la conservación de trámites; y ello sencillamente porque, como queda dicho, no hay ninguna razón para sostener que, por el mero hecho de no ir acompañada de una relación de bienes y derechos afectados, la resolución de 10 de junio de 2003 sea inválida o ineficaz. Si a ello se añade que, una vez aprobada la relación de bienes y derechos afectados mediante la resolución de 16 de junio de 2005, se abrió el preceptivo trámite de información pública, ninguna vulneración del art. 19 LEF se ha producido ni, por supuesto, se ha ocasionado indefensión a los recurrentes.

Para dejar totalmente aclarado el problema examinado, conviene destacar que tal vez se hubiese llegado a conclusión distinta si el reproche hecho a la resolución de 10 de junio de 2003, en vez de consistir en la falta de una relación de bienes y derechos afectados, hubiera consistido en alguna infracción de la legalidad que hubiese viciado la declaración de utilidad pública en sí misma considerada. En esta hipótesis, no habría habido *causa expropriandi* y, por consiguiente, la posterior declaración de necesidad de ocupación de determinados terrenos habría carecido de fundamento. Pero no es esto lo sostenido por los recurrentes, ni en la instancia ni en sede casacional».

B) El control judicial de la motivación de la urgencia en los procedimientos expropiatorios del artículo 52 de la LEF se limita al momento mismo de la declaración de la urgencia, sin que pueda proyectar sus efectos anulatorios sobre circunstancias posteriores que eventualmente puedan contradecir la urgencia real de la expropiación así decretada

Son muchas las veces que nos hemos ocupado de la importante y meritoria jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha ido conteniendo los indeseables efectos de merma de garantías que produce el indiscriminado y abusivo recurso a la expropiación de urgencia. En este contexto, el Tribunal Supremo ha insistido en que para poder declarar la urgente ocupación de los bienes afectados por una expropiación es preciso acreditar las circunstancias de excepcionalidad que permiten acudir al procedimiento del artículo 52 de la LEF. Como consecuencia lógica de ello, la jurisprudencia exige la necesidad de motivar debidamente el acuerdo que declare la urgente ocupación, en el entendido de que es sobre todo en la motivación donde se concreta el control judicial de la discrecionalidad de la Administración para apreciar la concurrencia de los presupuestos que determinan la legalidad de la declaración de urgencia, permitiendo, así, detectar la ausencia de desvíos o arbitrariedades en la misma. Ello significa reconocer una dimensión más incisiva del requisito de la motivación como presupuesto legitimador del recurso al procedimiento expropiatorio de urgencia. Tanto es así, que hemos podido deducir de la abundante jurisprudencia producida sobre el particular que el control judicial opera en un doble plano: uno interno, el que atiende a la coherencia de la decisión misma de recurrir al procedimiento del art. 52 de la LEF en atención de los presupuestos de hecho que lo justifican; y otro plano más dinámico o externo, que se proyecta temporalmente y que se refiere a la necesaria coherencia «externa» que ha de guardar la declaración de la urgencia con la actuación administrativa subsiguiente.

En este orden de consideraciones es de interés la **sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2011** (rec. núm. 6550/2008), que resuelve el recuso de casación formulado contra una sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 10 de noviembre de 2008, estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por los propietarios de unos terrenos comprendidos en el proyecto de obra relativo al cierre del anillo insular de Tenerife por su lado norte. La sentencia de instancia había estimado el recurso declarando la nulidad de la urgencia decretada por entender que aunque la motivación de la urgencia en el proyecto debatido constaba de forma suficiente en el mismo, las concretas y azarosas circunstancias de su ejecución, prevista en etapas temporales y con una fase previa de desbroce y preparación del terreno (que no se produjo sino cabo de un año de la ocupación del mismo), contradecían —a juicio del Tribunal *a quo*— la necesidad de acudir al procedimiento de urgencia.

Frente a ello, el Tribunal Supremo sostiene que en el Decreto del Gobierno canario que decretó la urgencia en el caso examinado

«se constata que ésta obedece a la necesidad de ejecutar a la mayor brevedad las obras contempladas en el citado proyecto para solucionar los graves problemas de seguridad vial que padecen las carreteras TF-82 y TF-47, cuyo bajo nivel de servicio lo residencia en la antigüedad de su trazado e insuficiencia de sus secciones transversales, en la alta intensidad de tráfico y en la abundancia de travesías, además de que la nueva carretera servirá además para la zona en que se implanta para las otras comarcas de la isla, al facilitar el tránsito de

personas y bienes, lo que incrementará su desarrollo económico y social. Esto es, se trata de solucionar no solo los problemas de seguridad de las vías afectadas sino de incrementar el nivel de servicio de dichas vías a fin de propiciar el desarrollo económico y social de varias comarcas de la Isla.

Pues bien, siendo la precedentemente expresada la motivación del Decreto justificativo de la urgencia, mal puede sostenerse que no esté motivado o cuestionarse que la justificación ofrecida no es de suficiente entidad para tener por explicitadas las circunstancias que determinan acudir al procedimiento excepcional de urgencia previsto en el artículo 52 de la LEF.

Prevista la utilización de este procedimiento solo para aquellos supuestos en que se acredite la concurrencia de circunstancias de carácter excepcional que obliguen a la administración a hacer uso de esta vía, el Decreto explicita la urgencia de la construcción de la carretera en términos tales que vienen a justificar que su perentoria ejecución no puede amoldarse a los trámites del procedimiento ordinario (...) sin que vicisitudes posteriores a la declaración de urgencia permitan otra solución.

(...) Ello es así porque el examen de la validez del acuerdo de declaración de urgencia debe atender al momento en que se adopta, mediante la comprobación de que concurren las circunstancias de carácter excepcional que aconsejan acudir a ese procedimiento y de que la motivación expresada al efecto es suficiente, esto es, sin que de un retraso en el inicio de las obras pueda inferirse sin más un desmentido de las razones que justificaron la urgencia, cuando de la motivación no surgen dudas sobre su adecuada declaración».

Se comprenderá que quienes hemos defendido el mayor rigor en el control del recurso al procedimiento expropiatorio de urgencia y que a la declaración de urgencia se le debe exigir razonabilidad y coherencia tanto en un plano intrínseco o interno, como externo o dinámico, prolongando en el tiempo y en las circunstancias que concurren en la ejecución de la expropiación el control judicial del presupuesto de la excepcionalidad y de la urgencia, nos sentimos más cautivados por el razonamiento de instancia en este caso que por el del Tribunal Supremo, que se limita a un análisis estático (fotográfico, podría decirse) de la declaración de urgencia que prescinde de su contraste en el tiempo; lo que ha de considerarse un planteamiento —frente al de instancia— más pacato del control de la discrecionalidad en la puesta en práctica de un procedimiento de efectos tan devastadores sobre las garantías de la expropiación como el del artículo 52 de la LEF. Creemos, en efecto, que la doctrina sostenida por el Tribunal *a quo* es la adecuada por vía de principio, aunque podría ser excepcionada caso de que fueran circunstancias objetivas e imprevisibles las que frustraran la materialización de lo previsto por vía de urgencia, caso en el que la motivación mantendría su valor. Pero como en el presente supuesto no parece que hayan concurrido tales circunstancias objetivas, entendemos que por muy bien que esté razonada en el expediente la razón de la urgencia, tal razonamiento queda vacío de contenido si la Administración no actúa luego en consonancia con lo declarado.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.
 - A) **Responsabilidad sanitaria: criterio de la *lex artis ad hoc* y casos en que procede la indemnización.**
 - B) **Accidentes de tráfico.**
 - C) **Daños al honor, a la intimidad y a la imagen por la publicidad del inicio de procedimientos por infracción y por la vulneración del secreto de sumario: responsabilidad inexistente.**
 - D) **Daños sufridos por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones: obligación de soportar el daño salvo en los supuestos en que deriva de un funcionamiento anormal del servicio.**
 3. DAÑO INDEMNIZABLE. PÉRDIDA DE VIVIENDA POR ORDEN DE DEMOLICIÓN SUBSIGUIENTE A LA ANULACIÓN DE LA LICENCIA DE OBRAS: CUANTÍA DEL DAÑO MORAL.
 4. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. APLICACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LAS INSTALACIONES QUE INCIDEN EN EL MEDIO AMBIENTE, CREADO POR LA LEY BALEAR 12/1991, DE 20 DE DICIEMBRE, Y POSTERIORMENTE DECLARADO INCONSTITUCIONAL: IMPROCEDENCIA DE INDEMNIZACIÓN POR LOS EFECTOS *EX NUNC* DADOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica ofrece al lector un surtido de sentencias sobre asuntos muy caracterizados por su frecuencia en la práctica diaria de la institución de la responsabilidad, razón por la que su lectura es ante todo útil como casuística a tener en cuenta. Ocioso es decir que el ámbito donde especialmente opera la garantía es el de la responsabilidad sanitaria con ese su sesgo culpabilístico que conlleva la aplicación del criterio de la *lex artis*. Junto a ello, el campo de los accidentes de tráfico es especialmente propicio para poner a prueba la relación de causalidad en concomitancia con la culpa de la víctima, muy frecuente en estos casos; y de ello da cuenta la crónica señalando algunas sentencias muy significativas al respecto.

Pero lo más destacable de la jurisprudencia seleccionada en este número es la recaída sobre la responsabilidad posible por la difusión de noticias dimanantes de asuntos bajo secreto de sumario o sujetos al deber de sigilo, y su frecuente colisión con el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, cuestión esta sujeta a un equilibrio que no es fácil de establecer apriorísticamente y que exige ponderar con mucho tiento la considerable gravedad del daño para el perjudicado y su mucha fuerza para condicionar su desarrollo personal futuro.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) Responsabilidad sanitaria: criterio de la *lex artis ad hoc* y casos en que procede la indemnización

Como bien sabe el fiel lector de estas crónicas, los casos de reclamación por daños derivados de la asistencia sanitaria ocupan la proporción más elevada de entre todos los géneros de la responsabilidad administrativa. El criterio clave es el del cumplimiento o no de la llamada *lex artis ad hoc*, que puede referirse a deficiencias de todo tipo dentro de la actuación médica. Traemos a colación los casos de sentencias estimatorias recaídas en este período (que son minoría respecto a las de signo desestimatorio) para poner de relieve que el citado criterio (con un evidente criterio culpabilista) puede conectarse a acciones u omisiones de diversa índole: un error de diagnóstico (como en el caso de la **STS de 10 de mayo de 2011**, Ar. 4111, en que del error se derivó una falta de tratamiento inmediato de la patología; o de la **STS de 29 de junio de 2011**, Ar. 5615, que provoca el nacimiento de un niño con una enfermedad genética que no fue advertida durante el embarazo, generando un daño moral, al privar a su madre del derecho a abortar, y patrimonial, por los gastos derivados de la atención y cuidado del menor); un diagnóstico tardío (es el caso de las **STS de 25 de mayo de 2011**, JUR 213610, y **de 15 de junio de 2011**, Ar. 5371); la falta de información previa al consentimiento para una intervención quirúrgica (**STS de 19 de mayo de 2011**, Ar. 4465); la deficiente asistencia sanitaria (**STS de 6 de abril de 2011**, Ar. 3491, en caso un caso de asistencia ginecológica), etc. En algunos casos, la exigencia se torna ciertamente elevada y cuestionable, incluso a la luz de la propia jurisprudencia. Así, en la **STS de 7 de junio de 2011**, Ar. 5090, en que «independientemente de que la rehabilitación pretendida no se encuentre comprendida en la cartera de servicios del Insalud, no se le debió denegar a la paciente el tratamiento rehabilitador necesario derivado de la asistencia sanitaria realizada a fin de poder recuperarse satisfactoriamente de las intervenciones quirúrgicas y evitar de ese modo los sufrimientos y dolores físicos y psíquicos que padeció posteriormente durante unos años por la extracción de las muelas del juicio». O en la **STS de 14 de junio de 2011**, Ar. 5294, en que se responsabiliza a la Administración de los daños derivados de una infección hospitalaria considerando que es ésta la que tiene que probar que actuó con la diligencia exigible en orden a evitar la infección hospitalaria.

B) Accidentes de tráfico

Otro de los campos clásicos de planteamiento de reclamaciones de responsabilidad lo constituye los accidentes de tráfico. En estos casos, casi siempre se pone en juego la causalidad

indirecta por omisión y, en no pocas ocasiones, la concurrencia de causas con la propia actuación de la víctima. Un tema recurrente es el de la valoración que, a estos efectos, tiene la existencia o inexistencia de biondas (barreras metálicas de protección), que suele jugar en la argumentación de los reclamantes con sentido opuesto según se trate de un accidente de automóvil o de moto): para los reclamantes, para argumentar que la inexistencia de tales defensas está en la causa del daño, en los de automóvil, o que la existencia es la que lo provocó (en los de moto, por el «efecto cuchilla» que producen algunos modelos). Además, hay que destacar que un elemento clave a tomar en consideración es el valor de los atestados de la Guardia Civil y otras autoridades de tráfico a los efectos de determinar las circunstancias y causas —muchas veces, indiciarias— del accidente, así como la consideración acerca de la peligrosidad del tramo en que tiene lugar el accidente (y la recurrencia de éstos), a veces manifestada en su consideración como «punto negro» o en la adopción de medidas de reforzamiento de la seguridad subsiguientes al accidente en cuestión.

En el período de esta crónica pueden destacarse las **SSTS de 13 de abril de 2011, Ar. 3214** (accidente de moto con impacto contra una bionda que produce una lesión medular; el Tribunal estima que la velocidad del accidentado era inadecuada pero no temeraria, por lo que hay concurrencia de causas que llevan a indemnizar la mitad de la cuantía del daño); **de 15 de abril de 2011, Ar. 3532** (accidente de automóvil al salirse el vehículo de la calzada, en que se alega que no existían señales de estrechamiento de calzada y escalón lateral ni biondas; el Tribunal considera, a la vista del atestado, que el accidente tuvo lugar en un tramo en que no concurrían circunstancias de especial peligrosidad ni era considerado un «punto negro» —y ello pese a que a resultas del accidente se incrementaran las medidas de seguridad— y se debió a una maniobra incorrecta del conductor y a su exceso de velocidad); **de 4 de mayo de 2011, Ar. 3918** (accidente de automóvil, en el que se argumenta que la bionda actuó como rampa para que el vehículo saliera proyectado; el Tribunal estima que las recomendaciones sobre seguridad sólo imponían una diferente configuración de las mismas para las carreteras de nueva construcción o remodeladas, que no era el caso); **de 17 de junio de 2011, Ar. 5814** (accidente de automóvil, el Tribunal afirma que concurren un exceso de velocidad y la falta de señalización adecuada, por lo que aminora la indemnización y establece, en la parte reconocida, la responsabilidad solidaria de la Administración y de la empresa de mantenimiento); o **STS de 28 de junio de 2011, Ar. 5593** (accidente de automóvil que el reclamante trata de vincular a una deficiente señalización de obras; el Tribunal interpreta que no se acredita dicha deficiencia y sí la velocidad excesiva del vehículo).

C) Daños al honor, a la intimidad y a la imagen por la publicidad del inicio de procedimientos por infracción y por la vulneración del secreto de sumario: responsabilidad inexistente

Una tipología de casos que no es frecuente en los repertorios de jurisprudencia en materia de responsabilidad es la referida a las reclamaciones por vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y/o a la propia imagen derivada de la revelación por las autoridades competentes del inicio de procedimientos sancionadores referidos a un sujeto identificado o identificable. Sin embargo, en el período considerado el Tribunal Supremo ha dictado tres sentencias sobre esta cuestión, todas ellas desestimatorias.

La primera de ellas es la **STS de 19 de abril de 2011**, Ar. 3645. El caso es el de una nota de prensa publicada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la que se informaba de la interposición de una denuncia penal por actuaciones del presidente del Consejo de Administración de una empresa que podían ser constitutivas de delito de alteración del precio de las acciones. Posteriormente se archivaron las actuaciones penales y esta persona reclamó por daños morales y pérdida de valor de las acciones. El Tribunal Supremo considera que entre las funciones legales de la CNMV está el velar «por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines», que amparan en abstracto la publicación de una nota de prensa como ésta y que, por ende, la antijuridicidad o no del hipotético daño, o lo que es igual, el deber jurídico o no de soportarlo, depende de que el análisis y valoración de las circunstancias concretas que acontecían en el supuesto de que se trata hicieran razonable o no tal publicación, que el tribunal de instancia consideró que justificaban la publicidad y que el Tribunal Supremo respeta al moverse en los límites que impone el respeto a la limitación de sus facultades casacionales.

El segundo pronunciamiento es la **STS de 4 de mayo de 2011**, Ar. 3919. En este caso se trata de una nota de prensa emitida por una Jefatura Superior de Policía que daba cuenta de la detención de un agente de la policía por su presunta implicación en un homicidio. El afectado alegaba vulneración del derecho al honor e intimidad de la persona y del secreto del sumario. El Tribunal Supremo descarta el derecho a indemnización, por considerar que la nota de prensa que facilitó la policía se limitó a trasladar a la opinión pública que se había procedido a la detención de un policía del que se facilitaban las iniciales de su nombre y apellidos, su edad, su destino y la razón de la detención que consistía en «su presunta implicación en la muerte» de una persona cuyo nombre, apellidos y profesión se mencionaban, así como su residencia, a lo que añadía la nota la fecha y el lugar del suceso, y que se cerraba afirmando que el Juzgado de Instrucción competente había declarado el secreto del sumario. Siendo una información cierta y veraz con relevancia pública y habiéndose procedido a la sustitución del nombre por sus iniciales, no se ha vulnerado el honor, la intimidad ni el secreto sumarial y no cabe, pues, hablar de daño antijurídico.

Finalmente, la **STS de 14 de junio de 2011**, Ar. 5295, tiene también como presupuesto la nota de prensa de la Guardia Civil y las posteriores filtraciones del sumario por parte de la policía con el consiguiente eco en los medios de comunicación. Se trataba de una detención por presuntos delitos de estafa, falsedad y falsificación de placas de matrícula de integrantes de una red de delincuencia organizada. En la nota de prensa figuraba el nombre e iniciales de los apellidos y otros datos identificativos. El Tribunal Supremo acude a la jurisprudencia constitucional sobre la relevancia de la información que afecta a actuaciones relacionadas con la seguridad pública y entiende que no se ha acreditado el origen de las filtraciones, por lo que desestima la demanda.

Como puede verse, el Tribunal Supremo parece instalado en una línea que privilegia la libertad de información (siempre que se mueva en sus límites constitucionales de veracidad y relevancia) sobre el derecho a la intimidad. No obstante, hay que tener en cuenta que el conocimiento público de datos relativos a la posible comisión de infracciones penales supone una seria injerencia en el derecho a la intimidad (no por casualidad este tipo de datos

tiene la calificación de «especialmente protegidos» en la normativa sobre protección de datos), pues puede condicionar de modo muy notable la vida social de las personas afectadas, sobre todo cuando el cruce de información convierte las iniciales en el nombre y apellidos de una persona identificada. En estos casos, las repercusiones pueden ser muy serias, tanto a corto plazo como a largo, cuando la información se publica en los medios y permanece en ellos ya de por vida al alcance de cualquiera con sólo introducir el nombre en un motor de búsqueda. Se trata, pues, de una materia en la que hay que reflexionar y ponderar los bienes en conflicto y extraer consecuencias sobre el alcance y el modo de dar la información, pues las posibilidades son muchas (sin mención de nombre ni iniciales, sólo con iniciales, con nombres y apellidos, incluyendo o no fotografías...) y sus repercusiones muy variadas en la esfera de privacidad de la persona y en las ulteriores posibilidades de libre desenvolvimiento de la personalidad. Máxime cuando en muchas ocasiones la posterior absolucón no tiene el mismo (o ningún) eco y el daño, por así decirlo, está hecho y sin posibilidad de enmienda.

D) Daños sufridos por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones: obligación de soportar el daño salvo en los supuestos en que deriva de un funcionamiento anormal del servicio

Un principio firmemente asentado en la jurisprudencia es que los empleados públicos están obligados a soportar los daños que sufran como consecuencia de la actualización de los riesgos inherentes a sus funciones. En el período de esta crónica, es el caso de la **STS de 19 de abril de 2011**, Ar. 3644, que enjuicia la reclamación de un policía nacional por las lesiones sufridas en un atentado terrorista consistente en la colocación de un coche bomba. Desestima la demanda ante la inexistencia de anormalidad en el servicio público.

Ahora bien, si concurre un funcionamiento anormal del servicio sí habrá de indemnizarse. Es el caso de la **STS de 21 de junio de 2011**, Ar. 5509, que considera que unas condiciones laborales indignas en el funcionamiento de la oficina judicial, que provocan depresiones, enfermedad y jubilación por incapacidad han de ser indemnizadas por funcionamiento anormal. Todo ello, al margen de las pensiones extraordinarias a las que se tenga derecho.

3. DAÑO INDEMNIZABLE. PÉRDIDA DE VIVIENDA POR ORDEN DE DEMOLICIÓN SUBSIGUIENTE A LA ANULACIÓN DE LA LICENCIA DE OBRAS: CUANTÍA DEL DAÑO MORAL

Una cuestión de interés que no es frecuente encontrar en los repertorios de jurisprudencia del Tribunal Supremo es cómo valorar el daño moral (al margen ahora del patrimonial) consistente en la obligación de demolición de una vivienda por anulación de la licencia de obras. En sus **SSTS de 31 de mayo de 2011**, Ar. 4865, y **de 1 de junio de 2011**, JUR 213608, reconoce que no es posible aplicar criterios objetivos y distingue en función de que se trate de la vivienda habitual o de una segunda residencia, dando un mayor valor al primero que al segundo (de 12.000 y 9.000 euros, respectivamente, esto es, de un 75% al segundo respecto del primero).

4. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. APLICACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LAS INSTALACIONES QUE INCIDEN EN EL MEDIO AMBIENTE, CREADO POR LA LEY BALEAR 12/1991, DE 20 DE DICIEMBRE, Y POSTERIORMENTE DECLARADO INCONSTITUCIONAL: IMPROCEDENCIA DE INDEMNIZACIÓN POR LOS EFECTOS *EX NUNC* DADOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La **STS de 27 de mayo de 2011**, Ar. 5675, vuelve sobre un tema que ha tenido una presencia muy significativa a lo largo de los ya largos años de realización de estas Crónicas: la responsabilidad del Legislador. El lector veterano ha asistido a la par que los redactores al nacimiento, evolución y perfeccionamiento de esta doctrina jurisprudencial creativa y muy argumentada, en la que están en juego toda una pluralidad de complejas y apasionantes cuestiones como el alcance de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, el margen de apreciación que tiene la jurisdicción ordinaria para pronunciarse sobre esa cuestión, el principio de cosa juzgada formal y material, la firmeza de los actos, el principio de acto consentido, la efectividad de la tutela judicial y de la garantía indemnizatoria...

No es este lugar, por ello, tanto de reiterar la ya perfilada doctrina jurisprudencial como de constatar su aplicación a un caso concreto: el de solicitud de revisión de oficio y de responsabilidad patrimonial instada por una empresa que había hecho efectivo un tributo autonómico posteriormente declarado inconstitucional. En este caso, la reclamante no había impugnado en su día la liquidación, y el Tribunal Supremo considera que no procede ni revisarla ni reconocer responsabilidad patrimonial dado que su doctrina establece que, por excepción, cuando el propio Tribunal Constitucional ha establecido expresamente los efectos y consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad, y los ha fijado *ex nunc*, como ocurría en este caso, no cabe ni lo uno ni lo otro.

EMILIO GUICHOT REINA
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA

SUMARIO

1. BASES DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.
 - A) **Corresponde al Estado y no a la Comunidad Autónoma regular los requisitos de promoción interna de los funcionarios de la Administración Local. Policía Local.**
2. ACCESO.
 - A) **La integración automática y directa del personal contratado en régimen de Derecho privado por una Entidad de Derecho Público en una Agencia Pública Empresarial es contraria a los arts. 23.2 y 14 CE.**
 - B) **La normativa de la Unión Europea exige que los Estados miembros excluyan toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos basada en la duración temporal de la relación de servicio de estos últimos.**
 - C) **Es ajustada a Derecho la cobertura de forma interina de determinados puestos con personas que no forman parte de una bolsa de empleo previamente establecida.**
3. DERECHOS RETRIBUTIVOS. COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD.
 - A) **Sin el consentimiento específico del funcionario es imposible proporcionar a los sindicatos información sobre la cuantía que percibe cada uno de ellos.**
4. DERECHOS LABORALES.
 - A) **Mientras que el permiso por parto es un derecho exclusivo de la funcionaria madre, en el permiso por adopción ambos padres son cotitulares.**
5. DERECHOS COLECTIVOS. NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
 - A) **La redistribución y asignación de nuevas funciones a los puestos ya obrantes en la plantilla no requiere ser negociada.**
6. DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS FUNCIONARIOS.
 - A) **Funcionarios que llevan camiseta con lema visible acusatorio contra la Administración: daño al honor y a la dignidad de la Administración.**
7. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS.
 - A) **Plazo para solicitar la excedencia voluntaria por cuidado de hijo.**
8. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO.

- A) **Edad de jubilación más allá de los 70 años: derecho a obtener la prórroga en el servicio activo hasta completar el periodo previsto para generar derecho a pensión de jubilación.**
 - B) **Alcance de la motivación de las decisiones estimatorias o denegatorias de prolongación en el servicio más allá de la edad general de jubilación.**
-

1. BASES DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

A) **Corresponde al Estado y no a la Comunidad Autónoma regular los requisitos de promoción interna de los funcionarios de la Administración Local. Policía Local**

La **STC de 8 de noviembre de 2011**, Pleno, cuestión de inconstitucionalidad, estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada (antes de la entrada en vigor del EBEP) por el TSJ de Cantabria en relación con la disposición transitoria segunda de la Ley del Parlamento de Cantabria 7/1994, de 19 de mayo, de Coordinación de Policías Locales, que establecía una dispensa de un requisito de situación en materia de promoción interna. En este sentido, la STC de 8 de noviembre de 2011 parte de considerar que, tratándose de una dispensa de un requisito de titulación en materia de promoción interna de funcionarios públicos (de la Administración Local, en este caso), dicha regulación debe ser abordada por el Estado. La disposición autonómica mencionada que determina la posibilidad de que los funcionarios de la policía local puedan «(...) participar en un plazo de tres años desde la entrada en vigor en los concursos-oposición de promoción interna con dispensa de un grado del requisito de titulación, siempre que hayan superado o superen los cursos que a tal efecto imparta la escuela Regional de Policía Local de Cantabria» contradice las normas básicas de la LMRFP e incurre en nulidad al invadir el ámbito constitucional que el art. 149.1.18.^a CE reserva al Estado.

2. ACCESO

A) **La integración automática y directa del personal contratado en régimen de Derecho privado por una Entidad de Derecho Público en una Agencia Pública Empresarial es contraria a los arts. 23.2 y 14 CE**

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 2 de noviembre de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso núm. 414/2011, declara la nulidad de la Disposición Adicional Segunda del Decreto 103/2011, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales (según la Ley de Reordenación del Sector Público Andaluz, se trata de una Agencia Pública Empresarial, antes Entidad de Derecho Público denominada Instituto Andaluz de las Artes y las Letras). La Disposición indicada dispone la integración del personal del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras en la Agencia mencionada. Como señala la STSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 2011, la ya referida Disposición Adicional Segunda integra directamente al personal —seleccionado conforme a criterios de Derecho privado— procedente del Instituto Andaluz de las Artes

y las Letras en la Agencia Pública Empresarial (sometida al Derecho Administrativo en cuanto al ejercicio de potestades públicas y demás aspectos previstos por el art. 69.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Junta de Andalucía). En consecuencia, dicho personal pasa a tener automáticamente la condición de personal laboral de la Agencia, quedando así incluido en el ámbito de aplicación del EBEP (art. 2.1), pero al margen de los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen el acceso al empleo público.

B) La normativa de la Unión Europea exige que los Estados miembros excluyan toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos basada en la duración temporal de la relación de servicio de estos últimos

Así deriva de la **STJUE de 8 de septiembre de 2011, Sala Segunda, Asunto C-177/10**, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Sevilla, en el marco de un litigio entre el recurrente (funcionario de carrera de la Junta de Andalucía) y la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, en relación con una resolución de ésta por la que se anulaban determinados actos administrativos relativos a su nombramiento como funcionario de carrera en el Cuerpo General de Administrativos en un proceso de promoción interna. Antes de tomar posesión como funcionario de esta Administración, el demandante en el litigio principal prestó servicios como funcionario interino para la misma. Posteriormente, el funcionario participó en las pruebas selectivas convocadas por el sistema de promoción interna para el ingreso de los funcionarios al Cuerpo General de Administrativos de dicha Administración Pública. Entre otros requisitos a cumplir, según las bases de la convocatoria, los aspirantes habían de estar en posesión o en condiciones de obtener el título de Bachiller Superior o un título equivalente, o, alternativamente, poseer una antigüedad de diez años como funcionario de carrera en cuerpos pertenecientes al Grupo D, o de cinco años y haber superado un curso específico del Instituto Andaluz de Administración Pública. En la Orden de convocatoria se precisaba igualmente que «no serán computables [...] los servicios previos reconocidos como personal interino o laboral en cualquiera de las Administraciones Públicas u otros servicios previos similares».

En respuesta a la cuestión prejudicial planteada sobre la compatibilidad de la disposición referida con la normativa europea, la STJUE de 8 de septiembre de 2011 señala que la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y el Acuerdo marco que figura en el anexo de ésta deben interpretarse en el sentido de que, por un lado, se aplican a las relaciones de servicio de duración determinada y a los contratos celebrados por los órganos de la Administración y el resto de entidades del sector público, y, por otro, exigen que se excluya toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos comparables de un Estado miembro basada en el mero hecho de que éstos tienen una relación de servicio de duración determinada, a menos que razones objetivas, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, justifiquen un trato diferente.

La cláusula 4 de dicho Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada debe interpretarse en el sentido de que se opone a que los períodos de servicio cumplidos por

un funcionario interino de una Administración Pública no sean tenidos en cuenta para el acceso de éste, que entre tanto ha tomado posesión como funcionario de carrera, a una promoción interna en la que sólo pueden participar los funcionarios de carrera, a menos que dicha exclusión esté justificada por razones objetivas, en el sentido del apartado 1 de dicha cláusula. El mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada no constituye tal razón objetiva. En consecuencia, la **SJC-A núm. 12 de Sevilla, de 9 de diciembre de 2011**, recurso núm. 349/2009, concluye que las normas españolas que se opongan al cómputo del período de servicios prestados con carácter interino no pueden ser aplicadas ni por la Administración ni por los tribunales nacionales, por ser contrarias a la Directiva 1999/70. En definitiva, la **SJC-A núm. 12 de Sevilla, de 9 de diciembre de 2011**, señala que la restricción contemplada por las bases de la convocatoria señalada han de considerarse nulas de pleno derecho y sin efecto alguno, debiendo apreciarse tal defecto de oficio, sin necesidad de alegación o impugnación previa por parte del interesado.

C) Es ajustada a Derecho la cobertura de forma interina de determinados puestos con personas que no forman parte de una bolsa de empleo previamente establecida

La resolución del proceso de acceso a la escala de veterinarios del cuerpo facultativo superior de la Xunta de Galicia fue impugnada por algunos de los aspirantes a los que no se les habían valorado como mérito los servicios prestados —mediante contrato administrativo— en diversas campañas de saneamiento ganadero. A consecuencia de la estimación de este recurso y de la ejecución de la sentencia estimatoria, se revocó el nombramiento de 34 de los aspirantes que habían superado el citado proceso. Posteriormente, en aplicación del Decreto 88/2008, por el que se aprobó la oferta de empleo público correspondiente a plazas de personal funcionario y laboral de la Administración de la Comunidad de Galicia para el año 2008, se acordó que esas 34 personas continuasen prestando servicios como funcionarios interinos, al margen de las listas de vinculación temporal reguladas por el Decreto 37/2006. Algunos de los incluidos en las listas mencionadas impugnaron la decisión administrativa referida y su recurso ha sido resuelto —en sentido desestimatorio— por la **STSJ de Galicia de 5 de octubre de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso núm. 946/2008.

Para la Sala mencionada la actuación administrativa objeto de recurso no puede considerarse constitutiva de un supuesto de derogación singular de reglamento ni puede estimarse contraria Derecho por ningún otro motivo. Según señala la **STSJ de Galicia de 5 de octubre de 2011**, hay que tener en cuenta que el precepto impugnado da respuesta a una situación concreta y excepcional que deriva de la necesidad de ejecutar una resolución judicial y, por tanto, no se compadece con la finalidad del Decreto 37/2006, que es la regulación del procedimiento para la cobertura con carácter temporal de puestos incluidos en las relaciones de puestos de trabajo, tanto reservados al personal funcionario como al personal laboral, en tanto no se proceda a su cobertura definitiva, mientras que los 34 aspirantes que ahora importan participaron y superaron un proceso selectivo aunque después quedaron fuera de la relación de aprobados por la circunstancia ya expuesta, siendo además la solución arbitrada para ellos compatible con el concepto de funcionario interino

pues prevé que la continuidad en la prestación del servicio se mantenga hasta su cobertura por los procedimientos establecidos. Añade la Sala que los 34 aspirantes ya referidos demostraron su mérito y su capacidad en un previo procedimiento desarrollado conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y es legítimo que la Administración quiera aprovechar su cualificación. Por último, la STSJ de Galicia de 5 de octubre de 2011 matiza que los recurrentes, integrantes de las listas de vinculaciones temporales, no ostentan ningún derecho subjetivo sobre las plazas litigiosas, sino la simple expectativa de que la Administración les ofrezca temporalmente algunas de esas plazas, hasta que se proceda a su provisión definitiva.

3. DERECHOS RETRIBUTIVOS. COMPLEMENTO DE PRODUCTIVIDAD

A) Sin el consentimiento específico del funcionario es imposible proporcionar a los sindicatos información sobre la cuantía que percibe cada uno de ellos

La STSJ de Madrid de 7 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª, ha desestimado el recurso interpuesto por un sindicato y tramitado al amparo del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, frente a la inactividad del Ministerio de Educación en orden a facilitar a los representantes sindicales los listados de productividad de los funcionarios de dicho Ministerio. La sentencia contrapone el derecho a la libertad sindical y el derecho a la protección de datos y se apoya en que el EBEP ha derogado el art. 23.3.c) de la Ley 30/1984, que era el que establecía que las cantidades que percibiera el funcionario en concepto de productividad serían de conocimiento público de los demás funcionarios, así como de los representantes sindicales. Con base en esta argumentación, concluye la Sala que no existe en la regulación actual base legal alguna para la cesión a los representantes sindicales de los datos referentes a las cantidades que perciben nominalmente los empleados públicos por complemento de productividad.

4. DERECHOS LABORALES

A) Mientras que el permiso por parto es un derecho exclusivo de la funcionaria madre, en el permiso por adopción ambos padres son cotitulares

La STC 152/2011, de 29 de septiembre, ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Vigo. Se dudaba de la constitucionalidad del art. 70.4 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, ante su posible contradicción con el art. 14 CE, en la medida en que dicho precepto, al regular el derecho de los funcionarios al permiso por razón de parto y de adopción (o acogimiento), establece una diferencia consistente en que, en caso de adopción, si la madre y el padre trabajasen por cuenta ajena, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos. En este caso, ambos adoptantes son cotitulares del derecho al permiso. Por el contrario, del permiso por parto sólo la madre es titular, sin perjuicio de que en caso de que el padre y la madre trabajasen por cuenta ajena, ésta pueda optar para que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior a las seis semanas si-

guientes al parto. En principio, la discriminación podría producirse cuando la madre no sea funcionaria o trabajadora integrada en un régimen de la Seguridad Social (como en el caso de que dimana la presente cuestión de inconstitucionalidad, al ser la madre una Abogada integrada en la Mutualidad General de la Abogacía). En este caso, el padre funcionario no puede obtener permiso por parto, en consideración a que no es titular de ese derecho ni puede serle cedido por la madre, al no tener ella tampoco derecho a él. Por el contrario, en caso de adopción, el padre funcionario, al ser por sí mismo titular del derecho, podría disfrutar de permiso, al margen de que la madre tuviera o no derecho al mismo.

Según la Sentencia, los supuestos de parto y de adopción son plenamente equiparables desde el punto de vista de los derechos de los hijos, pues éstos son iguales ante la ley con independencia de la filiación, como establece el art. 39.2 CE, pero sin que eso signifique necesariamente que tengan que ser supuestos equiparables a efectos de los derechos profesionales de los progenitores y adoptantes, por ser distintas las situaciones protegidas en caso de parto (maternidad biológica) y en caso de adopción (o acogimiento). En efecto, en el supuesto de maternidad biológica la finalidad primordial perseguida por el legislador es preservar la salud de la madre ante un hecho biológico singular, considerando que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento puede ser perjudicial para su completa recuperación. Ello explica y justifica que, siendo el descanso por parto un derecho de la funcionaria madre, ésta pueda ceder al padre, cuando él también trabaje por cuenta ajena, el disfrute del periodo de descanso «voluntario» en su integridad o parcialmente, de suerte que si la madre no trabaja no puede ceder al padre el derecho a disfrutar de ese periodo de descanso por maternidad, pues nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene. Por el contrario, y a diferencia de lo que sucede en el supuesto del parto, en la adopción (y en el acogimiento) no concurre la necesidad de proteger la salud de la mujer, por lo que la decisión del legislador de extender al supuesto de la adopción de menores de corta edad el derecho a la concesión del permiso por maternidad tiene una finalidad diferente al supuesto tradicional del permiso por parto, pues no se trata de garantizar la recuperación de la madre mediante el derecho a permiso durante un periodo determinado, sino de facilitar la integración del menor adoptado o acogido en la familia adoptiva o de acogimiento, y de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares. De ahí que en estos casos, cuando ambos padres trabajen por cuenta ajena, el derecho al permiso puede ser ejercido indistintamente al padre o madre, a elección de los propios interesados, pues no existe razón para dar preferencia en el disfrute del derecho a uno de los padres sobre el otro. Mientras que si sólo uno de los padres es funcionario o trabajador incluido en un régimen de la Seguridad Social, el derecho al periodo de descanso legalmente establecido le corresponderá a aquél en exclusiva, como es lógico, puesto que sólo él puede ser titular del derecho en este caso.

5. DERECHOS COLECTIVOS. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A) La redistribución y asignación de nuevas funciones a los puestos ya obrantes en la plantilla no requiere ser negociada

La STSJ de las Islas Baleares de 8 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, ha desestimado el recurso directo planteado por el sindicato recurrente contra el Decreto adoptado por el Presidente del Consell Insular d'Eivissa que

aprobaba la reorganización funcional de dicho Consejo Insular por considerar que se había infringido el artículo 37 del Estatuto Básico del Empleado Público por no haber sido objeto de negociación colectiva en la Mesa correspondiente. La Sentencia desestima la pretensión porque las medidas adoptadas, si bien contenían un replanteamiento y una reorganización del organigrama del Consejo, no supusieron la creación o modificación de la relación de puestos de trabajo. La medida aprueba una reorganización temporal (2 años) de las funciones correspondientes a los puestos de trabajo ya existentes en la Corporación, a fin de optimizar los recursos humanos ante la situación de crisis económica, sin que en ningún caso la reestructuración de atribuciones implique la creación de puestos de trabajo, ni tampoco el incremento de los costes de personal contenidos en el Capítulo I del Presupuesto aprobado para el año 2009. Esta nueva distribución de funciones entre los puestos ya obrantes en plantilla se incardina en el instrumento previsto en el artículo 73.2 del EBEP, que permite a la Administración asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma en las retribuciones.

6. DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS FUNCIONARIOS

A) **Funcionarios que llevan camiseta con lema visible acusatorio contra la Administración: daño al honor y a la dignidad de la Administración**

En relación con los deberes y obligaciones de los funcionarios, destacar la **sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 14 de septiembre de 2011** (amparándose en anteriores de la misma Sala de 10 de diciembre de 2008 y de 10 de febrero de 2009). En el supuesto de unos funcionarios que llevan camiseta con lema visible acusatorio contra la Administración, la Audiencia Nacional pondera esta actuación con el derecho constitucional a la libre expresión. Teniendo en cuenta que los funcionarios vistieron la camiseta cuando habían recibido orden anterior de no llevarla y de vestir adecuadamente, la Audiencia considera que se produce un daño y se falta al honor y a la dignidad de la Administración, pues tales comportamientos son poco respetuosos con los deberes básicos de los empleados públicos, principios éticos y reglas de comportamiento que constituyen un auténtico código de conducta, como los contenidos en el Estatuto Básico del Empleado Público, cuando prevé que los empleados públicos ajusten su actuación «a los principios de lealtad y buena fe con la Administración», incluyendo reglas deontológicas con finalidad orientadora y límite, en fin, de las actividades lícitas que le son permitidas a todo empleado público, cuya especial posición conlleva también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio.

7. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

A) **Plazo para solicitar la excedencia voluntaria por cuidado de hijo**

En su **Sentencia de 6 de julio de 2011**, el **Tribunal Superior de Justicia de Aragón** constata que ni el artículo 89.4 del EBEP, ni el entonces vigente art. 29.4 de la Ley 30/1984, ni

la normativa autonómica dictada sobre conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los empleados públicos, prevén un plazo determinado para solicitar la excedencia por cuidado de hijos. Rechaza, así, la «afirmación de la sentencia apelada de que se incumplió “el requisito esencial para ejercer el derecho, el de ejercerlo en el momento del nacimiento del segundo hijo”, ya que las normas antes transcritas no exigen dicha comunicación, que la sentencia apelada parece entender que ha de ser inmediata». Además, el Tribunal refuerza su argumentación desde la perspectiva de la finalidad de la norma: «Ciertamente, el incumplimiento de los requisitos legales, tanto materiales como formales, determina la pérdida del derecho al que se supedita su cumplimiento, pero en el presente caso, la interpretación llevada por la sentencia apelada, no se fundamenta en prescripción legal, sino en una interpretación restrictiva del plazo para solicitar la excedencia fundada en un ulterior hecho causante, que no se cohonesta con la finalidad de favorecer la conciliación de la vida familiar que la norma persigue».

8. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE SERVICIO

A) **Edad de jubilación más allá de los 70 años: derecho a obtener la prórroga en el servicio activo hasta completar el periodo previsto para generar derecho a pensión de jubilación**

Partiendo de la edad general de jubilación forzosa (cifrada en los 65 años), la **Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2011** debe resolver cómo se conjugan dos previsiones normativas diferentes que permiten la prolongación en el servicio activo: por un lado, una norma general que recoge la posible prolongación en el servicio activo hasta los 70 años (en el caso en cuestión, el entonces vigente art. 33 de la Ley 30/1984 y, en la actualidad, el art. 67.3 del Estatuto Básico del Empleado Público); y, por otro, una norma especial, que sería el art. 28.2.a) del **Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, según el cual la jubilación de carácter forzoso** «se declarará automáticamente al cumplir dicho personal la edad legalmente señalada para cada caso como determinante de la jubilación o retiro. No obstante, si el personal de que se trate, al cumplir la edad para su jubilación o retiro forzoso, tuviera reconocidos doce años de servicios efectivos al Estado y no hubiera completado los quince que, como mínimo, se exigen en el siguiente *artículo 29* para causar derecho a pensión en su favor, podrá solicitar prórroga en el servicio activo del órgano competente para acordar su jubilación, prórroga que comprenderá exclusivamente el período temporal que le falte para cubrir el de carencia antes mencionado, y que se concederá siempre que el interesado pueda considerarse apto para el servicio».

El Tribunal Supremo señala, de entrada, que la prórroga del artículo 28.2.a) de la Ley de Clases Pasivas lo es en relación con la «edad legalmente señalada para cada caso como determinante de la jubilación o retiro». Es decir, no opera en abstracto ni respecto de cualquier otra edad. Y la legalmente señalada como determinante de la jubilación es la de sesenta y cinco años. Tal es la regla. No obstante, tiene la excepción de la prolongación del servicio activo «como máximo» hasta los setenta años —momento en que se declarará de oficio tal jubilación forzosa— siempre que así se hubiere solicitado por la persona

interesada y se hubieren cumplido las normas de procedimiento dictadas al efecto por las Administraciones. Excepción que, a su vez, tiene otra excepción: la exclusión de ella de los funcionarios de los cuerpos y escalas que tengan normas específicas de jubilación. Así, pues —argumenta el Tribunal—, podría entenderse que si la edad a la que se remite el artículo 28.2.a) de la Ley de Clases Pasivas ha de ser la de sesenta y cinco años, entonces la prórroga que contempla ha de operar respecto de ella. De este modo, la prolongación del servicio activo que establece pasaría a ser necesaria para la Administración y para el funcionario que no haya cumplido los quince años efectivos de servicios exigidos por el artículo 29 de ese texto legal para causar derecho a la pensión ordinaria de jubilación pero sí, al menos, doce, sea apto para ese servicio, y quiera obtener ese derecho.

«El problema que suscita esta interpretación —sigue razonando el Tribunal— es que conduce al solapamiento en el mismo espacio temporal —el comprendido entre los sesenta y cinco y los setenta años— de dos prórrogas concebidas con distinta finalidad y distinta duración y que una de ellas deja sin sentido a la otra. En efecto, la del artículo 33 permite llegar hasta los setenta años al margen de cuántos hayan sido los de servicios efectivos del funcionario afectado y del motivo por el que pida la prolongación. La del artículo 28.2 a), en cambio, exige, al menos, doce años de servicios, que sea necesaria para completar los quince exigidos por el artículo 29 de la Ley de Clases Pasivas para tener derecho a pensión ordinaria y dura solamente el tiempo imprescindible para llegar a ellos. Sostener que esta última juega en el mismo margen de edad que la otra no es lógico porque, con la primera ya se cumplirá el objetivo de la segunda siempre que el funcionario que se acoja a ella antes de cumplir los setenta años de edad alcance los quince de servicios sean doce, once o diez los que hubiere completado al cumplir sesenta y cinco años de edad. Además, esa interpretación no tiene presente que el texto del reiteradamente mencionado artículo 28.2 a) de la Ley de Clases Pasivas se estableció en 1990. O sea, cuando la edad legalmente señalada para la jubilación forzosa era la de sesenta y cinco años sin que cupiera prórroga o prolongación del servicio activo más allá de la misma. Por tanto, si el legislador de 1990 admitió tal prolongación por encima de los sesenta y cinco años fijados en aquel momento por el artículo 33 de la Ley 30/1984 para la jubilación forzosa, cuando este precepto pasó a admitir la permanencia en activo hasta los setenta años es coherente sostener que esa prolongación para completar el período de jubilación pueda ir más allá de dicha edad. De otro modo se deja vacío de contenido el artículo 28.2 a). Este entendimiento no fuerza su tenor, que puede entenderse en el sentido de que se refiere a la edad máxima de jubilación, y tampoco el del artículo 33, ya que bastará con considerar que la prohibición de permanecer en activo más allá de los setenta años se circunscribe a los supuestos de prolongación voluntaria del servicio tras haber llegado a los sesenta y cinco años pero no al previsto en el artículo 28.2 a) de la Ley de Clases Pasivas. Por otro lado, del Estatuto Básico del Empleado Público, texto legal que no es aplicable al caso, no se desprenden razones determinantes de una solución diferente porque sigue admitiendo la prolongación del servicio activo hasta los setenta años en los términos de las Leyes de función pública que se dicten. Si a todo ello añadimos la finalidad buscada por el artículo 28.2 a) de la Ley de Clases Pasivas, facilitar el acceso a la protección social que supone la pensión, se hace más clara la solución procedente».

Como consecuencia de todo ello, la jubilación forzosa en sentido estricto a los setenta años admitiría una excepción, la del artículo 28.2.a), párrafo segundo, de la Ley de Clases

Pasivas, en virtud de la cual se permitiría prolongar el servicio activo para completar el período de cotización necesario para generar el derecho a pensión al funcionario que haya cotizado, al menos, doce años y sea apto para el servicio.

B) Alcance de la motivación de las decisiones estimatorias o denegatorias de prolongación en el servicio más allá de la edad general de jubilación

El Tribunal Supremo tuvo ya ocasión de establecer que las decisiones denegatorias de prolongación del servicio más allá de la edad general de jubilación, en relación con el personal estatutario de los servicios de Salud, debían ser motivadas (**STS de 10 de marzo de 2010**). En efecto, el art. 26.2 de la Ley 55/2003, distingue entre la jubilación voluntaria y la forzosa que se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años, si bien establece que el interesado «podrá solicitar la prórroga de su permanencia en el servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento». Y además, que dicha prolongación «deberá ser autorizada por el Servicio de Salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos». La referencia a «las necesidades de la organización» y su virtual articulación a través de «planes de ordenación de recursos humanos» (PORH) obligan al **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 19 de octubre de 2011**, a esclarecer el alcance de la motivación de las concretas decisiones de denegación de prolongación de servicio.

Según el Tribunal, «en el caso de que tal prórroga no se generalice es preciso que la solicitud de prórroga se deniegue “motivadamente” en el marco de un PORH» pues «no es posible la denegación automática por remisión al PORH, sino que es necesario que esas necesidades asistenciales plasmadas, articuladas se ajusten a la pretensión de prolongación formulada por el personal estatutario. No olvidemos tampoco que el presente PORH a la hora de recoger las consideraciones relativas a las necesidades organizativas no recoge todas las variables posibles, sino que atiende a determinados parámetros que estima pertinentes pero que ni son los únicos ni tampoco lo que no se citan son insignificantes, como pueden ser la perspectiva de género en las personas que actualmente acceden, refundición de servicio, amortización de plazas, cómo se van a organizar las funciones de jefatura de servicios (cuando sus titulares actuales que se jubilan con reconocida experiencia (las debidas garantías de experiencia acreditada), el aumento o creación de plazas para nuevas especialidades que se estimen necesarias para un adecuado y completo servicio asistencial, previsiones cuando no superen el proceso selectivo suficientes aspirantes (que no superen el proceso selectivo), y muchas otras circunstancias o contingencias especialmente relevantes en la prestación del servicio sanitario al que viene obligado la Seguridad Social. Por tanto, la exigencia de motivación adecuada y “ad hoc” al caso concreto en el que se solicite la prolongación no puede cercenarse en base a una mera invocación de la potestad de autoorganización genéricamente entendida. Los recursos humanos de los que dispone el ICS deben ser analizados convenientemente tanto de una perspectiva global, mediante un análisis estratégico, como también un acondicionamiento específico de cada profesional (del que se dispone) (con el que se cuenta) relacionándolo con las necesidades del servicio y que no es menos cierto que, presumiendo en este momento su capacidad funcional, cuen-

ta con una dilatada trayectoria acreditada en nuestro sistema sanitario. Y es que el Plan no puede sesgar de entrada y hacia futuro a modo de barrera infranqueable toda posible prolongación del servicio activo pues esta no es la finalidad del mismo, ni tampoco lo permite el art. 67.3 EBEP al exigir “motivación” para tal actuación de la Administración competente. Por otra parte, la motivación requerida no puede consistir exclusivamente en la remisión a una serie de datos fácticos constatados en un momento determinado, y en base a unos ítems más o menos relevantes que reflejen una opción asistencial por parte del Servicio de Salud. Se requiere un plus adicional de adaptación a la solicitud de prolongación en atención a la especialidad, experiencia, dedicación, formación previa, etc. que determinen que no existen necesidades o que las constatadas como necesarias y que la Administración debe cubrir no satisfacen al solicitante».

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
JESÚS ÁNGEL FUENTETAJA PASTOR

XI. URBANISMO

SUMARIO

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.
 - A) **Nulidad de la calificación de unos terrenos como sistema de espacio libre de conexión territorial sin precisar su carácter público o privado.**
 - B) **Suspensión cautelar del Plan Parcial y del Programa de Actuación Integrada, por ausencia del informe de la Confederación Hidrográfica que acredite la existencia de agua.**
 - C) **La aprobación definitiva de un Plan Parcial condicionada al cumplimiento de ciertas observaciones técnico-jurídicas no es un acto de trámite y puede ser impugnada.**
 - D) **La falta de publicación de la aprobación de un Plan Parcial no afecta a su condición de acto definitivo e impugnabile.**
2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO.
 - A) **Cesiones obligatorias por los propietarios de suelo urbano.**
 - B) **Programa de Actuación Integrada: falta de motivación del coeficiente de intercambio a efectos de retribución al Urbanizador en terrenos por los gastos de urbanización.**
3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR AC-TUACIONES URBANÍSTICAS.

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

- A) **Nulidad de la calificación de unos terrenos como sistema de espacio libre de conexión territorial sin precisar su carácter público o privado**

La STS de 22 septiembre 2011 (JUR 2011/350554) estima el recurso de casación y anula la aprobación definitiva del PGOU de Tarrasa al entender que la calificación de los terrenos como «sistema de espacio libre de conexión territorial», sin precisar su carácter público o privado, genera una situación arbitraria y de inseguridad jurídica contraria los arts. 9.3 y 33.3 CE:

«Cuando el planeamiento urbanístico ordena y califica pormenorizadamente el suelo —como es el caso—, concretando así el contenido del derecho de propiedad respecto de cada finca, debe especificar si se ha de destinar a un uso público o privado. Es decir, debe concretar, en lo que aquí importa, si la parcela preexistente de titularidad privada debe incorporarse en ejecución del Plan al dominio público, para dedicarse a un uso o servicio público, o si, por el contrario, puede mantenerse en manos privadas. En el primer supuesto —uso público— el planeamiento habrá también de establecer en su programa de actuación un plazo o término concreto en el que los terrenos deberán ser obtenidos por la Administración actuante, y habrá de prever en su estudio económico-financiero el coste y modo de financiación de la adquisición del suelo por la Administración (artículos 34, 58.1 y 59.1.e) de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña aplicable al caso por razones cronológicas; artículo 25.3 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de julio; y sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2005 (casación 693/2002) y 05 de julio de 2010 (casación 2674/2010). En el segundo caso —uso privado—, bastará con que el instrumento de planeamiento ordene los usos a los que se podrá dedicar el terreno en cuestión.

Esa distinción entre el destino público o privado a que se ha de dedicar cada predio del término municipal opera de forma excluyente, porque de ella se derivan muy diferentes efectos y expectativas para los propietarios del suelo.

Lo que no resulta admisible, como sucede en el caso que examinamos, es que se califique una finca con un uso genérico público/privado de espacio libre, de manera que, como reconoce expresamente la sentencia recurrida (fundamento tercero), “... se contemple para estos suelos la posibilidad de titularidad privada, con la consiguiente exclusión del uso público de los mismos” y, al mismo tiempo, se indique la posibilidad de “... que la Administración pueda alcanzar su titularidad a través de (...) cesión obligatoria y gratuita o actuación aislada por expropiación”.

Esa indeterminación sobre la vocación pública o privada de los citados terrenos genera, en efecto, una gran inseguridad jurídica y una indefinición del contenido concreto del derecho de propiedad de los recurrentes, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 9.3 y 33 de la Constitución; pues, como se afirma en el recurso de casación, según la normativa urbanística de aplicación (artículo 108 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña, vigente cuando se aprobó el Plan impugnado, y artículo 114 del actual Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña) los propietarios no podrán exigir su expropiación por ministerio de la ley, al no haberse predeterminado su destino público con carácter insoslayable. Pero tampoco podrán operar en el tráfico inmobiliario como si de una finca con un uso privado se tratase, al pender sobre ella la posibilidad de que en cualquier momento la Administración actuante decida expropiarla para incorporarla al dominio público».

Esta misma conclusión alcanzó la STS de 27 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6663). No obstante, el Tribunal rechaza la pretensión de la actora de que el suelo sea calificado como suelo no urbanizable de carácter agrícola, al entender que corresponde a la Administración urbanística —y no a los órganos judiciales— sustituir la ordenación anulada por otra, entre las distintas alternativas posibles, que considere más adecuada para la satisfacción del interés general.

B) Suspensión cautelar del Plan Parcial y del Programa de Actuación Integrada, por ausencia del informe de la Confederación Hidrográfica que acredite la existencia de agua

La STS de 11 de noviembre de 2011 (JUR 2011/404911) otorga la medida cautelar de suspensión del Acuerdo municipal sobre aprobación de Plan Parcial Programa de Actuación Integrada y Proyecto de Urbanización, al estimar incorrecta la ponderación circunstanciada de los intereses concretos en conflicto, debido a la ausencia del informe de la Confederación Hidrográfica que acredite la imprescindible existencia del agua:

«En efecto, la ausencia del informe del organismo de cuenca correspondiente —en este caso de la Confederación Hidrográfica del Júcar—, que constata la suficiencia de recursos hídricos para satisfacer las demandas derivadas de la ejecución de un Plan Parcial, Programa de Actuación Integral y Proyecto de Urbanización cuya aprobación y contenido constituye el objeto del recurso contencioso administrativo en el que se dictan las resoluciones impugnadas, constituye una circunstancia que ha de ponderarse a los efectos de adoptar la cautela solicitada en el proceso.

Dicho de otro modo, la decisión cautelar impugnada resulta ajena a los criterios legales que han de presidir su adopción cuando se prescinde en la valoración circunstanciada (artículo 130.1 de la vigente LJCA), o ponderación (en la vieja LJCA de 1956, de los intereses concurrentes, singularmente de los ciudadanos afectados por la ejecución de instrumentos de ordenación. Se debe conocer la viabilidad desde el punto de vista de la satisfacción de las demandas de agua que comporten la aprobación de dichos instrumentos de ordenación.

Sin que nos adentremos en la interpretación y aplicación concreta del artículo 25.4 del TR de la Ley de Aguas de 2001, pues ahora nos corresponde hacer un juicio provisional y limitado propio de las medidas cautelares, lo cierto es que la exigencia del informe del organismo de cuenca no se limita a los casos de aprobación de un plan general, como aduce la recurrente, sino a todos aquellos supuestos en los que “comporten nuevas demandas de recursos hídricos”, como sucede cuando se aprueba un plan parcial».

En ese sentido se había pronunciado antes la STS de 25 de febrero de 2009 (RJ 2009, 3690), al declarar que la ausencia de dicho informe no es un mero defecto formal sino un problema material de existencia o no de agua.

C) La aprobación definitiva de un Plan Parcial condicionada al cumplimiento de ciertas observaciones técnico-jurídicas no es un acto de trámite y puede ser impugnada

La STS de 27 de octubre de 2011 (JUR 2011/373323) considera admisible el recurso contra la aprobación definitiva de un Plan Parcial supeditada al cumplimiento de determinadas observaciones jurídico-técnicas:

«... el Acuerdo ha sido aprobado definitivamente aunque sujeto a un “condicionado”, es decir, se “supedita la aprobación definitiva”, según declara el acuerdo recurrido en la instancia a unas circunstancias. Pues bien, el cumplimiento de esta exigencia no priva a la aprobación de su carácter definitivo en la medida que puede cuestionarse en el recurso contencioso ad-

ministrativo si se han, o no, observado las formalidades precisas para su aprobación o si se han seguido, o no, los trámites exigidos en su sustanciación. No estamos, pues, ante un acto de aprobación inicial o provisional del plan general respecto de los cuales efectivamente hemos declarado (con matices) su carácter de acto de trámite».

Esta misma doctrina había sido establecida en las SSTs de 15 de octubre de 2010 (RJ 2011, 983), 22 de septiembre de 2010 (RJ 2011, 963), 30 de junio de 2010 (RJ 2010, 5972), 25 de junio de 2010 (RJ 2010, 5900) y 24 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4686).

D) La falta de publicación de la aprobación de un Plan Parcial no afecta a su condición de acto definitivo e impugnabile

En la antedicha STS de 27 de octubre de 2011 (JUR 2011/373323), el Tribunal procede a esclarecer la confusión sufrida en el Auto recurrido a propósito de la relevancia que pueda tener sobre el carácter de acto administrativo de trámite o definitivo que el plan no haya sido publicado:

«Pues bien, ninguna trascendencia tiene sobre tal impugnación, en particular, ni sobre la diferenciación entre acto de trámite o definitivo, en general, que se haya procedido o no a la publicación del plan. Dicho de otro modo, el mismo acto de aprobación no puede tener la consideración de acto de trámite antes de publicación y definitivo tras ella. De modo que carece de relevancia en dicha diferenciación, que se haya o no publicado el plan. La publicación, en definitiva, es condición de eficacia pero no de validez del plan, como viene declarando esta Sala, de modo uniforme y con tal profusión que nos exime de cita expresa.

Se trata, por tanto, de categorías jurídicas muy diferentes, porque el acuerdo de aprobación puede ser válido pero puede no ser todavía eficaz si le falta la publicación, y la falta de ésta no comporta su invalidez, sino la imposibilidad de su ejecución, que es un efecto bien distinto. La falta de publicación del plan, por tanto, impide que la Administración imponga sus determinaciones mediante actos de ejecución a los ciudadanos, que podrán impugnar el acto de aplicación basándose precisamente en la falta de publicación del plan, pero no acarrea su invalidez, pues el juicio sobre esta tiene lugar por las causas previstas en el artículo 62 y 63 de la Ley 30/1992.

La falta de publicación de la aprobación del plan o de sus determinaciones no convierte, en definitiva, a un acto definitivo en un acto de trámite, sino que supone que estamos ante un acto o disposición válida pero ineficaz, como se deduce de los artículos 52.1, respecto de las disposiciones general, y 57.2, en el caso de los actos, de la Ley 30/1992».

2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Cesiones obligatorias por los propietarios de suelo urbano

El Tribunal Supremo debe decidir en su sentencia de 21 de julio de 2011 (Ar. 6758) sobre las cesiones obligatorias que se imponen al propietario de una finca urbana sobre la que está prevista la construcción de un aparcamiento público, y al que le imponen unas cargas urbanísticas que aquél considera excesivas, dado que, a su juicio, el solar es considerado

suelo urbano consolidado, y por tanto las cesiones y cargas previstas exceden de las consideradas para suelo urbano consolidado según el art. 14 de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. En concreto, dichas cargas eran: cesión de suelos urbanizados destinados a espacios libres públicos y dotaciones públicas comunitarias; cesión de suelo urbanizado destinado a la construcción de viviendas protegidas situadas en el citado ámbito; la indemnización correspondiente al pago del valor de las edificaciones y construcciones que deban de ser demolidas, así como de las instalaciones y actividades que cesen o se trasladen como consecuencia de la ejecución del planeamiento, lo que incluye las indemnizaciones correspondientes al realojamiento de los residentes; la urbanización interior en el ámbito del Plan (es decir, la relativa al sector correspondiente); y la urbanización exterior, mediante el pago de un módulo de urbanización básica, que corresponda al momento que se aprueba el instrumento de equidistribución o de gestión del ámbito de que se trate.

La sentencia de instancia admitió parcialmente el recurso presentado por el propietario pues, tras considerar que el solar en cuestión tenía la consideración de suelo urbano no consolidado de acuerdo al instrumento de planeamiento en vigor en el momento de producirse el conflicto, entendió que las cesiones previstas eran conformes a derecho según esa calificación del suelo del actor, salvo la obligación de cesión de suelo urbanizado destinado a la construcción de viviendas protegidas situadas en el citado ámbito, dado que, de acuerdo a la legislación urbanística aplicable, en esa fecha todavía no existía la obligación legal de proceder a dicha cesión. No obstante, las Administraciones recurrentes en casación van a considerar que con dicho pronunciamiento de instancia se produce la infracción del art. 14.2, letra c), de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, que impone a los propietarios de suelo urbano no consolidado la cesión obligatoria y gratuita del suelo correspondiente al 10% del aprovechamiento del ámbito correspondiente

Sin embargo, el Tribunal Supremo va a rechazar la argumentación de dichas Administraciones recurrentes. A este respecto, indica que la Administración urbanística actuante debe, además de recibir las reservas para sistemas y dotaciones públicas con cargo al suelo urbano no consolidado, participar en las plusvalías urbanísticas a través de la cesión de los terrenos en que se localicen los aprovechamientos que, de acuerdo con la ley, le corresponden. Pero destaca que el régimen jurídico de una y otra clase de cargas es diverso, hasta el punto de que las primeras se recogen en un instrumento de ordenación, mientras que la ubicación de los terrenos donde se localizan los aprovechamientos de la Administración se suele realizar a través de los instrumentos de gestión, remarcando, además, que estas segundas realmente no son cesiones pues «no se puede ceder lo que no se tiene».

Siguiendo con su argumentación, el Tribunal Supremo entiende que no puede aceptar la argumentación en virtud de la cual la cesión de terrenos para viviendas protegidas prevista en el planeamiento controvertido se incluiría en la entrega de terrenos donde se localizarían los aprovechamientos de la Administración, pues temporalmente no existía tal obligación, que fue incluida en una modificación de las normas urbanísticas realizadas con posterioridad a la aprobación del Plan recurrido. En este sentido, aquél reitera que la participación de la comunidad en las plusvalías derivadas de la ejecución del planeamiento se realiza a través de la atribución directa por la legislación urbanística de una proporción de edificabilidad media, constituyendo la carga urbanística en la entrega de los terrenos en los que puedan materializarse los aprovechamientos que corresponden a la Administración urbanística, y

por ello, el aprovechamiento con destino a la construcción de viviendas de protección pública ya venía previsto en el planeamiento general que el Plan recurrido se limitaba a reproducir. Por ello, a juicio del Tribunal, «resulta muy difícil admitir, en ausencia de una regulación específica, que los terrenos precisos para ubicar esos aprovechamientos complementarios adicionales se corresponden o se computen con los que han de preverse, como obligación de entrega, para materializar los derechos edificatorios de la Administración» (FJ 6.º).

Según esta argumentación, unida a los términos en que venía articulada esa obligación de cesión en el Plan recurrido, no era posible entender que en dicho Plan se estuviera haciendo referencia a la obligación urbanística de entregar los terrenos en los que localizar los aprovechamientos lucrativos pertenecientes a la Administración, sino que se trataba de una reserva para sistemas o dotación públicas, y dado que la misma carecía de respaldo legal, la anulación realizada por la sala de instancia era correcta. De esta manera, el Tribunal rechazó la alegación de que la cesión de terrenos controvertida se pudiera incluir en la entrega de terrenos a los que se refería el art. 14.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, declarando la nulidad de la norma del Plan recurrido en que se recogía tal previsión.

B) Programa de Actuación Integrada: falta de motivación del coeficiente de intercambio a efectos de retribución al Urbanizador en terrenos por los gastos de urbanización

El TS, en su sentencia de 30 de junio de 2011 (Ar. 6084), debe resolver, entre otros extremos, una posible falta de motivación del Programa de Actuación Integrada objeto de controversia alegada por el particular recurrente en relación al porcentaje de canje de suelo para el pago de las cuotas de urbanización en terrenos que aquél contenía.

A este respecto, al Tribunal Supremo destaca la importancia de tal porcentaje por su incidencia directa en los derechos patrimoniales de los parcelistas afectados, de manera que resulta de especial trascendencia la motivación de dicho coeficiente. Para ello, el Tribunal indica que la legislación aplicable al supuesto controvertido (Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística en la Comunidad Valenciana —LRAU—), preveía dos modalidades para que los propietarios reintegraran al urbanizador el importe de las obras que hubiera realizado: por un lado, mediante la cesión, proporcional a las cargas de urbanización, de terrenos edificables; por otro, mediante su abono en metálico.

Profundizando en esta línea argumental, el Tribunal indica que el pago de los gastos de urbanización mediante la entrega de terrenos al urbanizador tiene la naturaleza jurídica asimilable a una compraventa, y en este sentido se trata de un negocio jurídico privado, sin trascendencia para el interés público-urbanístico, y por ello, entiende que la cuota de reemplazo que se contiene en la Proposición Jurídico Económica es «asimilable a la oferta de compra realizada por un sujeto privado, en este caso, el aspirante a urbanizador, dirigida a otro sujeto privado, los titulares de las fincas originarias» (FJ 7.º).

Sin embargo, que el interés general no resulte afectado, a juicio del Tribunal, no significa que en el supuesto que el aspirante a urbanizador proponga su retribución en terrenos, la fórmula concreta propuesta para calcular el porcentaje de canje de terrenos por cuotas de urbanización no deba estar justificada o motivada, y deba ser, además, equitativa y conforme con la distribución entre los afectados de los beneficios y cargas urbanísticas, que se configura como el principio general rector de todo el ordenamiento jurídico urbanístico.

Aplicando esta argumentación al supuesto controvertido, el Tribunal aprecia que, en la Proposición Jurídico Económica presentada por el agente urbanizador, el porcentaje de canje que propone éste carece de la necesaria motivación, ya que no «contiene referencia, fórmula aritmética o explicación del procedimiento seguido para proponer ese porcentaje» (FJ 7.º).

Por lo que se refiere al carácter equitativo que debe tener dicho porcentaje de canje exige, primero, el conocimiento del importe de los gastos de urbanización, que sería el precio de la compraventa, y segundo, el valor del bien entregado al momento de materializarse el negocio, que normalmente es el de aprobación del Proyecto de Reparcelación. En el caso de autos, el Tribunal destaca que en el momento de presentarse la Proposición Jurídico Económica se desconocía en gran medida el importe de los gastos de urbanización imputables a la comunidad reparcelatoria, ya que existen extremos de los mismos de muy difícil cualificación, como las indemnizaciones por demoliciones y extinción de los derechos incompatibles con la ejecución del planeamiento, que serían imputables a aquélla. Esta indefinición es aceptada por el Urbanizador, pero el Tribunal resalta la vinculación directa del importe de los gastos de urbanización con la entrega de terrenos, y dicha indefinición imposibilita la cuantificación de la cantidad concreta de suelo que debe entregarse al urbanizador, y aunque ello afecta a ambas partes, «no parece muy razonablemente prudente ni equitativamente seguro, máximo cuando ningún impedimento existe en su celebración en un momento posterior y con mayor información».

Esta argumentación, junto al hecho de que la valoración de los terrenos entregados debía efectuarse al momento de su entrega —según el art. 74.1 de la LRAU—, es decir, con la aprobación del Proyecto de Reparcelación, determinó que el Tribunal anulara el porcentaje de canje previsto en el Programa de Actuación Integrada para la retribución de los terrenos.

3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR ACTUACIONES URBANÍSTICAS

La sentencia del Tribunal Supremo de 9 diciembre de 2011 (Ar. 433234) resuelve el recurso de casación interpuesto por un particular contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 10 de septiembre de 2009, dirigido contra la resolución de la Consellería del Territorio y Vivienda de la Generalidad Valenciana por el que se inadmite a trámite por falta de competencia la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración urbanística como consecuencia de la aprobación del Programa de Actuación Integrada denominado «Unidad de Ejecución del Sector de Suelo Urbano denominado “Moncayo”» por disminución del aprovechamiento materializado, y la desestimación presunta de la reclamación sobre la misma base presentada ante el Ayuntamiento de Valencia.

El recurrente mantiene que la nueva planificación urbanística ha supuesto la disminución del aprovechamiento urbanístico que correspondía a su parcela con anterioridad a la aprobación de aquélla.

La alta instancia jurisdiccional declara no haber lugar al recurso de casación.

Para el Tribunal de instancia, la situación que tenía el actor antes de aprobar la Unidad de Ejecución del Sector de suelo Urbano «Moncayo» consistía en una parcela clasificada

como suelo urbano sometida al régimen de actuaciones aisladas, con aplicación directa de las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana de Valencia. La parcela estaba dentro de la calificación de «Edificación abierta EDA», con un número máximo de algunas permitido de ocho. No obstante, no reunía la condición de solar por no contar con los requisitos de parcela mínima, no pudiendo ser eximida de estos requisitos pues los terrenos colindantes estaban fuera de ordenación al invadir suelo rotacional. Por tanto, la única solución hubiese sido actuar conjuntamente con la parcela colindante, bien de mutuo acuerdo o planteando un programa de actuación integrada que hubiera dado lugar a una parcela edificable.

Sin embargo, el demandante no realizó ninguna actuación en orden a la consecución de su derecho a la edificación. Tuvo, según el Tribunal, veinticinco años para, cumpliendo los requisitos marcados por el Plan General de Ordenación Urbana, solicitar la oportuna licencia y construir las ocho alturas permitidas uniéndose a la parcela colindante. En lugar de ello, ha tenido en la misma su negocio y vivienda.

En consecuencia, no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 41 de la Ley 6/1998, de Régimen del Suelo y Valoraciones, para que el Tribunal fije la indemnización por responsabilidad administrativa.

A la misma conclusión llega el Tribunal Supremo: la obligación indemnizatoria de la Administración no se puede producir en este caso porque no se dan los elementos previstos en el citado artículo 41 de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones, y el 7 del Real Decreto 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, que establece que para que se pueda proceder a la edificación es necesario su realización efectiva, circunstancia que no se ha producido en el caso sometido a su consideración.

Al contrario de lo que sucedía, por ejemplo, en la sentencia de la misma Sala de 25 de junio de 2003, en la que se reconoce el derecho a una indemnización por la lesión sufrida como consecuencia de la edificabilidad impuesta por la Administración para la protección del Patrimonio Histórico Artístico en la construcción de un edificio, y en la que la patrimonialización de los derechos urbanísticos estaba perfectamente definida al ostentar el accionante la titularidad de una licencia de obras, en la actual situación, por el contrario, la interesada no había solicitado licencia alguna, por que no se puede entender patrimonializados sus derechos urbanísticos.

Justamente es esa ausencia de patrimonialización lo que constituye el obstáculo para que pueda prosperar la acción ejercitada, sin que tampoco pueda entrar en juego la doctrina del enriquecimiento injusto de la Administración. Tal es la reiterada doctrina de la Sala reflejada en las sentencias de 27 de junio de 2006 y 2 de noviembre de 2011, que insisten en esta necesidad.

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) **Afectación de los bienes patrimoniales a un uso público: ausencia de afectación por no existir acto expreso ni haberse destinado durante más de veinticinco años al mismo.**
 - B) **Enajenación del patrimonio local: naturaleza jurídica de un contrato de donación de un bien municipal a la Administración del Estado que se destina a un fin público.**
 - C) **Enajenación de bienes municipales: requisitos para que sea calificada una donación de un bien municipal a otra Administración como modal y para que el incumplimiento de la condición dé lugar a la reversión.**
 - D) **Prerrogativas de las Entidades locales: requisitos para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio.**
2. AGUAS CONTINENTALES.
 - A) **Realización de obras en zona de policía de aguas sin autorización del Organismo de cuenca. Sanción y reposición al estado anterior a la infracción.**
 - B) **Validez de las referencias a usos del suelo del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación. El título que lo fundamenta no es «urbanismo» sino «seguridad pública». La transposición de la Directiva 2007/60/CE se hizo legítimamente mediante Real Decreto al no existir reserva legal alguna.**
3. AGUAS MARÍTIMAS.
 - A) **Competencias concurrentes sobre el demanio costero.**
 - B) **Recuperación de oficio.**
 - C) **Limitaciones sobre las propiedades colindantes: ubicación de los paseos marítimos.**
 - D) **Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre: Disposiciones Transitorias Quinta y Sexta de la Ley de Costas.**
 - E) **Puertos.**
 - a) El Plan de utilización de espacios portuarios delimitará la zona de servicio que deberá incluirse como «sistema general portuario» en el planeamiento urbanístico.
 - b) El uso del demanio portuario está sujeto al régimen concesional y a las condiciones particulares establecidas en los títulos.
 - c) Alcance de la Disposición Transitoria Primera.4.a) de la Ley de Costas.
 - d) La limpieza puntual del interior de barcos no supone un uso intenso del demanio portuario que requiera autorización.

F) Pesca marítima y acuicultura.

- a) Diferenciación entre la competencia estatal en materia de pesca marítima y la autonómica sobre marisqueo: doctrina constitucional.
- b) Cultivos marinos: no existe un derecho subjetivo a la reubicación y cambio de especie de los viveros.

4. PATRIMONIO HISTÓRICO.

- A) La inscripción de yacimientos arqueológicos en un Catálogo histórico requiere que previamente y siguiendo las técnicas adecuadas se haya acreditado de forma suficiente su existencia por técnico competente.**
- B) La caducidad no es automática en los procedimientos de declaración de Bienes de Interés Cultural, es necesario denunciar previamente la mora en la tramitación del expediente administrativo.**

5. MONTES VECINALES.

- A) El tamaño de una finca no influye para realizar la declaración de prevalencia de interés general de un monte vecinal sobre un aprovechamiento hidroeléctrico si hay valores ambientales protegibles.**

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO.

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua.

- a) Hecho imponible.
- 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.
- b) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: cuantías.
- c) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: contribuciones especiales.
- d) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: Derramas exigidas por las comunidades de regantes.

C) Aguas marítimas.

- a) Tarifas por ocupación del dominio público marítimo-terrestre.

D) Dominio público local.

- a) Tasas por utilización del dominio público local: hecho imponible.

E) Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

- a) Dominio marítimo-terrestre.
- b) Carreteras y caminos.

1. BIENES LOCALES

**A) Afectación de los bienes patrimoniales a un uso público:
ausencia de afectación por no existir acto expreso ni haberse
destinado durante más de veinticinco años al mismo**

Se ha dictado la **STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, núm. 398/2011, de 7 de octubre**, que se pronuncia sobre si una determinada parcela urbana calificada como patrimonial en el Inventario municipal de bienes ha quedado afectada a un uso público, al agregarse a una plaza pública, y haber estado destinada a este fin más de veinticinco años; y sobre si el Ayuntamiento puede desconocer este uso y adoptar la decisión de construir un consultorio en dicha parcela. Decisión del Ayuntamiento que considera el TSJ ajustada a Derecho, dado que no ha quedado probada la afectación a ese uso público en el proceso, y dada la legislación local y urbanística y jurisprudencia del TS que cita. Jurisprudencia del TS en la que se afirma que la consideración demanial de un bien no viene necesariamente fijada por su inclusión o exclusión en un inventario de bienes, sino por su afección real a un uso o servicio público (STS de 1 de octubre de 2003).

En concreto, en la STSJ citada se afirma que resulta evidente que el Ayuntamiento y tampoco ninguna otra entidad pública adscribió de forma expresa y explícita el mencionado solar al uso público de calle o plaza pública ni tampoco a ninguno otro servicio público; lo único que se ha acreditado es que bastante tiempo después de que la parcela dejara de prestar el uso de cuadra para el toro semental y para el toro utilizado en los festejos de la localidad, y una vez demolido el mismo por hallarse en ruina, el mencionado terreno tras ser primero nivelado con tierra, más tarde adecentado con hormigón, y finalmente en el año 1995 adoquinado como el resto de la plaza, se utilizaba de forma ocasional y sobre todo de forma espontánea por vecinos de la localidad o personas que acudían a la misma para estacionar sus vehículos si no había espacio en la plaza, y también para colocar en los últimos años unos contenedores de basura. Este uso que se ha hecho de dicho terreno en los últimos años, que no consta tampoco que haya sido durante más de 25 años, no basta a juicio de la Sala para concluir en aplicación del art. 81.2.b) de la Ley de Bases de Régimen Local que haya habido una alteración jurídica de la condición de dicho solar y bien de naturaleza patrimonial, propiedad del Ayuntamiento, para adquirir la condición de bien demanial, y más concretamente la condición de bien de dominio público destinado al uso de calle o vía pública.

Y sigue diciendo la STSJ comentada que la no existencia de una adscripción expresa de citado bien patrimonial a un uso o servicio público, el hecho de que el uso para aparcamiento y para la colocación de contenedores de basura que se ha realizado de dicho terreno haya sido solo de forma ocasional y espontánea porque no olvidemos que estamos ante una pequeña localidad con muy poca población, amén de que no se ha probado de forma bastante y suficiente que ese uso lo haya sido durante un periodo superior a 25 años, es lo que lleva a la Sala a concluir que no ha habido la alteración jurídica a la que se refiere la sentencia de instancia, ya que dicho terreno no consta ni se ha probado que haya perdido la condición de solar y de bien patrimonial del Ayuntamiento, no habiéndose tampoco acreditado que haya adquirido la condición de bien demanial y menos aún la condición

de vía pública o parte de plaza pública. Es cierto que de haber adquirido por vía del art. 81.2.b) de la Ley de Bases de Régimen Local tal condición y calificación de vía pública, el mencionado uso público impediría la edificabilidad del terreno ya que por naturaleza la normativa urbanística no reconoce edificabilidad a este tipo de bienes de dominio público por constituir en sí mismo una «dotación urbanística», pero como ello no consta que se haya producido, el solar mantiene la edificabilidad que el planeamiento urbanístico aplicable le reconoce, en este caso al carecer de planeamiento propio el que resulta de las Normas subsidiarias de ámbito provincial puesto en relación con la Ley urbanística de Castilla y León de 1999 y el Reglamento de desarrollo. La estimación del recurso de apelación en este concreto y principal extremo hace total innecesario entrar en el examen y valoración de las demás cuestiones planteadas.

B) Enajenación del patrimonio local: naturaleza jurídica de un contrato de donación de un bien municipal a la Administración del Estado que se destina a un fin público

La SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Octava, de 21 de noviembre de 2011 (Rec. 968/2008) se pronuncia sobre la calificación jurídica de un contrato de donación de un bien municipal a la Administración del Estado para la construcción de una infraestructura de defensa. Calificación como contrato privado o administrativo de la que depende la propia competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para pronunciarse sobre los diversos puntos que se plantean con respecto al contenido del citado contrato. La AN llega a la conclusión de que es administrativo dados los fines que cumple el bien que ha sido donado y la jurisprudencia del TS aplicable en estos supuestos; y entra a conocer de su contenido por las razones que a continuación se indicarán.

En concreto, en la SAN citada se afirma que aun cuando se trate de un contrato de donación, regido por las normas del Código Civil, es un negocio jurídico entre Administraciones públicas, de naturaleza administrativa y su conocimiento corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En este sentido la STS de 20 de enero de 2004, citada en la STS de 1 de marzo de 2004, señala que en asuntos similares al actual, en los que se ha debatido la interpretación y alcance de la cláusula modal inserta en un contrato de donación al amparo del art. 637 del Código Civil, pero en el que también ha intervenido la Administración del Estado y un Ayuntamiento en situación idéntica a la aquí cuestionada, la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido competente para conocer de dichas cuestiones y así reconoce (por todas, la Sentencia de esta Sala y Sección de 5 de junio de 2003) que el art. 647 del Código Civil, en su párrafo primero, establece que la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél impuso y, en el caso allí examinado, el Ayuntamiento verificó la donación de las fincas objeto del litigio con una condición o carga específicamente señalada, consistente en que sobre la superficie de las fincas cedidas se construyesen viviendas para personal del ejército del aire, así como edificios para los servicios generales de dicho ejército. Si el Estado español, donatario de las fincas, decidiese destinar éstas a otros fines distintos habría incumplido la condición o carga impuesta por el Ayuntamiento y la imposición de la carga resultaba inequívocamente de la cláusula transcrita, que expresaba que las fincas se cedían para ese fin («a cuyo fin se ceden»). Si en cualquier tiempo las fincas

no se destinasen al fin pactado, se habría dejado de cumplir la condición o carga impuesta por el donante, que realizó un acto a título gratuito, pero sometiéndolo al cumplimiento de dicha condición o carga y por tanto, la reversión (o revocación de la donación efectuada por incumplimiento de carga) no sólo estaba prevista para el caso de no comenzarse las construcciones en un plazo de dos años a contar desde el 22 de junio de 1945, o de no terminarse éstas (sin sujeción a plazo), sino también para el caso de que el Estado español, donatario de las fincas, dejase de cumplir el fin o carga impuesta por el Ayuntamiento donante, como establece el art. 647 del Código Civil.

C) Enajenación de bienes municipales: requisitos para que sea calificada una donación de un bien municipal a otra Administración como modal y para que el incumplimiento de la condición dé lugar a la reversión

La SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Octava, de 21 de noviembre de 2011 (Rec. 968/2008), se pronuncia sobre los requisitos que debe cumplir una donación para calificarse como modal y, por tanto, el incumplimiento de la condición dé lugar a la reversión. Requisitos que no aprecia en el caso concreto.

Así, en dicha SAN se dice que el art. 618 del Código Civil dice que «la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta», admitiéndose la donación modal, en la cual el incumplimiento del modo abre la posibilidad de «revocar» —más bien de resolver— la donación, por cuanto el art. 647 del mismo Código Civil, en el párrafo primero, dispone que «la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso». El modo, la carga o el gravamen puede ser cualquier tipo de actuación o de conducta, aún no evaluable económicamente (STS, Sala Primera, de 23 de noviembre de 2004), un motivo, una finalidad, un deseo o una recomendación (Sentencias de la misma Sala del TS de 11 de diciembre de 1988 y de 27 de diciembre de 1994) o el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante (Sentencia, también de la Sala Primera, de 6 de abril de 1999), estando también comprendido en el modo «la destinación, acción y efecto de destinar, es decir, el caso de que el donante impone el destino que ha de tener la cosa donada» (Sentencia de la Sala Primera del TS de 20 de julio de 2007).

Partiendo de la admisibilidad de las donaciones modales con carácter general, la SAN no aprecia en el caso enjuiciado que exista esa donación modal y ello dado que en la escritura de donación no se advierte ningún modo, pues ni siquiera se hace constar el destino del predio donado. Se trata, en consecuencia, de una donación pura, no modal. A esta conclusión no obsta que el Ayuntamiento manifieste que su intención fue adquirir el terreno para un determinado fin, puesto que tal propósito no figura en las estipulaciones del contrato. Además, un modo que, según los actos preparatorios, sí se quiso hacer constar, pero se suprimió conscientemente del contrato. En efecto, aunque el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento en el año 1924 fue el de ceder gratuitamente al ramo de guerra la propiedad de dicha finca, para instalación de la Brigada de Reserva del Ejército de África, a condición de que si el Estado dejara de utilizarla para dichos fines u otros análogos volviera la repetida finca al dominio de la Corporación Municipal, en una sesión celebrada en el año 1925, ante la solicitud por la donataria de que se modificara el texto en el sentido de que

la donación fuera en pleno dominio y sin causa de reversión alguna, se acordó, por unanimidad, la supresión de la indicada «condición». Sin que las posibles circunstancias en que se produjo la donación y la eliminación del modo, dada la época en la que se sitúan los hechos, afecten a la inexistencia del mismo sino, en su caso, a la formación de la voluntad, tema que excede del presente proceso.

D) Prerrogativas de las Entidades locales: requisitos para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio

Se ha dictado la **STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, núm. 51/2011, de 20 de enero**, que se pronuncia sobre los requisitos exigidos para ejercitar la potestad de recuperación y, en especial, si puede recuperarse un bien que no figura en el Inventario municipal de bienes. Supuesto este último que se admite en la citada STSJ.

En particular, en la STSJ comentada se afirma que el objeto de la controversia contenciosa no es desde luego determinar la atribución de la propiedad del vial recuperado —lo que como resulta sabido constituye extremo precisamente atribuido a los órganos judiciales competentes de la jurisdicción civil—, sino tan sólo determinar si el ejercicio de la facultad recuperatoria de oficio por parte de aquella referida Administración municipal fue o no correcta y si se realizó conforme al vigente ordenamiento jurídico a la sazón aplicable y, en especial, con arreglo tanto a los arts. 132.1 de la Constitución y 344 del Código Civil como a los arts. 21.1.k); 79.2; 80.1 y 82.a) de la Ley de Bases del Régimen Local de 1985, en relación tanto con el art. 283.1 de aquella otra Ley de Administración Local de Galicia de 1997 y aquellos otros arts. 2.1 y 2; 3.1; 5; 44.1.c); 70.1 y 71.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1986, como con el art. 74.1 del Texto refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local de 1986.

Partiendo de ello, en la STSJ comentada se afirma que la inexistencia de constancia en el correspondiente Inventario municipal no basta «per se» para excluir la existencia de un vial de titularidad municipal —tal como por demás recordaba recientemente incluso a título de doctrina legal en interés de ley aquella Sentencia de fecha 21 de mayo del 2008, dictada por igual Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al referir que «no puede entenderse que un vial, por el mero hecho de no estar incluido en el correspondiente Inventario de bienes municipales, no es de titularidad municipal»—, de modo que semejante pormenor desde luego no invalida ni condiciona su eventual titularidad pública al menos hasta que por Sentencia firme y definitiva dictada en la jurisdicción civil se estipule lo contrario —tal como por otra parte establece el art. 43.1 y 2 de la Ley de patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003—, sin que hasta la fecha exista constancia de pronunciamiento judicial recaído en la misma que determine la atribución de la titularidad dominical de aquel camino rural antes reseñado.

Teniendo en cuenta la irrelevancia del hecho de que se acaba de comentar, en la STSJ se afirma que la interrupción circulatoria mediante la colocación de aquel cierre en el camino —que salvo prueba en contrario hasta la fecha inexistente cabe reputar de público—, no resulta amparada por título alguno ni aun provisorio frente a la potestad de recuperación posesoria de dicha Administración municipal, de modo que semejante

anómala conducta por parte de dicho referido recurrente cabe reputarla como usurpación del dominio público de titularidad municipal de naturaleza inalienable, imprescriptible e inembargable.

2. AGUAS CONTINENTALES

A) Realización de obras en zona de policía de aguas sin autorización del Organismo de cuenca. Sanción y reposición al estado anterior a la infracción

La STS de 7 de diciembre de 2011 (rec. 6438/2008) conoce del recurso de casación impuesto por la Universidad «Miguel Hernández» de Elche, contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 28 de julio de 2008 que ha desestimado su recurso contencioso-administrativo presentado contra una resolución sancionatoria por 1.800 euros de la Confederación Hidrográfica del Segura por haber construido una «nave industrial» a sesenta metros del cauce del río Segura sin autorización de la propia Confederación, resolución que también imponía la retirada de lo construido con apercibimiento de ejecución sustitutoria.

En la sentencia se resuelven distintas cuestiones de interés jurídico a partir de la básica declaración de inadmisibilidad del recurso en cuanto a la multa por no superar la cantidad de 150.000 euros entonces exigida y hoy transformada en 600.000 a partir de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal [cfr. art. 86.2.b) LJCA]. Destaco entre lo mencionado lo siguiente:

- a) La autorización para construir en zona de policía [art. 6.b) RDPH] procede aun cuando con anterioridad el organismo de cuenca hubiera informado el Plan especial relativo a las construcciones en esa zona, máxime cuando no constaba que hubiera concluido la tramitación de ese Plan especial.
- b) Aun cuando la resolución sancionatoria hacía referencia a la «nave industrial» y la Universidad demuestra que se trataba de un edificio destinado a fines de experimentación científica, es indiferente la finalidad de la construcción pues lo que cuenta es la infracción de lo preceptuado en la normativa (la necesaria autorización) siendo, además, que tal hecho está tipificado [art. 116.3.d) TRLA]
- c) La orden de reponer el estado del terreno a la situación anterior a la construcción no es algo discrecionalmente disponible por el Organismo de cuenca, sino que se trata de una potestad reglada, y «el término “podrán” que se recoge en el art. 118.1 TRLA para referirse a la demolición de las actuaciones realizadas sin autorización previa, como medio para la restauración de la realidad física alterada, debe interpretarse en el sentido de que la demolición es consecuencia obligada de la imposibilidad de legalización, pues la Administración está obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal» (FJ 7.º).

B) Validez de las referencias a usos del suelo del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación. El título que lo fundamenta no es «urbanismo» sino «seguridad pública». La transposición de la Directiva 2007/60/CE se hizo legítimamente mediante Real Decreto al no existir reserva legal alguna

La STS de 20 de enero de 2012 (rec. 450/2010) resuelve el recurso de casación interpuesto por la Generalidad Valenciana contra algunos preceptos del RD mencionado en la rúbrica. El Abogado de la Generalidad Valenciana había indicado que lo que fundamentaba el art. 15.1 de dicho RD y el punto h.5, primer párrafo del punto I de la parte A del Anexo de dicho Decreto, que era lo impugnado, era la competencia en materia de urbanismo que era exclusiva de la Generalidad; el TS dirá que no es éste el título competencial a considerar sino el de seguridad pública (art. 149.1.29.ª CE).

El art. 15.1 dispone 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 concurren dichos riesgos de inundación o de otros accidentes graves». Y el punto del Anexo, relativo al contenido de los planes de gestión de riesgos, señala que en ellos constarán «las limitaciones a los usos del suelo planteadas para las zonas inundables en sus diferentes escenarios de peligrosidad, los criterios empleados para considerar el territorio como no urbanizable, y los criterios constructivos exigidos a las edificaciones situadas en zona inundable».

Además de la disputa en relación al título competencial, la Generalidad indica que la transposición de la Directiva 2007/60/CE —de donde procede el impugnado RD— debió hacerse mediante Ley y no mediante norma reglamentaria.

En relación a esta última cuestión el TS subraya la libertad que poseen los Estados a la hora de elegir la forma jurídica con la que efectuar la transposición de una directiva siendo que en este caso, además, no existía reserva legal y tanto la Ley de Aguas, como la de Protección Civil como la del Plan Hidrológico Nacional, ofrecían la suficiente cobertura jurídica al texto tal y como, además, señala la exposición de motivos (*sic*) del RD (vid. fundamentos jurídicos 4-6). Particular interés tiene en este ámbito el recurso a la STS de 19 de mayo de 2010 (recurso 12/2008) en la que el TS afirmó la legalidad del RD 9/2008, de 11 de enero, modificador del RDPH en lo relativo a la gestión del riesgo deducible de ciertas obras hidráulicas y que también había llevado al mismo —sin ser transposición de la Directiva citada— ciertos elementos de la misma. Igualmente se citan las SSTS (comentadas en el número 54 de esta Revista) de 22 y 27 de septiembre de 2011 sobre la impugnación del RD 125/2007, de 2 de febrero, sobre demarcaciones hidrográficas, que también era transposición de una directiva comunitaria.

Y en relación a la cuestión fundamental, se afirma que la base del RD impugnado es la competencia estatal en materia de seguridad pública, pues la finalidad de los planes de riesgo regulados no es la de regular u ordenar los usos del suelo sino que 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 (autonómica) de usos aquellos suelos en los que concurren riesgos de inundación que, por su propia naturaleza, deben tener carácter rural (FJ 9).

3. AGUAS MARÍTIMAS

A) Competencias concurrentes sobre el demanio costero

La SAN de 7 de diciembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 510/2010, trae a colación la conocida doctrina constitucional (STC 149/1991) conforme a la cual el Estado no solo tiene competencia para delimitar el dominio público marítimo, sino también para establecer las servidumbres destinadas a proteger su integridad física y jurídica y sus valores ambientales. El establecimiento de estas servidumbres opera tanto sobre el demanio natural como sobre el artificial, y así se desprende del propio artículo 43.6 del Reglamento de Costas, en el que se 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.

En buena lógica, esta competencia estatal incide en las competencias de distinto orden que pudieran tener las Comunidades Autónomas. Entre ellas, la referida a los puertos de refugio y deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales. Por supuesto, dicha incidencia no impide el ejercicio de atribuciones por parte de aquéllas, pues en ocasiones el TC ha recordado que, ante competencias concurrentes sobre un mismo espacio físico, deben buscarse las soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas, eligiéndose las técnicas que resulten más adecuadas. Pero en el otro extremo, tampoco significa que, como en el supuesto en litigio, la inclusión por la normativa autonómica de puertos de la franja de servicio náutico adyacente a los canales como elemento propio de las marinas interiores [artículo 94.c) Ley de Puertos de Cataluña], implique el desplazamiento de la competencia estatal para delimitar el dominio público y las servidumbres sobre los espacios contiguos a éste: la distribución competencial ha de realizarse conforme a las previsiones del bloque de constitucionalidad, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional en los términos señalados. Asimismo, ese precepto también incluye como elemento de la marina los canales interiores, sin que por ello se ponga en duda la competencia estatal para delimitarlos como parte integrante del demanio.

B) Recuperación de oficio

Por su parte, la STS de 4 de noviembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 6186/2010, se pronuncia en casación sobre la recuperación de oficio de los bienes que integran el dominio público costero. Y en ese sentido, revoca un Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de TSJ de Murcia por el que se acordaba la suspensión de una resolución de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar del Ministerio de Medio Ambiente, en la que se determinaba recuperar de oficio la posesión del demanio ocupado por la recurrente mediante una vivienda de su propiedad. A juicio del TS, la ponderación de los intereses en conflicto que realiza el Auto no es adecuada, pues toma en consideración el carácter irreparable del daño que pudiera causarse al recurrente como consecuencia de la ejecución, pero no valora debidamente la incidencia de dicha suspensión sobre el interés general, al que debe darse precedencia cuando se trata de recuperar el demanio marítimo. Y más aún cuando la recuperación posesoria ha ido precedida de la correspondiente aprobación de un expediente de deslinde que incluye el inmueble como

demanial. El recurrente no ha desvirtuado en ningún momento la naturaleza pública del terreno objeto de recuperación.

**C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes:
ubicación de los paseos marítimos**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.5 de la Ley de Costas, los paseos marítimos deberán localizarse fuera de la ribera del mar, y serán preferentemente peatonales. Este precepto conecta con lo establecido en la Disposición Transitoria Séptima.3 de la norma, que exceptúa de lo fijado en él a las zonas clasificadas como urbanas a la promulgación de la Ley, en casos debidamente justificados. En el supuesto sobre el que se pronuncia la **SAN de 4 de noviembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 92/2010**, el paseo marítimo transcurre en su mayor parte por zona de servidumbre de tránsito, respetándose así lo dispuesto en el artículo 27.1 de la Ley de Costas («la servidumbre de tránsito recaerá sobre una franja de 6 metros medidos tierra adentro a partir del límite interior de la ribera del mar. Esta zona deberá dejarse permanentemente expedita *para el paso público peatonal* y para los vehículos de vigilancia y salvamento...).

Así las cosas, no puede aceptarse el recurso, fundamentado en que el Proyecto de paseo ocasiona perjuicios al propietario de los bienes: dicha infraestructura se sitúa dentro de los límites que marcan tanto la Ley de Costas como, *a fortiori*, la Orden aprobatoria del deslinde de la zona. Tampoco resulta estimable una posible violación de la Disposición Transitoria antecitada, puesto que el paseo se encuentra situado fuera de la ribera del mar. Por todo ello, la Sala concluye la inadmisión de la pretensión del recurrente: no está justificado situar el paseo en la zona de dominio público con la única finalidad de que no se perjudiquen sus intereses particulares y la zona de seto de su finca.

**D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre:
Disposiciones Transitorias Quinta y Sexta de la Ley de Costas**

La **SAN 4 de noviembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 82/2010**, recuerda las prescripciones de las Disposiciones Transitorias Quinta y Sexta de la Ley de Costas, previstas para hacer compatibles las concesiones otorgadas bajo el régimen anterior con los nuevos términos impuestos al título por el artículo 66 de la norma (principalmente su carácter temporal). Quiere decirse así que las concesiones que, como la de la recurrente, se otorgaron sin plazo al amparo de aquella normativa previa, no pueden contravenir el límite máximo de 30 años fijado por la Ley de Costas y, manteniendo su forma y contenido, deberán finalizar transcurrido este plazo, a contar desde la entrada en vigor de la norma.

E) Puertos

a) *El Plan de utilización de espacios portuarios delimitará la zona de servicio que deberá incluirse como «sistema general portuario» en el planeamiento urbanístico*

Como viene señalando el artículo 18 de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante (derogado por el artículo 56 del TRLPMM), para articular la coordinación entre las Adminis-

traciones con competencias concurrentes sobre el espacio portuario, los instrumentos de ordenación urbanística deberán calificar la zona de servicio de los puertos estatales como sistema general portuario. Significa esto que lo que ha de incluirse como tal sistema en el planeamiento general es la zona de servicio del puerto y no otra, siendo el Ministerio de Fomento, a través del Plan de utilización de los espacios portuarios, el que procederá a su delimitación. A su vez, dicho sistema se desarrollará mediante un Plan especial o instrumento equivalente, que deberá limitarse a regular usos urbanísticos, sin plantear actuaciones sobre ámbitos exteriores a la competencia territorial municipal. Por estas razones, ni pueden tener condición de sistema general terrenos que no estén incluidos por el Ministerio en el Plan de utilización —por mucho que una Autoridad portuaria (sin competencia al efecto) «informe» que es correcta esa consideración—, ni el Plan especial de un puerto es instrumento idóneo para determinar la zona de servicio que ha de recibir dicha calificación e incluirse en el planeamiento urbanístico objeto de impugnación (**STS de 14 de diciembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 5863/2008**).

b) El uso del demanio portuario está sujeto al régimen concesional y a las condiciones particulares establecidas en los títulos

Por su parte, la **STS de 10 de noviembre de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 3039/2008**, recuerda el mandato que pende sobre la Administración pública acerca de ordenar y compatibilizar los usos y actividades que pueden desarrollar los particulares en el demanio portuario. Estos usos no solo están sujetos al régimen de autorización previa consustancial a la regulación jurídica de la gestión y utilización del mismo, sino que también han de soportar las limitaciones que establezca la Autoridad portuaria a través de las condiciones particulares, de las que derivan restricciones para todos los interesados en atención a la prevalencia del interés general. Por ese motivo, no considera desproporcionada una cláusula de un pliego de condiciones generales que reserva 100 días al año el uso del dominio público portuario para la celebración de eventos náutico-deportivos.

c) Alcance de la Disposición Transitoria Primera.4.a) de la Ley de Costas

La Disposición Transitoria Primera.4 de la Ley de Costas establece que en los tramos de costa en que el deslinde estuviera completado a su entrada en vigor, pero hubiese de practicarse uno nuevo para adecuarlo a las características establecidas en aquélla para los distintos bienes, los terrenos que resulten comprendidos entre la antigua y la nueva delimitación quedarán sujetos al régimen del apartado 1 (transmutación de la propiedad en un derecho de ocupación y aprovechamiento por 30 años, prorrogables por otros 30), computándose el plazo de un año para la solicitud de la concesión al efecto a partir de la fecha de aprobación del correspondiente deslinde. En los supuestos analizados por las **SSTS de 7 y 23 de diciembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 5497/2008 y 6508/2008**, los inmuebles litigiosos se encontraban en dicha situación y las solicitudes fueron presentadas en plazo, por lo que no cabe negar el derecho de sus titulares a la concesión, como hacían las Sentencias recurridas, que han de ser casadas. Recuerda asimismo el TS que, aun en el caso de solicitudes extemporáneas, el derecho concesional seguiría vivo, pudiendo repercutirse el retraso en la duración del título pero nunca determinar la extinción de dicho derecho.

d) *La limpieza puntual del interior de barcos no supone un uso intenso del demanio portuario que requiera autorización*

Se hace también breve mención a la **STSJ de Baleares de 7 de noviembre de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 82/2010**, que resulta cuando menos curiosa. En ella se interpreta que el ejercicio puntual de una actividad profesional en las embarcaciones atracadas en el puerto (limpieza interior) no precisa autorización, dado que no se está ocupando el dominio público ni siquiera mediante local ubicado en dependencias del concesionario. Si bien es cierto que la jurisprudencia ha establecido que la facultad del concesionario de ceder dependencias o locales no excluye que la actividad que se desarrolle en los mismos precise del correspondiente título, esta doctrina se refiere en realidad a actividades comerciales que implican una utilización excluyente o intensa del demanio portuario. No parece que el trabajo autónomo de limpieza doméstica a requerimiento puntual de los propietarios de las embarcaciones atracadas suponga esta situación. Solo en el supuesto de que se acreditase una asistencia regular y constante, a modo de servicio permanente, podría considerarse la concurrencia del requisito de intensidad ligada a la rentabilidad propia de un servicio estable que precisa uso intenso de las dependencias portuarias. En tales circunstancias, tal vez podría admitirse la exigencia de autorización, lo que no se ha demostrado en este supuesto: se ha acudido 18 días en un año.

F) Pesca marítima y acuicultura

a) *Diferenciación entre la competencia estatal en materia de pesca marítima y la autonómica sobre marisqueo: doctrina constitucional*

La diferencia entre pesca y marisqueo, señalada por el TC en su Sentencia 9/2001, sirve de fundamento a la **STS de 2 de noviembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 907/2006**, para confirmar en casación la anulación de determinados preceptos de una Orden estatal que establecía un plan de pesca con artes de trampa en aguas exteriores de Fuerteventura. En la medida en que el criterio delimitador entre ambas materias (y por ende, entre la competencia estatal y la autonómica) ha de situarse en las artes o técnicas que resultan propias a cada una de ellas y no en el carácter interior o exterior de las aguas, la regulación por el Estado de aspectos propios de las artes específicas para la extracción de mariscos determina la invasión de la competencia que detentan al respecto las Comunidades Autónomas.

b) *Cultivos marinos: no existe un derecho subjetivo a la reubicación y cambio de especie de los viveros*

En cuanto a cultivos marinos, hay que dejar constancia de un numerosísimo conjunto de pronunciamientos del TSJ de Galicia en la materia. Todos ellos presentan el mismo fundamento jurídico: es precisa autorización administrativa para explotar viveros de cultivo de marisco; autorización que, una vez otorgada, no impide el cambio de ubicación de bateas y de especie cultivada si se solicita y la Administración conviene en ello. Lo que no existe es un derecho subjetivo en ese sentido, sin que haya que atenderse obligatoriamente cualquier solicitud fundamentada en un presunto aumento de la productividad. Si bien es cierto

que la acuicultura tendrá como objetivo lograr el óptimo aprovechamiento del potencial productivo de la misma, éste no se produce automáticamente con este traslado. De modo obligado habrá distintos puntos de instalación, y la mayor o menor productividad en cada caso derivará, entre otros factores, de la situación de los viveros en la ría, necesariamente diversa. El cambio, siguiendo el procedimiento normativamente establecido, estará condicionado a la memoria biológica y condiciones de la producción que deberán presentarse junto con la solicitud, lo que es lógico para atender la consecución del interés general que se persigue: conseguir aquel óptimo aprovechamiento y el aumento de la competitividad. Entre muchas otras, cabe mencionar las **Sentencias de aquel Tribunal, Sala de lo Contencioso, de 3 de noviembre (recurso núm. 4196/2010), 17 de noviembre (recurso núm. 4577/2009), y 24 de noviembre de 2011 (recurso núm. 4205/2010).**

4. PATRIMONIO HISTÓRICO

A) La inscripción de yacimientos arqueológicos en un Catálogo histórico requiere que previamente y siguiendo las técnicas adecuadas se haya acreditado de forma suficiente su existencia por técnico competente

El origen del recurso de casación que resuelve la **STS de 30 de noviembre de 2011 (Rec. núm. 5978/2009)** se encuentra en la impugnación efectuada contra una resolución de la Junta de Andalucía por la que acordaba la inscripción colectiva y con carácter genérico en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz de 43 yacimientos arqueológicos del término municipal de Estepa (Sevilla).

Los recurrentes mantenían la nulidad de la resolución impugnada considerando que no existía en el expediente administrativo relativo a dicho procedimiento documentación alguna que revelase la existencia de yacimientos arqueológicos en sus fincas. El elemento clave del proceso radicaba, pues, en determinar si, en efecto, existía constancia suficientemente acreditada de que en la zona afectada por la resolución se radicaban los citados yacimientos arqueológicos.

Para comprender el alcance del pronunciamiento ha de tenerse en cuenta que el artículo 2.1 de la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía, vigente en el momento del dictado de la resolución disponía que: «El Patrimonio Histórico Andaluz se compone de todos los bienes de la cultura, en cualquiera de sus manifestaciones, en cuanto se encuentren en Andalucía y revelen un interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnológico, documental, bibliográfico, científico o técnico para la Comunidad Autónoma». Asimismo, que el artículo 7 de la misma norma señalaba que «La inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz podrá realizarse con carácter genérico cuando se pretenda únicamente identificar un bien como parte integrante de dicho Patrimonio, o con carácter específico cuando se quieran aplicar las normas generales y particulares especialmente previstas en la Ley para esta clase de inscripciones»; y que el artículo 27.5 consideraba zona arqueológica «aquellos espacios claramente delimitados en los que se haya comprobado la existencia de restos arqueológicos de interés relevante».

Actualmente, en términos equivalentes al artículo 2 de la ley de 1991 reproducido, se expresa el actual artículo 2 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía y, por su parte, el artículo 48.1 de la misma Ley de 2007 se refiere a la «Declaración de Zona de Servidumbre Arqueológica», determinando que «La persona titular de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico podrá declarar Zona de Servidumbre Arqueológica aquellos espacios claramente determinados en que se presume fundadamente la existencia de restos arqueológicos de interés y se considere necesario adoptar medidas precautorias».

Pues bien, el TS estima el recurso interpuesto por los recurrentes al considerar que en el expediente administrativo no existía documento o estudio técnico alguno que revelase de forma clara y concreta la existencia de yacimientos arqueológicos en las fincas de su propiedad. Recuerda a este respecto que la única documentación técnica obrante en el expediente era una descripción vaga de los yacimientos efectuada por la Delegación Provincial, pues en la misma únicamente constan unas afirmaciones genéricas de vestigios encontrados, sin indicación de los técnicos que los efectuaron, que estaba carente de toda firma, y sin indicación alguna de los estudios realizados y procedimientos seguidos para llegar a la afirmación que sustenta la existencia de yacimientos arqueológicos. Al margen de dichas afirmaciones, en el expediente sólo alude a un informe de la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico que se limita a reproducir un informe de la Conservadora de Patrimonio, que hace referencia a una prospección arqueológica efectuada en 1998 y 1999, pero dicha prospección no se encuentra en el expediente administrativo, ni se indica el método de hacerla y los resultados concretos.

En atención a lo anterior, el TS considera que la ausencia de las referencias citadas priva al informe de cualquier eficacia probatoria de la existencia de los yacimientos, y por tanto de comprobación técnica alguna que justifique la inscripción practicada, por lo que estima el recurso de casación dando la razón a los particulares recurrentes.

B) La caducidad no es automática en los procedimientos de declaración de Bienes de Interés Cultural, es necesario denunciar previamente la mora en la tramitación del expediente administrativo

En su **Sentencia de 22 de noviembre de 2011 (Rec. núm. 2700/2010)** el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación en el que se ventilaba la adecuación a Derecho del Decreto 195/2008 de la Consejería de Educación, Universidades, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, que declaraba BIEN DE INTERÉS CULTURAL con categoría de sitio histórico «El Camino del Ciprés», en el término municipal de La Orotava (Canarias).

El asunto se plantea al amparo del motivo de casación previsto en el artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, considerando que se había producido infracción del artículo 21.2 de la Ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias, relativo a la aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos de declaración de Bienes de Interés Cultural. Dicho artículo dispone en orden a la declaración de BIC: «Los expedientes se tramitaran dentro de un plazo de doce meses desde su incoación. Transcurrido este plazo se podrá denunciar la mora por cualquier interesado. Una vez denunciada la mora, la Administración actuante dispondrá de dos meses para concluir el expediente y elevarlo

al Gobierno de Canarias para la declaración de bien de interés cultural, la que deberá producirse en el plazo de dos meses a partir de la recepción. En otro caso, el expediente de declaración quedara caducado y sin efecto, no pudiendo volver a incoarse hasta después de tres años, salvo cuando medie instancia del propio titular del bien».

En términos semejantes en lo tocante a la previsión de la necesidad de denunciar la mora para llegar a la caducidad del procedimiento en este tipo de declaraciones se manifiesta el artículo 9.3 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Pues bien, en el caso de autos no se cuestionaba que no se había producido la denuncia de la mora, ni tampoco el transcurso del plazo legal previsto para este tipo de procedimientos, sino si la caducidad ha de ser automática por el mero transcurso del plazo de duración o si requiere el cumplimiento de específicos requisitos en atención a la naturaleza del procedimiento de declaración BIC. Los recurrentes pretenden hacer valer que ellos adquirieron la finca con posterioridad a que hubiese debido denunciarse la mora.

Para dar respuesta a la cuestión el TS recuerda otros pronunciamientos suyos que ya han servido para forjar una consolidada Jurisprudencia que de manera constante exigen la previa intimación para que pueda producirse la caducidad del procedimiento de declaración BIC.

Entiende el Tribunal que esta exigencia debe observarse con independencia de las vicisitudes relativas a la finca y su tráfico jurídico ya que la tramitación del procedimiento debe seguir sus trámites legales con la publicidad correspondiente y la apertura de periodos para formular alegaciones. Esto es, recuerda el TS que el nuevo titular se coloca en la misma situación jurídica que el antiguo propietario, por que asume toda la actuación realizada por el anterior con respecto al bien sin que pueda alegar frente a terceros actividades de protección y defensa del bien, que en su caso pudo realizar el titular anterior del bien.

En apoyo de esta consideración, además, cita su Sentencia de 7 de marzo de 2007, en la que se explicaba que «la caducidad se produce “ope legis” por incumplimiento de los plazos para resolver y no depende, ni de los intereses de los afectados en el expediente, ni de cual fuera su voluntad al respecto...». El TS insiste en que la caducidad tiene lugar por el transcurso del tiempo, siempre y cuando se cumplan los requisitos que establezca el precepto aplicable, en concreto la denuncia de la mora, por lo que no es posible entender que la caducidad es automática por el mero transcurso del tiempo, sino que la misma por la propia especificidad del procedimiento requiere de requisitos especiales que se han de cumplir, con independencia de la voluntad o interés de las partes, ya que nos encontramos ante el ejercicio de potestades de intervención que se sustraen por el grado de afectación al interés general, de la voluntad de las partes.

5. MONTES VECINALES

A) El tamaño de una finca no influye para realizar la declaración de prevalencia de interés general de un monte vecinal sobre un aprovechamiento hidroeléctrico si hay valores ambientales protegibles

La STS de 21 de diciembre de 2011 (Rec. núm. 4967/2008) resuelve un recurso de casación promovido por una entidad mercantil dedicada a la generación de energía eléctrica.

En concreto la sociedad había recurrido en primera instancia la desestimación por silencio administrativo de la solicitud formulada ante la Dirección General de Montes e Infraestructuras Forestales de la Consellería de Medio Ambiente de la Xunta de Galicia de declaración de prevalencia de la utilidad pública de un aprovechamiento hidroeléctrico (conocido como Boca do Inferno en el río Verdugo) sobre la superficie afectada del monte vecinal de mano común de Parada (Ponte Caldelas) en Pontevedra, así como contra la falta de resolución expresa por parte del Consello de la Xunta de la discrepancia que dicha desestimación por silencio supondría respecto a un acuerdo previo del Consello de Gobierno de la Xunta por el que se había declarado la utilidad pública del citado aprovechamiento y acordado la necesidad de urgente ocupación de los bienes afectados.

La recurrente había solicitado de la Xunta de Galicia que se declarara el «interés prevalente» de las instalaciones de la Central Hidroeléctrica Boca do Inferno en aplicación del artículo 6 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 13/1989, de 10 de octubre, de Montes Vecinales de Mano Común y concordante de su Reglamento, aprobado por Decreto del Consello de la Xunta de Galicia 260/1992, de 4 de septiembre, para continuar el procedimiento expropiatorio que afectada a parte del Monte Vecinal de Mano Común de Parada.

Tanto la Sala de instancia como luego el TS en la sentencia escogida interpretaron, en aplicación de esa normativa autonómica, que «para efectuar la declaración de prevalencia, el interés general que represente la nueva utilidad pública —del aprovechamiento en cuestión— deberá ser superior a la que está llamado a satisfacer el monte en cuestión», lo que no se considera probado en el caso de autos.

El TS considera que la recurrente podrá no estar de acuerdo con la motivación de la sentencia de instancia, pero no puede negarse que la misma existe. Entiende además, que dicha motivación no es ajena a que la superficie afectada por la expropiación para instalar el aprovechamiento hidroeléctrico no es muy grande. Pero apunta que el hecho de que la superficie sea pequeña en comparación con la total del monte no supone, en modo alguno, que su alteración no pueda comprometer o afectar importantes valores medioambientales. Así, recuerda, en uno de los informes obrantes en el expediente —emitido por la Dirección General de Montes e Industrias Forestales—, se señalaba que el proyecto afecta a dos molinos que forman parte del legado histórico y cultural; que el proyecto causaría un fuerte impacto ambiental, arquitectónico y visual y afectará a una zona poblada de vegetación típica de ribera; y que también afectaría a la actividad ganadera, forestal y a la pesca fluvial.

Por lo anterior, el TS concluye que ha de desestimar el recurso, dado que, en realidad, lo que pretende la recurrente es que se efectúe por vía de casación una nueva valoración de los informes diferente a la realizada en la instancia, lo que no es procedente en casación.

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

a) *Hecho imponible*

La **sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2011 (NR 1289/2009)** trata de la realización del hecho imponible en los casos en que el beneficio de la obra es «in-

directo», esto es, aquellos usos que no tienen su toma en los embalses o aguas debajo de los mismos. Y es que la toma se efectuaba en ríos no regulados, habiendo sufragado el sujeto pasivo las obras concretas de derivación. La consideración como sujetos pasivos de los beneficiarios indirectos es una cuestión polémica, pues no figura propiamente en el texto legal, sino que se añade en el reglamentario. El Alto Tribunal rechaza que se esté infringiendo el principio de legalidad en materia tributaria, pues al referirse la Ley —dice— a los beneficiados por las obras de regulación, sin distinguir, en efecto, si aquellos son directos o indirectos, entiende que no se excluye el hecho sustancial de que en ambos supuestos sea válida la calificación general de beneficiado por la obra reguladora. No puede negarse —concluye el Tribunal— aquella calidad a quien se beneficia de una concesión cuya posibilidad de haberse constituido depende del dato físico de que se produzca una reposición de los caudales concedidos, cuya realidad a su vez es consecuencia de la existencia de regulación.

Sobre el gravamen a los beneficiarios indirectos se pronuncia también la **sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de octubre de 2011 (NR 409/2010)**. La actora tomaba aguas de un embalse, pero se le giraba el canon de regulación de tres más situados aguas abajo. Según el tribunal, «aunque el recurrente no se beneficie de manera directa de los otros embalses no cada duda que los mismos permiten guardar agua, mantener el suministro, la calidad de las aguas, es decir regular y ordenar el caudal del río para todos los beneficiarios directos o indirectos de los embalses (...)».

b) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa

El Tribunal Supremo ha dictado 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 ha fallado a favor de las Confederaciones, desestimando los recursos de casación deducidos contra las sentencias de instancia.

Las sentencias van recogiendo párrafos de otros anteriores para explicar cómo se da el hecho imponible del canon de regulación o de la tarifa de utilización del agua, lo que no es dudoso, pues es evidente que los embalses y canales determinan disponibilidad o mejora de disponibilidad de agua a estas empresas. La clave está en la posible aplicación de la exención prevista en el art. 135 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, que establece aparentemente una exención en este sentido.

El Alto Tribunal considera inaplicable la posible exención, por falta de cobertura legal. En una doctrina decepcionante, en vez de acometer una respuesta clara a la demanda, se limita a cortar y pegar de una ya vieja sentencia del año 1996 en la que todavía se hablaba del canon de saltos a pie de presa como algo de origen contractual. La Ley 25/1998 lo integró entre las tasas; y sigue siendo inaudito que el Reglamento sirva para «crear» una tasa, pero no para cubrir una exención. ¿O la Ley 25/1998 sólo da cobertura a lo que interesa?

Son, por el momento, **cuatro sentencias de 17 de noviembre de 2011 (NR 4477/2007, 4891/2007, 4136/2008 y 5931/2010) y una más de 19 de diciembre de 2011 (NR 513/2009)**.

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.

La **Audiencia Nacional** admite que el canon y las tarifas se aprueben en el año de devengo (cfr. **sentencia de 14 de noviembre de 2011, NR 403/2010**). Parecido criterio sigue el **TSJ de Andalucía, Málaga**, que anula los acuerdos aprobatorios de cánones y tarifas una vez que, aprobados inicialmente en verano del ejercicio al que correspondían, no se respondieron las alegaciones formuladas con ocasión del trámite de información pública hasta enero del año siguiente. Son la **sentencia de 29 de abril de 2011 (NR 201/2005)** y **dos sentencias de 23 de mayo de 2011 (NR 291/2005)**.

B) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja

a) *Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas*

La **sentencia del TSJ de Extremadura de 12 de mayo de 2011 (NR 301/2009)** estima el recurso promovido en nombre de un grupo político municipal contra un sedicente Reglamento comprensivo de las tarifas que iba a percibir la empresa concesionaria de los usuarios. Dicho Reglamento, tiempo después —cuando ya se habían cobrado las tarifas de meses— se tramitó como Ordenanza Fiscal. La sala de Cáceres estima el recurso, anula la Ordenanza tardía y exige al Ayuntamiento que inicie una revisión de oficio respecto de aquel reglamento.

b) *Exacciones por abastecimiento de agua en baja: cuantías*

El **TSJ de Asturias** anula la tasa por abastecimiento domiciliario de agua del Ayuntamiento de Oviedo, por haber incluido entre los costes a recuperar los correspondientes a fuentes ornamentales. Todo ello a la vista, primero, del art. 21.1.a) del TRLHL, que prohíbe las tasas por abastecimiento en fuentes públicos; y, segundo, que no pueden exigirse tasas por servicios o actividades no susceptibles individualizarse. Se trata de la **sentencia de 31 de mayo de 2011 (NR 476/2009)**.

Mucho más contenido tiene la **sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 21 de noviembre de 2011 (NR 384/2010)**. Se recurre la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa del agua por los propietarios de una urbanización que, hasta la fecha, habían pagado el agua a través de la Entidad de Conservación Urbanística, y finalmente se integran en el sistema público. Lo que aumenta las tarifas de manera exponencial. La sala de Valladolid estima el recurso y anula la Ordenanza, debido a las deficiencias del informe económico-financiero. La modificación de la Ordenanza había supuesto la ampliación de algunos tramos de consumo de agua potable. Un primer punto de crítica en el estudio económico-financiero tiene que ver con que no se concreta la repercusión que la reforma va a tener en el ámbito de los ingresos. Otro se relaciona con la opción seguida por el Ayuntamiento, cobrar una única tasa por el ciclo del agua, con varias tarifas (abastecimiento, alcantarillado, depuración). Aunque la opción sea legítima, que no se efectúe un cálculo de costes

e ingresos por cada uno de al menos esos tres servicios objeto de diferenciación dificulta la justificación del principio de equivalencia. En tercer lugar, el aumento conjunto excede el incremento anual de precios al consumo, sin que se haya justificado convenientemente.

En cualquier caso, el reproche más relevante que se lanza a la Ordenanza tiene que ver con que el Ayuntamiento no disponga de una red de abastecimiento de agua de riego, por lo que los propietarios de las urbanizaciones se ven obligados a regar y a llenar las piscinas con agua potable. Si esto no fuera así, la progresividad que introduce el sistema de tramos sería aceptable, pero siendo así se demuestra que los abonados que son incluidos en los tramos de mayor consumo lo son por causa del riego en sus parcelas. Otro problema añadido es que esa progresividad se traslada a las tarifas de alcantarillado y depuración, cuando se trata de aguas que no se van a devolver a la red de alcantarillado.

La **sentencia del TSJ de Extremadura de 25 de julio de 2011 (NR 619/2009)** estima el recurso deducido por la empresa concesionaria contra la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa del agua, en cuantía insuficiente para asegurar la economía de la empresa. El convenio prevenía que el Ayuntamiento tendría que completar el déficit tarifario con una subvención. Pero no se prevé la subvención y se dan otras circunstancias que complican el conflicto, ligadas a los datos irreales de consumo de agua que ofreció el Ayuntamiento en el momento de la contratación.

La **sentencia del TS de 11 de mayo de 2011 (NR 3274/2007)** declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la concesionaria del servicio contra la modificación de las tasas (que luego exige a los usuarios). La recurrente alegaba el desequilibrio que introducía en los términos de la concesión.

c) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: contribuciones especiales

La **sentencia del TSJ de Valencia de 17 de mayo de 2011 (NR 20/2011)** considera que no pueden exigirse contribuciones especiales para las mejoras de la red de abastecimiento de agua preexistente. Señala la sala que las personas a las cuales se les exige la contribución venían disfrutando con anterioridad del servicio público. En la memoria de la obra se justifica la necesidad de sustituir la red existente por su obturación, fugas y otros defectos, desplazándola desde el centro de la calzada bajo la cual discurre hasta uno de los lados. Según el TSJ esto no es la creación de un servicio público, tan sólo su mera renovación o remozamiento.

*d) Exacciones por abastecimiento de agua en baja:
Derramas exigidas por las comunidades de regantes*

La **sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 27 de octubre de 2011 (NR 1535/2007)** se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de las derramas exigidas por las comunidades de regantes a los regantes, lo que es determinante para aclarar si es materia económico-administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa. A juicio de esta sala tienen naturaleza tributaria, por más que presenten una estructura retributiva compleja (se resarcan con ellas desde la tarifa de utilización de agua que la Confederación exige a la Comunidad de Regantes, la facturación eléctrica, los gastos de conservación y reparación,

los gastos de administración, amortizaciones, etc.). En concreto dice que se trata de tasas por la utilización del dominio público hidráulico, cualquiera que sea la denominación que reciban.

C) Aguas marítimas

a) *Tarifas por ocupación del dominio público marítimo-terrestre*

La **sentencia del TSJ de Valencia de 26 de mayo de 2011 (NR 3057/2008)** trata de las tasas por ocupación demanial previstas en la Ley de Costas, en el caso de autos en relación con ciertas instalaciones desmontables dedicadas a la cría y engorde de pescado. La sentencia resuelve las relaciones entre la Ley de Costas y las disposiciones reglamentarias que la han venido a desarrollar, determinando que el conjunto normativo no se ajusta por completo al principio de reserva de ley, en particular en el campo de la acuicultura marina. En el número anterior de esta revista comentábamos una sentencia del Tribunal Supremo, de fechas parecidas, que resolvió en sentido contrario.

D) Dominio público local

a) *Tasas por utilización del dominio público local: hecho imponible*

El **Tribunal Supremo** ha dictado **una sentencia de fecha 15 de septiembre de 2011 (NR 2078/2009)** que admite la exacción de tasas por el aprovechamiento especial de caminos municipales utilizados para el transporte de áridos, dado que se trata de una utilización que excede del uso general y determina la obtención de una utilidad o ventaja. Como en otras ocasiones, referidas a supuestos diferentes, no da relevancia alguna a que ese concreto supuesto no se encuentre en el listado previsto en el art. 20.3 del TRLHL, listado que es meramente ejemplificativo.

La **sentencia del TSJ de Aragón de 5 de septiembre de 2011 (NR 36/2004)** estima el recurso deducido, anulando liquidaciones por tasas por vallas publicitarias visibles desde dominio público. El TSJ no planteó cuestión de inconstitucionalidad, sino que esperó a conocer el resultado de las planteadas por otras salas. Vista la sentencia del TC núm. 73/2011, de 19 de mayo (comentada en el número anterior de esta revista) el fallo fue estimatorio.

Finalmente, el **TSJ de Castilla y León, Burgos**, en **sentencia de 4 de marzo de 2011 (NR 114/2009)** declara ajustada a derecho la parte de la tasa por expedición de documentos que gravaba la autorización de paso de vehículos pesados. Según la sala de Burgos, el hecho de que los vehículos paguen el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica no impide la exigencia de la tasa, más teniendo en cuenta que la circulación de estos vehículos se autoriza en zonas que normalmente les estarían prohibidas.

E) Impuesto sobre Bienes Inmuebles

a) *Dominio marítimo-terrestre*

La **sentencia del TS de 21 de septiembre de 2011 (NR 91/2010)** aborda un problema a caballo entre la aplicación de los tributos y la revisión de la actuación administrativa rea-

lizada. Las liquidaciones tributarias (por el IBI) eran emitidas en virtud de un convenio de delegación, en el caso de autos por una Comunidad Autónoma Uniprovincial (La Rioja). Dice la sala que la entidad delegataria carece de competencia para interponer un recurso de lesividad, en relación con un supuesto de anulabilidad. Se trataba de un caso muy curioso, la tributación de la presa de Leiva, en concepto de BICE: el obligado tributario era la Comunidad Autónoma, tenía pues la doble posición de sujeto pasivo del impuesto y ente gestor, y se decantó por la vía señalada en orden a que se resolviera una situación de inicial discrepancia entre dos consejerías.

b) Carreteras y caminos

La **sentencia del TSJ de Aragón 9 de febrero de 2011 (NR 139/2010)** desestima la pretensión del sindicato de riegos de una comunidad de regantes de ser acreedor a exención en el IBI por fincas de las que dice ser caminos de servicio público e invocando la exención para caminos de aprovechamiento público y gratuito. Se comprueba que dichas parcelas ostentan la condición de suelo urbano, circunstancia no desacreditada por la recurrente e impositiva de que prospere su reclamación.

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 de impacto ambiental. Conservación de hábitats naturales y fauna y flora silvestre. Explotaciones mineras de carbón a cielo abierto en y cerca de una ZEPA y posteriormente declarada como un LIC. Protección del oso pardo y del urogallo. Directivas 85/337/CEE y 92/43/CEE.
 - B) Evaluación de impacto ambiental. Conservación de hábitats naturales y fauna y flora silvestre. Duplicación y acondicionamiento de la carretera M-501 en España cerca de una ZEPA y un LIC. Directivas 85/337/CEE y 92/43/CEE.
 - C) Prevención y control integrados de la contaminación. Teoría general sobre la interpretación de los conceptos utilizados por la normativa comunitaria. Concepto de «cerda» a efectos de la Directiva 96/61/CE. Finalidad de amplia y efectiva protección de la contaminación de la misma.
 - D) Libertad de circulación y calidad del aire. Necesidad de adoptar medidas menos restrictivas de la libertad de circulación. Directivas 96/62/CE y 1999/30/CE.
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
 - A) Derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio. Existencia de efecto nefasto sobre la esfera privada o familiar de una persona como elemento crucial para la violación. Obligaciones positivas resultantes del artículo 8 de la Convención: la no adopción de las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento del servicio público de recogida de desechos y la omisión de información a los interesados de los riesgos ligados al hecho de habitar el territorio contaminado. Margen de apreciación del Estado para conformarse a las obligaciones positivas impuestas por el artículo 8. Posibilidad de alegación incluso en ausencia de la prueba de un grave peligro para la salud de los interesados.
3. AGUAS CONTINENTALES.
 - A) El papel del reglamento para completar las determinaciones legales sobre infracciones y sanciones. Reglamento aprobado por Consejo de Ministros y no por el Ministro. Validez de la OM 85/2008, de 16 de enero, a los efectos de concreción del valor de reparación de los daños ambientales, pero no para la determinación de las infracciones y sanciones en materia de aguas. El deber indemnizatorio procede solo cuando sea imposible la reparación y reposición del dominio público hidráulico de una forma completa.

4. AGUAS MARINAS: VERTIDOS.

- A) **Las obligaciones del titular de un vertido no se enervan porque haya optado por la gestión indirecta de un servicio público de su competencia a través de un consorcio. La responsabilidad puede resultar de la mera inobservancia de las condiciones a que se encuentra sometida la autorización de vertidos.**

5. GANADERÍA.

- A) **El Estado puede regular con carácter básico las explotaciones porcinas, fundamentándose en sus competencias en materia sanitaria, medioambiental y de ordenación de la economía. La normativa autonómica debe adaptarse a la normativa básica estatal.**

6. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.

- A) **La Declaración de Impacto Ambiental es un acto de trámite, no susceptible de impugnación jurisdiccional autónoma salvo en un sentido negativo, cuando se decide no someter a Evaluación de Impacto Ambiental un determinado proyecto.**

7. RADIACIÓN NO IONIZANTE.

- A) **Los municipios no pueden dictar medidas adicionales de protección sanitaria frente a las antenas de telefonía móvil por ser esta competencia técnica exclusiva del Estado, que ya ha llevado a cabo una ordenación marco completa del sector cohonestando todos los intereses en juego.**

8. MINAS.

- A) **El artículo 81 de la ley de Minas no habilita a la Administración para resarcirse de los gastos que haya tenido que satisfacer subsidiariamente por los daños ocasionados por la explotación de una mina.**

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: sujetos pasivos.
- d) Canon de control de vertido: cuantificación.
- e) Canon de control de vertidos: aplicación del tributo.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas.

- a) Hecho imponible.
- b) Comprobación administrativa.

C) Tributos locales en materia de agua.

- a) Tasa municipal por alcantarillado.

D) Tributos sobre residuos.

- a) Tasas municipales por recogida de basuras.

E) Otros impuestos autonómicos ambientales.

- a) Impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente.

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Evaluación de impacto ambiental. Conservación de hábitats naturales y fauna y flora silvestre. Explotaciones mineras de carbón a cielo abierto en y cerca de una ZEPA y posteriormente declarada como un LIC. Protección del oso pardo y del urogallo. Directivas 85/337/CEE y 92/43/CEE

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 24 de noviembre de 2011, recaída en el asunto C-404/09**, resuelve un recurso por incumplimiento planteado por la Comisión Europea contra el Reino de España al que reprocha violaciones de las Directivas mencionadas en la rúbrica por la autorización de distintas explotaciones a cielo abierto en o próxima a la Zona del Alto Sil declarada como Lugar de Importancia Comunitaria en 2004 y habiendo sido designada dicha zona como ZEPA en 2000. El Reino de España será condenado aceptándose, así, la mayor parte de las razones esgrimidas por la Comisión en su recurso.

La cuestión que se ha resumido en el párrafo anterior da lugar a una larga y pormenorizada sentencia en cuanto que son varias las explotaciones mineras cuestionadas y con distintas circunstancias temporales de autorización, antes o después de la declaración de la zona como ZEPA, primero, y como LIC, después, pero cuyas decisiones fundamentales desde el punto de vista de la normativa que se menciona pueden ser resumidas de esta manera.

Así e inicialmente, se otorgaron autorizaciones a dos minas sin que previamente hubiera existido una evaluación de impacto ambiental que permitiera identificar, describir y evaluar de manera apropiada los efectos directos, indirectos y acumulativos de los proyectos de explotación a cielo abierto existentes. Esto supone —por las fechas de las autorizaciones— una violación de lo dispuesto en distintos preceptos de la Directiva 85/337/CEE. Particular énfasis pone la Sentencia en lo relativo a la necesidad de medir los efectos acumulativos, dada la existencia de varias explotaciones mineras y, además, próximas.

Una vez que se procede a la declaración como ZEPA (2000) y LIC (2004) se han producido violaciones de las respectivas Directivas al no haber tenido lugar tampoco una evaluación de las repercusiones de dichos proyectos, en relación a otras explotaciones mineras, singularmente en lo relativo a los riesgos para el urogallo, que es una de las especies especialmente protegidas y que motivó, en unión a la protección del oso pardo, la declaración como LIC.

En la Sentencia se presta también atención a las alegaciones del Reino de España relativas a consideraciones económicas de la importancia de tales explotaciones mineras para la economía local y hasta nacional (haciéndose mención específica a la seguridad del abastecimiento energético y otras cuestiones parecidas). La Sentencia en este ámbito indica que la valoración de la importancia económica de las explotaciones afectadas y que podría tener su base en lo dispuesto en el art. 6.4 de la Directiva 92/43/CEE exige que, primeramente, haya tenido lugar un análisis de las repercusiones del plan o proyecto tal y como indica el art. 6.3 de la misma Directiva, análisis que no ha tenido lugar y que, por tanto, determina la imposibilidad de tener en cuenta esas repercusiones económicas desde ningún punto de vista (vid. puntos 157 y 195 de la Sentencia).

B) Evaluación de impacto ambiental. Conservación de hábitats naturales y fauna y flora silvestre. Duplicación y acondicionamiento de la carretera M-501 en España cerca de una ZEPa y un LIC. Directivas 85/337/CEE y 92/43/CEE

De un tenor parecido al anterior es la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 15 de diciembre de 2011, recaída en el asunto C- 560/09**, que resuelve un recurso por incumplimiento planteado por la Comisión Europea contra el Reino de España al que reprocha violaciones de las Directivas mencionadas en la rúbrica por la autorización de desdoblamiento y acondicionamiento de la carretera M-501 por la Comunidad Autónoma de Madrid, en las proximidades de una ZEPa y un LIC. El Reino de España será condenado aceptándose, así, la mayor parte de las razones esgrimidas por la Comisión en su recurso.

Así, y resumiendo las razones expuestas en la Sentencia, ésta constata que el Reino de España ha incumplido distintos preceptos de la Directiva 85/337/CEE al no haber procedido a una evaluación de impacto ambiental correcta, con valoración de los efectos indirectos y acumulativos, del proyecto de desdoblamiento y acondicionamiento de la carretera M-501 en la Comunidad Autónoma de Madrid y perteneciente a la competencia de esta Comunidad. E igualmente se constata la infracción de la Directiva 92/43/CEE dado que tampoco se ha realizado esa evaluación de impacto ambiental prevista en el art. 6 de dicha Directiva, y las apelaciones del órgano administrativo competente a las imperiosas necesidades de interés público a las que se refiere el art. 6.4 solo pueden realizarse cuando haya tenido lugar la evaluación. En palabras de la Sentencia, «el examen de si concurren eventualmente razones imperiosas de interés público de primer orden y de si existen alternativas menos perjudiciales para el medio ambiente requiere una ponderación de esas razones imperiosas y de los perjuicios que el plan o proyecto considerado causen al lugar. Además, con objeto de determinar la naturaleza de eventuales medidas compensatorias, los perjuicios causados a este lugar deben ser identificados con precisión» (punto 138 de la Sentencia).

C) Prevención y control integrados de la contaminación. Teoría general sobre la interpretación de los conceptos utilizados por la normativa comunitaria. Concepto de «cerda» a efectos de la Directiva 96/61/CE. Finalidad de amplia y efectiva protección de la contaminación de la misma

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 15 de diciembre de 2011, recaída en el asunto C-585/10**, resuelve una petición de decisión prejudicial planteada conforme al art. 267 TFUE por un tribunal de Dinamarca, sobre la interpretación del concepto de «cerda» referido en el Anexo I, punto 6.6, letra c), de la Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 166/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de enero de 2006.

En el litigio previo se enfrenta la posición del titular de la explotación ganadera con la del Municipio que le ordena que proceda a la modificación de su explotación en tanto que el número de cerdas que cría —875 menores de un año— supera la capacidad máxima de 750 cerdas que fija el punto indicado del Anexo de la Directiva. El propietario, basándose en lo que indica otra Directiva (la 91/630/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1991,

relativa a las normas mínimas para la protección de cerdos) y que indica que el concepto «cerda» se refiere al «animal hembra de la especie porcina después del parto» mientras que el concepto de «cerda joven» designa al «animal hembra de la especie porcina tras la pubertad y antes del parto», indica que en el número de cerdas de ese anexo deben tenerse en cuenta solo las que son adultas y que ya han parido, mientras que las que han sido cubiertas pero no han parido (o sea, las jóvenes a efectos de esta directiva) no se computan en ese número, con lo cual su explotación respetaría el número máximo de 750.

La pregunta que el Tribunal danés plantea al Tribunal comunitario reza de la siguiente forma: «¿Deben interpretarse las disposiciones del anexo I, punto 6.6 letra c) de la Directiva 96/61 en el sentido de que se aplican a los emplazamientos para cerdas jóvenes?» (o sea, las que no han parido todavía).

La respuesta del Tribunal de Justicia es interesante y trasciende el concreto caso que se le somete al mismo en tanto en cuanto que se refiere a una cierta teoría general para la interpretación de los conceptos utilizados por la normativa comunitaria indicando que «la determinación del significado y del alcance de los términos no definidos por el Derecho de la Unión debe efectuarse conforme al sentido habitual de estos en el lenguaje corriente, teniendo en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte» (punto 25 de la Sentencia). Y si hay discrepancias entre las distintas versiones lingüísticas de un término (lo que sucede en el caso) «la necesidad de una interpretación uniforme... exige también que en caso de discrepancia entre ellas, la disposición de que se trate sea interpretada en función del sistema general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte» (punto 26 de la Sentencia).

De forma consiguiente con lo mencionado el Tribunal indica que a falta de una propia definición de cerda en la Directiva 96/61/CE hay que atender a las finalidades que persigue la propia Directiva como son las de la amplia y efectiva protección medioambiental y tener en cuenta, a esos efectos, que contamina lo mismo un cerda cubierta y que ya haya parido, que una que solo haya sido cubierta. Paralelamente, los conceptos de la Directiva 91/60/CEE no pueden utilizarse a estos efectos puesto que a esta última Directiva le preocupa el bienestar animal, para lo cual dispone un régimen específico de espacio y otras características, que nada tienen que ver con la protección ambiental, que es el objetivo específico de la Directiva 96/61/CEE. Por todo ello se concluye que se incluyen las cerdas jóvenes en el ámbito de la Directiva 96/61/CEE, con lo cual y en el caso concreto está claro que la explotación controvertida supera el número de emplazamientos que fija el anexo de dicha Directiva.

D) Libertad de circulación y calidad del aire. Necesidad de adoptar medidas menos restrictivas de la libertad de circulación. Directivas 96/62/CE y 1999/30/CE

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, recaída en el asunto C-28/09, resuelve un recurso por incumplimiento presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República de Austria. La Sentencia aceptará las razones de la Comisión considerando las medidas adoptadas por Austria como contrarias al principio de libertad de circulación.

Al margen de procedimientos anteriores en relación al mismo asunto y que ya opusieron a la República de Austria con la Comisión y que dieron lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 2005, Comisión/Austria (C-320/03), en la que

se declararon medidas austríacas contrarias a la libertad de circulación, el tema que ocupa a este asunto se inicia con diversas medidas adoptadas por las autoridades austríacas con vistas a mejorar la calidad del aire tal y como le obligan a los Estados las Directivas citadas en la rúbrica del presente punto (art. 8.3 de la Directiva 96/62 en relación con la Directiva 1999/30). En concreto y en relación a una autopista, se impuso primero (a partir de 2006) una limitación temporal de velocidad a 100 km/h entre unos puntos determinados de la Autopista A-12 que une Austria con la República Federal de Alemania, sustituyéndose luego esa medida por una limitación variable de velocidad en función del nivel general de contaminación efectivamente medida y de factores meteorológicos (punto 134). Posteriormente se impuso una prohibición de circulación de vehículos articulados y vehículos pesados con remolque de más de 7,5 toneladas que no se ajustaran a la norma Euro II entre dos Municipios y luego se amplió esta prohibición de circulación, incluyéndose más adelante también la prohibición de circulación nocturna a vehículos pesados en un tramo de la Autopista A-12.

La cuestión controvertida va a ser si estas medidas de prohibición de circulación de determinados vehículos son compatibles con el básico principio de libertad de circulación de mercancías (arts. 28 y 29 del Tratado CE). El Tribunal va a constatar, primero, que efectivamente lo son (punto 116 de la Sentencia), pero luego se va a plantear si esta medida puede ser justificada.

Y en ese sentido y manejando distintos informes científicos va a indicar que la República de Austria no ha sacado todo el partido que podía sacarse a la introducción de una limitación permanente de velocidad a 100 km/h y no, como se está haciendo, a una limitación variable de circulación. Eso le lleva a concluir que habría otros medios de actuación menos restrictivos de la libertad de circulación que deberían haber sido experimentados y ser solo descartados cuando se hubiera probado su carácter inadecuado con razón al objetivo perseguido (puntos 140 y 150 de la Sentencia). Consiguientemente se concluye en el incumplimiento de la República de Austria de las obligaciones que le incumben en relación a los arts. 28 y 29 del Tratado de la Comunidad Europea (vigente en la época que se formuló el recurso).

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio. Existencia de efecto nefasto sobre la esfera privada o familiar de una persona como elemento crucial para la violación. Obligaciones positivas resultantes del artículo 8 de la Convención: la no adopción de las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento del servicio público de recogida de desechos y la omisión de información a los interesados de los riesgos ligados al hecho de habitar el territorio contaminado. Margen de apreciación del Estado para conformarse a las obligaciones positivas impuestas por el artículo 8. Posibilidad de alegación incluso en ausencia de la prueba de un grave peligro para la salud de los interesados

En su sentencia de 10 de enero de 2012, en el asunto **Di Sarno y otros contra Italia**, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos conoce de la demanda ante él planteada contra Italia

por dieciocho ciudadanos de ese mismo Estado que consideraban vulnerados sus derechos recogidos en los artículos 2, 6, 8 y 13 de la Convención de Roma como consecuencia de la mala gestión que las autoridades habían hecho del servicio de recogida, tratamiento y eliminación de residuos en la región de Campania, así como de la falta de diligencia de las autoridades judiciales en perseguir a los responsables de esa situación.

El Tribunal comienza desestimando las excepciones preliminares planteadas por el Gobierno italiano. En la primera se señala la ausencia de violación del derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar, dado que no habían demostrado que viviesen o trabajasen en lugares en los que los problemas de recogida de residuos hubiesen podido causar serios perjuicios a su salud o su bienestar psicológico. En este sentido el Tribunal recuerda que la Convención no admite el mecanismo de la *actio popularis* y que ninguna de sus disposiciones garantiza específicamente una protección general del medio ambiente en cuanto a tal. La sentencia subraya que la existencia de un efecto nefasto sobre la esfera privada o familiar de una persona es un elemento crucial para determinar si los daños al medio ambiente comportan violación de alguno de los derechos contemplados por el artículo 8.1 de la Convención. Sin embargo, el Tribunal añade que si bien la situación denunciada afecta al conjunto de la población de la Campania, de los documentos aportados por las partes resulta que el municipio de *Somma Vesuviana* en el que los demandantes residen o trabajan había sido especialmente afectado por la crisis de los desechos, por lo que los daños medioambientales denunciados por los demandantes puede considerarse que afectan directamente a su propio bienestar. En cuanto a la segunda excepción preliminar del Gobierno italiano, relativa al no agotamiento de los recursos internos, la sentencia recuerda el objetivo del artículo 35.1 de la Convención de dar a los Estados la ocasión de prevenir o remediar las violaciones de derechos que se les planteen antes de llegar al Tribunal. A eso añade que esa regla se fundamenta en la hipótesis contemplada en el artículo 13 de la Convención de que el ordenamiento interno ofrezca un recurso efectivo en cuanto a la violación alegada. En consecuencia el demandante debe, en virtud del artículo 35 de la Convención, prevalerse de recursos normalmente disponibles y suficientes para permitirle obtener reparación de las violaciones que alegue, correspondiendo al Gobierno que plantea la excepción del no agotamiento convencer al Tribunal que el recurso invocado era efectivo y disponible, tanto en la teoría como en la práctica, es decir que era accesible y susceptible de ofrecer al demandante la reparación de su queja, presentando perspectivas razonables de éxito. En este sentido el Tribunal argumenta que las vías de recurso interno planteadas por el Gobierno italiano no se ajustan a esas exigencias, por lo que rechaza la excepción preliminar.

A continuación el Tribunal se centra en la solicitud de los demandantes de una posible violación de los artículos 2 y 8 de la Convención, al considerar que el Estado italiano, al abstenerse de adoptar las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento del servicio público de recogida de desechos y aplicar una política legislativa y administrativa inadecuada, ha afectado gravemente el medio ambiente de su región y ha puesto en peligro su vida y su salud. A eso añaden que las autoridades públicas habrían omitido informar a los interesados de los riesgos ligados al hecho de habitar el territorio contaminado. A este respecto el Tribunal estima, a la luz de su propia jurisprudencia, que esa queja de los demandantes debe ser examinada desde la perspectiva del derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 de la Convención. Sobre ese particular comienza

recordando que los perjuicios medioambientales graves pueden afectar al bienestar de las personas y privarles del disfrute de su domicilio de forma que se perjudique su vida privada y familiar. Además, la sentencia advierte que el citado artículo 8 no solo impone al Estado una obligación de abstenerse de injerencias arbitrarias sino que añade una obligación positiva, consistente en la adopción de todas las medidas razonables y adecuadas para proteger esos derechos. En el caso de actividades peligrosas, entre esas obligaciones positivas se incluye en primer lugar la de adoptar una reglamentación adaptada a las especificidades de dicha actividad, que regule la autorización, funcionamiento, explotación, seguridad y control de la actividad en cuestión, además de imponer a cualquier persona concernida por ella la adopción de medidas prácticas que aseguren la protección efectiva de los ciudadanos expuestos a los riesgos que derivan de dicha actividad. Por último el Tribunal alude a las obligaciones procedimentales que resultan del mencionado artículo 8, entre las que se destaca el acceso del público a las informaciones que le permitan evaluar el riesgo al que está expuesto; sobre este particular se advierte que esa misma obligación resulta del artículo 5.1.c) de la Convención de Aarhus de la que Italia es Parte.

El Tribunal afirma a continuación la aplicabilidad del artículo 8 al caso, señalando que los demandantes se han visto obligados a vivir durante meses en un medio ambiente contaminado por los desechos abandonados en la vía pública, lo que ha podido conducir a un deterioro de su calidad de vida y, en particular, a afectar a su derechos al respeto de su vida privada y de su domicilio. Además el Tribunal señala que aunque los demandantes no han alegado estar afectados por patologías resultantes de esa situación y que los estudios científicos aportados al caso llegan a conclusiones opuestas en cuanto a la existencia de nexo causal entre la exposición a los desechos y el incremento del riesgo de desarrollo de patologías como cáncer o malformaciones congénitas, el artículo 8 puede ser alegado incluso en ausencia de la prueba de un grave peligro para la salud de los interesados. La sentencia concluye a este respecto que el asunto se refiere a un supuesto en que se plantea el incumplimiento por el Estado de las obligaciones positivas que le impone el artículo 8 y que las actividades en cuestión son sin duda peligrosas. A eso se añade que si bien el Estado dispone de un margen de apreciación en cuanto a la adopción de medidas concretas para ajustarse a las mencionadas obligaciones, el hecho de que haya optado por confiar en un organismo distinto la gestión de un servicio público no le dispensa de las obligaciones de vigilancia que le incumben en virtud del artículo 8. Por otra parte la sentencia señala que, conforme a los términos del artículo 23 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito el estado de crisis declarado en la región no podría ser calificado como de fuerza mayor, tal como pretendía el Gobierno italiano.

En conclusión, incluso si se admite la afirmación del Gobierno de que la fase aguda de la crisis no ha durado más que cinco meses y el margen de apreciación antes apuntado, es obligatorio constatar que la incapacidad prolongada de las autoridades italianas para asegurar el funcionamiento regular del servicio de recogida, tratamiento y eliminación de residuos ha afectado al derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y de su domicilio, en violación del artículo 8 de la Convención. Por el contrario, en lo que se refiere a la queja de la ausencia de información a los demandantes que les hubiese permitido evaluar el riesgo al que estaban expuestos, el Tribunal señala que, dado que los estudios del servicio de protección civil fueron hechos públicos en 2005 y 2008, las autoridades se

habrían ajustado a su obligación de informar, por lo que no existe violación del mencionado artículo 8 a este respecto.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) El papel del reglamento para completar las determinaciones legales sobre infracciones y sanciones. Reglamento aprobado por Consejo de Ministros y no por el Ministro. Validez de la OM 85/2008, de 16 de enero, a los efectos de concreción del valor de reparación de los daños ambientales, pero no para la determinación de las infracciones y sanciones en materia de aguas. El deber indemnizatorio procede solo cuando sea imposible la reparación y reposición del dominio público hidráulico de una forma completa

La STS de 4 de noviembre de 2011 (recurso 6062/2010) estima el recurso de casación contra una previa Sentencia de de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2010 en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la Orden del Ministerio de Medio Ambiente 85/2008, de 16 de enero, por la que se establecen los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y análisis de vertidos de aguas residuales. La Sentencia que comentamos pone de manifiesto la deficiente ordenación de todo lo relativo al derecho sancionador en el ordenamiento jurídico de las aguas continentales, necesitado, como el mismo TRLA, de una profunda revisión.

El recurso de la Comunidad de Madrid se fundamentaba en la vulneración del principio de legalidad y la tipificación de infracciones, fundamentalmente, así como en otras cuestiones que se mencionarán en este comentario. La STS lleva a cabo un recordatorio de la teoría general de las sanciones administrativas poniendo de manifiesto el principio de reserva de ley y la colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones, pero una colaboración que en modo alguno puede alterar la básica delimitación de los tipos en la ley. Por otra parte también se recuerda que esa colaboración reglamentaria lo debe ser —en el ámbito de la Administración General del Estado— mediante normas aprobadas por RD sin que quepa una remisión de éstas a normas reglamentarias inferiores, pues en ese caso «se produciría una subversión del sistema de fuentes descrito, pues por encima del sólo aparente y formal desarrollo de la Ley a través del Real Decreto, la realidad sería que ese desarrollo se habría hecho, en lo que tiene de funcional y operativo, a través de las Órdenes Ministeriales y/o disposiciones de autoridades y órganos inferiores según el orden de su respectiva jerarquía, con el resultado de que para aprehender el contenido funcional del mandato legal, el destinatario de la norma se vería obligado a integrarlo no sólo con la reglamentación operada a través del Real Decreto sino también y sobre todo con esas normas reglamentarias inferiores; con grave afeción de los principios de legalidad y seguridad jurídica» (FJ 3).

A esos efectos se recuerda el sistema sancionatorio de la legislación de aguas, en donde el art. 117.1 lleva a cabo una remisión al reglamento para la calificación de las infracciones previamente establecidas en el art. 116.3 indicando que el reglamento llevará a cabo tal calificación «atendiendo a su repercusión en el orden y aprovechamiento del dominio

público hidráulico... así como al deterioro producido en la calidad del recurso». El art. 118.1 dispone que con independencia de las sanciones, los infractores podrán ser obligados a reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico así como a reponer las cosas a su estado anterior y, finalmente, el art. 28.j) indica que las Juntas de Gobierno de los Organismos de cuenca aprobarán criterios generales para la determinación de las indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico.

Sobre esa base legal opera el RDPH, quien en el art. 326 dispone que la valoración de los daños al dominio público hidráulico se realizará por el órgano sancionador y que a tal efecto, y sin perjuicio de las competencias de las Juntas de Gobierno, el Ministro de Medio Ambiente establecerá los criterios técnicos para su determinación. Es en ese contexto en el que aparece la OM impugnada.

El TS constata, entonces, que la remisión del TRLA al RDPH ha quedado vacía de contenido al llevar a cabo éste una nueva remisión a una OM, sin haber aportado prácticamente nada, de tal forma que «el resultado final de esta sucesiva y descendente remisión normativa es que, si se atiende únicamente a la redacción de los tipos infractores de la Ley de Aguas y su Reglamento general de desarrollo, resulta imposible determinar con la mínima exactitud necesaria la concreta tipificación que se anuda a la realización de las conductas infractoras; haciéndose, pues, imprescindible integrar, a tal efecto, esas normas con la Orden Ministerial aquí concernida, que es la que realmente proporciona los datos para llevar a cabo tal labor de incardinación de la conducta en el tipo sancionador» (FJ 4).

Consiguientemente se estima que la OM viola el principio de legalidad (art. 25 CE) en lo que hace referencia a su labor para concretar la tipificación de infracciones pero, sin embargo, sí que sería válida para la labor de cuantificar del deber de indemnización de los daños ambientales que en dicha Orden se contemplan (FJ 5).

De la mano del pronunciamiento anterior el TS pasa a examinar la hipotética nulidad también del art. 326 RDPH, que es quien ha llevado a cabo la remisión a la OM. En esos términos indica que evidentemente tal artículo sería nulo en lo relativo a la remisión para la tipificación de infracciones, pero no en lo relativo a la individualización del deber de indemnización por los daños ambientales ocasionados (FJ 7).

Finalmente, y frente a lo que indica la OM impugnada, se considera que lo que indica el art. 325.1 RDPH sobre que la exigencia de establecimiento de un deber indemnizatorio solo procede cuando la reparación y reposición del dominio público sea inviable o incompleta (en lo que coincide también la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental) es lo que debe primar.

4. AGUAS MARINAS: VERTIDOS

A) Las obligaciones del titular de un vertido no se enervan porque haya optado por la gestión indirecta de un servicio público de su competencia a través de un consorcio. La responsabilidad puede resultar de la mera inobservancia de las condiciones a que se encuentra sometida la autorización de vertidos

En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), de 24 de noviembre de 2011 (rec. núm. 258/2009) se resuelve un recurso de casación

interpuesto por la Junta de Andalucía contra la Sentencia del TSJ de Andalucía de 17 de mayo de 2007, que estimaba un anterior recurso del Ayuntamiento de Lebrija contra la Resolución de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía de 9 de noviembre de 2004, por la que se imponía una multa de 150.253,03 €, anulando dicha Resolución.

La Resolución objeto de litigio imponía una multa al Ayuntamiento de Lebrija por el incumplimiento de las condiciones impuestas en una autorización de vertidos, en particular por no analizarse todos los parámetros requeridos y no haber presentado la declaración anual de vertido de 2002, además de no efectuar las obras de regularización de los vertidos ni las obras de acondicionamiento. Todo ello constituía infracción tipificada en el art. 98.3 de la Ley 7/1993, de protección del Medio Ambiente de Andalucía.

La Sentencia recurrida anulaba dicha sanción por falta de culpabilidad en la comisión de la infracción, al haber transferido la citada Corporación sus competencias sobre el ciclo integral del agua al Consorcio de Aguas del Huesna, quien abonaba el canon y gestionaba y controlaba el vertido. La Junta de Andalucía alega infracción del art. 130 de la Ley 30/1992, argumentando que el titular de la autorización de vertidos era el Ayuntamiento, y que éste incumplió la obligación de comunicar la transmisión de la autorización.

El TS recuerda que, conforme al art. 130 de la Ley 30/92, cabe deducir responsabilidad a título de simple inobservancia, y que la culpabilidad se valora distinto en el caso de las Administraciones Públicas en la medida en que éstas son ficciones jurídicas en las que falta el elemento volitivo en sentido estricto, y se deduce a través de la infracción de normas jurídicas. En este caso, se infringió el art. 9 del Reglamento de Calidad de las Aguas Litorales (Decreto 14/1996), según el cual «la transmisión por actos ínter vivos de la autorización de vertido deberá ser comunicada previamente a la Agencia de Medio Ambiente, quedando condicionada su eficacia a la aceptación expresa por el nuevo titular de todas las obligaciones establecidas en la correspondiente autorización y de cuantas otras sean exigibles de conformidad con la legislación estatal y autonómica que resulte de aplicación...».

Por tanto, el TS afirma la responsabilidad del Ayuntamiento de Lebrija, la cual deriva de no haber comunicado la encomienda de gestión que realizó al Consorcio de Aguas del Huesna. Esto no significa la atribución de responsabilidad por hechos ajenos, sino que la responsabilidad resulta de la inobservancia de las condiciones de la autorización de vertidos que fue otorgada (FJ 2.º).

El TS anula la Sentencia recurrida y desestima el recurso contencioso-administrativo del Ayuntamiento de Lebrija contra la citada Resolución sancionatoria de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, sin hacer imposición de costas.

5. GANADERÍA

- A) El Estado puede regular con carácter básico las explotaciones porcinas, fundamentándose en sus competencias en materia sanitaria, medioambiental y de ordenación de la economía. La normativa autonómica debe adaptarse a la normativa básica estatal**

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 158/2011, de 19 de octubre (conflicto constitucional 3899/2000 y 2621/2001), se resuelven dos conflictos positivos de compe-

tencia promovidos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura frente al RD 324/2000, de 3 de marzo, por el que se establecen las normas básicas de ordenación de las explotaciones porcinas y al RD 3483/2000, de 29 de diciembre, que lo modifica.

Ambas normas desplazaron la normativa autonómica que existía al respecto: el Decreto 158/1999, de 14 de septiembre, por el que se establece la regulación zootécnica-sanitaria de las explotaciones porcinas de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Conforme a la Junta de Extremadura, el Estado no puede dictar una norma (el RD 324/2000) de contenido básico que implique vaciar de contenido títulos competenciales autonómicos como el medio ambiente, la ordenación del territorio y la sanidad, así como desapoderar a la Comunidad Autónoma para ejecutar una política ganadera que le es propia en virtud de sus títulos competenciales en materia de agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias. Conforme al Abogado del Estado, las normas recurridas son válidas por cuanto se fundamentan en las competencias del Estado sobre ordenación general de la economía, sanidad y medio ambiente.

El TC se pronuncia sobre las competencias autonómicas alegadas, recordando entre otras cosas la jurisprudencia que indica que la competencia de ordenación del territorio no engloba todas las actuaciones públicas que tienen incidencia sobre el territorio (STC 61/1997). Centra la cuestión en si las competencias estatales básicas en las que las normas impugnadas se fundamentan (ordenación general de la economía, sanidad y medio ambiente, arts. 149.1.13.^a, 16.^a y 23.^a CE) pueden limitar la competencia exclusiva autonómica en materia de ganadería.

A continuación se pronuncia sobre los artículos cuestionados del Real Decreto estatal. El art. 2.2 fija definiciones de explotación para autoconsumo, explotación reducida y áreas de producción porcina que, conforme a la Comunidad Autónoma de Extremadura, impiden la concreción y calificación autonómica para el sometimiento a regímenes especiales. Igualmente, el art. 3.b) fija un límite máximo a la capacidad productiva de las explotaciones que vulneraría las citadas competencias autonómicas. El art. 5 fija distancias mínimas tanto entre explotaciones como respecto a los núcleos de población que han de respetarse en los casos en que se utilice estiércol como abono para superficies agrícolas, y el art. 6.5 establece normas sobre identificación de los animales.

El TC reconoce que la regulación de estos aspectos corresponde a la competencia exclusiva autonómica en materia de ganadería, pero indica que «las competencias autonómicas no pueden dejar de atemperarse (...) a la disciplina establecida por el Estado en el ejercicio de sus competencias propias». Y en el caso particular, dice que «la competencia estatal del art. 149.1.13 CE se proyecta sobre los diversos sectores económicos, siendo ello aplicable al terreno de la ganadería, que tiene una relación reconocida y expresa con la política económica general». Además, ciertos preceptos, como las distancias mínimas del art. 5 para estiércoles, hallan cobertura en la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal. Por lo tanto, la regulación estatal impugnada tiene carácter básico, y puede limitar la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre ganadería. En conclusión, la legislación autonómica debe adaptarse a la nueva legislación básica estatal, y el conflicto de competencias queda desestimado.

6. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

A) La Declaración de Impacto Ambiental es un acto de trámite, no susceptible de impugnación jurisdiccional autónoma salvo en un sentido negativo, cuando se decide no someter a Evaluación de Impacto Ambiental un determinado proyecto

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 10 de noviembre de 2011 (rec. núm. 4980/2008)**, se resuelve un recurso de casación interpuesto por la entidad Arenas, Áridos y Transportes El Cerro, S.L. contra la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 29 de febrero de 2008, por la que se inadmitía un recurso contra la Declaración de Impacto ambiental de un proyecto de explotación de arenas en la concesión de explotación «El Cerrillo», hecha pública mediante la Resolución de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León de 2 de diciembre de 2004.

La Sentencia de instancia había determinado la inadmisibilidad del recurso, por cuanto la Declaración de Impacto Ambiental constituye un acto de trámite, no susceptible de una impugnación jurisdiccional autónoma conforme al art. 69.c) LJCA.

La recurrente alega, entre otras cosas, que, como excepción a esta regla general, la jurisprudencia ha reconocido que los actos de trámite sí son impugnables en forma autónoma cuando deciden directa o indirectamente la cuestión de fondo, causan indefensión o perjuicios irreparables a los administrados.

El TS señala que «Sólo como excepción se han considerado impugnables autónoma y separadamente de la resolución final del procedimiento autorizatorio de la obra o actividad aquellas resoluciones en las que se decide no someter a evaluación de impacto ambiental un determinado proyecto; y ello porque esa decisión produce un efecto inmediato, la ausencia de evaluación, y se adopta con criterios propios e independientes, no integrándose en la decisión aprobatoria del proyecto». Pero acredita que este es un supuesto distinto del aquí examinado, donde sí se sometió a evaluación el proyecto (FJ 3.º).

Por lo tanto, el TS confirma su asentada jurisprudencia sobre la inimpugnabilidad de las declaraciones de impacto ambiental y por tanto desestima el recurso de casación, imponiendo las costas a la parte recurrente (FJ 6.º).

7. RADIACIÓN NO IONIZANTE

A) Los municipios no pueden dictar medidas adicionales de protección sanitaria frente a las antenas de telefonía móvil por ser esta competencia técnica exclusiva del Estado, que ya ha llevado a cabo una ordenación marco completa del sector cohonstando todos los intereses en juego

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 15 de noviembre de 2011 (rec. núm. 191/2008)**, se resuelve un recurso de casación interpuesto por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. contra la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de junio de 2007, que estimaba un recurso contra la

aprobación definitiva por el Ayuntamiento de Ondara de la Ordenanza municipal reguladora de la ubicación, instalación y funcionamiento de infraestructuras radioeléctricas.

La recurrente pide que se anulen varios pronunciamientos de la Sentencia recurrida que le fueron desfavorables, declarándose la nulidad íntegra de la Ordenanza en cuestión.

El TS se pronuncia sobre el aspecto central del litigio, que es el alcance de las competencias municipales en la regulación de las infraestructuras de telecomunicaciones respecto a tres aspectos: la posibilidad de establecer medidas adicionales de restricción a las contenidas en el Derecho estatal (el RD 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas), la posibilidad de exigencia de un plan de implantación de red y la imposición a las operadoras del uso compartido de las instalaciones en el término municipal.

El TS comienza por recordar el marco en el que se mueven las competencias municipales en este sector, marco que constituye ya jurisprudencia asentada en numerosas sentencias acaecidas en los últimos años, y que puede resumirse así:

«1.º) 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.

2.º) 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).

A continuación, valora la adecuación de las medidas exigidas por la Ordenanza de Ondara a este marco. A ese respecto, recuerda que, si bien es jurisprudencia asentada que se permita a los Ayuntamientos fijar límites preventivos frente a los riesgos de los campos electromagnéticos, a raíz de la STS de 22 de marzo de 2011 sobre el Decreto autonómico catalán 148/2001, de 29 de mayo, ha de considerarse 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 art. 149.1.21.º». Esta Sentencia considera que las restricciones a la exposición a los campos electromagnéticos, las distancias de protección en zonas de uso continuado por personas y las normas técnicas sobre valores límite son cuestiones «propriadamente técnicas que entran de lleno dentro del ámbito competencial reservado al legislador estatal», que tiene competencia exclusiva sobre la gestión del dominio público radioeléctrico.

De manera que el TS considera ahora sorprendentemente que las regulaciones técnicas sobre niveles de emisión que protejan la salud de las personas son competencia reservada en exclusiva al Estado por el art. 149.1.21.ª CE. Se añade que al Estado ha correspondido cohesionar los intereses de las empresas del sector y las exigencias ambientales y sanitarias por otro, cuestión que se ha llevado a cabo mediante el RD 1066/2001, de 28 de septiem-

bre. Desde esta perspectiva, dice el TS, la regulación estatal tiene el carácter de «marco normativo general con vocación de aplicación sobre la totalidad del territorio nacional, que pondera equilibradamente los diversos intereses concurrentes» (FJ 4.º).

Así, el TS anula el referido art. 8 de la Ordenanza, apartándose así de una asentadísima jurisprudencia anterior (SSTS de 6 de abril de 2010, de 14 de septiembre de 2010, de 2 de noviembre de 2010, de 23 de noviembre de 2010, de 22 de febrero de 2011, de 15 de marzo de 2011, etc.) para acoger con vocación de generalidad la nueva doctrina sentada por la Sentencia de 23 de marzo de 2011, que bloquea la posibilidad de municipios y comunidades autónomas de establecer una protección sanitaria adicional para sus ciudadanos en materia de riesgos de la radiación no ionizante.

Respecto al Plan de Implantación, lo considera una medida razonable y por tanto ajustada a Derecho, y lo mismo dice respecto al uso compartido de instalaciones que se produce en aras de la protección del paisaje urbano (FJ 5.º).

Por tanto, el TS estima el recurso de casación y declara nulo el art. 8 de la Ordenanza de Ondara, manteniéndose en todo lo demás el fallo de la sentencia de instancia (FJ 7.º).

8. MINAS

A) El artículo 81 de la ley de Minas no habilita a la Administración para resarcirse de los gastos que haya tenido que satisfacer subsidiariamente por los daños ocasionados por la explotación de una mina

Los recursos casación resueltos por las SSTS de 10 de noviembre de 2011 (Rec. núm. 775/2008), de 11 de noviembre de 2011 (Rec. núm. 5963/2007), y de 11 de noviembre de 2011 (Rec. núm. 398/2009) se dirigían contra la sentencia que había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de 23 de marzo de 2004, por el que se declaraba que las entidades Boliden AB, Boliden Apirsa, S.L. y Boliden VB estaban obligadas solidariamente a reembolsar a la Junta de Andalucía los gastos y costes realizados por dicha Administración con carácter subsidiario por el vertido producido por la rotura de la balsa minera de Aznalcóllar, cuya cuantía ascendía a 89.867.545,56 euros.

El principal motivo de los recursos, interpuestos por la Junta de Andalucía, a nuestros efectos, se basaba en la supuesta vulneración del artículo 81 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, que dispone que «Todo titular o poseedor de derechos mineros reconocidos en esta Ley será responsable de los daños y perjuicios que ocasione con sus trabajos, así como de los producidos a aprovechamientos colindantes por intrusión de labores, acumulación de agua, invasión de gases y otras causas similares y de las infracciones que cometa de las prescripciones establecidas en el momento del otorgamiento para la protección del medio ambiente, que se sancionarán en la forma que señale el Reglamento, pudiendo llegarse a la caducidad por causa de infracción grave».

Sin embargo, las Salas de instancia, primero, y en estas Sentencias el TS explican las razones por las que el artículo 81 de la Ley de Minas no confiere una potestad de autotutela declarativa a la Administración para dictar un acuerdo por virtud del cual se concrete el im-

porte de un resarcimiento de los gastos y costes que reclaman. Consideran que un acuerdo de estas características es contrario a Derecho.

Dicho precepto únicamente contiene una referencia a la responsabilidad del titular o poseedor de los derechos mineros, de modo que los terceros perjudicados puedan exigir la responsabilidad al titular, mediante el ejercicio de las oportunas acciones judiciales, esto es, lo que hace es dejar claro que la responsabilidad para la reparación de los daños corresponde al titular de la explotación y no a la Administración que otorgó la correspondiente concesión minera. En ningún caso, puede entenderse que por dicho precepto se otorgue competencia a la Administración para exigir, sin necesidad de acudir a los tribunales de justicia, el reintegro de los daños sufridos, sino al contrario, tiene por finalidad esclarecer que los terceros perjudicados han de reclamar los daños al titular de la explotación y no a la Administración

En consecuencia, si el acto que la Administración trata de ejecutar no tiene cobertura legal alguna, no cabe analizar si procede la ejecución subsidiaria del mismo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 30/1992. Así es, considera el TS que el artículo 98 LRJPAC no resulta de aplicación porque la Administración no está habilitada por el artículo 81 de la Ley de Minas para declarar por sí misma la responsabilidad solidaria de las entidades mercantiles a que se refiere el acuerdo impugnado con el fin de reembolsarse los costes y gastos realizados subsidiariamente por la propia Administración para reparar los daños ambientales causados por el vertido producido al fracturarse la balsa minera de Aznalcóllar.

9. FISCALIDAD AMBIENTAL

A) Tributos estatales en materia de aguas

a) *Canon de control de vertido: naturaleza del tributo*

En la **sentencia del TSJ de Valencia de 27 de mayo de 2011 (NR 3095/2008)** el Ayuntamiento recurrente argumenta la quiebra de los principios legales limitadores del alcance material de las tasas por servicios o actividades, dado que no se le ha dado justificación alguna de la realidad del coste del servicio que se pretende subvenir con la tasa. A mi parecer, en una tasa estatal, creada por una Ley estatal, que contiene la fórmula de cuantificación de la tasa con apoderamiento al reglamento para completar el texto legal en términos que no se puede decir vulneren el principio de reserva de ley tributario en materia de tasas, no tiene las cortapisas que la ecuación coste-rendimiento opone a las tasas locales (la ley vincula a las ordenanzas) o autonómicas (la ecuación está en la LOFCA, y por lo tanto forma parte del bloque de constitucionalidad). El tribunal va a desestimar la pretensión de la actora, pero va a buscar otra argumentación, relacionada con la naturaleza de esta tasa. Como se sabe, en España conviven las tasas por servicios y las tasas por utilización del dominio público, siendo las reglas de unas y de otras muy distintas, por ejemplo en el plano de la cuantificación: las tasas por utilización del dominio público se asocian al beneficio que le reporta al usuario la ocupación demanial. Pues bien, la sala de Valencia viene a decir que el canon de control de vertidos tiene una naturaleza híbrida, siendo una tasa cuyo

hecho imponible se integra por un servicio (la actividad administrativa de autorización para realizar vertidos contaminantes) y una utilización del dominio público especialmente intensa que obstaculiza o impide el uso general y aun otros privativos. No sabemos en qué medida el Ayuntamiento se habrá quedado satisfecho con esta lectura, más cuando el TSJ no termina de sacar las consecuencias, pues, explicada esta tesis, directamente dice que es determinante de la desestimación.

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 TSJ de Valencia de 27 de mayo de 2011 (NR 3095/2008)**, el Ayuntamiento recurrente se queja amargamente de la doble imposición a que se ve sometido, imputando de manera más o menos explícita la inconstitucionalidad del apartado reproducido de la Ley de Aguas. La sala valenciana desestima esta tesis, teniendo en cuenta la notable jurisprudencia del Tribunal Supremo que existe, rechazando la inconstitucionalidad de esta situación de doble imposición, con mayor frecuencia cuando se impugnan los cánones autonómicos y se invoca el artículo 6.2 de la LOFCA.

c) Canon de control de vertido: sujetos pasivos

En el caso resuelto por la **sentencia del TSJ de Valencia de 21 de septiembre de 2011 (NR 3336/2008)** se anulan las liquidaciones practicadas por vertidos no autorizados. Se trataba de vertidos en una urbanización respecto de los cuales las actas levantadas los imputan a «varias viviendas». Al entender del TSJ no se ha determinado quién es el sujeto pasivo contribuyente, sin que pueda en un caso como este liquidarse a la asociación de propietarios.

d) Canon de control de vertido: cuantificación

La **sentencia del TSJ de Valencia de 2 de junio de 2011 (NR 3297/2008)** comienza desestimando las alegaciones de la recurrente que pretendían que la disciplina reglamentaria de la cuantificación (en general) vulneraba las exigencias del principio de reserva de ley en materia tributaria. Pero cuando penetra en cómo se le ha aplicado el coeficiente de mayoración, al máximo por tratarse de un vertido autorizado, dará un interesante viraje. La sala descubre una injusticia que provoca la norma reglamentaria: «En el presente caso, si

aplicáramos la norma legal tendríamos una empresa sin autorización para vertidos, pero que lo ha solicitado hace tiempo y es la propia negligencia de la Confederación Hidrográfica del Júcar la que imposibilita la obtención de la autorización, tratándose de una empresa con vertidos limpios con una muy baja tasa contaminante, lo que exigiría una ponderación del coeficiente de mayoración incompatible con el automatismo de su imposición en grado máximo, haciendo de igual condición al que contamina mucho respecto al que no lo hace, al que vierte en un espacio protegido respecto al que lo hace en un barranco sin valor ambiental, etc., encontrándonos ante una arbitraria aplicación del principio «el que contamina paga», en el que todos pagan igual cualesquiera que fuera el potencial contaminador». La solución que va a encontrar pasa por considerar «que se comete un exceso reglamentario en el art. 292, letra b) del RDPH, pues el art. 113.6 TRLA no establece para los casos de vertidos sin autorización que el coeficiente a aplicar para calcular el precio unitario de control de vertido deba ser en todo caso de mayoración y por el límite legal máximo de 4. Por el contrario, la determinación del importe total del canon por el método de estimación indirecta, además de ser clara en su expresión, lo es en su lógica, pues significa que es de aplicación a los elementos de cuantificación que sean susceptibles de ello. Así, el volumen de vertido y el coeficiente sobre el precio básico por metro cúbico, ya que ésta es la única especialidad prevista por la Ley». La sala inaplicará el precepto y planteará cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Supremo.

La **sentencia del TSJ de Asturias de 16 de noviembre de 2011 (NR 1515/2009)** confirma la corrección en los métodos empleados por la administración para calcular el tributo por el sistema de estimación indirecta: «el volumen de vertido cuantificado en 104.448 m³/día, con el que muestra la parte actora su disconformidad ya que ha de estarse al vertido real, es un parámetro contenido en la autorización provisional de vertido (...) como volumen máximo diario, que no consta haya sido cuestionado en sí misma, por lo que no puede decirse que sea inmotivada, o que la real sea otra extraída de pruebas de años anteriores a la citada resolución con datos de la propia empresa, o proporcionalidad según la producción y ésta a los días hábiles equivalentes de funcionamiento, como se hace en la prueba pericial de estos autos, pues no se acredita con prueba eficaz que los días a que se refiere la liquidación la producción no respondiera a la actividad normal (...)».

En la **sentencia del TSJ de Valencia de 27 de mayo de 2011 (NR 3095/2008)**, el Ayuntamiento recurrente no consigue rebajar el coeficiente K4, que depende de la calidad del medio receptor. Pretendía que pasase de 1,25 a 1 pero no consigue acreditar lo suficiente para deshacer la presunción de legalidad.

e) Canon de control de vertidos: aplicación del tributo

El **TSJ de Asturias** explica cómo se computa el plazo de prescripción de la acción de la administración para determinar la deuda tributaria correspondiente a vertidos no autorizados. No se computa desde que se existe el correspondiente vertido ni siquiera desde cuando la administración comprueba su existencia. Se computa a partir del 31 de marzo del año siguiente al del vertido, dado que es en el primer trimestre cuando debe liquidarse el canon del año anterior, sin que esto sea aplicable en exclusiva a los vertidos autorizados. Es la **sentencia de 16 de noviembre de 2011 (NR 1515/2009)**.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas

a) Hecho imponible

El **TSJ de Asturias**, mediante **sentencia de 31 de octubre de 2011 (NR 1711/2009)**, resuelve dos cuestiones referidas a la realización del hecho imponible por parte de una empresa hidroeléctrica. De una parte, la empresa entendía que, efectuándose los vertidos al mar, no se producía el hecho imponible. Esto será rechazado de plano por la sala de Oviedo: es indiferente que el vertido se realice a las aguas continentales o a las litorales en el canon asturiano. En las diferentes Comunidades Autónomas costeras se ha llegado a diferentes soluciones en este punto (algunas han aprobado otros tributos diferentes; otras lo regulan expresamente dentro de la normativa del canon de saneamiento o del agua y otras carecen de regulación precisa). En cualquier caso, la exacción sería posible.

La empresa alegaba, además, que no se había producido el hecho imponible, dado que la empresa apenas contaminaba: de otra manera estaríamos ante un impuesto sobre el uso y consumo de agua. El TSJ explica con detalle en qué consiste en hecho imponible de este impuesto y cuál es su finalidad ecológica: no es un impuesto sobre el consumo, sino sobre los vertidos hídricos, y la normativa cuenta con resortes suficientes para reforzar esta tesis, como técnicas para reducir la cuota cuando las empresas incorporan el agua concedida a su proceso productivo. Lo que no se daba en el caso de autos.

El **TSJ de Cataluña**, mediante **sentencia de 9 de junio de 2011 (NR 175/2009)**, declara la exención en el canon del agua, en relación con un supuesto en que la empresa, en cumplimiento de una Ordenanza municipal, estaba realizando un plan de adecuación gradual, siendo la finalidad de las obras una serie de mejoras en la depuradora para disminuir los niveles tóxicos de las aguas residuales que se generan con su actividad.

b) Comprobación administrativa

El **TSJ de Aragón** desestima el recurso deducido por el sujeto pasivo en **sentencia de 5 de septiembre de 2011 (NR 398/2009)**. Se trataba de un contribuyente que gestionaba directamente el canon con la administración hídrica aragonesa y considera que la deuda tributaria correspondiente a la liquidación complementaria que se le gira estaría extinguida por prescripción. No lo entiende así el tribunal y pone de manifiesto que ha de distinguirse entre la acción para establecer la tarifa aplicable y la acción para practicar la liquidación complementaria, no pudiéndose computar el plazo de prescripción de esta última hasta que la acción no hubiera nacido (lo que sólo puede suceder una vez establecida la tarifa).

C) Tributos locales en materia de agua

a) Tasa municipal por alcantarillado

Los Ayuntamientos cobran el agua sobre la base de Ordenanzas Fiscales diferenciadas que atienden a cada servicio específico (abastecimiento, alcantarillado, depuración) o tasas unitarias por el ciclo del agua, con distingos mayores o menores en las tarifas internas. La **sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 21 de noviembre de 2011 (NR**

384/2010), comentada también en el apartado de propiedades públicas, pone de manifiesto los problemas que puede generar una tasa unitaria. En el caso de autos recurrían los propietarios de una urbanización que, por definición, regaban jardines y llenaban piscinas, dándose las circunstancias de que las tarifas eran progresivas (tramos) y no había una red diferenciada de riego. Se demuestra que los abonados que son incluidos en los tramos de mayor consumo lo son por causa del riego en sus parcelas y el gran problema es que esa progresividad se traslada a las tarifas de alcantarillado y depuración, cuando se trata de aguas que no se van a devolver a la red de alcantarillado.

D) Tributos sobre residuos

a) Tasas municipales por recogida de basuras

La **sentencia del TSJ de Galicia de 14 de noviembre de 2011 (NR 16295/2009)** entiende que por el servicio de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos cuya titularidad corresponde a un consorcio corresponde exigir una tasa y no un precio público, dada la obligada recepción de este servicio. Y que es indiferente que se preste de manera indirecta, a través de una concesionaria, invocando el (ahora suprimido) apartado dos del art. 2.1.a) de la LGT.

E) Otros impuestos autonómicos ambientales

a) Impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente

La **sentencia del TSJ de Extremadura de 18 de diciembre de 2011 (NR 717/2009)** desestima el recurso interpuesto por una empresa eléctrica contra el impuesto de Extremadura sobre actividades que inciden en el medio ambiente. Como es sabido este impuesto fue objeto de declaración de inconstitucionalidad, pero en su versión original. Ahora el impuesto se sigue exigiendo, con el mismo nombre, pero en apariencia distinta factura. La empresa trataba de inducir la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la regulación vigente, pero la sala de Cáceres va rechazando cada uno de sus argumentos, basados en determinadas deficiencias de la figura. El TSJ entiende que la reforma del impuesto se realizó acatando los planteamientos del propio Tribunal Constitucional, por lo que ahora no se le ve tacha: «En consecuencia, estamos ante un impuesto de naturaleza extrafiscal, por lo que ningún reproche puede hacerse desde la perspectiva del artículo 6,3 L.O.F.C.A. Al tratarse de un impuesto con finalidad extrafiscal responde a una finalidad distinta a la del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y al Impuesto sobre Actividades Económicas, no tratándose de la misma materia imponible. La redacción dada a la Ley 7/1987, de 29 de mayo, por la Ley 8/2005, de 27 de diciembre, ha hecho que, ahora sí, estemos ante un impuesto con fines extrafiscales donde la finalidad primordial es tutelar el medio ambiente del territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura dentro de las competencias que sobre la materia medio ambiental ostenta. El Impuesto autonómico se coloca así entre las figuras tributarias de gravamen de riesgo con la finalidad de prevenir el daño medioambiental, estimular las energías y actividades que menos perturban el medio ambiente y destinar los ingresos obtenidos a financiar medidas y programas de carácter medioambiental». La sala va rechazando las posibles colisiones con los apartados 2 y 3 de

la LOFCA en relación con varios impuestos: desde el IBI al IAE, pasando por el Impuesto especial sobre la Electricidad. Lo hace en relación con la versión original del artículo 6.3 de la LOFCA, pero hace ver los efectos de la reforma de esta ley orgánica llevada a cabo en el año 2009, que dificulta sobremanera una declaración de inconstitucionalidad como la que se produjo sobre la redacción original de la ley extremeña. Finalmente, rechaza de plano que la creación del tributo pueda subvertir el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia energética.

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) **Implantación de gran superficie comercial.**
 3. ENERGÍA.
 - A) **Peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas.**
 - B) **Peajes en el sector eléctrico.**
 - C) **Otorgamiento de una autorización en una zona exclusiva de distribución de gas.**
 - D) **Tarifa eléctrica.**
 - E) **Fusión por absorción de empresas eléctricas.**
 4. FOMENTO.
 - A) **Incentivos regionales.**
-

1. NOTA PRELIMINAR

Este número recoge las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los Cuadernos Aranzadi 15 a 17 de 2011.

2. COMERCIO

A) Implantación de gran superficie comercial

En la sentencia de 29 de abril de 2011, rec. de casación núm. 2244/2007, el Tribunal Supremo reitera su doctrina relativa a la interpretación del artículo 46,2 de la ley 30/1992 en procedimientos de apertura de grandes centros comerciales.

La sentencia de primera instancia impugnada estimó el recurso de una determinada entidad frente a la denegación de la licencia de apertura al entender que se había obtenido la licencia por silencio positivo al haber transcurrido el plazo de seis meses sin que la

Administración hubiera denegado expresamente la petición. La sentencia niega también validez al acuerdo de la Administración ampliando el plazo de resolución fundado en la complejidad del tema y en el gran número de expedientes pendientes de resolución.

El Tribunal Supremo, en base a lo ya establecido en sus sentencias de 18 de septiembre de 2009, rec. de casación 834/2007, 22 de septiembre de 2009, rec. casación 989/2007, y 20 de abril de 2010, rec. casación 6365/2003, casa la sentencia impugnada. Para el Tribunal Supremo el artículo 46,2 de la Ley 30/1992 permite ampliar el plazo de resolución, bastando una justificación clara y real de la dificultad para resolver en plazo ordinario, lo que entiende concurre en el caso enjuiciado. Consecuentemente, casa la sentencia y retrotrae las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que el Tribunal Superior de Justicia, en aplicación del derecho autonómico sobre apertura de centros comerciales, pero de acuerdo con la interpretación del artículo 46.2 de la Ley 30/1992, dicte sentencia.

3. ENERGÍA

A) Peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas

Uno de los principales aspectos discutidos en sede contencioso-administrativa, en el sector de la energía por gas, lo constituye el régimen jurídico relacionado con los peajes y cánones que se encuentran asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas. Recientemente, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de entrar a conocer tres supuestos.

La **Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 2011**, resuelve el recurso contencioso-administrativo número 28/2009 (RJ 3389/2011), interpuesto por una entidad mercantil que solicita la anulación del inciso 0,8 del artículo 13 de 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, y determinados aspectos relativos a las actividades reguladas del sector gasista. En particular, el artículo 13 de la citada Orden estipula lo siguiente:

«Término de conducción del peaje de transporte y distribución aplicable a usuarios suministrados mediante planta satélite de gas natural licuado. En el caso de suministro de gas natural mediante redes de distribución suministradas desde una planta satélite de gas natural licuado, se procederá a multiplicar todos los conceptos del término de conducción establecido en el anexo I que correspondan a cada usuario por el factor 0,8».

El Tribunal Supremo se remite, para la resolución del recurso, a su Sentencia de 21 de marzo de 2011, referente a la Orden ITC 3863/2007, en la que expuso con claridad que el peaje por el uso del sistema de transporte y distribución se integra por dos «términos» o componentes: un «término de reserva de capacidad» y un «término de conducción», este último calculado en función de la presión de diseño a la que se conecten las instalaciones del consumidor, y sobre el cual se aplica el coeficiente 0,80 objeto de recurso, y que significa reducir un veinte por ciento del importe normalmente aplicable al «término de conducción».

La justificación de este porcentaje se encuentra en que, cuando el suministro se efectúa desde una planta satélite, lo que suele ocurrir en instalaciones industriales, el comerciali-

zador transporta el gas natural por carretera, mediante camiones cisterna. Por lo tanto, hay una menor utilización de la red gasista en conjunto.

La Sentencia a la que se remite el Tribunal Supremo prosiguió indicando que el debate se centraba en averiguar si la reducción aplicada (el veinte por ciento) por la Orden al «término de conducción» era la adecuada, o bien debía incrementarse hasta porcentajes superiores, como sostenía la entidad demandante.

El Tribunal Supremo destacó que el porcentaje del 0,8 se establece sin un análisis riguroso de los costes. Además, al ser un coeficiente reductor único e indiscriminado, no aprecia que en determinados suministros de gas no sólo se prescinde de utilizar las redes de transporte, sino también de buena parte de la red canalizada de distribución.

Por ello, en aquella Sentencia, el Alto Tribunal estimó la demanda. Cabe remarcar que la norma clave la constituyó el artículo 92 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, según la redacción dada por la Ley 12/2007, de 2 de junio, que a su vez era una adaptación a las directivas de la Comunidad Europea sobre normas comunes del mercado interior de la electricidad.

De igual modo, en la presente Sentencia de 28 de marzo de 2011 (recurso 28/2009), el Tribunal Supremo procede a estimar la demanda, anula el inciso 0,8 del artículo 13 de la Orden ITC/3802/2008, de 26 de diciembre, y señala que deberá aplicarse otro coeficiente, tras los estudios e informes que sean necesarios, y que se ajuste a lo preceptuado en el artículo 92 de la Ley del Sector de Hidrocarburos.

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2011** resuelve el recurso contencioso-administrativo número 52/2010 (RJ 3508/2011), interpuesto por una entidad mercantil contra el apartado primero de la disposición adicional séptima de la Orden ITC/3520/2009, de 28 de diciembre.

La Orden de referencia establece los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas para el año 2010, y actualiza determinados aspectos relativos a la retribución de las actividades reguladas del sector gasista. En concreto, el apartado primero de la citada disposición adicional séptima establece, bajo la rúbrica «Régimen aplicable a los gases manufacturados en los territorios insulares», que:

«1. En aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria vigésima “Régimen transitorio de los gases manufacturados en territorios insulares”, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, las compensaciones por suministro de aire propanado aplicables a las Islas Baleares dejarán de estar en efecto desde el 1 de enero de 2012».

La entidad recurrente pretende la nulidad de este redactado, fundada en la infracción del artículo 92 y de la disposición transitoria vigésima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

El Tribunal Supremo desestima tal pretensión, pues considera que no se ha demostrado que la limitación temporal del derecho de las empresas distribuidoras de aire propanado en los territorios insulares a percibir compensaciones por el suministro a consumidores finales sea contraria a los criterios de suficiencia económica, objetividad, transparencia y no discriminación que rigen la retribución de las actividades reguladas en el sector gasista.

El Alto Tribunal prosigue señalando que, conforme a la disposición transitoria vigésima de la referida Ley del sector de los hidrocarburos, la compensación estaba condicionada a la finalización y puesta en marcha de las instalaciones que permitan el suministro de gas natural en los territorios insulares, lo cual no es irrazonable que pueda producirse el 1 de enero de 2012, en que definitivamente esté funcionando de manera integral la red de transporte de gas natural en la Isla de Mallorca, disponible a través de un gasoducto submarino.

La Sentencia refuerza su conclusión con la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 2011, que examinó el régimen transitorio de los gases manufacturados en los territorios insulares, y también con la referencia al Informe 34/2009, de la Comisión Nacional de Energía.

Finalmente, el Tribunal Supremo rechaza la alegación aportada por la entidad mercantil demandante, relativa a que el plazo determinado en el apartado 1 de la disposición adicional decimoséptima de la Orden ITC/3520/2009, de 28 de diciembre, resulta corto para obtener las autorizaciones y permisos precisos para la construcción de un gasoducto de transporte que haga posible la distribución de gas natural, y para la conexión a sus redes de distribución en la isla. Señala el Alto Tribunal que el mantenimiento de la compensación se condiciona a la finalización y puesta en marcha de la red de transporte de gas natural. Esto es, la Sentencia considera que la mencionada compensación no se extiende a la finalización de las redes de distribución, en cuanto ya se permite alcanzar el objetivo de la norma impugnada, de posicionar a las empresas distribuidoras que desarrollen su actividad en los territorios insulares, en las mismas condiciones que sus competidoras en territorio peninsular.

Finalmente, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2011** resuelve el recurso contencioso-administrativo 56/2010 (RJ 3647/2011), presentado por una entidad mercantil contra la misma Orden ITC/3802/2008, de 26 de diciembre, que establece los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas para el año 2010, y actualiza determinados aspectos relativos a la retribución de las actividades reguladas del sector gasista.

La compañía demandante sostiene que la retribución que le ha sido reconocida por la reseñada Orden ITC/3802/2008, de 26 de diciembre, no permite asegurar la recuperación de la inversión realizada durante el período de vida útil de las instalaciones ni permite una razonable rentabilidad de los recursos financieros invertidos.

Una vez más, el Tribunal Supremo se remite para la resolución del presente recurso a otra Sentencia anterior, en esta ocasión la dictada con fecha 9 de febrero de 2011, que puso fin al recurso 113/2009, interpuesto por otra compañía distribuidora de gas, y en el que se analizó el régimen aplicable a las «nuevas» empresas de distribución de gas, a partir de la aprobación de la Orden Ministerial 301/2002.

De este modo, el Alto Tribunal constató que la Orden ahora impugnada establecía una retribución de las actividades reguladas del sector gasista conforme a reglas derivadas de aplicar unos valores objetivos o estándar a las cifras de clientes y combustibles suministrados, reglas estipuladas de manera uniforme para todo aquel sector.

En concreto, se calculaban los valores unitarios aplicados a las previsiones de consumo, y la compensación por extracostes reconocidos a las entidades distribuidoras insulares.

A ello se añadía una fórmula complementaria aplicable a las distribuidoras que acometiesen la gasificación de nuevos núcleos de población.

La aplicación de este sistema condujo al Abogado del Estado a constatar que la entidad recurrente no había tomado en consideración la retribución específica para gasificar núcleos de población que no disponían de gas natural.

Con este precedente, el Tribunal Supremo entra a examinar el supuesto planteado en el recurso contencioso-administrativo 56/2010, y manifiesta que el conjunto normativo así configurado no puede ser calificado, en abstracto, como contrario a las normas de rango superior. En función de las cifras, prosigue el Alto Tribunal, el sistema tiene aptitud por sí mismo para asegurar la recuperación de las inversiones realizadas y una razonable rentabilidad de los recursos financieros invertidos bajo criterios prudenciales, todo ello sin olvidar que ha de incentivar, a la vez, la eficacia en la gestión y la mejora de la productividad. Se trata de un examen que el Tribunal Supremo admite que deberá llevarse a cabo *ad casum*.

A partir de estas premisas, la Sala del Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto, al constatar que la entidad demandante no censura los valores o parámetros objetivos, y no demuestra que los tres componentes retributivos sean ilegales por no permitir la retribución razonable de las actividades reguladas desde el punto de vista objetivo.

Por otra parte, el Alto Tribunal constata, de acuerdo con la prueba pericial, que la sociedad tuvo pérdidas durante el año 2009. Ahora bien, la Sala recuerda que este dato no significa que la norma reguladora de la retribución de las actividades reguladas sea ilegal. A estos efectos, se indica en la Sentencia que, tratándose de uno de los primeros años de prestación del servicio por parte de la compañía recurrente, no es ilógico que el número de clientes y el suministro de gas de la citada sociedad actora no le permitan alcanzar el nivel de rentabilidad propio de empresas con mayor tiempo de implantación, las cuales se benefician del consiguiente incremento de la demanda.

El Tribunal Supremo destaca igualmente que el sistema retributivo tiene en cuenta los datos reales de consumo, y que este sistema era conocido, o debía ser conocido, por la entidad recurrente cuando decidió acometer las inversiones en el sector regulado de distribución de gas. Añade la Sentencia que la memoria abreviada de la sociedad, correspondiente al año 2009, habría acreditado una situación de desequilibrio patrimonial no sostenible, y que ello, sin llegar a constituir una realidad de costes ineficiente, sí explicaría un exceso de los gastos, que habría superado los ingresos regulados, sin que la retribución «oficial» resulte por tal razón ilegal.

En definitiva, como adelantamos, el Tribunal Supremo desestima la demanda iniciada por la compañía societaria recurrente.

B) Peajes en el sector eléctrico

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2011** (núm. rec. 68/2010) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden ITC/3519/2009, de 28 de diciembre, por el que se revisan los peajes de acceso y las tarifas y primas de las instalaciones de régimen general, al entender que no ha resultado probado que la asignación de la retribución de la actividad de distribución para el 2010 contemplada en la Orden

impugnada se haya apartado de los criterios, parámetros y fórmulas establecidos en el Real Decreto 222/208, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica.

C) Otorgamiento de una autorización en una zona exclusiva de distribución de gas

El recurso de casación núm. 5535/2008 es resuelto en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2011** (RJ 3660/2011). La parte recurrente en casación es la Comunidad de Madrid, que impugna la Sentencia de 3 de julio de 2008, que fue dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y que estimó el recurso contencioso-administrativo presentado por la entidad mercantil dedicada a la distribución de gas natural «GND SDG, SA».

La mencionada compañía societaria recurrente en instancia solicitó ante el Tribunal *a quo*, y obtuvo, la anulación de las resoluciones administrativas de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica, de 10 de marzo y 11 de julio de 2006. La primera de estas resoluciones otorgó a otra entidad mercantil, «NED», la autorización administrativa para la distribución de gas natural en una determinada urbanización del término municipal de Madrid, mientras que la segunda resolución desestimó el recurso de alzada formalizado por la citada «GND SDG, SA».

En síntesis, la Sentencia dictada por el Tribunal *a quo* constató que resultaba incontrovertido que «GND SDG, SA» disponía de los derechos de la antigua concesión sobre el término municipal de Madrid, y que dicha concesión devino en autorización sobre la misma zona en base a la Ley 34/1998, lo que le atribuía la exclusividad para distribuir gas natural en el área territorial del término de Madrid, al menos hasta el 1 de enero de 2005. Por ello, la solicitud de «NED» del anterior mes de julio era improsperable.

El letrado de la Comunidad de Madrid articula el recurso de casación, por medio de un único motivo, de conformidad con el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al considerar la infracción de la jurisprudencia y la inaplicación del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas Urgentes para el Impulso de la Productividad y para la Mejora de la Contratación Pública, puesto que alega que dicha norma era la vigente en el momento de dictar la resolución administrativa, de la que trae causa el presente proceso judicial.

Asimismo, sostiene la administración autonómica que no puede admitirse que el concepto de zona de distribución de una autorización abarque la totalidad de un término municipal, sino que debe entenderse en el sentido resultante de la reforma operada por el citado Real Decreto-ley 5/2005, es decir, la zona en la que una empresa distribuidora dispone de instalaciones en condiciones de prestar el suministro.

El Tribunal Supremo rechaza el motivo alegado, tras constatar que la entidad «NED» formuló su solicitud el 14 de julio de 2004, por lo que hay que aplicarle la normativa vigente en ese preciso momento, y no la de la fecha de la posterior resolución administrativa que resuelve sobre la misma, porque de lo contrario, señala el Alto Tribunal, se estaría permitiendo a la Administración seleccionar la normativa aplicable, con desprecio de todos los principios del régimen transitorio.

Por ello, el Tribunal Supremo confirma el acierto y la corrección de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La solicitud de «NED» formulada el

14 de julio de 2004 se produjo cuando todavía estaba vigente el plazo de exclusividad de la antigua concesión de distribución en el término municipal de Madrid en beneficio de la entidad «GND SDG, SA», plazo que se extendía hasta el ya reseñado 1 de enero de 2005.

D) Tarifa eléctrica

Mediante la **Sentencia de 15 de abril de 2011** (núm. rec. 75/2009) la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo resuelve el recurso planteado contra el Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector eléctrico.

En primer lugar, se impugnaba la designación de los comercializadores de último recurso prevista en el artículo 2 de dicha norma reglamentaria al considerar que ésta no sólo se había realizado omitiendo el preceptivo trámite de consulta previa a las Comunidades Autónomas establecido en la Ley del Sector Eléctrico, sino también infringiendo el artículo 9.3 de la Constitución que recoge el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, al carecer de motivación el mecanismo adoptado por el Gobierno para designar las comercializadoras de último recurso.

La Sala desestima esta parte del recurso al entender que carece de objeto, pues dichas cuestiones fueron ya objeto de resolución en la Sentencia de la misma Sala de 5 de abril de 2011 (núm. 79/2009). En esa ocasión, el Tribunal entendió que no se producía la vulneración procedimental alegada por la recurrente, puesto que las Comunidades Autónomas tuvieron ya la posibilidad de participar en el Consejo Consultivo de Electricidad, sin que fuera necesario reconocerles un trámite de consulta específico. Sin embargo, la Sala sí que acogió el segundo argumento al considerar que la norma impugnada no justificaba objetivamente las variables que se habían tenido en cuenta para determinar singularmente qué comercializadores reunían los requisitos necesarios ni por qué se excluía a aquellas empresas distribuidoras acogidas en la disposición transitoria endémica de la Ley del Sector Eléctrico.

Por otro lado, se impugnaba también el régimen transitorio previsto por el Real Decreto impugnado para los distribuidores acogidos a la disposición transitoria undécima de la Ley del Sector Eléctrico. La Sala desestima también dicha pretensión acudiendo, entre otras, a la Sentencia de 16 de febrero de 2011 (núm. rec. 89/2009), que ya tuvimos ocasión de analizar (véase núm. 53 de esta Revista).

E) Fusión por absorción de empresas eléctricas

El régimen de los derechos de cobro de los costes de transición a la competencia derivados de la fusión por absorción de varias empresas eléctricas es objeto de análisis en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2011** (núm. rec. 5122/2008), que desestima el recurso de casación planteado por ENDESA, SA contra la Sentencia del TSJ de Madrid de 14 de febrero de 2008.

En este caso, el Tribunal, reiterando los mismos argumentos que la Sala de instancia, entiende que la fecha a partir de la cual surte efectos una fusión empresarial y a partir de la cual la entidad absorbente deviene titular del derecho a la compensación de los costes

de transición referidos no es la fecha a partir de la cual la fusión surte efectos contables sino sólo desde que ésta surte efectos sustantivos al ser inscrita en el Registro Mercantil. En caso contrario —se afirma— ello implicaría dejar al arbitrio de un acto propio de los interesados la percepción de las compensaciones por tales conceptos.

4. FOMENTO

A) Incentivos regionales

El Ministerio de Economía y Hacienda denegó la solicitud de incentivos regionales para construir un campo de golf de 18 hoyos. Impugnada dicha Orden ante la Audiencia Nacional se desestimó el recurso. En la sentencia la Audiencia Nacional puso de relieve que la Administración posee un cierto margen de discrecionalidad para apreciar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto que aconsejan conceder o no la ayuda solicitada, al margen del necesario cumplimiento de los requisitos exigidos para poder acceder a la ayuda.

En el caso enjuiciado, y teniendo en cuenta estas circunstancias concurrentes, la Audiencia Nacional concluye que la Orden impugnada no incurre en arbitrariedad, habiéndose fundamentado la no concurrencia del interés turístico del proyecto que hubiera justificado la concesión de la ayuda. También se rechaza la alegada infracción del principio de igualdad, ya que no se acredita que en casos idénticos sí se hubiera concedido la ayuda.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de abril de 2011, rec. Casación núm. 5581/2008, confirma la sentencia impugnada al estimar que la sentencia impugnada motivó de forma suficiente la inexistencia de arbitrariedad y la no infracción del principio de igualdad, llevando a cabo además una correcta interpretación de la normativa aplicable, en concreto el RD 569/1988.

JOSEP MOLLEVI I BORTOLO
JOAQUÍN TORNOS MAS
MARC VILALTA REIXACH

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD

SUMARIO

1. CONSUMO.
 - A) **Venta de productos de panadería y bollería mediante máquinas expendedoras.**
 2. DEPORTE.
 - A) **Nulidad del Reglamento que regula los procesos de control de dopaje tras el recurso interpuesto por la Asociación de Ciclistas Profesionales.**
 3. EDUCACIÓN.
 - A) **No universitaria.**
 - a) Legalidad del Real Decreto de requisitos mínimos de los centros docentes.
 - B) **Universitaria.**
 - a) Autonomía universitaria.
 - b) Legalidad del Real Decreto de acceso a la Universidad.
 4. EXTRANJEROS.
 - A) **Legalidad de la competencia autonómica en el Reglamento de extranjería.**
 - B) **Permisos y visados.**
 - C) **Denegación de entrada y expulsión.**
 - D) **Asilo y condición de refugiado.**
 - E) **Nacionalidad.**
 5. JUEGO.
 - A) **Derecho al libre establecimiento y juegos de casino comercializados por Internet.**
 6. SANIDAD.
 - A) **Consentimiento informado.**
-

1. CONSUMO

A) Venta de productos de panadería y bollería mediante máquinas expendedoras

La **STJ de 6 de octubre de 2011**, en el asunto C-382/10, tiene por objeto la respuesta a una cuestión prejudicial planteada desde Alemania, en la que el órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si debe interpretarse el anexo II, capítulo IX, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios, en expendedores automáticos de productos de panadería y bollería, cuando un comprador potencial haya podido tocar teóricamente con las manos desnudas los productos ofrecidos a la venta o estornudar sobre ellos permite por sí solo afirmar que estos productos no han sido protegidos contra cualquier foco de contaminación que pueda hacerlos no aptos para el consumo humano o nocivos para la salud, o contaminarlos de manera que pueda considerarse razonablemente desaconsejable su consumo en ese estado. Al respecto el TJ responde que en el caso de expendedores automáticos de productos de panadería y bollería, el hecho de que un comprador potencial haya podido tocar teóricamente con las manos desnudas los productos ofrecidos a la venta o estornudar sobre ellos no basta para afirmar que estos productos no han sido protegidos contra cualquier foco de contaminación que pueda hacerlos no aptos para el consumo humano o nocivos para la salud, o contaminarlos de manera que pueda considerarse razonablemente desaconsejable su consumo en ese estado.

2. DEPORTE

A) Nulidad del Reglamento que regula los procesos de control de dopaje tras el recurso interpuesto por la Asociación de Ciclistas Profesionales

La **STS de 13 de octubre de 2011**, Ar. 7254, determina la nulidad del Real Decreto 1462/2009, por el que se modifica el Real Decreto 641/2009, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte. La modificación se lleva a cabo en un tiempo insólitamente breve (12 días desde que se abre el proceso de elaboración y el de la promulgación de la norma en el BOE), y desatendiendo trámites esenciales como el de audiencia, para presuntamente allanar la elección frustrada de Madrid como ciudad anfitriona de los Juegos de la XXXI Olimpiada en 2016.

El Tribunal Supremo declara la nulidad del Reglamento impugnado por infracción del artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, del Gobierno, en relación con el artículo 105.1.a) de la Constitución. Añade el TS que la Administración pudo cumplir el trámite preceptivo de audiencia simplemente dando traslado a las Asociaciones firmantes del Convenio Marco, así como al resto de las Corporaciones y asociaciones a las que oyó cuando tramitó el Real Decreto 641/2009, abreviando el plazo de la audiencia hasta el mínimo de siete días hábiles, previsto en el párrafo tercero del apartado c) del número 1 del artículo 24 de la Ley 50/1997, o incluso pudo hacerlo convocando una reunión de las asociaciones firmantes del Convenio y conociendo su opinión para posteriormente decidir del modo que considerase conveniente.

Asimismo, el nuevo RD asimila el control antidopaje sin más a un control de salud que se justifique por causas médicas, asunto que la asociación recurrente cuestiona. Sobre ese extremo, a juicio del TS se debió debatir y oír a los interesados y al resto de las Corporaciones y Asociaciones a las que se oyó al redactar el Real Decreto que se modificaba. Además en el expediente no consta que esa inclusión fuera consecuencia de una indicación o sugerencia que dimanase de los informes preceptivos que realizaron la Agencia Estatal Antidopaje ni la Secretaría General Técnica, sino que su introducción en el texto final del Real Decreto se produjo, según consta en el antecedente 7 del Dictamen del Consejo de Estado, por el envío que efectúa a ese alto órgano consultivo del Gobierno el Subsecretario del Ministerio de la Presidencia, es evidente que se debió de proceder a recabar de nuevo el informe preceptivo tanto de la Agencia como de la Secretaría General Técnica antes de aprobar definitivamente el texto del Real Decreto. De acuerdo con lo expuesto también por este motivo procede anular el Real Decreto citado, al haber incurrido la Administración en el procedimiento de elaboración del mismo en un vicio de nulidad de pleno derecho.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Legalidad del Real Decreto de requisitos mínimos de los centros docentes

La **STS de 19 de julio de 2011**, Ar. 6651, desestima el recurso directo entablado por la Confederación Española de Centros de Enseñanza (CECE) contra el RD 132/2010, de 12 de febrero, que establece los requisitos mínimos de los centros que impartan las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria. Y lo hace con gran contundencia, tachando de temeraria tal impugnación.

B) Universitaria

a) Autonomía universitaria

En este periodo, dos sentencias del Tribunal Constitucional se han ocupado de la autonomía universitaria garantizada por el art. 27.10 CE. Así, en un recurso de amparo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, en relación con la denominación de un título de grado, la **STC núm. 183/2011, de 21 de noviembre de 2011**, tras recordar buena parte de su jurisprudencia anterior al respecto, concluye que «titulares del derecho a la autonomía universitaria (art. 27.10 CE) son las Universidades, por lo que la legitimación para la defensa de dicha autonomía sólo a ellas les asiste a través del recurso de amparo (...), habiéndose de excluir, por tanto, la posibilidad de que otros entes distintos a las Universidades puedan, en el ámbito de este proceso constitucional, pretender que se les otorgue el amparo frente a una determinada resolución con fundamento en la pretendida vulneración de la autonomía universitaria» (FJ 6). Y, por lo tanto, tal aspecto no puede ser invocado por la corporación profesional recurrente.

Por su parte, la **STC 206/2011, de 19 de diciembre de 2011**, también se ocupa de esta cuestión al hilo de un recurso de amparo entablado por la Universidad del País Vasco en

relación con un protocolo de atención a personas internas en centros penitenciarios. De esta Sentencia, que también parte de su acervo jurisprudencial al respecto, cabe destacar la singularidad del supuesto analizado, que radica en que «cuando los destinatarios de la actividad docente desarrollada en el ejercicio del derecho a la autonomía universitaria se encuentran privados de libertad, es preciso compatibilizar el desenvolvimiento concreto de la autonomía universitaria con las limitaciones que pueden derivarse no sólo del contenido del fallo condenatorio, sino también de la ley penitenciaria» (FJ 5). Y, para abordar la cuestión, primero tiene que plantearse el alcance de la potestad reglamentaria de las universidades, sobre lo cual el Alto Tribunal precisa que «no forma parte del contenido de la autonomía universitaria constitucionalmente protegida una potestad normativa de carácter general (...). Lo que no quiere decir, obviamente, que la potestad normativa sea algo por completo ajeno a la autonomía universitaria garantizada por el texto constitucional. Antes al contrario, en lo que ahora estrictamente interesa, hemos de afirmar que esa potestad, en cuanto que sirve a la libertad académica, razón de ser de la autonomía universitaria, conforme a la doctrina constitucional que hemos expuesto en el fundamento jurídico anterior, se integra en el contenido de la autonomía universitaria como parte de la libertad de ordenación —también normativa— de los medios necesarios para la impartición de las enseñanzas superiores que la Universidad tiene legalmente encomendada» (FJ 6). Así, «de conformidad con lo previsto en el art. 56.2 LOGP, la prestación del servicio público universitario a personas internas en instituciones penitenciarias está condicionada a la suscripción previa de convenio entre la Administración penitenciaria y la universidad correspondiente. Siendo ello así debemos señalar que esta exigencia de convenio interadministrativo encuentra justificación en la necesidad de contar con la colaboración de la Administración penitenciaria para que los internos puedan seguir adecuadamente los estudios impartidos a distancia, esto es, sin merma de la calidad con la que las Universidades prestan el servicio público educativo garantizado por las normas que lo disciplinan. Pero no puede verse en el art. 56.2 LOGP una norma reguladora de los aspectos estrictamente docentes de los estudios universitarios a distancia dirigidos a los internos en centros penitenciarios. Dicho de otro modo, no se trata de una norma sobre calidad educativa que atienda a la especificidad de sus destinatarios para modular sus condiciones, ni sobre ordenación de los medios necesarios para la impartición de la enseñanza superior, materias ambas que podrían reclamar o justificar el dictado de una disposición de carácter general pero no remitir a un convenio entre Administraciones sin establecimiento de directrices sustantivas al respecto». Y, en este sentido, «en nada afecta a esta autonomía constitucionalmente garantizada el hecho de que se supedita la prestación del servicio público de la educación universitaria a los internos en centros penitenciarios a la previa suscripción de un convenio interadministrativo. Al respecto parece razonable exigir de las distintas Administraciones públicas implicadas un esfuerzo de colaboración para asegurar que la prestación del servicio ocasionará el menor trastorno posible a la convivencia ordinaria en el seno de la institución penitenciaria. Pero no cabe decir lo mismo cuando de la firma del convenio de colaboración interadministrativa se hace depender no sólo la posibilidad de la efectiva impartición de docencia universitaria a distancia a internos penitenciarios, sino la validez misma de la ordenación abstracta por la Universidad de las especialidades que la prestación de los servicios educativos a prestar a distancia a internos en centros penitenciarios ha de revestir para adaptarse a tan singulares estudiantes. Es más, dado que la regula-

ción del modo y las condiciones en las que la Universidad prestará el servicio educativo a distancia a los internos en centros penitenciarios corresponde efectuarla a la Universidad libre de injerencias externas, su efectiva ordenación en el protocolo con carácter previo a la suscripción del convenio con la Administración penitenciaria, a cuya firma se condiciona la efectiva y material prestación de la docencia a distancia, permite a ésta conocer anticipadamente la repercusión que en el régimen penitenciario podría tener el seguimiento por los internos de los estudios a distancia por ella prestados, así como, en su caso, arbitrar los medios necesarios que lo hagan posible en cumplimiento del mandato resocializador incorporado al art. 25.2 CE. El protocolo que nos ocupa representa una actividad previa a la formalización de la colaboración con la Administración penitenciaria, un instrumento a través del cual el consejo de gobierno de la Universidad del País Vasco define el marco de relaciones con esa misma rama de la Administración, prefijando las condiciones que han de cumplirse para que quien ostente la representación ad extra de la Universidad pueda suscribir los eventuales convenios de colaboración en la materia». Razón por la cual, «la interpretación del art. 56.2 LOGP que rechaza que la Universidad pueda regular las condiciones en las que ha de impartirse la docencia a distancia a internos en centros penitenciarios hasta tanto no se haya concertado con la Administración penitenciaria, supone una restricción del ejercicio de la autonomía universitaria constitucionalmente garantizada (art. 27.10 CE) que lo lesiona, pues no encuentra justificación suficiente en la preservación los bienes jurídicos que se tratan de garantizar con la exigencia de previo convenio con la Administración penitenciaria para que la educación a distancia a internos en centros penitenciarios pueda materializarse mediante su prestación efectiva» (FJ 7). En consecuencia, otorgará el amparo a la Universidad recurrente.

b) Legalidad del Real Decreto de acceso a la Universidad

La **STS de 12 de julio de 2011**, Ar. 6379, desestima el recurso directo interpuesto por la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza-Titulares de Centros Católicos (FERE-CECA) contra el RD 558/2010, de 7 de mayo, de modificación del RD 1892/2008, por el que se regulan las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias, en el concreto aspecto de las condiciones establecidas para la mejora de la nota (a efectos de su ingreso en titulaciones con limitación de plazas).

4. EXTRANJEROS

A) Legalidad de la competencia autonómica en el Reglamento de extranjería

La **STS de 17 de mayo de 2011**, Ar. 5773, ratifica la legalidad del RD 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el RD 2393/2004, que había sido impugnado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en relación con las competencias que en él se atribuyen a las Comunidades Autónomas (que ya tuvieran estatutariamente asumida competencia en materia laboral) para la autorización inicial de trabajo y que a la recurrente le parece que, al insertarse en el procedimiento de autorización de residencia, constituye una competencia exclusiva del Estado. Se da la circunstancia de que en el proceso comparece

como demandada no solo la Administración General del Estado (como autora de la disposición reglamentaria) sino también la Generalidad de Cataluña (defendiendo la legalidad del reglamento y, por tanto, la competencia autonómica ahí recogida). El Tribunal Supremo desestima el recurso, teniendo en cuenta la legislación vigente al momento de dictar la Sentencia y utilizando también como argumento la Sentencia del Tribunal Constitucional en relación con el nuevo Estatuto de Autonomía para Cataluña.

B) Permisos y visados

De la **STS de 21 de julio de 2011**, Ar. 6742, conviene destacar su asentada caracterización del instrumento en que consiste el visado: «La concesión del visado viene marcada por la nota de discrecionalidad, tanto si se considera la incidencia del Derecho Internacional como la regulación interna. En efecto, no existe un derecho subjetivo del individuo a entrar en un país distinto del suyo; en consecuencia, el Estado es libre para autorizar o prohibir el acceso a su territorio, salvadas unas determinadas limitaciones a dicha libertad impuestas a fin de evitar discriminaciones colectivas y arbitrarias que atenían al principio de igualdad básico defendido en los instrumentos internacionales».

La **STS de 22 de julio de 2011**, Ar. 6798, anula una denegación de residencia por reagrupación familiar al no haber tomado en consideración que se habían acreditado en el proceso las circunstancias referidas a la situación económica y los medios de vida de la interesada, de nacionalidad marroquí, nacida en 1940 y de estado civil viuda, que vivía a expensas de los ingresos proporcionados por su hijo, de nacionalidad española, y residente en España.

La **STS de 26 de julio de 2011**, Ar. 6878, ratifica la concesión del permiso de residencia al amparo de lo previsto en la Ley por haber denunciado y colaborado con la policía española en la identificación de miembros de la organización delictiva que se dedicaba al tráfico ilegal de inmigrantes y que le había transportado al interesado en un patera hasta Motril.

Finalmente, la **STS de 29 de septiembre de 2011**, Ar. 7242, frente a la inicial denegación del Consulado de España en Islamabad, considera que del resultado de la entrevista allí realizada no se puede dudar de la validez de la documentación presentada, así como tampoco de la veracidad del motivo de solicitud del visado.

C) Denegación de entrada y expulsión

En este apartado tenemos que hacer referencia a la **STC núm. 181/2011, de 21 de noviembre de 2001**, que resuelve un recurso de amparo contra un Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictado en procedimiento de orden europea de detención y entrega. Y lo hace otorgando, nuevamente, el amparo al solicitante, por falta de garantías en su procedimiento de ejecución; aunque conviene tener en cuenta que el interesado ya había sido entregado a Holanda, en virtud de otra orden europea de detención y entrega anterior, y por lo tanto nos encontramos más bien con una «ampliación» de la entrega inicial, para que pudiese ser juzgado por otros hechos distintos de los que motivaron la inicial. El Tribunal Constitucional considerará que al interesado había que haberle otor-

gado un trámite de alegaciones específico para este caso, aunque no esté expresamente previsto en la Ley 3/2003.

La **STJUE de 6 de diciembre de 2011**, C- 329/11, *as. Achughbavian*, dictada por la Gran Sala en una cuestión prejudicial planteada por al Cour d'appel de París. De todos los aspectos de esta importante Sentencia no podemos ocuparnos ahora, pero sí reproducir el núcleo de su interpretación. Así, la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que:

«— se opone a una normativa de un Estado miembro que reprime mediante sanciones penales la estancia irregular en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país que, aunque se halle en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro y no esté dispuesto a abandonarlo voluntariamente, no está sujeto a medidas coercitivas como las que contempla el artículo 8 de la citada Directiva, no habiendo expirado, en el supuesto de internamiento con objeto de preparar y ejecutar su expulsión, el plazo máximo de duración de tal internamiento; y

— no se opone a tal normativa en la medida en que ésta permite el encarcelamiento de un nacional de un tercer país al que se haya aplicado el procedimiento de retorno establecido en dicha Directiva y que se halle en situación irregular en el referido territorio sin que exista un motivo justificado para el no retorno».

D) Asilo y condición de refugiado

La **STS de 8 de julio de 2011**, Ar. 5766, anula la denegación de asilo, ordenando retrotraer el expediente hasta la debida comunicación al ACNUR. Y por la misma razón lo hace también otra Sentencia de la misma fecha, Ar. 6337; aunque en este caso apreciando también una mayor indefensión, al no haberse aportado documentación decisiva.

También la **STS de 12 de julio de 2011**, Ar. 6377, anula la denegación y ordena la retroacción de las actuaciones al apreciar la falta de incorporación de la traducción del documento en el que se sustenta la petición de asilo.

Por su parte la **STS de 21 de julio de 2011**, Ar. 6740, no sin alguna duda teórica, ratifica la caducidad del expediente por la incomparecencia del solicitante a la entrevista a la que había sido citado.

En fin, la **STS de 20 de septiembre de 2011**, Ar. 7152, ratifica una línea jurisprudencial favorable a la concesión del estatuto de apátrida a un solicitante saharauí.

E) Nacionalidad

Continúan siendo muy numerosas las sentencias que se ocupan de las solicitudes de otorgamiento de nacionalidad, lo que parece ser una obvia consecuencia del paso del tiempo desde que comenzó el flujo migratorio masivo en España. Recogeremos a continuación las más significativas.

En primer lugar nos centraremos en el requisito de la *buena conducta cívica*. Así, mencionaremos algunas sentencias que consideran que sí debe otorgarse la nacionalidad,

pese a constar algunos elementos que pudieran inducir a la duda. La mera existencia de antecedentes policiales, procesos penales sobreesidos o, incluso, antecedentes penales firmes (si es que éstos son muy anteriores al momento de la solicitud), pero constan, en contrario, probados datos positivos de buena integración social, familiar o laboral, de cumplimiento de los deberes cívicos y de buen comportamiento, no son óbice para la concesión de la nacionalidad española (por ejemplo, **SSTS de 11 de julio de 2011**, Ar. 6364, 6366 y 6367, de **18 de julio de 2011**, Ar. 6633, 6634 y 6635, de **22 de julio de 2011**, Ar. 6809, de **12 de septiembre de 2011**, Ar. 6929 y 6933, y de **26 de septiembre de 2011**, Ar. 7213).

Tampoco lo impiden los informes del CNI o de la Comisaría General de Extranjería que sean excesivamente vagos (**SSTS de 22 de julio de 2011**, Ar. 6810, y de **12 de septiembre de 2011**, Ar. 6931).

Sin embargo, está bien denegada la concesión, por falta del requisito de la buena conducta cívica, en otros variados supuestos (**SSTS de 10 de junio de 2011**, Ar. 5877, de **27 de junio de 2011**, Ar. 6018, de **4 de julio de 2011**, Ar. 6178, de **11 de julio de 2011**, Ar. 6362 y 6365, de **22 de julio de 2011**, Ar. 6812 y 6813, de **12 de septiembre de 2011**, Ar. 6930 y 6932, de **26 de septiembre de 2011**, Ar. 7214, 7215, 7216 y 7217).

Con respecto al necesario grado de integración, en forma de conocimiento del idioma español, según las circunstancias concretas del caso, tenemos un pronunciamiento favorable a la concesión de la nacionalidad (**STS de 27 de junio de 2011**, Ar. 6017) y otro desfavorable a la misma (**STS de 18 de julio de 2011**, Ar. 6629).

5. JUEGO

A) Derecho al libre establecimiento y juegos de casino comercializados por Internet

La **STJ de 15 de septiembre de 2011**, en el asunto C-347/09, tiene por objeto la respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal penal desde Austria, en relación con el procedimiento iniciado contra: «Los Sres. [...] Dickinger y [...] Ömer, como responsables de [bet-at-home.com Entertainment], ... al ofrecer por Internet juegos cuyas ganancias y pérdidas dependen exclusiva o principalmente del azar o que están expresamente prohibidos, en particular distintos tipos de póquer (“Texas Hold’em”, “Seven Card Stud”, etc.), el black-jack, el bacará, los juegos de mesa, como la ruleta, y máquinas tragaperras virtuales con apuestas de cantidades ilimitadas, con el fin de obtener un beneficio económico...», teniendo en cuenta que, en Austria, una empresa privada con participación del Estado explota en régimen de monopolio las doce concesiones de casinos.

Al efecto, el TJ determina, en primer lugar, que el art. 49 CE se opone a que se sancione penalmente la violación de un monopolio de explotación de juegos de azar como el monopolio de explotación de los juegos de casino comercializados por Internet previsto por la normativa de Austria si dicha normativa no es conforme a las disposiciones de dicho Derecho. En segundo lugar entiende que la libertad de establecimiento comunitaria debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a los servicios de juegos de azar comercializados por Internet en Austria por un operador establecido en otro Estado miembro (por ejemplo, en el caso, Malta) a pesar de que dicho operador se haya dotado en el Estado

miembro de acogida (Austria) de una determinada infraestructura de soporte informático como un servidor, y utilice servicios de soporte informático de un prestador de servicios establecido en Austria para prestar sus servicios a consumidores también establecidos en Austria.

De forma complementaria indica el TJ que un Estado miembro que aspira a garantizar en el sector de los juegos de azar un nivel de protección de los consumidores particularmente elevado puede considerar legítimamente que tan sólo el establecimiento de un monopolio a favor de un organismo único que esté sometido a una estrecha supervisión por parte de los poderes públicos puede permitir controlar la delincuencia vinculada a este sector y alcanzar el objetivo de prevención de la incitación al gasto excesivo en juego y de lucha contra la adicción al juego de una manera suficientemente eficaz; para ser coherente con el objetivo de lucha contra las prácticas delictivas y con el de reducir las oportunidades de juego, toda normativa nacional que establezca un monopolio en materia de juegos de azar que permita al titular del monopolio llevar a cabo una política de expansión deberá: en primer lugar, fundarse en la constatación de que las actividades delictivas y fraudulentas vinculadas a los juegos de azar y la adicción al juego constituyen, en el territorio del Estado miembro afectado, un problema que puede resolverse mediante la expansión de las actividades autorizadas y reguladas; en segundo lugar, permitir únicamente una publicidad moderada y que se limite a lo estrictamente necesario para orientar a los consumidores hacia las redes de juego autorizadas. Finalmente, el hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no puede tener incidencia en la apreciación de la necesidad y de la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia, que deben apreciarse solamente en relación con los objetivos que persiguen las autoridades competentes del Estado miembro interesado y con el nivel de protección que éstas pretenden garantizar.

6. SANIDAD

A) Consentimiento informado

Siempre en el marco de recursos por responsabilidad patrimonial, en esta Crónica también podemos citar un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el necesario consentimiento informado. Se trata de la **STS de 29 de junio de 2011**, Ar. 6035, donde se analiza pormenorizadamente la cuestión, llegándose a la conclusión de que «se ajustó a las características de la primera intervención que es para la que se prestó, y recogió las alternativas terapéuticas existentes, y las posibles complicaciones que podrían producirse, entre las que se encuentra la fibrosis postquirúrgica, que no es propiamente una complicación en cuanto tal, sino una consecuencia de la intervención fruto de la cicatrización de toda intervención, y que adquiere una u otra dimensión y produce unos u otros problemas según las circunstancias del paciente, con consecuencias siempre generalmente dolorosas tal y como se explica en el informe pericial».

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

A) Competencia: los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen de los recursos en materia de responsabilidad patrimonial reclamada ante un Ayuntamiento.

B) Sujetos.

a) Legitimación.

a') El Sindicato de Inspectores de Hacienda tiene legitimación para recurrir un Reglamento que regula las quejas y sugerencias de los contribuyentes.

b') Carece de legitimación el denunciante que pretende la imposición de una sanción al Magistrado denunciado.

c') Tienen legitimación para personarse en la ejecución quienes no fueron parte en el recurso de instancia.

b) Representación: es inadmisibile el recurso contencioso-administrativo en que se constata la falta del cumplimiento del requisito de postulación del recurrente.

c) Defensa: el contenido del derecho a defenderse por sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica.

C) Objeto.

a) La derogación del Decreto impugnado por otro posterior no priva de objeto al recurso contencioso-administrativo interpuesto.

b) La carencia sobrevenida de objeto no puede ser considerada como causa de inadmisibilidad sino de desestimación.

c) Cuando se dicta resolución administrativa expresa, una vez interpuesto el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo, únicamente se considera imprescindible la ampliación cuando el acuerdo dictado enmienda el contenido del silencio.

d) La orden de iniciar un procedimiento de reubicación de aprovechamientos y restauración de terrenos no es un acto de trámite, sino definitivo.

D) Procedimiento.

a) El trámite para completar el expediente puede reiterarse por más de una ocasión.

- b) Prueba.
 - a') Corresponde a los propios litigantes realizar todas las actuaciones precisas para procurarse y aportar los documentos.
 - b') Es posible aportar dictámenes periciales con la demanda.
 - c') La Providencia que declara concluso el periodo de prueba tiene la virtud de rehabilitar el plazo hasta el día de su notificación.
- c) Cuando el recurrente ha tenido la oportunidad de defenderse y hacer valer sus puntos de vista no existe indefensión.

E) Sentencias.

- a) No existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por cambio de criterio cuando la sentencia que se aporta como término de comparación es posterior a la impugnada.
- b) Cuando una sentencia ordena la retroacción de las actuaciones inspectoras, las resoluciones dictadas en su ejecución tienen también el mismo carácter, estando sujetas al plazo de conclusión fijado expresamente en el art. 150.5 de la LGT 58/2003.
- c) El principio de congruencia solo requiere que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas.

F) Ejecución de sentencias.

- a) Un incidente de ejecución de sentencia en materia de justiprecio no es el medio idóneo para combatir el embargo del importe de dicho justiprecio.
- b) El interés público no puede esgrimirse para dejar de cumplir una sentencia firme.

G) Desistimiento en vía administrativa: el interés general alegable para no aceptar el desistimiento no puede estar referido a otro procedimiento administrativo diferente.

H) Procedimientos especiales: Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

- a) Los pronunciamientos adoptados por el Tribunal Supremo constituyen jurisprudencia, sin perjuicio de la protección del Tribunal Constitucional.
- b) Hay que indicar por qué debió admitirse el recurso contencioso-administrativo, no reiterar los argumentos de fondo.

I) Medidas cautelares.

- a) Es posible aplicación del *fumus boni iuris* cuando existen precedentes jurisprudenciales, o cuando se trata de actos de aplicación directa de disposiciones generales anuladas.
- b) El interés público prevalente radica en el mantenimiento de un mercado competitivo en la venta minorista de carburantes.
- c) De no suspenderse la ejecutividad de la denegación de la renovación del concierto educativo se producirían perjuicios irreparables.

2. RECURSO DE CASACIÓN.

A) Inadmisión: cuantía: el valor económico del cierre provisional o de la suspensión temporal de actividades es de carácter provisional.

B) Motivos: contra autos dictados en ejecución de sentencia sólo son susceptibles de casación cuando resuelven cuestiones no resueltas en aquella o se oponen a los términos del fallo que se ejecuta.

3. RECURSO DE REVISIÓN.

- A) **Requisitos:** es necesario acreditar la imposibilidad de aportar el documento que se dice recobrado en el periodo correspondiente de la instancia, o que éste estuviera retenido por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida por la sentencia firme.
-

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el 1 de mayo de 2011 al 1 de agosto de 2011, entre los que merecen ser destacados los relativos a la postulación y defensa de las partes, y a la ampliación del recurso.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- A) **Competencia:** los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen de los recursos en materia de responsabilidad patrimonial reclamada ante un Ayuntamiento

La STS de 16 de junio de 2011 (Rec. núm. 4/2011) resuelve la cuestión de competencia negativa que se suscita entre la Sala de lo Contencioso Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia y un Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo para conocer del recurso interpuesto por una compañía aseguradora contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad presentada ante un Ayuntamiento por los daños y perjuicios sufridos en un vehículo cuando circulaba por una determinada vía cuya titularidad corresponde a un Ayuntamiento.

Como quiera que la titularidad de la vía por la que circulaba el vehículo es de titularidad municipal, la competencia cuestionada no corresponde a ninguno de los órganos judiciales entre los que planteó cuestión de competencia, sino al Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Zaragoza al que por turno corresponda, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8.1 de la LRJCA, que atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la competencia para conocer, en única o primera instancia, de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las Entidades locales o de las Entidades y Corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico.

B) Sujetos

a) *Legitimación*

- a') El Sindicato de Inspectores de Hacienda tiene legitimación para recurrir un Reglamento que regula las quejas y sugerencias de los contribuyentes

Aunque ciertamente no se percibe una directa afectación de sus intereses, la STS de 7 de junio de 2011 (Rec. núm. 67/2010) reconoce la legitimación del Sindicato de Inspectores

de Hacienda para interponer recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto por el que se regula el Consejo para la Defensa del Contribuyente, ya que las quejas y sugerencias de los contribuyentes que regula el Reglamento impugnado se relacionan indirectamente con el ejercicio de las funciones de los Inspectores de Hacienda. En efecto, no cabe desconocer que las funciones del Consejo para la Defensa del Contribuyente versan sobre quejas y sugerencias de los contribuyentes que son también conocidas por los Inspectores de Hacienda en el ejercicio de sus tareas, y las contestaciones que se den a aquellas quejas y sugerencias pueden afectar indirectamente al ejercicio de la función desempeñada por los inspectores. Basta esta relación para admitir la legitimación de la entidad actora.

La Sentencia señala que la exclusión de la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo frente a las contestaciones del Consejo para la Defensa del Contribuyente a las quejas y sugerencias formuladas no vulnera el derecho fundamental al acceso a la justicia, dado el carácter meramente informativo de dicha actuación, que no genera propiamente efectos jurídicos en los derechos o intereses de los reclamantes. El precepto en cuestión regula la actuación administrativa originada por las «quejas y sugerencias» formuladas por los contribuyentes al amparo del propio precepto y dicha actuación se limita a las «contestaciones y demás actos» producidos por el Consejo en respuesta a la iniciativa de los ciudadanos. Del sentido global del precepto lo que se desprende es que la expresión «contestaciones y demás actos» queda en todo caso circunscrita a la actuación administrativa de respuesta a las quejas y sugerencias de los contribuyentes: contestaciones y cualquier clase de actuación escrita u oral que trate de dar satisfacción a las referidas quejas y sugerencias de los ciudadanos. Además, es claro que dicha actuación informativa y explicativa de la Administración no da lugar a actos con incidencia jurídica sobre los particulares y que, por tanto, es natural y, en realidad, obligado, que queden fuera de la posibilidad de recursos. Lo contrario supondría desnaturalizar este tipo de actuación administrativa y entender que la simple labor informativa podría generar efectos jurídicos en los derechos e intereses de los ciudadanos, con lo que dicha actuación dejaría de ser una labor orientadora e informativa, es decir, dejaríamos de estar en el supuesto al que se refiere de manera clara e inequívoca el precepto.

Finalmente, el hecho de que dicha Unidad Operativa deba dar traslado al Presidente del Consejo de las conductas previsiblemente constitutivas de delito no supone la inaplicación del artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en lo relativo en poner los hechos en conocimiento de la autoridad policial o judicial.

b') Carece de legitimación el denunciante que pretende la imposición de una sanción al Magistrado denunciado

La **STS de 21 de julio de 2011** (Rec. núm. 220/2010) nos recuerda cómo se viene admitiendo la legitimación del denunciante para acudir a la vía contencioso administrativa, cuando lo que se pretende en el proceso no es la imposición de una sanción al magistrado denunciado, sino que el CGPJ acuerde la incoación de oportuno procedimiento y desarrolle una actividad de investigación y comprobación en el marco de sus atribuciones.

En el caso analizado, el recurrente no postula la realización de actividades de investigación a fin de esclarecer los hechos en su día denunciados ante el CGPJ, limitándose

a mostrar su discrepancia con la valoración que de los mismos se contiene en el acuerdo impugnado, pretendiendo, sin más, la imposición de la sanción por la Sala. Esto determina la falta de legitimación porque el éxito de esa pretensión de la demanda no produciría en principio ningún efecto favorable en la esfera jurídica de la parte actora en el proceso, ni tampoco en las actuaciones jurisdiccionales a las que se refiere la denuncia presentada ante el CGPJ, pues la eventual sanción que pudiera ser impuesta, por sí sola, no le originaría ventaja alguna, ni le eliminaría ninguna carga o inconveniente.

c') Tienen legitimación para personarse en la ejecución quienes no fueron parte en el recurso de instancia

La **STS de 3 de junio de 2011** (Rec. núm. 3517/2010) concede legitimación para personarse en la ejecución a quienes no fueron parte en el recurso de instancia, como parte recurrida en el incidente por ostentar intereses que pudieran resultar afectados, sin necesidad de alegar ninguna clase de acción pública.

La resolución del asunto debe arrancar enunciando el marco normativo aplicable al caso, que viene dado por lo dispuesto en los artículos 72.2 y 109.1 LJCA. Con carácter general, el citado artículo 72.2, inciso primero, LJCA dispone que la anulación de una disposición general producirá efectos para todas las personas afectadas. Esta expresión «personas afectadas» se reitera, por lo que hace al caso, en el también citado 109.1 para distinguir, en este último, a tales personas de las partes procesales. Sobre el alcance de esta expresión «partes afectadas» resulta obligada la cita de la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera de 7 de junio de 2001 (recurso de casación núm. 2492/2003). Si bien debemos hacer una importante matización respecto del contenido de la indicada sentencia. Entonces se trataba de la legitimación para intervenir en el proceso de ejecución como parte activa, y ahora se trata de personarse como parte pasiva, es decir, del lado de la Administración. Allí se personaba en la ejecución quien en el proceso declarativo hubiera sido parte recurrente, y ahora se persona quien hubiera sido parte recurrida. Este matiz, por tanto, no se limita sólo a una diferencia subjetiva, ahora se trata de una Administración, y entonces era un particular, sino que tiene fundamentalmente una trascendencia objetiva, es decir, afecta a la posición y caracterización procesal que hubieran ostentado en el proceso.

La expresión «personas afectadas» ha de comprender aquéllas que puedan ver lesionados o perjudicados sus derechos o sus intereses legítimos por efecto de la ejecución o de la inexecución de la sentencia. Y resulta ineludible considerar como personas afectadas al Consorcio y al Ayuntamiento del lugar donde se encuentra el centro de tratamiento de residuos, a tenor del citado artículo 109.1 LJCA. Esta norma en su aplicación, al lado pasivo, de la relación procesal no demanda ni una constancia de la imposibilidad o dificultad para haber comparecido como recurrida, ni precisa dar razón alguna sobre las causas por las que no se acudió al proceso declarativo. Ni lo hemos exigido para el ejercicio de la legitimación activa en la fase de ejecución ni, en consecuencia, lo exigimos para la legitimación pasiva en la misma fase, pues en ambos casos se trata de la aplicación de la misma norma contenida en el mentado artículo 109.1 de la Ley de esta Jurisdicción. En efecto, la norma que contiene el artículo 109.1 de tanta cita ha de ser interpretada, en correspondencia con lo que venimos haciendo, en un sentido amplio comprensivo de todos los intereses concernidos. Repárese que en ambos supuestos, cuando la personación afecta al lado activo o

pasivo, se pretende lo mismo: que la sentencia se cumpla en sus propios términos. Si bien el lugar de observación de la cuestión varía, las ópticas son muy diferentes, al estar ligadas a la posición procesal que se ostenta.

Cuanto venimos señalando se inspira también en la propia exposición de motivos de la Ley cuando señala, en el apartado VI, punto 3, que «la Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema (porque) sus prescripciones entroncan directamente con la tutela judicial efectiva (...) que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado». La tutela judicial y el equilibrio procesal entre las partes podría resentirse si se imponen requisitos no previstos en la norma para la personación pasiva en la ejecución, en comparación con nuestra jurisprudencia para la legitimación activa. Sin que, por lo demás, pueda tener aplicación el artículo 13 de la LEC pues cuando nuestra Ley Jurisdiccional tiene una relación completa y acabada al respecto en los términos que hemos expuesto no procede dicha supletoriedad. Y en todo caso la norma contenida en dicho precepto no se refiere a la ejecución de sentencias ni se opone a cuanto hemos expuesto.

b) Representación: es inadmisibile el recurso contencioso-administrativo en que se constata la falta del cumplimiento del requisito de postulación del recurrente

La **STS de 30 de junio de 2011** (Rec. núm. 76/2009) nos recuerda la jurisprudencia que, de forma reiterada, sostiene que un Letrado no puede arrogarse la legitimación o representación de un tercero sin que éste manifieste indubitadamente su aquiescencia. Y ello debido al carácter personal del derecho de acceso a la Jurisdicción, correspondiendo al titular de la acción instar el procedimiento para el reconocimiento del beneficio de asistencia jurídica gratuita, de modo que la decisión de inadmisión de un recurso contencioso-administrativo es procedente cuando se constata la falta del cumplimiento del requisito de postulación del recurrente, exigido para la válida constitución del proceso.

No cabe tachar de errónea una interpretación de los artículos 23 y 45 LJCA que sostiene, con base en la interpretación de los artículos 19.1.a) y 23 LJCA, que un Letrado no puede arrogarse la legitimación o representación de un tercero sin que éste manifieste su aquiescencia, debido al carácter personal del derecho de acceso a la jurisdicción, reconocido por el artículo 24 CE, correspondiendo al titular de la acción instar el procedimiento para el reconocimiento del beneficio de asistencia jurídica gratuita, de modo que la decisión de inadmisión de un recurso contencioso-administrativo es procedente cuando se constata la falta del cumplimiento del requisito de postulación del recurrente, exigido para la válida constitución del proceso.

El primer párrafo del artículo 12 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, establece que «el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita debe instarse por los solicitantes ante el Colegio de Abogados del lugar en que se halle el Juzgado o Tribunal que haya de conocer del proceso principal para el que aquél se solicita, o ante el Juzgado de su domicilio. En este último caso, el órgano judicial dará traslado de la petición al Colegio de Abogados territorialmente competente». Por su parte, el artículo 7.2 de la citada Ley establece que «el derecho a la asistencia jurídica gratuita se mantendrá para la interposición y sucesivos trámites de los recursos contra las

resoluciones que pongan fin al proceso en la correspondiente instancia, aplicándose en este caso lo dispuesto en el artículo 32 de la presente Ley», añadiendo el número 3 del citado artículo que «cuando la competencia para el conocimiento de los recursos a los que se refiere el apartado anterior corresponda a un órgano jurisdiccional cuya sede se encuentre en distinta localidad, el Juzgado o Tribunal, una vez recibido el expediente judicial, requerirá a los respectivos Colegios la designación de abogado y procurador de oficio ejercientes en dicha sede jurisdiccional». La aplicación del citado precepto exige también que quien inste la designación de Procurador del turno de oficio sea el propio interesado o aquella persona que legalmente le represente.

Establecido que la legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo la ostenta el recurrente, para personarse e interponer el recurso contencioso-administrativo aquél debe conferir su representación a un Procurador y ser asistido de Letrado —*ex* artículo 23.2 de la LJCA—, pudiendo solicitar que se le nombren de oficio en los casos previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, solicitud que deberá instar el propio interesado, al ostentar plena capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sin que puedan aceptarse las alegaciones formuladas por el Letrado que interpone el recurso de queja, en las que manifiesta que el ejercicio del derecho de acceso a la Jurisdicción, y la legitimación para ejercitarlo, puede arrogárselo un tercero, sea letrado o no, por cuanto claramente establece nuestra Ley Jurisdiccional en su artículo 19.1.a) que la legitimación ante este orden jurisdiccional la ostentan las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo, sin que pueda confundirse la titularidad de dicha legitimación con la representación y defensa de las partes regulada en el artículo 23 de dicha Ley y en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, normas que tienen por objeto regular la representación y defensa de las partes, pero que en modo alguno pueden justificar el traslado de la legitimación a un tercero. Todo lo anterior sin prejuzgar la procedencia o no del derecho a la justicia gratuita que pueda ostentar la persona cuyo interés legítimo se dice infringido.

Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, cabe sostener, no obstante, un criterio interpretativo del artículo 23 LJCA, basado en el principio *pro actione*, que evite un excesivo rigorismo en la aplicación del requisito de acreditar la representación, impuesto por el artículo 45 de la LJCA, siguiendo el pronunciamiento de la STC 125/2010, de 29 de noviembre (RA 2200/2007), que no cuestiona que el incumplimiento del requisito judicial de aportación de poder determina irremediabilmente el archivo de las actuaciones, en el sentido de que el órgano judicial, aunque no puede excepcionar el cumplimiento del presupuesto procesal referido a la postulación, sí que, atendiendo a las circunstancias concretas, derivadas de la dificultad acreditada de comunicación del Letrado designado de oficio con su representado, pueda habilitar un plazo suplementario para la subsanación de este defecto procesal y formular la petición del beneficio de asistencia jurídica gratuita, con la finalidad de no impedir injustificadamente la obtención de una resolución de fondo.

Procede, asimismo, advertir que la resolución judicial recurrida no puede calificarse de gravemente dañosa para el interés general, en cuanto que no incide lesivamente en el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva de aquellos ciudadanos extranjeros, afectados por una resolución de denegación de entrada en territorio español, para que no sean desprovistos de su derecho de acceder a la jurisdicción ni del derecho a la asistencia jurídica gratuita, en la medida que pueda ejercer estos derechos cumplimentando el requi-

sito de postulación, establecido en el artículo 23 LJCA, y en los artículos 23 y 33 LECiv, de modo que no se puede fijar la doctrina legal de que la designación de oficio del Abogado conlleve la representación del litigante, sin excepcionar lo dispuesto en estas disposiciones legales de carácter procesal, que vinculan a los órganos judiciales. El extranjero, al que se le niega la entrada en territorio español por un puesto fronterizo, tiene la protección jurídica que el ordenamiento dispensa y, en concreto, según advierte el Tribunal Constitucional en la sentencia 72/2005, de 4 de abril (RA 5291/2001), a que se le notifique la resolución gubernativa y que se le informe de los recursos administrativos y jurisdiccionales que pueda interponer y a la asistencia letrada, conforme a lo dispuesto en los artículos 20 a 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, siendo el interesado el que puede instar del profesional que le defienda el ejercicio de las acciones que procedan en defensa de sus derechos e intereses legítimos, conforme a lo regulado en las Leyes procesales, con la finalidad de que el reconocimiento de su derecho a la tutela judicial efectiva no tenga un carácter meramente teórico o ilusorio, puesto que el objetivo que consiste en impedir que una persona entre ilegalmente en el territorio español no puede realizarse sacrificando el ejercicio de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza.

c) Defensa: el contenido del derecho a defenderse por sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica

La **STS de 15 de junio de 2011** (Rec. núm. 2967/2010) confirma la desestimación de la solicitud formulada por el recurrente, en ejercicio del derecho de petición contemplado en el art. 29 CE, en el sentido de que se promoviesen los cambios legislativos necesarios para poder ejercitar «la defensa propia sin abogado en todos los procesos siempre que una persona así lo desee».

El Alto Tribunal invoca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que proclama que el derecho a defenderse por sí mismo no se agota, aun comprendiéndolo en determinados supuestos, en su dimensión de derecho alternativo al derecho a la asistencia técnica, sino que posee siempre un contenido propio, relativamente autónomo, en cuanto expresión del carácter dual de la defensa penal, integrada normalmente por la concurrencia de dos sujetos procesales, el imputado y su abogado defensor, con independencia del desigual protagonismo de ambos. El derecho a la defensa comprende, en este aspecto, no sólo la asistencia de Letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también a defenderse personalmente. Ahora bien, el contenido del derecho a defenderse por sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica. El mandato legal de defensa por medio de Abogado encuentra una propia y específica legitimidad en el beneficio del propio defendido, pero también en el correcto desenvolvimiento del proceso penal.

C) Objeto

a) La derogación del Decreto impugnado por otro posterior no priva de objeto al recurso contencioso-administrativo interpuesto

La **STS de 6 de junio de 2011** (Rec. 207/2009) rechaza que por el hecho de haberse derogado el Decreto impugnado por otro posterior carezca de objeto del recurso contencioso-

administrativo interpuesto en la instancia, toda vez que la nueva redacción que se recoge en relación con la selección de personal funcionario y la provisión de puestos de trabajo es prácticamente idéntica a la anterior. Al tiempo de adoptarse, el Decreto primero era susceptible de impugnación y no procedía la carencia sobrevenida de objeto. Asimismo, del art. 73 LJCA no se desprende la firmeza de los actos administrativos de aplicación de un reglamento cuando se anula éste por sentencia, sino que la invalidez de aquellos no se produce directamente por dicha anulación.

b) La carencia sobrevenida de objeto no puede ser considerada como causa de inadmisibilidad sino de desestimación

La **STS de 3 de junio de 2011** (Rec. núm. 565/2010) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ, confirmado en alzada por silencio administrativo, que resolvió el cese del demandante como Juez de Paz.

Aun cuando la apreciación de la carencia sobrevenida de objeto planteada como causa de inadmisión del recurso contencioso-administrativo no tiene su reflejo dentro de las causas que la LJCA establece en el artículo 69, sí debe tenerse en cuenta como causa de desestimación del presente recurso, ya que la estimación del recurso de alzada en vía administrativa priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real.

c) Cuando se dicta resolución administrativa expresa, una vez interpuesto el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo, únicamente se considera imprescindible la ampliación cuando el acuerdo dictado enmienda el contenido del silencio

La **STS de 3 de junio de 2011** (Rec. núm. 565/2010) nos recuerda la doctrina sentada en la Sentencia de 16 de febrero de 2009 (recurso de casación núm. 1887/2007) del mismo Tribunal sobre la interpretación del apartado 4 del artículo 36 de la LJCA y su aplicación a los supuestos en los que se dicta resolución administrativa expresa una vez interpuesto el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo, sosteniendo lo siguiente:

«SEGUNDO) El artículo 36 de la Ley 29/1998 regula la llamada “acumulación por inserción” o “ampliación del objeto del recurso”, de modo que, conocida la existencia de algún acto, disposición o actuación que guarde con el que sea objeto del recurso la relación prevista en el artículo 34, el demandante puede pedir, dentro del plazo para interponer recurso contencioso-administrativo, que se amplíe el ya iniciado a la nueva actuación administrativa (apartado 1). Ahora bien, en el caso de que esta nueva actuación constituya la respuesta explícita a una petición cuya desestimación presunta por silencio es objeto de una impugnación contencioso-administrativa en trámite, el recurrente, además de conducirse como indica el apartado 1, puede aceptar el pronunciamiento expreso, desistir de la impugnación contra el acto presunto y, en el plazo para recurrir, instar otra contra aquel primero (apartado 4). En los términos de la Ley 29/1998 cabe una tercera posibilidad consistente en interponer un recurso contencioso-administrativo independiente contra el acto expreso

y después pedir su acumulación al que ya está en marcha contra el presunto, conforme a lo dispuesto en el artículo 37».

La primera nota que salta a la vista de la regulación descrita es que el legislador ha configurado las distintas reacciones del recurrente (ampliación, desistimiento y nuevo recurso o interposición independiente y posterior acumulación) con carácter potestativo, como lo evidencia el repetido uso del verbo «poder». Ahora bien, (1) o amplía, (2) o desiste e insta otro proceso (3) o impugna y pide la acumulación en los plazos que contempla el artículo 46 de la propia Ley, pues si no lo hace así la nueva actuación administrativa quedará consentida, firme y, por consiguiente, inatacable con arreglo a los artículos 51, apartado 1, letra d), y 69, letra c), de la Ley de la jurisdicción.

Surge, sin embargo la duda de si esta última afirmación rige para todos los casos. Dicho de otra forma, si el apartado 4 del artículo 36, inexistente en su precedente (el artículo 46 de la vieja Ley reguladora de esta jurisdicción de 27 de diciembre de 1956 —BOE de 28 de diciembre—) y que no estaba previsto en el proyecto de Ley remitido a las Cortes (fue introducido en sede parlamentaria como enmienda 112 para «solucionar los problemas derivados de las notificaciones tardías»), obliga en toda circunstancia a ampliar o a desistir e impugnar, de modo que si el recurrente no opta por ninguno de ambos caminos su pretensión quedará en vía muerta, habida cuenta de que la decisión expresa tardía resultará inatacable por no haber sido recurrida en tiempo, mientras que la presunta ya no existe, pues la ficción que representa ha sido reemplazada por la ulterior explícita resolución. Esta es la interpretación que ha llevado a la Sala madrileña a no admitir el recurso.

Pues bien, no compartimos esa forma de decidir, por dos razones, una más general y otra más apegada a las circunstancias concretas del caso debatido.

La primera consiste en que la letra del precepto permite entender que la opción por el desistimiento y la ulterior promoción de un nueva acción procesal, que ofrece al recurrente el artículo 36, apartado 4, de la Ley 29/1998, parte del presupuesto de que la decisión expresa retrasada modifique o altere el contenido desestimatorio del silencio. En efecto, si se autoriza al actor a desistir con fundamento en la aceptación de la resolución expresa es porque su contenido es distinto (parcialmente estimatorio) del puramente negativo del silencio, supuesto en el que la lógica impone apartarse del proceso y, en su caso, proponer uno nuevo o, si se elige la otra solución, la ampliación, entendiéndose sustituida la decisión negativa presunta por la nueva resolución expresa. Ahora bien, tal exigencia resulta superflua cuando la explícita resolución intempestiva es totalmente desestimatoria y, por consiguiente, viene a reproducir el contenido negativo del silencio, si bien con motivación. Esta es la razón que llevó a la jurisprudencia, bajo la vigencia de la Ley de 1956, a considerar innecesaria la ampliación si el acto administrativo expreso, realizado fuera de tiempo, era de idéntico contenido al producido por silencio administrativo, pues venía a hacer explícito y real lo que ya anteriormente se había tenido por existente, sin añadir nada ni modificar el contenido implícito de la voluntad administrativa. En congruencia con tal forma de plantear el problema, el Tribunal Supremo únicamente consideró imprescindible la ampliación cuando el acuerdo dictado enmendaba el contenido del silencio, coyuntura en la que si no se extendía la acción al acto expreso, como ya hemos apuntado, llegaba a ser firme y consentido, quedando sustraído a la jurisdicción sin que, por consiguiente, la sentencia que se dictase con respecto al presunto pudiera alcanzarle en sus consecuencias».

d) La orden de iniciar un procedimiento de reubicación de aprovechamientos y restauración de terrenos no es un acto de trámite, sino definitivo

La **STS de 27 de julio de 2011** (Rec. núm. 4331/2010) estima el recurso de casación interpuesto contra el auto que estima la cuestión previa de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo deducido frente a una resolución dictada en materia de urbanismo. Considera el Alto Tribunal que la decisión recurrida no es un acto de trámite, sino definitivo, aunque ordene iniciar un procedimiento de reubicación de aprovechamientos y restauración de terrenos, y, en consecuencia, recurrible en vía judicial, por lo que se ordena reponer las actuaciones para sustanciar el proceso ante la Sala de instancia.

D) Procedimiento

a) El trámite para completar el expediente puede reiterarse por más de una ocasión

La **STS de 8 de julio de 2011** (Rec. núm. 625/2008) desestima el recurso de casación interpuesto porque considera que en las actuaciones procesales no concurre el vicio denunciado referido al quebrantamiento de las formas esenciales del proceso, por no haberse completado el expediente administrativo, por no estar foliado el expediente y por faltar en el mismo documentos esenciales. El Alto Tribunal considera que el trámite para completar el expediente puede reiterarse por más de una ocasión, hasta que se complete definitivamente el expediente, quedando a disposición del recurrente la reiteración del trámite o conformarse con lo remitido y formalizar demanda, pudiendo hacer uso del periodo probatorio para completar la documental necesaria. Además, en este caso, el mismo expediente sirvió para otros recursos, uno de los cuales se incorporó a las presentes actuaciones, poniéndose a disposición de las partes en Secretaría, sin que consten alegaciones al respecto.

b) Prueba

a') Corresponde a los propios litigantes realizar todas las actuaciones precisas para procurarse y aportar los documentos

La **STS de 7 de junio del 2011** (Rec. núm. 1622/2009) señala que la normativa contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable al proceso contencioso-administrativo, implica un claro apartamiento de prácticas procesales anteriores, en las que era habitual y generalizada la articulación de la prueba documental a través del órgano jurisdiccional.

Esto ha impuesto un cambio de mentalidad a los operadores jurídicos, en la medida que, a tenor de la misma, sólo puede acudir al auxilio jurisdiccional para la realización de la prueba documental cuando los documentos pretendidos no puedan ser conseguidos mediante el propio impulso e iniciativa de los interesados en su obtención y unión a las actuaciones, pues, si efectivamente pueden ser obtenidos por ellos mismos, es carga de los propios litigantes realizar todas las actuaciones precisas para procurarse y aportar esos documentos (ya sea en la demanda, si se trata de documentos en que las partes funden directamente su derecho, ya sea en el periodo probatorio), pudiendo acudir al Tribunal sólo cuando, pese a su diligente actuación, esa aportación no haya podido realizarse por causa no imputable a ellos.

En el presente caso, se desestima el recurso porque los documentos de que se trata pudieron ser conseguidos por el interesado por su propia iniciativa y sin necesidad de trasladarse a Colombia.

b') Es posible aportar dictámenes periciales con la demanda

La **STS de 13 de mayo de 2011** (Rec. núm. 3408/2007) dictamina que es posible aportar dictámenes periciales con la demanda en aplicación del artículo 336.1 LEC. Al incorporarse tal dictamen al ramo de prueba, el Tribunal *a quo* debió valorarlo como prueba pericial, aunque el informe careciera de visado colegial, corrigiéndose así la apreciación que al Tribunal *a quo* mereció tal dictamen, que calificó como documento privado sin visar ni ratificar, y que negó su carácter de prueba pericial.

c') La Providencia que declara concluso el periodo de prueba tiene la virtud de rehabilitar el plazo hasta el día de su notificación

La **STS de 3 de mayo de 2011** (Rec. núm. 1852/2007) nos recuerda que el artículo 128 LJCA —reformado hoy por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial— atribuye al Secretario judicial el impulso procesal de oficio que rige en lo contencioso-administrativo, como en los demás órdenes jurisdiccionales, conforme a lo que dispone el artículo 237 LOPJ. Lo que explica el sentido del artículo 128.1 LJCA es que no corresponde ya a las partes impulsar el procedimiento como ocurría hasta el Real Decreto-ley de términos judiciales de 2 de abril de 1924. Por eso se declara en la Ley rectora que los plazos son siempre improrrogables y, una vez transcurridos, el Secretario judicial tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse. Podría añadirse, como recordaba el artículo 121.1 de la vieja LJCA de 1956, que todo ello se produce «sin necesidad de apremio ni de acuse de rebeldía, dándose a los autos de oficio el curso que corresponda».

La posibilidad de rehabilitar plazos fenecidos regía ya en el artículo 121.1 de la Ley de 1956, pero se ha reforzado en el artículo 128.1 de la LRJCA vigente, aplicándose incluso a la presentación de la demanda (art. 52.2 LJCA). En sus orígenes se atenuaba con esta fórmula la dureza que para las partes suponía el cambio de sistema al de impulsión de oficio. Se determinó así la posibilidad de rehabilitar plazos fenecidos que se encuentra reconocida en el segundo inciso del artículo 128.1 LJCA. Nuestra jurisprudencia ha admitido esta posibilidad para los plazos propiamente procesales, para realizar actos en un proceso existente o una vez iniciado que, en ese sentido, son «plazos o términos prorrogables» (en la dicción del artículo 2.º del Real Decreto-ley de 1924). Esa jurisprudencia ha cobrado una nueva intensidad a la luz del derecho fundamental y del mandato de tutela judicial efectiva que se contiene en el artículo 24.1 CE. Las normas que establecen plazos para la evacuación de trámites procesales suponen el reconocimiento de un derecho y, además, el derecho a disponer del plazo en su totalidad.

En el caso analizado por la sentencia comentada, el escrito de proposición de prueba se presentó ante la Sala del TSJ cuando ya había precluido el plazo de quince días para proponer prueba establecido en el artículo 60.4 LJCA, pero un día después de que la Sala de instancia hubiera dictado la providencia que tuvo la virtud de rehabilitar el plazo hasta el mismo día de su notificación. Ciertamente es que el recurso de súplica contra la inadmisión del

escrito de proposición de prueba se interpuso antes de esa notificación, pero esa circunstancia carece de relieve. Sería absurdo sostener que, pudiendo la parte proponer prueba mucho después, en el término del día de esa notificación conforme al artículo 128.1 LJCA, carecía del derecho a hacerlo con anterioridad, aunque hubiera concluido el plazo de quince días, por lo que la Sala debió admitir el escrito de proposición de prueba.

c) Cuando el recurrente ha tenido la oportunidad de defenderse y hacer valer sus puntos de vista no existe indefensión

La **STS de 24 de junio de 2011** (Rec. núm. 6298/2007) rechaza la existencia de indefensión ante la falta de ofrecimiento de recurso de alzada porque se notificó a la actora, posteriormente, la que la excluía del proceso selectivo frente a la que pudo recurrir. La Sala recuerda que, cuando el interesado en vía de recurso administrativo o contencioso-administrativo ha tenido la oportunidad de defenderse y hacer valer sus puntos de vista, puede entenderse que se ha subsanado la omisión y deviene intrascendente para los intereses reales del recurrente y para la objetividad del control de la Administración, compatibilizando la prohibición constitucional de indefensión con las ventajas del principio de economía procesal que complementa al primero sin oponerse en absoluto al mismo y que excluye actuaciones procesales inútiles a los fines del procedimiento.

En el caso presente, si bien es cierto que la Administración no facilitó la posibilidad de interponer recurso de alzada contra la resolución administrativa, no menos cierto resulta la posibilidad de la que gozó el interesado de formular recurso de reposición contra la resolución que determinó su exclusión, y que no utilizó, además de la del recurso contencioso-administrativo que posteriormente interpuso. Ambas circunstancias impiden que se pueda apreciar la existencia de una clara vulneración del derecho del recurrente a formular alegaciones y presentar las pruebas que estimase oportunas; cosa que, por otro lado, sí realizó durante la tramitación del proceso contencioso-administrativo.

E) Sentencias

a) No existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por cambio de criterio cuando la sentencia que se aporta como término de comparación es posterior a la impugnada

La **STS de 18 de julio de 2011** (Rec. núm. 4152/2008) analiza un caso de cambio de criterio en la sentencia, determinando que no existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ni del de igualdad en la aplicación de la ley cuando la sentencia que se aporta como término de comparación es posterior a la aquí impugnada, de modo que no es esta última la que cambia el criterio, sino aquella primera, que alteró el sentido interpretativo en sentido favorable al sujeto pasivo. De tal realidad no se deriva la consecuencia jurídica que pretende la compañía recurrente en casación.

La lesión del citado derecho fundamental requiere (sentencias 54/2006, de 27 de febrero, FJ 4.º; 27/2006, de 30 de enero, FJ 3.º; 2/2007, de 15 de enero, FJ 2.º; y 31/2008, de 25 de febrero, FJ 2.º, entre las más recientes): a) La acreditación de un *tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre el contraste entre la sentencia

impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan resuelto de forma contradictoria; b) La identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal no sólo la Sala, sino también la Sección, al considerarse cada una de estas formaciones como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la ley; c) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de «la referencia a otro», exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la ley, excluyente de la comparación consigo mismo; y d) El tratamiento desigual ha de concretarse en la quiebra injustificada del criterio aplicativo consolidado y mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional o de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició. Se trata de huir de decisiones sólo válidas para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad, con el designio de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia.

En definitiva, lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, por lo que, *a sensu contrario*, la mudanza es legítima cuando resulta razonada, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinada a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan sólo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continúa con posterioridad.

De esta forma, cuando la sentencia que se aporta como término de comparación es posterior a la aquí impugnada, de modo que no es esta última la que cambia el criterio, sino aquella primera, que alteró el rumbo en sentido favorable al sujeto pasivo, no se vulnera el derecho fundamental que se invoca. Es cierto que, en buena técnica judicial, la Sala hubiera debido explicar y poner de manifiesto en su sentencia posterior por qué se apartaba de la anterior doctrina, mantenida en la que es objeto de esta casación; sin embargo la omisión no supone, a los efectos del presente recurso, lesión de derecho alguno de la actora.

b) Cuando una sentencia ordena la retroacción de las actuaciones inspectoras, las resoluciones dictadas en su ejecución tienen también el mismo carácter, estando sujetas al plazo de conclusión fijado expresamente en el art. 150.5 de la LGT 58/2003

La STS 24 de Junio de 2011 (Rec. núm. 1908/2008) analiza el alcance de la retroacción de actuaciones y de plazo para ejecución de sentencia en materia tributaria.

El artículo 150.5 de la Ley General Tributaria de 2003 va en la línea de proporcionar seguridad jurídica, estableciendo sobre el particular que, «cuando una resolución judicial o económico-administrativa ordene la retroacción de las actuaciones inspectoras, éstas deberán finalizar en el período que reste desde el momento al que se retrotraigan las actuaciones hasta la conclusión del plazo al que se refiere el apartado 1 de este artículo o en seis meses, si aquel período fuera inferior», y que «el citado plazo se computará desde la recepción del expediente por el órgano competente para ejecutar la resolución».

Al carácter de actuaciones inspectoras de las de ejecución cuando se decreta la retroacción debe añadirse que la remisión del artículo 150.5 de la Ley General Tributaria al apartado 1 del mismo supone la necesidad de que ello se haga en el plazo que reste o en el

de seis meses si aquél fuera inferior, lo que arrastra la necesidad de aplicación del apartado 2 del citado precepto, en cuanto a las consecuencias del transcurso del plazo o de interrupción de actuaciones por más de seis meses. No tendría sentido considerar las actuaciones que estudiamos como integrantes del procedimiento inspector y no establecer para ellas todas las consecuencias vinculadas al transcurso del plazo máximo de duración.

Cierto es que, en el caso estudiado, el Abogado del Estado opone que el artículo 150.5 no es de aplicación al presente caso, por cuanto una cosa es ordenar la retroacción de actuaciones y otra diferente es ejecutar en sus propios términos una sentencia dictada, pero, independientemente de que tal cuestión no fuera planteada en la instancia, no se puede compartir la argumentación, y no solo porque cuando se completan unas actuaciones anuladas también se cumple la resolución o sentencia dictada, sino porque hasta la propia AEAT entendió que el supuesto planteado, en el que la Sentencia de esta Sala había anulado la de instancia, «en el exclusivo extremo que declara procedente la elevación al íntegro contenida en el acto originario», era de retroacción de actuaciones, pues había de determinarse el importe de las contraprestaciones íntegras satisfechas previa audiencia de la parte ahora recurrida.

Se señala, además, que el citado artículo 150.2 debe tener preferencia sobre el artículo 68 de la propia Ley General Tributaria. Dicho de otro modo, no puede anudarse la cesación de efectos interruptivos al transcurso del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras para, al mismo tiempo, pretender dejar sin efecto dicha consecuencia, mediante la alegación de que todas las actuaciones realizadas con conocimiento formal del obligado tributario en el curso de dicho recurso de casación interrumpieron la prescripción.

c) El principio de congruencia solo requiere que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas

La **STS de 30 de junio de 2011** (Rec. núm. 4023/2009) nos recuerda que el principio de congruencia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia, sino que basta con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas.

En este caso, de la sentencia de la Sala de instancia se deduce claramente que dio debida respuesta a la totalidad de las pretensiones y motivos de impugnación. Es más, la resolución del Tribunal calificador enjuiciada contaba con una motivación expresa y una justificación extensa, a partir de la cual valoró la razonabilidad de la referida motivación, descartando, previo análisis de los informes periciales aportados por la parte recurrente como fundamento de dicha argumentación, la existencia de error científico en la valoración de los ejercicios de las opositoras que superaron las pruebas.

F) Ejecución de sentencias

a) Un incidente de ejecución de sentencia en materia de justiprecio no es el medio idóneo para combatir el embargo del importe de dicho justiprecio

La **STS de 31 de mayo de 2011** (Rec. núm. 4911/2007) señala que no es cometido de un órgano judicial del orden contencioso-administrativo inmiscuirse en embargos acordados

por otras autoridades administrativas o jurisdiccionales en el ejercicio de sus competencias, contra los cuales tendrá el embargado que reaccionar por las correspondientes vías impugnatorias. Un incidente de ejecución de sentencia en materia de justiprecio no es el medio idóneo para combatir el embargo del importe de dicho justiprecio.

La actora solicita que sea el Alto Tribunal quien juzgue la procedencia de los abonos de los derechos económicos de la Sentencia, erigiéndose así en una suerte de juez concursal por completo improcedente. La Sentencia se ha ejecutado desde el momento en que la beneficiaria ha utilizado el crédito declarado en abonar los embargos que, en ejercicio de las competencias que legalmente le ha sido atribuidas, han dispuesto tanto la Agencia Tributaria como un determinado órgano judicial mediante sendas resoluciones cuya legalidad corresponde cuestionar a la propia parte actora a través de los recursos que estime procedentes deducir frente a las mismas.

b) El interés público no puede esgrimirse para dejar de cumplir una sentencia firme

La **STS de 3 de junio de 2011** (Rec. núm. 3517/2010) señala que las sentencias están para cumplirse en sus propios términos *ex* artículo 118 CE, a salvo las casos de imposibilidad legal o material *ex* artículo 105 LJCA, pues constituye la propia esencia de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 CE), sin que su acatamiento y cumplimiento pueda someterse a una suerte de ponderación de intereses sobre si dicha ejecución conviene o no al interés público. Es decir, no se dictan sentencias y luego se valora si el interés público demanda su cumplimiento y ejecución. El interés público superior es el cumplimiento del núcleo de la potestad jurisdiccional, constitucionalmente establecido, que demanda que la decisión judicial firme se cumpla, y que las infracciones normativas que se han declarado tengan las consecuencias previstas en la sentencia que se pretende ejecutar.

En este sentido, el interés público no puede esgrimirse para dejar de cumplir una sentencia firme, pues concurre un interés superior que afecta a la propia configuración del Estado de Derecho que exige que lo decidido por los Jueces y Tribunales se ejecute en sus propios términos.

Cómo tempranamente declaró el Tribunal Constitucional, en Sentencia 67/1984, de 7 de junio, «difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las sentencias y resoluciones judiciales firmes, y de aquí que el artículo 118 de la Constitución establezca que: «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución del mismo». Cuando este deber de cumplimiento y colaboración —que constituye una obligación en cada caso concreto en que se analiza— se incumple por los poderes públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho, y por ello el sistema jurídico ha de estar organizado de tal forma que dicho incumplimiento —si se produjera— no pueda impedir en ningún caso la efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales firmes».

G) Desistimiento en vía administrativa: el interés general alegable para no aceptar el desistimiento no puede estar referido a otro procedimiento administrativo diferente

En la **STS de 27 de mayo de 2011** (Rec. núm. 2182/2007) el Tribunal Supremo analiza los requisitos del desistimiento, en concreto, que no esté prohibido y sea disponible por quien lo solicita; que sea inequívoca la voluntad de desistir; y que sea aceptado por la Administración.

El desistimiento, con carácter general, es una de las formas de terminación de los procedimientos administrativos, que consiste en la declaración de voluntad del interesado expresando que desea abandonar la pretensión por la que se inició el procedimiento. Su apreciación, teniendo en cuenta que estamos ante un procedimiento entre el particular y la Administración, y no es por tanto un procedimiento triangular, se sujeta a la concurrencia de una serie de requisitos generales que nos resulta obligado relacionar. En primer lugar, el desistimiento no ha de estar prohibido por el ordenamiento jurídico (artículo 90.1 de la Ley 30/1992), es decir, no ha de versar sobre materias ajenas a la disponibilidad de los interesados. En segundo lugar, ha de realizarse de modo que permita su constancia (artículo 91.1 de la Ley 30/1992), es decir, no puede presumirse o suponerse sino que ha de poder confirmarse y constatarse. Debe de tenerse constancia inequívoca de la voluntad de desistir. Y, en tercer lugar, necesita de su aceptación por la Administración. Sin que pueda admitirse el desistimiento, por lo que hace al caso, que «entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición o esclarecimiento» (artículo 91.3 de la misma Ley 30/1992), es decir, cuando se afecte al interés general no procede el desistimiento.

La cuestión que se analiza se resume en determinar si el desistimiento necesita para su consumación de la aceptación de la Administración y si puede considerarse que la denegación por razones de «interés general» puede aplicarse cuando se trata de la determinación del justiprecio en otro procedimiento administrativo. En el caso sometido a debate, la Administración alega la concurrencia de un interés general para no aceptar el desistimiento, pero el Alto tribunal razona que no puede confundirse el interés general que se invoca con el interés de la Administración en otro procedimiento administrativo diferente, referente a una expropiación forzosa y constreñido a la valoración económica y características del aprovechamiento de las aguas. El interés general no puede confundirse con el interés de la Administración o con la mera conveniencia administrativa. En definitiva, el interés público al que se refiere el mentado artículo 91.3 de la Ley 30/12992 no puede venir representado por la repercusión económica que las características del aprovechamiento puedan tener en un procedimiento para la fijación del precio de la expropiación. El interés general es el que se manifiesta y palpita en el propio procedimiento que exige, en atención al mismo, de su completa tramitación y que, atendida su relevante naturaleza, no consiente una terminación anticipada por desistimiento.

H) Procedimientos especiales: Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona

a) *Los pronunciamientos adoptados por el Tribunal Supremo constituyen jurisprudencia, sin perjuicio de la protección del Tribunal Constitucional*

La **STS de 24 de junio de 2011** (Rec. núm. 3785/2010) rechaza la argumentación de la Sala de instancia relativa a que en materia de derechos fundamentales los pronunciamientos adoptados por el Tribunal Supremo no constituyen jurisprudencia, señalando, por el contrario, que el deber de tutela de los derechos y libertades fundamentales corresponde, con carácter general, a los Jueces y Tribunales ordinarios, quedando encomendada al Tribunal Constitucional la protección de los mismos a través del recurso de amparo «en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia» o «una vez que se haya agotado la vía judicial precedente» y que la configuración de dicha tutela jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo se ha realizado mediante un procedimiento especial en el que se potencia y favorece la posibilidad de interponer el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, asegurándose con dicha intervención última en la vía ordinaria el efecto unificador de la doctrina legal. Por ese motivo, estima el recurso de casación interpuesto al existir reiterados y constantes pronunciamientos de la Sala negando la existencia de un específico derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo.

b) *Hay que indicar por qué debió admitirse el recurso contencioso-administrativo, no reiterar los argumentos de fondo*

En la **STS de 20 de junio de 2011** (Rec. núm. 4328/2010) se desestima el recurso de casación interpuesto contra los Autos de la Sala de Instancia que inadmitieron, por inadecuación del procedimiento, el recurso contencioso-administrativo interpuesto al amparo del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales contra la resolución por la que se ordenó el cese inmediato de la presentación del servicio de radiodifusión sonora. La Sala de instancia consideró que la adjudicación de un concurso de emisoras de radiodifusión no puede ser lesiva para los derechos fundamentales si no se concreta el derecho fundamental lesionado, circunstancia que no aprecia que hiciera la demandante.

El Alto Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto al considerar que la parte recurrente no critica la interpretación que los autos recurridos hacen del artículo 117 LJCA, sino que se limita a reproducir los motivos de la instancia y a hacer manifestaciones relativas al fondo del asunto, sin indicar por qué la resolución debió de ser de admisión del recurso, por todo lo cual procede a desestimar el recurso de casación al no ajustarse este a las exigencias formales que lo rigen, que, de haberse observado, hubieran permitido al Tribunal Supremo su enjuiciamiento.

I) Medidas cautelares

- a) *Es posible aplicación del fumus boni iuris cuando existen precedentes jurisprudenciales, o cuando se trata de actos de aplicación directa de disposiciones generales anuladas*

La **STS de 24 de mayo de 2011** (Rec. núm. 3613/2010) nos recuerda su doctrina anterior que no descarta, sino que respalda, que puedan ser pertinentes, a efectos de otorgar la tutela cautelar, consideraciones sobre la apariencia de buen derecho del acto impugnado, en supuestos específicos caracterizados por la existencia de precedentes jurisprudenciales, o cuando se trate de actos de aplicación directa de disposiciones generales anuladas, entre otros.

Se señala también que, si la pretensión cautelar se refiere a derechos derivados de la aplicación, directa o indirecta, de normas de derecho comunitario, respecto de los cuales las jurisdicciones nacionales han de dispensar la tutela conforme a unas pautas jurídicas homogéneas para todos los Estados miembros, procederá la toma en consideración de los criterios usualmente utilizados al efecto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: entre ellos aparece reiteradamente la apariencia de buen derecho.

- b) *El interés público prevalente radica en el mantenimiento de un mercado competitivo en la venta minorista de carburantes*

La **STS de 18 de mayo de 2011** (Rec. núm. 1489/2010) confirma unos Autos de la Audiencia Nacional que acordaron la suspensión de la ejecutividad de una sanción impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia, en la consideración de que los mismos cumplen con la exigencia de motivación siquiera de manera escueta. El interés público radica en el mantenimiento del mercado competitivo en la venta minorista de carburantes. Este específico interés público, por la amplitud del contingente de consumidores a los que afecta, y también por la muy directa relación que esta clase de consumo tiene con importantes necesidades básicas de todas esas personas, impone, en los términos de apariencia externa y provisionalidad que son propios del incidente cautelar, que presente una superior entidad a los intereses económicos o empresariales que han sido invocados por la sociedad mercantil recurrente.

- c) *De no suspenderse la ejecutividad de la denegación de la renovación del concierto educativo se producirían perjuicios irreparables*

La **STS de 18 de julio de 2011** (Rec. núm. 2019/2010) desestima el recurso de casación deducido contra el Auto que acuerda adoptar la medida cautelar de suspensión en lo que respecta a la unidad de Educación Infantil que ya disfrutaba del concierto educativo. Argumenta para ello que se producirían perjuicios irreparables de no suspenderse la ejecutividad de la denegación de la renovación del concierto educativo para la Unidad que ya lo disfrutaba, por cuanto los alumnos que asisten al Centro y que ya lo disfrutaban, indefectiblemente se verían abocados a reconsiderar su permanencia en el mismo si el Centro repercutiera automáticamente en las cuotas las consecuencias de la no renovación, sin que

el interés público a ponderar pueda resultar seriamente afectado por tal suspensión máxime si anteriormente ya lo reconocía.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Inadmisión: cuantía: el valor económico del cierre provisional o de la suspensión temporal de actividades es de carácter provisional

La STS de 8 de julio de 2011 (Rec. núm. 4751/2007) analiza un caso en el que la cuantía del recurso no alcanza el límite económico para acceder al recurso de casación teniendo en cuenta, por un lado, que el montante económico de las sanciones de multa impuestas a la recurrente no la supera en ninguno de los casos. Por otro lado, en cuanto al valor económico del cierre provisional o suspensión temporal de actividades, se destaca que este es de carácter provisional y sólo hasta la subsanación de las deficiencias advertidas, lo que determina que el cierre del establecimiento dependa de la actitud del recurrente en la corrección y enmienda de las irregularidades detectadas por la Inspección en el taller de pirotecnia objeto de la misma. Tampoco puede atenderse al precio o valor de los equipos e instalaciones, pues el precintado no supone la confiscación o desposesión de los mismos, sino únicamente que queden imposibilitados para seguir sirviendo a la realización de actividades que venían realizando sin título habilitante.

B) Motivos: contra autos dictados en ejecución de sentencia sólo son susceptibles de casación cuando resuelven cuestiones no resueltas en aquella o se oponen a los términos del fallo que se ejecuta

La STS de 3 de junio de 2011 (Rec. núm. 3517/2010) nos recuerda una doctrina jurisprudencial que viene declarando, respecto de los recursos de casación interpuestos contra autos dictados en ejecución de sentencia, que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87.1.c) LJCA, sólo son susceptibles de casación cuando resuelven cuestiones no resueltas en aquella o se oponen a los términos del fallo que se ejecuta, y, por tanto, los motivos de casación se han de articular a partir de ese presupuesto legal necesario e ineludible. Dicho en términos legales, el artículo 87.1.c) LJCA abre el recurso de casación, en los mismos supuestos previstos en el artículo 86, a los autos «recaídos en ejecución de sentencia», pero no a todos estos autos o resoluciones de cumplimiento de lo mandado por la sentencia, sino únicamente cuando «resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta».

Esta singularidad de los motivos que pueden invocarse respecto de este tipo de autos, se proyecta no sólo sobre el contenido del auto recurrido, haciendo inviable su impugnación cuando se rebasan tales límites, sino también sobre los motivos que se esgrimen en casación, de modo que esta Sala no puede tomar en consideración los motivos y argumentos, expuestos en el escrito de interposición, relativos a cuestiones que exceden de tal delimitación.

El contraste de este tipo de recursos de casación con los demás es que en el caso enjuiciado nos encontramos en ejecución de una sentencia y, por tanto, no se trata de enjuiciar la actuación del Tribunal de instancia, bien al juzgar, bien al proceder, objetivo al que

responden los motivos del artículo 88.1 LJCA, sino de garantizar la exacta correlación entre lo resuelto en el fallo y lo ejecutado en cumplimiento del mismo (por todos, Auto de la Sección Primera de esta Sala de 24 de abril de 2003). En este sentido, la STC núm. 99/1995, de 20 de junio, nos ha indicado que «la simple lectura de tales causas evidencia, pues, que la única finalidad que persiguen este tipo de recursos radica, estrictamente, en el aseguramiento de la inmutabilidad del contenido de la parte dispositiva del título objeto de ejecución, evitando, de este modo, que una inadecuada actividad jurisdiccional ejecutiva pueda adicionar, contradecir o desconocer aquello que, con carácter firme, haya sido decidido con fuerza de cosa juzgada en el previo proceso de declaración».

3. RECURSO DE REVISIÓN

A) Requisitos: es necesario acreditar la imposibilidad de aportar el documento que se dice recobrado en el periodo correspondiente de la instancia, o que éste estuviera retenido por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida por la sentencia firme

El recurso de revisión tiene naturaleza no sólo extraordinaria, sino excepcional, en cuanto que es el único que permite ir contra el valor de la cosa juzgada por causas extrínsecas al proceso y, en todo caso, solo a virtud de las señaladas en la Ley. Por ello, debe ser objeto de una aplicación y análisis muy mesurados, exigiéndose, no solo que concurra alguno de los motivos taxativamente señalados en la Ley, sino que, además, éstos sean interpretados de manera estricta, sin que quepa la analogía para extender su ámbito de aplicación. Y es que el recurso de revisión nunca puede ser susceptible de conformar una nueva instancia en la que se censure la sentencia impugnada por supuestos errores de hecho o de derecho y, por tanto, la valoración probatoria o interpretación jurídica que se hayan llevado a cabo por la misma. Por el contrario, el recurso de revisión sólo debe ir dirigido a demostrar la aparición de nuevos elementos de prueba que permitan suponer que, de haberse tenido conocimiento de ellos, la decisión hubiera sido diferente de la adoptada.

Con estas limitaciones, la **STS de 21 de julio de 2011** (Rec. núm. 3/2009) nos recuerda la doctrina de la Sala sobre los requisitos determinantes de la viabilidad de la revisión. En concreto, que el documento reputado como decisivo haya sido recobrado con posterioridad al momento en que ha precluido la posibilidad de aportarlo al proceso, tanto en la primera como, en su caso, en la segunda instancia. Que tal documento sea anterior a la fecha de la sentencia firme que se impugna, habiendo estado retenido por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida por la sentencia firme. Y, por último, que el documento sea realmente decisivo para resolver la controversia en el sentido de que en una provisional apreciación puede inferirse que, de haber sido presentado oportunamente en el litigio, la decisión recaída en el mismo habría sido distinta.

En el caso analizado, el recurso se desestima porque no se ha acreditado la imposibilidad de aportar el documento que se dice recobrado en el periodo correspondiente de la instancia, ni que éste estuviera retenido por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida por la sentencia firme. El documento aportado con el recurso de revisión no era, en realidad, indisponible, antes del fallo recurrido.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)

Sobre el Derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones

FERNÁNDEZ, T.-R.

Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, diciembre de 2011, 47 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad De Oviedo]

En este libro se recoge la lección magistral impartida por el Prof. Tomás-Ramón Fernández el 25 de octubre de 2011, en la apertura del curso académico 2011-2012 en la Universidad Complutense de Madrid.

Para todo jurista que en alguna ocasión se ha hecho las preguntas a que trata de responder el citado profesor, resulta de máximo interés conocer los argumentos y respuestas que ofrece un reputado profesor, con una destacada trayectoria en la teoría y práctica del Derecho, como quien ha escrito este libro.

Preguntas tan interesantes como ¿qué es el Derecho?, ¿de qué está hecho?, ¿para qué sirve?, ¿en qué consiste el quehacer de los juristas?, ¿cuál es realmente nuestro papel? o ¿qué puede esperarse de nosotros? Respecto de las cuales resulta de gran utilidad conocer sus reflexiones.

Algunas tan interesantes como el papel de los jueces, si el Derecho está en las normas o lo crean los juzgadores con sus decisiones, la evolución histórica y las distintas posiciones al respecto; la relación existente entre el Derecho y la Justicia, que es su guía pero no su meta; que no existe, por regla general, una única solución en las normas, sino que si las pretensiones y argumentaciones, así como las pruebas, fueran diferentes en un mismo caso, la solución también lo sería. Y la discrecionalidad intencional y no intencional, es decir, aquélla que delibera-

damente otorga la toma de decisiones al órgano competente, Administración o juez, o la que responde a una falta de concreción de la norma, por otra parte, inevitable en muchos casos, especialmente los complejos. Lo que se vincula, sin duda, con las normas de fin y las normas de acciones.

Concluye, tras todas éstas y otras reflexiones, que el quehacer de los juristas es esencialmente argumentar, buscar razones y combinaciones de las piezas, es decir, las normas, siempre respetando estos movimientos las reglas, de la lógica, de la teoría y la técnica jurídica y, por supuesto, las que rigen el discurso racional.

A ello se suma que el diálogo entre la doctrina y la jurisprudencia va armando un catálogo de respuestas posibles y segregando del mismo nuevas reglas, en resumen, todos debemos esforzarnos por argumentar hasta tal punto que estemos íntimamente convencidos de que la solución que propugnamos en un determinado supuesto, es la mejor de todas las que acertamos a vislumbrar.

El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros

SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.)

y DEL OLMO ALONSO, J. (Coord.)

Lex Nova, Valladolid, 2011, 763 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad De Oviedo]

Esta obra colectiva, de sumo interés, por lo que seguidamente se expondrá, es el fruto del trabajo realizado por diversos expertos en la materia y el buen quehacer del director y el coordinador de la misma, así como una muestra de los importantes resultados que pueden obtenerse a través de un proyecto de investigación.

Que el objeto de este libro es sugerente para la doctrina, jurisprudencia y demás operadores jurídicos lo evidencia la vorágine legislativa a la que el tema está sometido, es decir, las sucesivas reformas a las que la regulación de la contratación pública se ha visto sometida.

Sin embargo, ello no sólo ha sido así en nuestro país, donde en los últimos cinco años hemos asistido a sucesivas normas de contratos, desde la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, hasta el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pasando por la importantísima reforma operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, particularmente por lo que al recurso especial en materia de contratación se refiere, así como la Ley de Economía Sostenible, entre otras; sino que es un punto común con muchos otros países de la Unión Europea, como se pone de manifiesto en esta obra y, por otro lado, de la propia regulación europea, de la que traen causa. Modificaciones que no cesarán, a buen seguro, pues no olvidemos que en la actualidad existe una nueva proposición de Directiva de contratos, de 20 de diciembre de 2011, que propone importantes cambios en la contratación pública, y que en principio, y de prosperar en los términos establecidos en la misma, deberán adoptar los Estados miembros para el 30 de junio del 2014.

Una vez puesto de manifiesto lo acertado del tema, también debe destacarse la complejidad del mismo, puesto que si siempre es difícil coordinar una obra colectiva, el contenido de ésta incrementa dicha dificultad, puesto que se ha estudiado la contratación pública, en todos sus aspectos, en sistemas jurídicos tan dispares y de tradiciones jurídicas tan diferentes como Alemania, Francia, el Reino Unido, Italia, España, Polonia, los Países Bajos, Bélgica, Austria, Portugal, Suecia, Hungría, Grecia o Irlanda. Todo ello precedido de un exhaustivo análisis de la jurisprudencia del TJUE en materia de contratos públicos, en que se analiza la postura del citado Tribunal en relación con todas las fases y aspectos de esta materia, fijando así los presupuestos de los que ha de partir la regulación de cada Estado miembro de la Unión Europea.

Sólo con la mención de los sistemas jurídicos estudiados y de la amplitud de aspectos analizados de la contratación pública en los mismos, es decir, en todas sus fases, se comprende la complejidad señalada, así como la importancia de este libro en materia de contratos. Un estudio necesario y de gran utilidad en nuestro país, y que a buen seguro lo será también para juristas de otros Estados, especialmente, cuando vea la luz su edición en inglés.

Lecciones de Derecho Administrativo

ESTEVE PARDO, J.

Marcial Pons, Madrid, 2011, 581 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
*Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad De Oviedo*]

En esta vorágine de constantes reformas que en los últimos años ha sufrido el Derecho Administrativo, valgan de ejemplo las consecuencias de la Directiva de Servicios o las reformas en materia de contratación pública, por no mencionar los sectores económicos y sus continuos cambios de regulación, el Profesor Esteve Pardo nos ofrece unas lecciones de esta disciplina, sin duda, de gran utilidad para profesores y alumnos, en que se hace eco además de lo que tradicionalmente viene llamándose parte general y parte especial del Derecho Administrativo.

Así, a lo largo de veintisiete lecciones expone, de forma clara y concisa, los principales temas relacionados con la formación misma del Derecho Administrativo; sus fuentes, con particular atención, como no podría ser de otra manera, al Reglamento, y destacando igualmente la autorregulación, de la que ya diera buena cuenta con su libro *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Aranzadi, 2002; el principio de legalidad; los principios de la organización administrativa; el procedimiento y los actos administrativos y su revisión; la jurisdicción contencioso-administrativa; la responsabilidad patrimonial; la contratación pública; las actividades clásicas de la Administración, desde una perspectiva y enfoque actualizado; sanciones; bienes públicos; o expropiación forzosa.

Este manual, como su autor explica, no sólo se adapta a las más recientes reformas experimen-

tadas en el Derecho Administrativo, sino también a los cambios que el Espacio Europeo de Educación Superior ha supuesto y a los nuevos planes de estudio que ha conllevado su implantación en nuestro sistema educativo, todo ello desde una perspectiva didáctica, que permite y facilita su manejo a los estudiantes.

Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos

EMBID TELLO, A.E.

Iustel, Madrid, 2010, 587 páginas

(Prólogo de Luciano Parejo Alfonso)

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad De Oviedo]

A lo largo de estas páginas, el autor nos expone un tema no sólo relevante para el Derecho, sino también preocupante para toda la sociedad, los riesgos de los campos electromagnéticos y la aplicación en dicho ámbito del principio de precaución.

Este principio, que ya ha sido reconocido en el Derecho europeo como un principio general, sin embargo, encuentra ciertas reticencias en su aplicación, ese es el caso de nuestro sistema y del campo estudiado en esta obra.

El principio de precaución, elemento esencial en el actual Derecho de riesgos, en palabras del autor, es muy controvertido, dado que tiende a desvincular la acción pública tanto de la certeza científica como de las reglas del propio ordenamiento jurídico en el que las medidas precautorias vayan a insertarse, revitalizando así el eterno debate sobre la discrecionalidad de las autoridades públicas; en resumen, la efectividad del nuevo Derecho de riesgos exige la adopción de medidas sin esperar a que las instancias científicas demuestren fuera de toda duda la existencia y el alcance de un determinado riesgo, entre otras razones, por las limitaciones de la ciencia para suministrar certidumbres y, de otro lado, la importancia de una acción a tiempo frente a riesgos medioambientales acreditados.

Pues bien, todo ello sin perder de vista, como bien apunta el Profesor Parejo en el prólogo,

que la finalidad del Derecho no es otra que la de conseguir que el comportamiento humano se acomode, responda a las reglas correspondientes, convirtiéndose de este modo en un sistema de control social, de dirección o motivación del comportamiento humano en el sentido pragmático de la obtención y, al mismo tiempo, evitación de determinados efectos o resultados según que sean respectivamente deseados o indeseados por las normas.

En este contexto de gran dificultad se enmarca el exhaustivo e interesante estudio que el autor nos presenta de esas reglas y reflexiones teóricas aplicadas a un ámbito tan de actualidad y a su vez polémico y complejo como es el de la radiación no ionizante y la utilización del espectro radioeléctrico.

Se trata, en fin, de una contribución a la investigación jurídica sobre la innovación y el papel de las normas al respecto, no sólo novedosa sino también necesaria y, en particular, sobre la gestión jurídica de la incertidumbre científica, en especial, en el marco de la protección sanitaria y medioambiental de la población frente a los campos electromagnéticos.

Merece la pena, por todo ello, exponer brevemente algunas de las conclusiones a las que llega el autor de esta obra, tras un amplio y profundo estudio de los aspectos presentes en el tema. Así, destacar la evolución que presenta del Derecho ante los riesgos post-industriales, que ha pasado, como no puede ser de otra manera, de un enfoque centrado en la mera reparación del daño a la prevención de sucesos inciertos, lo que viene vinculado al principio de incertidumbre y la toma de conciencia de las limitaciones de la ciencia para establecer verdades científicas.

Esas incertidumbres científicas se convierten en el Derecho en riesgos y, dentro de ellos, destacan en los últimos años los campos electromagnéticos. Si no existen dudas respecto a los efectos térmicos de la radiación, el problema o incertidumbre respecto de las causas se presenta en los efectos no térmicos. Es en ellos en los que tiene sentido la aplicación el principio de precaución.

Todo ello, sin exponer más detenidamente los resultados de este análisis, sirve ya para poner de manifiesto el interés de este libro y los plantea-

mientos de que parte su autor, quien no ha escatimado esfuerzos en la realización de un estudio que comprende no sólo un enfoque estrictamente jurídico sino incluso filosófico y sociológico.

Agua y Agricultura

EMBED IRUJO, A. (Dir.)

Civitas, Pamplona, 2011, 442 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad De Oviedo]

Fruto de las XVI Jornadas de Derecho y Aguas, celebradas los días 24 y 25 de febrero de 2011 en Zaragoza, dedicadas al tema *Agua y Agricultura*, es el libro que ahora nos ofrece el contenido de las ponencias y comunicaciones presentadas en las citadas Jornadas y dirigido por el Prof. Antonio Embid, que, como es por todos conocido, es uno de los máximos especialistas en la materia. A ello se une que en esta obra han colaborado expertos en los diversos temas tratados.

La comprensión global del objeto estudiado, tanto desde la perspectiva de nuestro sistema como otras regulaciones, se pone de relieve al examinar las cinco ponencias y ocho comunicaciones que contiene este libro, pues comprenden desde el análisis de la crisis del agua, de la agricultura y de las finanzas públicas y el papel del Derecho al respecto; las comunidades de usuarios de aguas subterráneas y, en especial, las comunidades de usuarios de aguas subterráneas en la Ley 9/2010, de 9 de agosto, de Andalucía; la agricultura de regadío en la PAC del 2020: distinguiendo lo posible de lo deseable; el régimen jurídico del uso del agua en la agricultura en Argentina; la gestión de aguas y la actividad de fomento en obras hidráulicas subsidiadas por el Estado de Chile; la actividad agrícola y la contaminación de aguas subterráneas y su régimen jurídico; la asimetría en la delimitación de las demarcaciones hidrográficas; la agricultura y el uso sostenible del agua en la Ley de Aguas de Andalucía; la programación de la reutilización de las aguas para riego agrícola; el complejo agroalimentario ante el Plan Hidrológico del Ebro; la agricultura en el Plan de Gestión del Distrito de Cuencas Fluvial de Cataluña; la problemática de la mo-

dernización del regadío; o la sostenibilidad del regadío.

Sin duda, dos temas: el agua y la agricultura, de gran actualidad, fruto de importantes reformas y cuya conexión y estudio conjunto resulta imprescindible. Como precisa el director de esta obra, y se expone a lo largo de sus páginas, la agricultura que hoy en día presenta un mayor valor añadido, creadora de puestos de trabajo y a su vez en la que es posible ensayar técnicas punteras de cultivo y organización, es la agricultura de regadío, por ello, su relación con el agua es esencial desde muy distintos puntos de vista, y también el jurídico.

Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas

GUILLÉN CARAMÉS, J. (Dir.)

Civitas, Pamplona. 2011, 457 páginas

(Prólogo de Luis Berenguer Fuster)

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad De Oviedo]

Uno de los principales expertos en Derecho de la competencia desde la perspectiva del Derecho Administrativo se encarna en la persona del Profesor Javier Guillén, quien dirige esta obra y nos ofrece una perspectiva global del tema.

Esta obra colectiva es el resultado del Primer Congreso sobre Derecho de la Competencia y regulación en las Administrativas Públicas, celebrado los días 23 y 24 de septiembre de 2010 en la sede de la Comisión Nacional de la Competencia.

Como expone el director de este libro, la incidencia del Derecho de la Competencia sobre las distintas actuaciones de las Administraciones Públicas se ha ido configurando como uno de los principales temas de estudio dentro del panorama jurídico dedicado a la libre competencia, por lo que es de agradecer esta serie de estudios contenidos en la obra comentada, realizados por especialistas en la materia.

Este análisis se divide en cuatro partes diferenciadas. La primera de ellas, que lleva por título «Derecho de la competencia y regulación en la

actividad de las Administraciones Públicas», comprende seis trabajos, dedicados respectivamente a la regulación económica como barrera a la competencia: liberalización y política de mejora de su calidad; las regulaciones y debilitación de funciones entre los organismos reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia; la aplicación del Derecho *anti-trust* a la Administración Pública; la regulación como finalidad distinta al Derecho de la competencia; la confianza legítima en la actuación de las Administraciones Públicas como límite al Derecho de defensa de la competencia; y el organismo de reguladores europeos de las comunicaciones electrónicas.

La segunda parte está destinada al análisis del Derecho de la competencia y los servicios públicos, así como su incidencia en los ciudadanos; abarca seis capítulos, en que se tratan los siguientes temas: la aplicación del Derecho de la competencia a los servicios de interés económico general; la aplicación del Derecho de la competencia al servicio de transportes terrestres; los servicios públicos locales y competencia; la regulación y competencia en el sector audiovisual tras las últimas reformas legislativas; el abuso de posición de dominio en los mercados de servicios de interés económico general, en particular, el caso de la comprensión de márgenes (*price squeeze*); y la competencia y la prestación de servicios de transporte público interurbano de viajeros por carretera.

De otro lado, la tercera parte de esta obra se dedica al Derecho de la competencia y la contratación pública, con estudios sobre las subastas y contratación administrativa desde la perspectiva económica del Derecho de la competencia y los contratos públicos y la defensa de la competencia.

Finalmente, la cuarta parte se refiere a la actividad de promoción de la competencia sobre la actividad de las Administraciones Públicas, integrada por los capítulos en que se estudia el papel de la Comisión Nacional de Competencia en la actividad de regulación de las Administraciones Públicas y la promoción de la competencia y la impugnación por las autoridades de competencia de las actuaciones de las Administraciones Públicas restrictivas del Derecho de la competencia.

En conclusión, esta obra engloba una amplia perspectiva de un tema de gran actualidad, teniendo en cuenta no sólo las dificultades jurídicas, sino también técnicas y económicas, realizado por expertos en la materia y dirigido por un especialista en Derecho de la competencia.

Energía eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales

MARÍA ASUNCIÓN TORRES LÓPEZ,
ESTANISLAO ARANA GARCÍA (Dirs.)
y MASAO JAVIER LÓPEZ SAKO (Coord.)

Editorial Thomson Reuters, 2010, 493 páginas.

[SANTIAGO RAMÍREZ ORTEGA
*Máster en Derechos Fundamentales
y Libertades Públicas. UCLM*]

Este libro recoge los trabajos presentados en el Congreso Internacional *Situación Actual y Perspectivas de Futuro del Régimen Jurídico de la Energía Eólica*, celebrado en el año 2009 también en la ciudad de Granada.

La edición está a cargo de María Asunción Torres López y Estanislao Arana García y el coordinador del libro es Masao Javier López García Sako. Todos ellos imparten docencia en la Universidad de Granada, y concretamente en el área de Derecho Administrativo. Así, el profesor Estanislao Arana García tuvo el cargo de director del proyecto de I + D «Problemas jurídico-ambientales y de ordenación del territorio de la implantación de parques eólicos», cuyo periodo de ejecución fue desde el 2006 hasta el año 2009. Por su parte, el investigador López Sako realizó y defendió su tesis doctoral en la universidad comentada en el año 2008, siendo su trabajo *La energía eólica: régimen jurídico-económico y régimen de autorización de sus instalaciones de producción*.

En total, son 13 las ponencias y comunicaciones, que se agrupan en cuatro partes: «La Regulación de las Energías Renovables», «Energía Eólica. Cuestiones Generales», «Parques Eólicos y Paisaje» y por último estaría «La Energía Eólica en el Derecho Comparado». Por razones de espacio, nos referiremos únicamente a tres de estos trabajos.

Especial interés reviste, a mi juicio, el capítulo sobre «La sostenibilidad del modelo energético y las energías renovables», a cargo de Luis Jesús Sánchez de Tembleque, el cual es miembro de la Comisión Nacional de la Energía y concretamente subdirector de Regímenes Especiales de la Comisión Nacional de la Energía.

En este capítulo se trata sobre la idea general de energía y particularmente sobre el concepto general de las energías renovables, las cuales ofrecen la creación de electricidad a través de recursos naturales e instalaciones técnicas que favorecen la disminución de la contaminación y, por consiguiente, la disminución a la atmósfera de gases nocivos. A su vez, dichas instalaciones energéticas tienen grandes ventajas para la sociedad, siendo estas ventajas relativas al empleo, al desarrollo local y regional, al industrial y, la más primordial, la calidad ambiental en la generación de la energía y la garantía del desarrollo sostenible. No obstante, estas energías pueden presentar a su vez inconvenientes al ser comparadas con los combustibles fósiles, desventajas como el mayor coste de inversión, su dispersión en la naturaleza y la intermitencia de alguna de ellas, lo que provoca el aumento de los costes en su aprovechamiento energético.

Por tanto, se ha de concienciar a la sociedad y a las administraciones de que el desarrollo económico es a su vez compatible con la sostenibilidad del medio ambiente, todo ello mediante el apoyo de una regulación económica cuyo primer propósito es establecer un amplio rango de medidas que traten de internalizar en el precio de la energía producida los costes sociales, con el fin de que éstos no recaigan en la sociedad en su conjunto, sino en los agentes que los provocan. Ello se establece mediante mecanismos fiscales, incentivos económicos e instrumentos de mercado.

Otro trabajo que llama nuestra atención versa sobre «El cambio climático y las energías renovables». La nueva directiva europea de energías renovables», escrito por José Francisco Alenza García, siendo éste profesor titular del área de Derecho Administrativo de la Universidad de Pública de Navarra. A su vez, el profesor Alenza es autor de varias monografías, siendo de destacar en este trabajo el realizado como coautor

de un código cuyo título es *Cambio climático y energías renovables* (2007).

En él se analizan los objetivos asumidos por casi la mayoría de los países del mundo en el Protocolo de Kioto, por el cual deberían ir mitigando las emisiones de gases de efecto invernadero mediante determinados procedimientos. Concretamente en Europa, está en la génesis de la nueva política energética puesta en marcha en 2007, que posteriormente da lugar a la Directiva 2009/28/CE, aprobada el 23 de abril de 2009.

En ella se intenta lograr un marco jurídico común para todo el ámbito de las energías renovables y, de ese modo, no hacer ningún tipo de separación entre las distintas energías como anteriormente se producía con la electricidad y los carburantes. Así, con la Directiva 2009/28/CE, se impone a los Estados miembros la obligación de cumplir con los objetivos asumidos por cada uno de ellos, mediante el empleo de los distintos mecanismos.

Así, la nueva normativa comunitaria pretende establecer un régimen jurídico para la concesión de las infraestructuras mucho más ágil. Señala la obligación de que los Estados miembros apliquen un procedimiento administrativo de autorización de instalaciones de energías renovables más ágil y simplificado, transparente, objetivo, no discriminatorio y coordinado con otros controles territoriales o urbanísticos, así como medioambientales. A su vez, se pretende que se aumente el uso de esta tecnología en aspectos urbanísticos, ya sea mediante la creación de ordenanzas municipales o mediante códigos de la construcción.

También se regula el acceso a las redes de distribución para que la energía generada llegue de la mejor manera a los consumidores. En este punto hay que destacar que la Directiva tiene la intención de que le sea ofrecida una información general y necesaria, con el fin garantizar que esa energía pueda ser asumida por la red de distribución y así no congestionar la propia red. No obstante, y al tratarse de energía procedente de fuentes renovables, los productores tienen acceso prioritario al vertido de la energía producida en sus instalaciones a la red general de distribución.

Finalmente, «El régimen jurídico de las energías renovables en España: el régimen especial» es escrito por Joaquín M.^a Nebreda Pérez, doctor en derecho, abogado, y consultor de Gómez Acebo & Pombo Abogados.

La regulación jurídica nacional que se examina en este trabajo es el régimen especial de producción de electricidad, mediante métodos de producción que utilizan energías renovables. En particular, la distribución de competencias entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas a la hora de implantar una instalación de energías renovables. Y las tarifas, primas y demás beneficios en cuanto a la aplicación de estas tecnologías.

En efecto, las instalaciones de energías limpias tienen varios privilegios con los que poder diferenciar a las instalaciones eléctricas convencionales. Así, hay que identificar en primer lugar el régimen de retribuciones y compra de esa energía producida, y por otro lado la prioridad de vertido de la energía a la red del servicio esencial. Por tanto, en el primer privilegio destacado, el de la retribución subvencionada, resulta destacable que la actualización de la retribución, ya sea anual o trimestral, dentro del primer período (de 15, 20 o 25 años), pudiera llegar a plantear problemas con el principio de retroactividad en referencia a las variaciones sufridas en la retribución. Así también ocurriría con el privilegio de prioridad de vertido que tienen las instalaciones de régimen especial, ya que se produciría una vulneración del principio de irretroactividad en el caso de que se suprimiera esa prioridad de acceso a la red de distribución. Cuestión esta discutida en los tribunales actualmente, debido a la nueva regulación normativa efectuada en el año 2011 (RD 1565/2010, de 23 de noviembre de 2010, y RDL 14/2010, de 24 de noviembre de 2010) en referencia a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

Respecto a la conexión y acceso a las redes de distribución, el RD 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, ha modificado la regla a su otorgamiento, siendo ne-

cesario el contrato de conexión con anterioridad a la solicitud de autorización industrial del proyecto técnico de la instalación, con el fin de que todas las instalaciones en el régimen especial tengan asegurada la evacuación de la energía producida a la red. No obstante, dicho reglamento sufrió pequeñas modificaciones legislativas a consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 14/2010, de 24 de diciembre de 2010, concretamente la Disposición final primera.

Por último, y en lo que respecta al procedimiento administrativo para la consideración de instalación en régimen especial, la normativa ofrece un largo y costoso proceso para poder iniciar la construcción y puesta en marcha de la instalación, ya que requiere para ello su inscripción en distintos registros (autonómicos y estatales), así como una fuerte inversión debido a la obligación de consignar un aval en la Administración para que quede asegurada la concesión del punto de conexión a la red.

Como conclusión, hay que decir que el libro es muy apto para poderse hacer una idea sobre la materia de las Energías Renovables. En él se puede estudiar yendo de lo más general a lo más particular, obteniendo un panorama general sobre qué es la energía renovable y su régimen jurídico, tanto a nivel europeo como a nivel nacional.

A su vez, hay que dejar constancia de la facilidad de lectura que ofrece el libro, ya que está al alcance de personas que nunca han tenido ningún tipo de relación ni conocimientos sobre esta materia.

Por más que sea un lugar común, he de insistir en que la disminución de gases nocivos a la atmosfera no solo debe ser cumplida por imposición normativa, sino también existir una mayor concienciación de la sociedad, sin cuyo concurso será imposible mitigar los graves efectos que provoca la contaminación. El análisis de la regulación existente que ofrece este libro, además de mejorar el conocimiento por parte de los especialistas que ya se dedican al sector, estimo que contribuirá a que esta concienciación crezca entre los juristas en general.

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.