DIRECTOR: MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Nº54

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

ORIOL 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 SETUAIN
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA INVALIDEZ SOBREVENIDA DE UN RETRACTO FORESTAL: EL TRANSCURSO DEL TIEMPO, LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA ACTUACIÓN DEL INTERESADO COMO FACTORES INVALIDANTES DE UN ACTO ADMINISTRATIVO.

Carmen Chinchilla Marín 7

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.

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

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS.

García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Canosa Usera, R.; 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. 51

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. 61

IV. FUENTES DEL DERECHO.

Menéndez Rexach, A. (coord.); De Marcos Fernández, A.; Díez Sastre, S. 89

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. 107

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

Sánchez Morón, M. (coord.); Del Olmo Alonso, J.; Rodríguez Ayala, V.; Casino Rubio, M. 123

Página

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
Rebollo Puig, M. (coord.); Alarcón Sotomayor, L.; Bueno Armijo, A.; Rodríguez Portugués, M.A. 151

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA.
López Menudo, F. (coord.); Carrillo Donaire; J.A.; Guichot Reina, E. 171

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.
López Menudo, F. (coord.); Guichot Reina; E.; Carrillo Donaire, J.A. 183

X. FUNCIÓN PÚBLICA.
Sánchez Morón, M. (coord.); Marina Jalvo, B.; Cantero Martínez, J. 201

XI. URBANISMO.
Ortega Álvarez, L. (coord.); Alonso García, C.; Delgado Piqueras, F.; Serrano Lozano, R.; Villanueva Cuevas, A. 215

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL.
Embid Irujo, A. (coord.); Colom Piazuelo, E.; Jiménez Compaired, I.; Setuáin Mendía, B.; Valcárcel, P. 225

XIII. MEDIO AMBIENTE.
Embid Irujo, A. (coord.); Domper Ferrando, J.; Embid Tello, A.E.; Jiménez Compaired, I.; Salinas Alcega, S.; Setuáin Mendía, B.; Valcárcel, P. 257

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO.
Tornos Mas, J. (coord.); Mollevi i Bortolo, J.; Gracia Retortillo, R.; Vilalta Reixach, M.; Arroniz Morera de la Vall, Á. 291

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD.
Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (coord.); Cobreros, E. 313

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES.
Fernández Farreres, G. (coord.); Alcantarilla Hidalgo, F.J. 325

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS.
Menéndez Sebastián, E.M. (coord.) 349

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA INVALIDEZ SOBREVENIDA DE UN RETRACTO FORESTAL: EL TRANSCURSO DEL TIEMPO, LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y LA ACTUACIÓN DEL INTERESADO COMO FACTORES INVALIDANTES DE UN ACTO ADMINISTRATIVO

CARMEN CHINCHILLA MARÍN

Catedrática de Derecho Administrativo. Abogada de J&A Garrigues

RESUMEN

La invalidez sobrevenida de un retracto forestal: el transcurso del tiempo, la inactividad administrativa y la actuación del interesado como factores invalidantes de un acto administrativo (*)

El derecho de adquisición preferente ejercido por una Administracion pública sobre la finca de un particular deviene nulo si, durante el tiempo que transcurre entre el momento de dictar el acto administrativo y el momento de ejecutarlo, el propietario de la finca ha realizado las labores necesarias para mejorar sustancialmente su estado. El transcurso del tiempo, sumado a la actividad realizada por el titular de la finca para mejorarla, hacen que, en el momento en que la Administración se dispone a adquirir el bien, ya no exista causa que justifique dicha adquisición, lo cual determina la invalidez sobrevenida del acto administrativo.

Palabras clave: Acto administrativo. Invalidez sobrevenida. Nulidad y eficacia. Derecho de adquisición preferente. Expropiación forzosa.

ABSTRACT

The ex post invalidity of a forest refusal: the course of time, the administrative inactivity and the interested party's judicial action as invalidating factors of an administrative act (**)

The right of preferential acquisition exercised by a Public administration on the property of a private owner becomes null if, between the issuing of the administrative act and its enforcement, the owner of the property has carried out the necessary works to improve its condition substantially. As time The course of time, together with the improvements carried out by the owner of the property, make that, when the Administration is about to acquire the property, the reason that caused the acquisition no longer exists, and this determines the ex post invalidity of the administrative act.

Key words: Administrative act. Ex post invalidity. Nullity and effectiveness. Right of preferential acquisition. Forceful expropriation.

(*) Este trabajo está dedicado al profesor Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y forma parte del libro *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial*, Civitas, 2011.

(**) This work is dedicated to the teacher Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ and is part of the book *Administration and Justice. A jurisprudential analysis*, Civitas, 2011.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.
II. LOS HECHOS.
III. LAS ALEGACIONES DE LOS RECURRENTES.
IV. EL FALLO Y LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA.

A) Las circunstancias sobrevenidas al ejercicio del derecho de retracto.
B) Las consecuencias jurídicas sobre el acto administrativo originariamente válido, pero pendiente de ejecución.

V. REFLEXIONES EN TORNO A LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE LA SENTENCIA.

A) La consideración del retracto forestal como una potestad administrativa.
B) La similitud del retracto forestal con la expropiación forzosa.
C) La invalidez sobrevenida del retracto por desaparición de la causa.

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2011 (Ponente Isabel Perelló Doménech), pone fin a una disputa jurídica de larga duración (más de veinte años) que puede describirse de forma muy sencilla: la Junta de Andalucía ejerció en su día un derecho de retracto sobre una finca, al amparo de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado de 1941. Los Tribunales de lo contencioso-administrativo (Tribunal Superior de Justicia de Andalucía primero, y Tribunal Supremo, después) confirmaron la legalidad de la actuación administrativa, pero la Administración dejó pasar el tiempo sin llevar a cabo la actividad necesaria para adquirir la finca retraída. Mientras tanto, el adquirente realizó, con la autorización de la propia Administración retrayente e, incluso, con sus subvenciones, las labores necesarias para mejorar el estado de su finca, hasta el punto de hacer de ella una explotación «modelo» en la comarca, según quedó acreditado en el proceso.

La situación creada por el transcurso del tiempo y la transformación de la finca ha determinado que el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de marzo de 2011, concluya que *no resulta conforme a Derecho ejecutar un acto que, en el momento de su ejecución, carece de la causa o fin que lo justificó e hizo que originariamente fuese válido*.

II. LOS HECHOS

El recurso de casación resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2011, trae causa de unos hechos que se remontan al año 1990, cuando el Presidente del Instituto Andaluz de Reforma Agraria, por Resolución de 18 de octubre, acordó el

ejercicio del derecho de retracto sobre una finca cuya compraventa había tenido lugar el 7 de julio de 1989.

El motivo que justificó el ejercicio del derecho de retracto por parte de la Administración autonómica fue, en síntesis, el deficitario estado de la finca, y, en concreto, según los informes que sirvieron de fundamento a la decisión de ejercer el retracto, que la finca era «francamente mejorable tanto en cubierta arbórea, regeneración del poco encinar que tiene, repoblaciones con quercus y pinos, como en mejora ganadera y cinegética creando pastizales hoy día prácticamente inexistentes y que también beneficiarían a la caza menor».

La resolución por la que se ejerció el derecho de retracto forestal fue recurrida en alzada por el comprador y, posteriormente, mediante recurso contencioso-administrativo. Dicho recurso fue desestimado por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 18 de octubre de 1994. En la vía contenciosa, el comprador y recurrente solicitó la suspensión del acto recurrido; la cual fue acordada por Auto de la Sala de instancia de 21 de octubre de 1991. Contra dicho Auto interpuso recurso de apelación la Administración autonómica, y el Tribunal Supremo, en Auto de 4 de mayo de 1998, por tanto, casi 7 años después, desestimó el recurso argumentando que ya había recaído Sentencia en los autos principales.

Contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, confirmatoria del acto administrativo impugnado, el comprador interpuso recurso de casación que fue también desestimado por Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2001.

Una vez confirmada la validez de la Resolución que había acordado el retracto, la Administración autonómica dictó resolución, de 8 de febrero de 2002, por la que dispuso que se diera cumplimiento en todos sus términos a las sentencias citadas y, en consecuencia, se continuara con la tramitación del expediente de adquisición de la finca.

Contra dicha resolución, el comprador y todavía titular de la finca interpuso recurso de alzada en el que, esencialmente, alegó que circunstancias sobrevenidas hacían «innecesario cualquier procedimiento de ejecución de sentencia». Las mencionadas circunstancias eran dos: por un lado, la realización —con autorización de la Consejería de Medio Ambiente— de numerosos trabajos e inversiones para la mejora del aprovechamiento de la finca y, por otro, el hecho de que la Administración autonómica había manifestado su intención de no retraer[1].

---

(1) Sobre esta segunda circunstancia, según se expone en el fundamento de Derecho segundo de la Sentencia, el 17 de febrero de 1998 (por tanto, cuando estaba pendiente de resolución el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que había confirmado la validez de la resolución del IARA por la que se ejerció el retracto), el recurrente comunicó por escrito a la Consejería de Medio Ambiente su intención de transmitir parte de la finca a la sociedad «Jaralta SA», con el objeto de saber si la Junta de Andalucía ejercería el derecho de tanteo. La Consejería, por su parte, con fecha 19 de marzo de 1999, comunicó al recurrente que «no se ejercitará el derecho de retracto al encontrarse la finca "Jaralta" fuera de los límites del Parque Natural de las Sierras Subéticas y tener una superficie inferior a las hectáreas necesarias para ejercer dicho derecho». Esta respuesta de la Consejería de Medio Ambiente fue aportada al recurso de casación y fue tomada en consideración por el Tribunal Supremo, si bien entendió que no tenía incidencia alguna en el retracto verificado en su día. Planteada de nuevo la cuestión del desistimiento expreso o revocación del retracto, que supuestamente se derivaba de la Comunicación de 19 de marzo de 1999, el Tribunal Superior de Justicia, en su Sentencia de 5 de octubre de 2006, rechazó el argumento diciendo que esta cuestión ya había sido abordada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de noviembre de 2001, en la que valoró la citada Comunicación y no dedujo de ella la improcedencia del retracto concreto que se enjuiciaba; añadiendo a continuación lo siguiente:

El recurso de alzada fue inadmitido por considerar que procedía la ejecución en sus propios términos de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, confirmada en casación, y que, por tanto, debía ser llevada a puro y debido efecto.

Contra la inadmisión del recurso de alzada el recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia y, cuando la Administración autonómica se disponía a proceder al acto de levantamiento de las Actas de pago y ocupación de la finca, el recurrente y titular de la misma solicitó la suspensión cautelar *inaudita parte* (artículo 135 LJCA), la cual fue concedida y confirmada posteriormente cuando se celebró la correspondiente comparencia. Recurrida la medida cautelar —primero en súplica y luego en casación— el Tribunal Supremo declaró que el recurso había quedado sin contenido por haberse dictado sentencia en los autos principales.

En efecto, con fecha 5 de octubre de 2006, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó sentencia por la que declaró la inadmisión parcial del recurso contencioso-administrativo (por considerar que las cuestiones planteadas en la demanda habían sido enjuiciadas en las sentencias previamente recaídas) y la estimación parcial del mismo, en relación con la cuestión de la compensación al comprador por las inversiones realizadas en la finca para su mejora (por estimar que esa cuestión, planteada desde el recurso de alzada, había quedado imprejuzgada).

Finalmente, contra esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía plantearon recurso de casación tanto la Junta de Andalucía, por un lado, como el comprador de la finca y la entidad mercantil «Jaralta SA», por otro. El Tribunal Supremo, en la Sentencia que es objeto de comentario, decidió estimar el recurso de los propietarios de la finca y anular la resolución de la Administración autonómica por la que se decidía continuar la tramitación del expediente de adquisición de la finca objeto de retracción, así como la resolución por la que se inadmitió el recurso de alzada interpuesto contra aquella. Por el contrario, declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía.

III. LAS ALEGACIONES DE LOS RECURRENTES

Dejando aparte las cuestiones suscitadas por la Administración autonómica relativas a la posible incongruencia interna y *extra petitum* de la Sentencia del Tribunal Superior de

---

«el escrito de 11 de febrero de 1998 que provocó la comunicación de la Administración a su instancia no es inequívoco como se afirma e induce a confusión porque por una parte se afirma que no se dan las condiciones físicas ni de explotación que permitan el ejercicio de tanteo por la Administración y sin embargo se solicita se resuelva se notifique [sic] a los interesados que no se va a ejercitar el derecho de tanteo (que no existe).

En ningún apartado del escrito se indica a la Administración que la finca ya había sido adquirida por retracto ni se solicita su renuncia, de ahí que como declaró el Tribunal Supremo esa comunicación de no ejercitar un posible derecho de retracto no afecta al ya ejercitado en su día, ni implica añadimos nosotros una renuncia expresa o tácita de aquel, ya que hubiera exigido conforme a la legislación de Patrimonio de Andalucía la tramitación de un expediente administrativo con aprobación del Consejo de Gobierno de Andalucía, no siendo suficiente una Resolución del Delegado o del Viceconsejero comunicando el no ejercicio de un derecho de tanto [sic] y retracto respecto a parte de la finca que ha había sido adquirida por ella, resoluciones provocadas por el propio interesado, que crean cierta confusión, pero que insistimos de ellas no se puede deducir la renuncia expresa que se pretende y por tanto las Resoluciones aquí impugnadas no revocan ningún acto declarativo de derecho, porque la comunicación de 19 de marzo de 1999 no tiene esa naturaleza».

Justicia de Andalucía, por haberse pronunciado sobre la compensación de los gastos e inversiones realizadas en la finca por el comprador[(2)], la cuestión principal que se planteó en el recurso de casación, y en torno a la cual gira la Sentencia que comentamos, es la de si un retracto ejercido sobre un finca, que resultó conforme a Derecho, porque en aquel momento se encontraba en un estado deficitario, puede llevarse a efecto, muchos años después, cuando la actividad realizada sobre la misma por el propietario, la ha hecho merecedora del calificativo de «ejemplar» y, todo ello, a pesar de que el ejercicio del retracto fue declarado conforme a Derecho por dos sentencias que habían devenido firmes.

Centrada así la cuestión principal de esta Sentencia, las posturas de las dos partes enfrentadas puede quedar resumida en los siguientes términos: para la Junta de Andalucía, una vez firme la Sentencia del Tribunal Supremo que declaró no haber lugar al recurso de casación del propietario de la finca y confirmó, por tanto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que declaró la conformidad a Derecho del retracto ejercido en su día por la Administración autonómica, el hecho de llevar a efecto dicho retracto, pagando el precio correspondiente y ocupando la finca, no era más que una actuación administrativa de cumplimiento y, por tanto, de ejecución de las referidas sentencias. De no entenderse así, y de acoger la pretensión del recurrente, basada en las actuaciones posteriores realizadas «aprovechando que la finca continúa en su poder por no haberse materializado el acto», se estaría abriendo —en opinión de la Junta de Andalucía— «el camino al fraude de ley e imposibilitando la aplicación de la normativa de derecho público que regula estas adquisiciones».

El argumento principal —que no el único— de los propietarios de la finca objeto de retracto fue, en síntesis, el siguiente: la causa que justificó en el año 1990 el ejercicio del retracto por parte de la Administración (el deficitario estado de la finca) había dejado de existir en el momento en que la Administración se decidió a llevar a cabo las actuaciones necesarias para materializar la adquisición del inmueble y ello porque, a lo largo de todo el tiempo transcurrido, y gracias a las inversiones realizadas en la finca por los recurrentes, la finca en cuestión se había transformado en un modelo o ejemplo de explotación en la comarca. No siendo, en el momento de la materialización del retracto, una finca manifiestamente mejorable, sino, todo lo contrario, ejemplar y modélica, el retracto, originariamente válido,

(2) El Tribunal Supremo rechaza la denuncia de incongruencia que la Administración autonómica imputa a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por considerar que la pretensión referente al reconocimiento de los gastos e inversiones realizados por el propietario de la finca se había planteado tanto en el recurso de alzada como en la demanda del recurso contencioso-administrativo. En segundo lugar, y respecto a la cuestión de si el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se había pronunciado o no sobre la cuestión relativa a la pérdida sobrevenida de la causa del retracto, el Tribunal Supremo estima que la Sala de instancia sí que había tomado en consideración esta alegación y la había valorado, si bien había concluido que la desaparición de la causa denunciada por el propietario de las finca era una cuestión que pertenecía al ámbito de la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo que confirmó, a través de la casación, la validez del retracto y que, por tanto, no podría ser objeto de un recurso contencioso administrativo autónomo. En efecto, en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 5 de octubre de 2006, se dice: «Tanto la Administración como este Tribunal debemos estar en todo caso a lo dispuesto en las Sentencias recaídas por la autoridad de cosa juzgada formal y material, de ahí que a priori, como la Resolución impugnada (8 de febrero de 2002) dispone el cumplimiento de una Sentencia firme y la de 18 de julio de 2003 inadmite la alzada por tratarse de un acto de reproducción de otro anterior firme, resultan impecables y conformes a Derecho, siendo inadmisible el recurso conforme al artículo 28 LJ, respecto al ejercicio del retracto y la adquisición de la finca por la Administración».

habría perdido la causa que lo había justificado y, por consiguiente, resultaba contrario a Derecho ejecutarlo. Los recurrentes fundaron su pretensión en la infracción de los artículos 33.3 y 103.1 de la Constitución y del artículo 53.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC).

IV. EL FALLO Y LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

Como ya he adelantado, el Tribunal Supremo declaró que había lugar al recurso de casación interpuesto por los propietarios de la finca y anuló las resoluciones administrativas impugnadas, esto es, la que acordó la continuación del expediente de adquisición y aquella que, posteriormente, inadmitió el recurso de alzada contra dicha resolución. Las cuestiones principales que se plantearon en el recurso de casación y la respuesta dada a las mismas por el Tribunal Supremo pueden quedar resumidas en los términos siguientes.

La primera cuestión que tuvo que resolver el Tribunal Supremo es la de si, tal y como entendieron la Administración autonómica, primero, y el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, después, la existencia de sentencias judiciales firmes que declararon conforme a Derecho el retracto ejercido sobre la finca controvertida impedía entrar a conocer de la impugnación del acto administrativo que acordaba la continuación del expediente de adquisición, por considerar que la actividad administrativa encaminada a materializar el retracto no era sino una actuación realizada en ejecución de sentencia.

El Tribunal Supremo rechaza este planteamiento sobre la base de negar que estemos ante actos de ejecución de una sentencia ya que, al tratarse de sentencias desestimatorias que se han limitado a confirmar la validez de un acto administrativo —el retracto—, las actuaciones necesarias para llevarlo a cabo pertenecen al ámbito de la ejecución del acto administrativo y no de las sentencias. Concretamente, el razonamiento del Tribunal es el siguiente:

> «(...) al ser la sentencia que confirmó el retracto una sentencia desestimatoria, los actos de ejecución que hubieran de realizarse a partir de ella constituían una actividad de ejecución del acto impugnado (es decir, el retracto) y no propiamente una ejecución de la sentencia. A lo anterior cabe añadir que era precisamente con ocasión de la ejecución del retracto cuando el interesado podía alegar, como alegó, la existencia de circunstancias sobrevenidas, que no pudieron tenerse en cuenta en el proceso previo y que privaban de causa a la ejecución del retracto».

Sobre el alcance de la cosa juzgada en el caso examinado, el Tribunal sostiene que

> «la cosa juzgada formal y material se refería al retracto administrativo ejercido por la Junta de Andalucía en el año 1990 y determinaba que no pudiera abrirse un nuevo debate en torno a su legalidad, ni sobre los presupuestos de hecho sobre los que se decidió el derecho de adquisición preferente, pero no impedía que pudiera suscitarse una nueva controversia basada en ulteriores circunstancias sobrevenidas —doce años después del retracto— sobre la nueva realidad de la finca y su incidencia en la causa habilitante, alegaciones basadas en hechos nuevos que no estaban afectadas por lo fallado y que resultaron injustificadamente imprejuzgadas. No concurría, pues, la necesaria identidad exigida en el artículo 222.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para apreciar la cosa juzgada».

Tras resolver la primera cuestión, en el sentido de negar que la existencia de un acto administrativo válido, y «validado» por los Tribunales, impida impugnar y cuestionar la validez de la ejecución de dicho acto a la luz de nuevos hechos, el Tribunal Supremo tuvo que resolver una segunda cuestión estrechamente conectada a esta, y consistente en determinar si es posible enjuiciar la validez de la ejecución de un acto administrativo válido (el retracto) basándose en la existencia de nuevos hechos cuando, precisamente, es el interesado, propietario de la finca, quien ha creado esas nuevas circunstancias o ha dado lugar a esos hechos. La respuesta del Tribunal Supremo a esta segunda objeción planteada por la Administración autonómica fue la siguiente:

> «(…) la Junta de Andalucía opone respecto a este motivo, en síntesis, que el recurrente combate el retracto con base en actuaciones posteriores que realiza aprovechando que la finca continúa en su poder por no haberse materializado el acto, pues si se valorara esta actuación posterior se estaría –en su opinión- abriendo el camino al fraude de ley e imposibilitando la aplicación de la normativa de derecho público que regula estas adquisiciones.
> Sin embargo, la viabilidad del motivo no queda frustrada por esta causa […] toda vez que no se advierte un comportamiento censurable en el recurrente que determine tal apreciación. Es cierto que el demandante formuló sucesivos recursos administrativos y contencioso-administrativos frente a la actuación de la Administración y que solicitó —y obtuvo— la suspensión jurisdiccional de la ejecución de los actos recurridos, pero tal actuación fue en defensa de lo que consideraba sus derechos e intereses legítimos sin que pueda atribuirse al recurrente la duración del proceso y en fin, no cabe extraer del mero ejercicio de un derecho fundamental consecuencias negativas para quien lo ejercita. Por otra parte, la medida de suspensión de la ejecución del acto acordada judicialmente —tras la correspondiente ponderación de los intereses en conflicto— estuvo vigente hasta que recayó la sentencia de instancia en los autos principales y la Administración que ahora se queja de la situación generada por la posesión de la finca en manos del recurrente pudo, a partir de ese momento, comenzar a realizar los actos tendentes a la materialización del derecho de adquisición preferente según había decidido.
> Siendo eso así, la viabilidad del motivo de casación, que denuncia en definitiva, la desaparición sobrevenida de la causa del retracto, no puede quedar afectada por la conducta del recurrente en defensa de sus intereses que no puede ser tachada de abusiva o fraudulenta y que no constituye un obstáculo ni impide por ello el análisis de las infracciones administrativas».

Una vez admitido que hechos nuevos pueden justificar que se cuestione la validez de la ejecución de un acto, a pesar de que dicho acto haya sido declarado conforme a Derecho por sentencia firme, el Tribunal entra a examinar la alegación principal de los propietarios recurrentes, resumida por la propia Sala en la expresión «la pérdida sobrevenida de la causa del retracto». Y para determinar si, efectivamente, se había producido dicha pérdida sobrevenidamente, el Tribunal empieza por identificar cuál fue la causa que justificó, en 1990, el ejercicio del retracto por parte de la Administración autonómica, al amparo de la Ley del Patrimonio Forestal. Y en relación con ello sostiene lo siguiente:

> «la específica razón esgrimida figura en los informes previos que sustentan los acuerdos adoptados en el año 1990, que se referían a la realidad física de la finca en aquella época. La motivación que se expresa en el informe emitido para la adquisición forzosa de la finca es la siguiente: “estas fincas recientemente agrupadas son francamente mejorables tanto en cubierta arbórea, regeneración del poco encinar que tiene, repoblaciones con quercus

> y pinos, como en mejora ganadera y cinegética creando pastizales hoy día prácticamente inexistentes y que también beneficiarán a la caza menor"».

A este respecto, conviene recordar, y así lo hace la Sala en su Sentencia, que el objeto de la Ley del Patrimonio Forestal de 1941 era el de «restaurar, conservar e incrementar el Patrimonio Forestal del Estado de modo que plenamente llene sus fines nacionales económicos y sociales» (artículo 1); y, para eso, se ejerció el derecho de retracto, esto es, para que la Administración, adquiriendo la finca, realizara todas las actuaciones necesarias para mejorar su aprovechamiento y, en concreto, llevara a cabo una serie de trabajos que se enumeraban en los informes que obran en el expediente de la resolución administrativa que dio lugar al retracto.

Esa —adquirir una finca deteriorada para mejorarla— fue la única causa que sirvió de fundamento a la decisión administrativa de ejercer el retracto forestal; y esa causa —concluye la Sala— fue considerada suficiente y razonable por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de noviembre de 2001, para declarar la conformidad a Derecho del retracto. No se trata, por tanto, de revisar la legalidad de la decisión de ejercer el derecho de retracto, adoptada por una resolución administrativa dictada en 1990 y confirmada por Sentencia firme en 2001, pues, como bien dice la Sala, sobre esa declaración de conformidad a Derecho opera la cosa juzgada. De lo que se trata, por el contrario, es de enjuiciar la legalidad de la materialización o ejecución de ese retracto, llevada a cabo doce años después, y cuando las circunstancias de la finca han cambiado radicalmente. Para ello es necesario, en primer lugar, (i) examinar las referidas circunstancias y, en segundo lugar, y a la vista de las mismas, (ii) determinar qué efectos jurídicos han podido producir dichas circunstancias sobre el acto administrativo originariamente válido, pero pendiente de ejecución.

A) Las circunstancias sobrevenidas al ejercicio del derecho de retracto

Entre 1990 —año en el que la Administración ejerció el retracto sobre la finca adquirida por el recurrente, por encontrarse la misma en un estado forestal deficitario— y 2000 —año en el que la Administración acordó la continuación del expediente de adquisición de la finca— el propietario y recurrente realizó importantes trabajos de mejora que, como ya he adelantado, supusieron la transformaron radical de la misma. Con base en la prueba practicada en autos, el Tribunal de instancia declaró al respecto que «la finca se encuentra en condiciones inmejorables, siendo una explotación modelo en la comarca, obras y explotaciones que han sido realizadas con la aquiescencia de la propia Administración que no sólo ha autorizado, sino subvencionado la explotación forestal, cinegética y ganadera que se ha llevado a cabo en ella». Como puede verse, la Sala de instancia no escatimó en elogios a la hora de calificar, a la vista de las pruebas, el estado en el que se encontraba la finca en el momento en el que la Administración se disponía, finalmente, a pagar el precio correspondiente y, con ello, a adquirirla.

B) Las consecuencias jurídicas sobre el acto administrativo originariamente válido, pero pendiente de ejecución

La Sala parte de la consideración de que la realidad sobrevenida no puede ignorarse o, dicho de otro modo, que todo lo que el propietario ha hecho para hacer de su finca un mo-

delo de explotación y para dotarla de condiciones «inmejorables» ha de tenerse en cuenta a la hora de determinar la conformidad a Derecho de la adquisición de la finca por parte de la Administración autonómica. Así lo expresa en el fundamento de Derecho séptimo que contiene, en mi opinión, los pronunciamientos más importantes de esta sentencia:

> «(…) si como hemos expuesto en el momento en el que se acuerda el retracto el deficitario estado de la finca, desde la perspectiva forestal, era la causa que autorizaba o legitimaba el ejercicio del mencionado derecho de adquisición preferente, no puede pretenderse que tal realidad inicial permanezca inalterada e intacta a los efectos de persistir y perpetuarse indefinidamente —a espaldas de lo probado— justificando y sustentando en las actuales circunstancias la ejecución del retracto. A la vez que la realidad física de la finca ha ido evolucionando favorablemente —pasando de ser una finca que en el momento de la transmisión privada presentaba evidentes y manifiestas carencias a ser una finca ejemplar en la zona— la causa de utilidad pública que descansaba sobre dicha realidad inicial y que sustentaba el retracto se ha ido desvaneciendo hasta el punto de que en el momento de su ejecución material no se aprecie ya ninguna razón válida y actual de interés público que justifique el cambio de titularidad de la finca, es decir, la transmisión a la Administración para la gestión pública de la propiedad debatida»

Tras lo dicho, el Tribunal pone de relieve que no existe ninguna norma que regule la situación planteada en el caso, esto es, que prevea la solución para los supuestos en los que, ejercido un derecho de retracto por la Administración, a la fecha de su ejecución resulta que la causa que justificó el derecho de adquisición preferente de la Administración ha desaparecido. Como tampoco existe, cabría añadir, un precepto que establezca un plazo determinado para la ejecución del acto administrativo que declaró el retracto, ya que ni la Ley del Patrimonio Forestal ni su Reglamento (Decreto de 30 de mayo de 1941) decían nada al respecto. Ante esta situación, la Sala acude a los «principios generales de la actuación administrativa», consagrados en los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución y en el artículo 53.2 de la LRJPAC, a tenor del cual «el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos». Con base en ello, y refiriéndose al requisito de validez de los actos administrativos consistente en la necesaria adecuación de su contenido a los fines que los justifican, la Sala declara:

> «Esta adecuación, que determina el ejercicio de la potestad, es un elemento o requisito que la doctrina mayoritaria identifica como la causa del acto administrativo. De manera que el contenido del acto administrativo debe adecuarse o ser congruente con los fines propios de la potestad ejercitada, esto es, con el fin normativo concreto, adecuación o congruencia que con arreglo al citado precepto —artículo 53.2 LAP— opera, como hemos dicho, como requisito de validez (no de eficacia) del acto administrativo. Requisito de validez que ha de concurrir no solo en el momento inicial en el que se dicta el acto administrativo, sino que es exigible su persistencia durante el tiempo en el que el mismo despliega sus efectos jurídicos, singularmente cuando el acto administrativo ha de ejecutarse materialmente. En el supuesto en el que la adecuación que inicialmente concurre cuando se dicta el acto administrativo —por tanto, originariamente válido— se difumina y diluye por ulteriores circunstancias sobrevenidas, esta desaparición determina y provoca —al no operar la causa— la invalidez sobrevenida del acto administrativo, y por tanto la falta de base jurídica de su ejecución. La consecuencia es que el acto inicial que incurre en invalidez sobrevenida deja

> de tener aptitud para producir efectos y deviene inidóneo para fundamentar las actuaciones dirigidas a su cumplimiento».

El fin que justificó el ejercicio del derecho de retracto —consistente en la adquisición de la finca por parte de la Administración para llevar a cabo su mejora y conservación— es un elemento, se dice en la Sentencia, que

> «(...) ha de predicarse no sólo en el momento en el que se decide por la Administración el ejercicio del retracto —en una concepción estática de la causa del retracto— sino que ha de permanecer y subsistir cuando se decide su ejecución material, esto es, cuando ha de procederse a su realización a través de los correspondientes actos administrativos como los que dan lugar al presente proceso».

Continuando con su argumentación, la Sala hace un pronunciamiento, de suma importancia, a mi parecer, en el que viene a decir que no puede separarse, a efectos de examinar su conformidad a Derecho, la declaración contenida en un acto administrativo de su ejecución o materialización; o, dicho de otra manera, que la validez de un acto administrativo, si lo que se cuestiona es su falta de adecuación al fin que lo justifica, debe predicarse tanto en el momento de su emanación como en el momento, posterior, de su cumplimiento o ejecución. Los términos en que se expresa la Sala son los siguientes:

> «No procede desconectar la causa del acto declarativo del ejercicio del retracto por razón de utilidad pública con la de aquellos actos tendentes a su posterior materialización, pues en ese momento cabe comprobar la validez y subsistencia de la causa respecto del bien sobre el que recae. La constatación de la desaparición sobrevenida de la causa inicial de utilidad pública del retracto en el ulterior momento de su realización —antes de su consumación— por razón de que la finalidad perseguida, la mejora forestal, por circunstancias inusuales, se ha realizado previamente por el comprador, determina que la causa de utilidad pública se haya desvanecido y origina la invalidez sobrevenida de los actos administrativos que disponen la ejecución del retracto, en la medida que dicha causa habilitante o presupuesto legitimador no estaba vigente y no podía identificarse en el momento de su consumación, al faltar la imprescindible adecuación del contenido del acto al fin normativo específico. Esta invalidez sobrevenida de la causa de utilidad pública en el momento de la ejecución del retracto implica un vicio de anulabilidad que comporta la anulación de los actos impugnados que disponen la ejecución del retracto».

Finalmente, la Sala lleva el argumento de la pérdida sobrevenida de la causa del retracto al ámbito del derecho de propiedad, y de las garantías constitucionales de la expropiación forzosa, para terminar declarando que

> «(…) no cabe la privación del derecho de propiedad en virtud del ejercicio de un acto administrativo que sobrevenidamente carece del elemento esencial de la causa que constitucionalmente lo legitima.
>
> Desaparecida, pues, la causa que determinaba la utilidad pública que había sido declarada por la Sentencia de este Tribunal Supremo con base en la finalidad de reforestación de la finca, es claro que se ha privado de cobertura y fundamento a la ejecución del retracto administrativo, al no mantener su vigencia la lejana decisión de su ejercicio por la Junta

de Andalucía. Tal situación trae consigo la desaparición sobrevenida de la declaración de la causa de utilidad pública y, por tanto, la nulidad de las resoluciones administrativas que disponen su ejecución.

Frente a ello no cabe alegar que existía una Sentencia con fuerza de cosa juzgada que obligaba a estar a las consecuencias del citado acto administrativo, incluido el ejercicio del retracto sobre la finca en un ulterior momento. La Sentencia invocada declara la corrección del retracto en el año 1990, pero no legitima ni da cobertura a su extemporánea ejecución cuando se advierte que no concurre ya la causa de utilidad pública que autorizaba dicha actuación, con lo que faltan los requisitos imprescindibles para continuar y llevar a cabo el retracto respecto al bien adquirido por el recurrente, razón por la que deben ser anuladas las actuaciones ulteriores a la ejecución del retracto.

En fin, sobrevenida la inexistencia de la causa de utilidad pública o de interés social que el artículo 33.3 de la Constitución exige inexcusablemente para la privación de los bienes y derechos de los particulares, esto es, el presupuesto indispensable para proceder a la adquisición forzosa de la propiedad, ello determina que carezcan de finalidad pública las actuaciones desplegadas al amparo de la utilidad pública o interés social inexistentes, habida cuenta de la falta de dicho requisito habilitante e indispensable incluso constitucionalmente para llevar a efecto la transmisión material de la propiedad».

V. REFLEXIONES EN TORNO A LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE LA SENTENCIA

La importancia de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2011, que pocos meses después de haber sido dictada mereció el comentario elogioso de uno de los autores que más y mejor ha escrito sobre la invalidez sobrevenida[3], radica, en mi opinión, en distintos pronunciamientos que se contienen en la misma y que paso a exponer a continuación.

A) La consideración del retracto forestal como una potestad administrativa

Lo primero que merece ser destacado es que tanto la Sentencia del Tribunal Supremo, como la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía parten de la consideración de que estamos en presencia de actos administrativos (con sus atributos legales de presunción de validez y de ejecutividad), en cuanto que han sido dictados por una Administración pública en el ejercicio de una potestad atribuida por la Ley. Y si destaco este aspecto es porque, en relación con esta cuestión, existen interpretaciones radicalmente distintas.

En efecto, como ha puesto de relieve J. I. MORILLO-VELARDE[4], para la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Sentencia de 10 de junio de 1988, RJ 1998/4815), la Ley del Patrimonio Forestal del Estado atribuía a la Administración «la potestad» de ejercitar el derecho de retracto, pero, sin embargo, no consagraba en precepto alguno la ejecutividad del

(3) CANO CAMPOS, T., «Privaciones patrimoniales y retractos forestales sin causa (un supuesto de invalidez sobrevenida de los actos administrativos. Comentario a la STS de 21 de marzo de 2011)», en *El Cronista*, núm. 22, junio de 2011, pp. 50-57.

(4) *Los retractos legales a favor de las Administraciones públicas*, RAP 165, 2004, pp. 59 y ss.

acto administrativo, lo que le llevaba a concluir, a pesar de utilizar el término «potestad», que el mencionado derecho habría de ejercerse según lo dispuesto en la legislación civil y, por tanto, acudiendo a la jurisdicción del mismo nombre. Concretamente, estos fueron los términos en que se expresó la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la sentencia citada:

> «(…) la reclamación de la titularidad dominical al amparo del derecho de subrogación en la compra de la finca objeto de la controversia judicial planteada […] que autoriza el párrafo segundo del artículo 17 de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1941 […] claramente determina que en la litis en cuestión se está en presencia no de un "acto administrativo" sino de un mero "acto de la Administración", encaminado a la declaración de la propiedad de la finca cuestionada a favor del tan citado Patrimonio Forestal del Estado, que como de tal índole es de carácter civil, pues si bien aunque existe efectivamente una norma de rango de ley, que atribuye a la Administración la potestad de ejercitar el derecho de retracto, sin embargo esa Ley se limita simplemente a atribuir la titularidad de dicho derecho, pero no consagra en precepto alguno la ejecutividad del acto de ejercicio de ese derecho, por lo que es evidente habrá que estar a la legislación civil para llevarla a cabo».

La misma tesis, con cita de esta sentencia, ha sido mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, al tener que determinar si el ejercicio, por una Administración autonómica, de un derecho de retracto establecido en la legislación sobre espacios naturales, puede realizarse por la vía administrativa, o es necesario, por el contrario, ejercitarlo ante los Tribunales ordinarios. Al respecto, la citada Dirección concluye que «cuando la Administración contiende con el particular sobre cuestiones atributivas de propiedad sobre un bien originariamente privado, sin base en el ejercicio de facultades de expropiación forzosa, […] deberá ser resuelto por el juez ordinario, como consecuencia del principio secular básico en Derecho Administrativo de atribuirse a la jurisdicción ordinaria la defensa del administrado frente a la injerencia sobre bienes de su propiedad, salvo cuando se ejerciten potestades administrativas, que inexcusablemente tienen que venir atribuidas mediante norma con rango de Ley, *de tal manera que, cuando —como en el presente caso— esa atribución de potestades no se produce, y la Administración actúa en relaciones de Derecho privado, como es la adquisición de bienes de tal índole, el control de esa situación administrativa debe quedar reservado a los Tribunales ordinarios*, cuestión que, además, viene reforzada al establecerse en el artículo 249.7 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (…) que las acciones de ejercicio del derecho de retracto de cualquier tipo deben ventilarse en juicio declarativo ordinario»[(5)].

En sentido contrario, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo viene entendiendo que el retracto forestal, atribuido por la Ley de 1941, implica el ejercicio de una potestad atribuida a la Administración y, por lo tanto, la adopción de actos administrativos dotados de ejecutividad. Un buen ejemplo de ello lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000 que, precisamente, rechaza que dichos retractos sean de naturaleza civil y que la Administración tenga que acudir a la jurisdicción civil para

(5) Resolución de 13 de diciembre de 2002 y, en el mismo sentido, las de 9 y 10 de diciembre de 2002 y la de 16 de mayo de 2007. Mantiene la misma tesis la catedrática de Derecho civil M.ª Ángeles PARRA LUCÁN, en *Derechos de adquisición preferente en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y la biodiversidad*, <http:// www.codigo-civil.org/nulidad/lodel/docannexe.php>.

ejercitarlos. En primer lugar, la Sala analiza el pronunciamiento contenido en la sentencia recurrida en casación y dice, al respecto:

> «Estudiando la Sentencia recurrida, se intuye que la apreciación del vicio que denomina "incompetencia objetiva del órgano administrativo" se sustenta en el siguiente razonamiento: la Administración no tiene atribuida por norma con rango de Ley la potestad de retraer que ejercitó: la Ley de 10 de marzo de 1941 no establece la ejecutividad del acto de ejercicio del derecho de retracto; en consecuencia, el propósito de la Administración, que afecta frontalmente al derecho de propiedad, habrá de llevarlo a cabo ejercitando las oportunas acciones ante la Jurisdicción Civil, única competente para dirimir tales contiendas».

Frente a ello, y refiriéndose expresamente al artículo 17 de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado de 1941, declara:

> «Dicho precepto no define, sin más, un mero derecho; sino que atribuye a una entidad pública la potestad de ejercitarlo; los términos de la norma, según los cuales el incumplimiento de la obligación de participar el proyecto de venta "podrá dar lugar a que el Patrimonio Forestal del Estado se subrogue al comprador", son suficientemente expresivos de tal atribución. En un supuesto que guarda similitud con el que ahora enjuiciamos […], la sentencia de esta Sala de fecha 21 de septiembre de 1999, dictada en el recurso de casación núm. 2326/1993, afirmó que la Administración sí había ejercitado potestades que le corresponden como tal persona jurídico-pública, derivadas de normas administrativas.
>
> Tal potestad de ejercicio lo es respecto de un derecho que se identifica como tal plenamente con las características y naturaleza jurídica que son definitorias del derecho de retracto, en su modalidad de retracto legal, conforme al artículo 1521 del Código Civil…
>
> Por tanto, cuando el Reglamento de aquella Ley, aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1941, calificó el derecho a ejercitar como de retracto y dispuso un procedimiento para su aplicación, idéntico al de la expropiación forzosa en el período de justiprecio […], no innovó el ordenamiento jurídico en términos vedados o inaccesibles para la potestad reglamentaria, sino que se limitó a desarrollar y completar la previsión legal. Así lo ha entendido ya esta Sala en sus sentencias de 14 de febrero de 1994 […] y de 20 de diciembre de 1994 […]».

A la vista de lo expuesto, bien puede decirse que la Sentencia de 21 de marzo de 2011 es continuadora de esta doctrina jurisprudencial, en el sentido de que da por supuesto —ya que no se discutió en ningún momento esta cuestión— que el acto que originó el recurso (la resolución de la Viceconsejería de Medio Ambiente por la que se decidió continuar con la tramitación del expediente de adquisición de la finca sobre la que en su día se ejerció el retracto) era un acto administrativo. Y así debe entenderse, en mi opinión[6], ya que, en el derecho de retracto ejercido por la Junta de Andalucía en el caso de autos, concurren todos los elementos característicos de las potestades administrativas. En efecto, en virtud de una ley, la Administración pública ha sido habilitada para adquirir, de manera coactiva, un bien perteneciente a un particular, y con ello servir a un fin de interés general, a saber: la realización de las mejoras necesarias en una finca que estaba en mal estado para cumplir,

(6) Coincido, por tanto, con J. I. MORILLO-VELARDE (op. cit., p. 62), para quien el retracto forestal no se configura como simple derecho real, sino que es expresión de una potestad pública ejercitable *ob rem*.

mediante ello, el objeto de la Ley del Patrimonio Forestal que, como ya se ha dicho, era el de «restaurar, conservar e incrementar el Patrimonio Forestal del Estado». Así, pues, en el artículo 17 de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado, al amparo del cual se ejerció el retracto, se dan todos los elementos que, según la mejor doctrina, definen una potestad administrativa; esto es: la potestad tiene su origen directo en el ordenamiento jurídico y no en actos jurídicos determinados; la potestad no consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir, como una consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares; y, por último, a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar, desde su esfera jurídica, los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad(7).

Y en contra de lo dicho no cabe objetar, en mi opinión, que los derechos de retracto sean derechos civiles y que, por ello, la Administración tiene que ejercerlos ajustándose a la legislación civil y, más concretamente, ejerciendo la correspondiente acción ante los órganos de dicha jurisdicción(8). Aunque tenga el mismo nombre y el mismo contenido que el derecho de retracto legal definido en el artículo 1521 del Código Civil («derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago»), el retracto forestal no se reconoce a favor de un particular, sino a favor de una Administración pública, precisamente por su condición de poder público, y con una funcionalidad muy concreta: la de servir a un fin de interés general encomendado por la ley a la Administración. Es eso lo que hace que la adquisición forzosa de un bien por parte de la Administración para mejorar su estado físico y, con ello, su aprovechamiento forestal, se configure como una potestad, y no como un derecho «civil» o «privado» de la Administración pública.

Por la misma razón, tampoco puede concluirse que la falta de un precepto legal que atribuya de forma expresa al retracto forestal la prerrogativa de la ejecutividad, priva a la Administración de la autotutela y la obliga, en consecuencia, a ejercer la correspondiente acción ante la jurisdicción civil. No es necesario que cada Ley que atribuye una potestad a las Administraciones públicas contenga un precepto que expresamente prevea la ejecutividad de los actos dictados para su ejercicio, ya que la ejecutividad de los actos administrativos es una característica que, basada en el deber constitucional de servir con eficacia al interés general (artículo 103.1 CE), está prevista, con carácter general, para todos los actos administrativos, en el artículo 56 de la LRJPAC.

---

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo* I, Civitas, 14.ª edición, pp. 451-454.

(8) En su Sentencia 170/1989, el Tribunal Constitucional declaró que las Comunidades Autónomas podían establecer derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración, puesto que ello no implicaba la regulación de una institución civil. Dicho de otro modo, según el TC, la regulación de los derechos de adquisición preferente, propia de la legislación civil, era compatible con el uso de tales derechos por parte de la Administración «con sometimiento al Derecho civil del régimen jurídico de las instituciones citadas». El contexto en que se produce el pronunciamiento (controversia sobre la distribución de competencias entre el Estado y una Comunidad Autónoma) de un lado, y el hecho de que, en aquel recurso, no se había planteado la cuestión de cuál era la vía por la que las Administraciones públicas tenían que ejercer los retractos legales, de otro, permiten concluir, en mi opinión, que el Tribunal no se está pronunciado acerca de la cuestión de si las Administraciones públicas tienen que acudir o no a la jurisdicción civil para ejercer sus derechos de adquisición preferente.

Finalmente, y para terminar con este punto, no es ocioso recordar que el recurrente tuvo que pedir la suspensión de la ejecución del acto administrativo por el que se ejerció el retracto, y que dicha suspensión fue otorgada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Igualmente, cuando después de muchos años la Administración decidió continuar con las actuaciones necesarias para adquirir la finca retraída, el recurrente tuvo que volver a solicitar la suspensión del acto de levantamiento de las Actas de pago y ocupación de la finca; suspensión que también fue otorgada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

B) La similitud del retracto forestal con la expropiación forzosa

Al igual que, como hemos visto, no hay unanimidad en relación con la cuestión de si el retracto forestal tiene o no naturaleza de potestad administrativa, existen igualmente posiciones encontradas acerca de si este retracto —admitido que deba considerarse como una potestad administrativa— participa de alguna manera de la naturaleza de la potestad expropiatoria. A este respecto, llama la atención que resulte pacífica la naturaleza expropiatoria de los derechos de adquisición preferente otorgados a las Administraciones públicas por la legislación de patrimonio histórico-artístico[9] y, por el contrario, se niegue dicha naturaleza al retracto forestal o, incluso más, y como hemos visto, su condición de potestad administrativa. Así, mientras que para algunos autores los derechos de tanteo y retracto forestal son derechos reales comunes[10], para otros constituyen potestades públicas expropiatorias[11] o, al menos, con una cierta vinculación o proximidad a la expropiación forzosa[12].

A este respecto, hay que tener en cuenta que, en efecto, la Ley del Patrimonio Forestal del Estado de 1941 distinguía entre, expropiación forzosa, por un lado, y derecho de retracto (aunque no lo denominaba así), por otro. Así, según el artículo 9 de la Ley, «los montes, terrenos y demás bienes y derechos *adquiridos para la realización del objeto y fines de esta Ley*» podrían integrarse en el Estado Forestal del Estado a través de: 1) consorcios y convenios; 2) compras; y 3) «por expropiación forzosa cuando los proyectos correspondientes hayan sido declarados de utilidad pública y los propietarios rehúsen otro medio de enajenación». A su vez, el derecho reconocido al Estado a subrogarse al comprador, en caso de incumplimiento del deber de notificar todo proyecto de venta a un comprador

(9) La jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1973 y de 21 de mayo de 1998) atribuye carácter expropiatorio a los derechos de adquisición preferente de la legislación de patrimonio histórico-artístico. Asimismo, J. GONZÁLEZ PÉREZ sostiene que a diferencia de estos derechos, a los que se refiere expresamente el artículo 81 de la Ley de Expropiación forzosa (expropiación de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico), que ostentan un inequívoco carácter administrativo, en el caso del tanteo y retracto forestal, muy difícilmente puede considerarse que estemos en presencia del régimen exorbitante del Derecho común, propio del Derecho Administrativo (*Los derechos reales administrativos*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 37 y ss). Como «un retracto de matiz expropiatorio acentuado» lo calificó J. L. ÁLVAREZ (*Estudios sobre el patrimonio histórico español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Madrid, Civitas, 1989, p. 329).

(10) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los derechos reales administrativos*, cit., y MENDOZA OLIVÁN, V., «Los derechos públicos de preferencia adquisitiva en materia forestal», *RAP* 129, 1992, pp. 171-175.

(11) CHACÓN SECOS, M., *Retractos administrativos*. Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1950, Tomo VI, pp. 175 a 218.

(12) MORILLO-VELARDE, J. I., *Los retractos legales a favor de las Administraciones públicas*, cit., pp. 73 y ss.

distinto del Estado (artículo 17 de la Ley), se concibió como un supuesto o modalidad de compra, tal y como lo demuestra el hecho de que el Reglamento, al establecer las normas de desarrollo de las tres formas de adquisición previstas en la ley —convenios, compras y expropiaciones— incluyese la regulación del derecho de retracto del artículo 17 en el apartado correspondiente a las «compras» (artículos 63 y siguientes del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1941).

Todo indica, pues, que el retracto forestal constituiría, de acuerdo con esta Ley, una «forma privilegiada de adquisición de bienes», mediante la modalidad de compra, cuya justificación sería el incremento del patrimonio forestal estatal para, a través de ello, cumplir con el objeto y fines de la Ley. Sin necesidad de entrar a discutir ahora si estos derechos de adquisición preferente tenían o no justificación suficiente(13), lo cierto es que no puede negarse que el ordenamiento jurídico reconoce múltiples formas «privilegiadas» de adquisición de bienes a favor de las Administraciones públicas, en general, y del Estado, en particular(14), y que la del retracto forestal encontraría su justificación en el servicio de un fin de interés general cual es la realización del objeto y fines de esta Ley que no eran otros que «restaurar, conservar e incrementar el Patrimonio Forestal del Estado de modo que plenamente llene sus fines nacionales, económicos y sociales». A mi entender, resulta claro que la Ley no preveía el retracto como una forma de incrementar, por incrementar, el patrimonio público forestal, sino de adquirir esos terrenos forestales para con ello cumplir o «realizar el objeto y fines» de la Ley (artículo 2.d). Dicho todo ello, en mi opinión, cabe concluir que, al tratarse de una forma *forzosa* de adquirir un bien que pertenece a un *sujeto privado*, para con ello *cumplir un fin* de interés público, no parece que la figura esté muy alejada de la expropiación forzosa.

En mi opinión, el hecho de que en la Ley de Expropiación Forzosa no haya una mención expresa a los derechos de tanteo y retracto forestal, como, por el contrario, sí que existe para los derechos de adquisición preferente de los bienes de valor artístico, histórico o arqueológico (artículo 81 LEF), no puede constituir un obstáculo para reconocer que, sin ser, en sentido estricto, un expropiación forzosa, el derecho de retracto forestal se parece mucho a ella. En efecto, al igual que la expropiación, se trata de la privación forzosa de la propiedad privada, por una causa de interés general, y a cambio de un precio. Si la expropiación forzosa consiste —según la propia definición que de ella hace el artículo 1.º de su ley reguladora— en «cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio», «por causa de utilidad pública o interés social», difícilmente puede negarse esta condición al ejerci-

(13) La doctrina ha criticado el retracto forestal por responder exclusivamente al fin de incrementar el patrimonio del Estado y basarse en la desconfianza o el recelo, injustificados, hacia el cumplimiento por los particulares de la función social de la propiedad forestal. En este sentido, MENDOZA OLIVÁN, V., *Los derechos públicos de preferencia adquisitiva en materia forestal*, cit. pp. 169 y 193; S. MUÑOZ MACHADO, «Austeridad: empresas, fincas y otros despilfarros», en *El Cronista*, núm. 12, abril de 2010, pp. 86-90, y CANO CAMPOS, T., *Privaciones patrimoniales y retractos forestales sin causa*, cit. pp. 50 y 57.

(14) V. CHINCHILLA MARÍN, C., *Bienes patrimoniales del Estado*, Marcial Pons, 2001, pp. 175-282. También en *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones públicas*, Civitas, 2004, pp. 149-199.

cio del retracto acordado de forma imperativa por la Junta de Andalucía, sobre una finca de propiedad particular, y con el fin de mejorar su explotación para, con ello, servir al interés general al que atiende la Ley reguladora de dicho retracto («restaurar, conservar e incrementar el Patrimonio forestal del Estado de modo que plenamente llene sus fines nacionales, económicos y sociales»). Así viene entendiéndolo, por lo demás, el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, al considerar que los retractos legales en favor de las Administraciones públicas suponen una injerencia pública en la propiedad privada que está incluida en el Protocolo I del Convenio(15).

Dicho lo cual, acierta de nuevo, en mi opinión, la Sentencia de 21 de marzo de 2011, al conectar el retracto forestal ejercido por la Junta de Andalucía con la expropiación forzosa, pues, aunque en ningún momento utilice Sala dicha expresión, es imposible no reconocer en su razonamiento las características esenciales de esta categoría jurídica:

> «(…) sobrevenida la inexistencia de la causa de utilidad pública o de interés social que el artículo 33.3 de la Constitución exige inexcusablemente para la privación de los bienes y derechos de los particulares, esto es, el presupuesto indispensable para proceder a la adquisición forzosa de la propiedad, ello determina que carezcan de finalidad pública las actuaciones desplegadas al amparo de la utilidad pública o interés social inexistentes, habida cuenta de la falta de dicho requisito habilitante e indispensable incluso constitucionalmente para llevar a efecto la transmisión de los terrenos y en consecuencia carece de fundamento que se ultime la transmisión material de la propiedad».

Y no acaba aquí la conexión, implícita, que la Sala realiza, muy acertadamente, entre retracto forestal y expropiación forzosa, sino que el órgano jurisdiccional lleva esta conexión a su máxima expresión cuando hace de la pérdida o desaparición sobrevenida de la causa el argumento principal de su sentencia y el que, en definitiva, le va a llevar a estimar el recurso de casación del propietario de la finca retraída. Teoría esta, la de la pérdida sobrevenida de la causa que, como es sabido, sirve de fundamento al derecho de reversión expropiatoria que, según GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «debe calificarse como un fenómeno de "invalidez sucesiva" sobrevenida a la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la causa; precisamente porque la *causa expropiandi* se configura como el destino a que se afecta el bien expropiado tras la expropiación, resulta normal su consideración *ex post*»(16).

Esta consideración *ex post* (esto es, con posterioridad al momento en que se dictó el acto) de los requisitos de validez es lo que caracteriza a la invalidez sobrevenida; una categoría de la que, a mi entender, esta sentencia hace una acertada aplicación. Examinemos, finalmente, los aspectos relacionados con la invalidez sobrevenida del retracto forestal enjuiciado en el caso de autos.

---

(15) Sentencias del TEDH de 5 de enero de 2000 y de 28 de mayo de 2002, caso «Beyeler contra Italia», sobre el derecho de adquisición preferente ejercido por el Gobierno italiano con motivo de la venta de un cuadro de Van Gogh a la Fundación Peggy Guggenheim.

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, undécima edición, Civitas, 2008, pp. 328-329.

C) La invalidez sobrevenida del retracto por desaparición de la causa

El aspecto más importante de esta sentencia radica, a mi juicio, en la aplicación de la figura de la invalidez sobrevenida, la cual fue definida por Santi Romano como aquella que se produce cuando por causas posteriores a su formación, el acto aparece con un elemento esencial que le falta o está viciado(17). O, dicho en otros términos, el «acto sobreviene inválido cuando de la fase en la cual era conforme al ordenamiento jurídico, pasa a otra en la cual dicha conformidad desaparece y viene, por tanto, a encontrarse desde ese instante en un estado antijurídico a partir del cual operan las consecuencias propias de toda invalidez»(18).

La invalidez sobrevenida, como ha puesto de manifiesto T. CANO, revela la dimensión dinámica del principio de legalidad(19); una dimensión o concepción que la Sala hace suya cuando declara que la finalidad perseguida por el retracto (consistente en la mejora y conservación de la finca forestal) «ha de predicarse no sólo en el momento en el que se decide por la Administración el ejercicio del retracto —en una concepción estática de la causa del retracto— sino que ha de permanecer y subsistir cuando se decide su ejecución material, esto es, cuando ha de procederse a su realización a través de los correspondientes actos administrativos como los que dan lugar al presente proceso»; añadiendo a continuación que «no procede desconectar la causa del acto declarativo del ejercicio del retracto por razón de utilidad pública con la de aquellos actos tendentes a su posterior materialización, pues en ese momento cabe comprobar la validez y susbsistencia de la causa respecto del bien sobre el que recae».

En estos pronunciamientos puede verse, en mi opinión, la formulación de una regla que trasciende al caso concreto enjuiciado y que puede, por tanto, ser considerada como un principio de aplicación general de la teoría de la invalidez del acto administrativo. Dicha regla cabría formularla en los siguientes términos: *si, por las circunstancias que fuere* («inusuales» fueron calificadas por la Sala las del caso enjuiciado), *en el momento del cumplimiento o ejecución de un acto administrativo, hubiera desaparecido la causa que lo justificaba en el momento de ser dictado, ya no cabe llevar a cabo dicha ejecución, por haber perdido esta —debido a la invalidez sobrevenida del acto originario— el título que la hubiera hecho legítima o conforme a Derecho*.

Resulta, a mi juicio, muy acertada la construcción de la Sentencia, pues la validez de los actos administrativos no puede ser una condición exigible solamente en el momento en que dichos actos son dictados, pues eso supondría enjuiciar su conformidad a Derecho «congelando» las circunstancias que estuvieron presentes en el momento en que el acto fue dictado, y cerrando los ojos a los hechos acaecidos con posterioridad. El tiempo y la realidad no son —o no deberían ser, salvo que queramos hacer «Derecho-ficción»— ajenos al control de la legalidad de los actos administrativos por parte de los Tribunales, pues los

(17) ROMANO, S., *Osservazioni sulla invalidità sucesiva degli atti amministrativi*, Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli, Giuffré, 1937, p. 338.

(18) CANO CAMPOS, T., *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Civitas, 2004, p. 227, siguiendo a Santi Romano.

(19) CANO CAMPOS, T., *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, cit., p. 145.

Tribunales, según la Constitución (artículo 106.1), controlan la legalidad de la «actuación» de las Administraciones públicas; término este que, en mi opinión, incluye tanto las manifestaciones formales como las materiales en que dicha actuación puede concretarse. Si los Tribunales sólo pudieran controlar la legalidad «formal» e «histórica» de la actuación administrativa, desentendiéndose de si dicha legalidad persiste y se mantiene o no en el momento de pasar a la actuación material, en muchos casos, ello llevaría a la denegación de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (artículo 24 CE). Concretamente es lo que ocurriría en todos los casos en los que un acto administrativo originariamente válido deviene inválido, por incumplimiento sobrevenido de los requisitos de validez, cuando todavía no ha sido ejecutado. Son precisamente estos supuestos los que, en opinión de SANTI ROMANO, están más expuestos a una invalidez sobrevenida(20). Y es que, como afirma T. CANO, si el acto todavía no ha sido cumplido o ejecutado, cuando deviene inválido, el Derecho no protege el interés a su cumplimiento o ejecución y la Administración pierde su poder para ejecutarlo(21).

Cuando la ilegalidad sobreviene porque desaparece un requisito o elemento del acto que, según la Ley, resulta necesario para que el mismo sea ajustado a Derecho, el acto, en buena lógica, debe merecer la sanción de invalidez, y no la de ineficacia, pues, qué razón habría —como se pregunta T. CANO— para que una causa de invalidez, prevista como tal por el ordenamiento jurídico para el momento en el que el acto se dicta, se transforme en una causa de otro tipo —de ineficacia— si ese mismo motivo opera en un momento posterior(22). De ahí que el Tribunal Supremo haya visto en el caso enjuiciado un supuesto de invalidez, y no de ineficacia, y por eso la Sentencia anula los actos recurridos (la resolución que acordó la continuación del expediente de adquisición de la finca retraída y la que, posteriormente, inadmitió el recurso de alzada contra la misma) sobre la base de considerar que, al incurrir el acto originario de retracto en invalidez sobrevenida, incurren también en invalidez los pretendidos actos de ejecución o cumplimiento del mismo, desde el momento en que han perdido el título que les servía de fundamento jurídico. El retracto ejercido en su momento —como resolución previamente adoptada que sirve de fundamento jurídico a la ejecución de los actos administrativos, en expresión del artículo 93 de la LRJPAC— hubiera sido título legítimo para llevar a cabo su ejecución entonces, pero no doce años después, cuando las circunstancias fácticas habían cambiado de forma tan radical que ya no había justificación alguna para privar al recurrente del bien que en su día había adquirido legítimamente de otro particular.

Aceptada y aplicada la teoría de la invalidez sobrevenida en el caso de autos, sólo resta analizar la cuestión referente a la calificación jurídica que merece, en un supuesto como el examinado, el motivo por el que se produjo la invalidez sobrevenida del retracto, ya que,

---

(20) ROMANO, S., *Osservazioni sulla invalidità sucesiva degli atti amministrativi*, Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli, Giuffré, 1937, p. 337.

(21) CANO CAMPOS, T., *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, cit. p. 198. Para ARZOZ SANTISTEBÁN, X., *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, IVAP, 1988, p. 677, la ilegalidad sobrevenida sólo tiene relevancia en la medida en que el acto es susceptible todavía de producir efectos jurídicos (actos de tracto sucesivo o que no han sido cumplidos íntegramente).

(22) CANO CAMPOS, T., *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, cit. p. 311. La idea aparece reiterada a lo largo del libro.

como es sabido, la invalidez puede sobrevenir por distintas razones y afectar a distintos requisitos del acto administrativo(23).

Como puede apreciarse con la lectura de los párrafos de la Sentencia que han sido transcritos en la primera parte de este trabajo, aunque en algún momento la Sala hable indistintamente de «presupuesto» y «causa», como elementos cuya desaparición posterior determinaron la invalidez del retracto, resulta claro que el Tribunal Supremo califica el supuesto enjuiciado como un caso de invalidez sobrevenida por pérdida de la causa (fundamento de Derecho séptimo). Y, en efecto, esa parece, en mi opinión, la explicación más razonable, aunque, por lo que diré a continuación, podría no ser la única.

En efecto, no parece que estemos ante un supuesto de invalidez sobrevenida por desaparición del presupuesto de hecho del acto administrativo y ello porque, si por presupuesto de hecho del acto hay que entender el hecho específico previsto por la norma para que la Administración pueda dictarlo(24), no parece discutible que, en este caso, el presupuesto de hecho permaneció inalterado a lo largo del tiempo. A este respecto, hay que recordar que el presupuesto de hecho definido por el artículo 17 de la Ley del Patrimonio del Estado, para que la Administración pudiera ejercer el derecho de retracto, era que se produjese la venta de una finca de determinadas características a un comprador distinto del Estado y sin realizar la notificación a que dicho precepto obligaba. Esa circunstancia se dio en el caso de autos en el momento en que la Administración ejerció el retracto y, obviamente, no cambió con el transcurso del tiempo, pues, por su propia naturaleza, no podía cambiar.

Sí que puede hablarse, sin embargo, de pérdida sobrevenida de la causa, pues la causa de los actos administrativos, que en mi opinión se identifica con el fin(25), consiste en la adecuación de la actuación administrativa al fin que la justifica, y es claro que lo que justificó, en el caso de autos, el ejercicio de adquisición por parte de la Administración autonómica de la finca del recurrente fue su deficiente estado y la necesidad de realizar en ella toda una serie de trabajos para que cumpliera los fines establecidos en la Ley. Ese deficiente estado, como ya se ha dicho, se tornó con el tiempo en un «inmejorable» estado, haciendo, con ello, innecesaria la adquisición de la finca por el ente público retrayente. Recuérdese que, según su artículo 1, el objeto de la Ley del Patrimonio Forestal del Estado era «restaurar, conservar e incrementar el Patrimonio Forestal del Estado de modo que plenamente llene sus fines nacionales, económicos y sociales». A su vez, el artículo 2 establecía que el Patrimonio Forestal del Estado estaba constituido, entre otros, por «los montes, terrenos y demás bienes y derechos adquiridos para la realización del objeto y fines de esta Ley». Y, finalmente, entre los instrumentos que la Ley ponía en manos de la Administración, para «facilitar» el cumplimiento de la Ley, estaban los derechos de adquisición preferente de su artículo 17. Aunque es cierto, como expuse en su momento, que el artículo 17, en sentido estricto, no establecía más requisitos para ejercer el retracto que el de la existencia de una venta entre particulares sin notificación previa a la Administración, no lo es menos que dicho precepto ha de interpretarse de forma sistemática y, por tanto, relacionado con los

(23) V. CANO CAMPOS, T., *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, cit. pp. 224-312.

(24) Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit. pp. 559-560.

(25) CHINCHILLA MARÍN, C., *La Desviación de poder*, Civitas, 2004, pp. 119-126.

artículos 1 y 2, antes citados, en los que resulta clara la vinculación de la adquisición de las fincas —por cualquiera de las formas de adquirir previstas en dicha Ley— a la realización del objeto y fines de la Ley (restaurar, conservar e incrementar el Patrimonio Forestal público de modo que cumpla, plenamente, sus fines de interés general). Y, en todo caso, lo que es evidente es que la causa que justificó el retracto ejercido por la Junta de Andalucía sobre la finca del recurrente fue el estado deficitario en el que se encontraba la misma y, por consiguiente, la necesidad de que la Administración autonómica, una vez incorporada a su patrimonio, realizase sobre la misma los trabajos necesarios para su restauración y conservación. Ese fin, legítimo y plenamente justificado en el momento de ejercer el retracto, dejó de ser tal cuando, muchos años después, y debido a los trabajos realizados por el propio recurrente, con la autorización e, incluso, la subvención de la Administración retrayente, la finca se convirtió en un modelo de explotación en la comarca, con lo que dejó de ser necesario realizar los trabajos de restauración que, en su día, de conformidad con la Ley, justificaron su adquisición por parte de la Administración autonómica. Si, en el momento de la adquisición de la finca por el ente público, ya no había causa que lo justificase, de haber procedido a dicha adquisición, se habría privado al recurrente de su propiedad, sin causa que lo justificase.

Dicho todo ello, todavía cabría considerar que la invalidez sobrevenida del retracto pendiente de ejecución se habría producido, también, por imposibilidad sobrevenida de ejecución material del contenido del acto administrativo, ya que, las circunstancias descritas habrían determinado una situación de imposibilidad física o material de cumplimiento del acto administrativo impugnado. De nuevo hay que insistir en que, al margen de lo que hubiera permitido el artículo 17 de la Ley del Patrimonio del Estado, en el sentido, de que, interpretado en su literalidad y de forma aislada, y sobre todo, en el año 1941 (cuando no existía un precepto constitucional sobre la garantía del derecho de propiedad, como existía, por el contrario, cuando ejerció el retracto la Junta de Andalucía) podría considerarse que amparaba la adquisición de una finca por el solo hecho de no notificar su venta y sin necesidad de que se encontrase en mal estado, lo cierto es que, en el caso enjuiciado, la adquisición por el ente público se produjo con un «por qué» y con un «para», clarísimamente puestos de manifiesto en el expediente administrativo. En efecto, la Administración autonómica ejerció su derecho de retracto *porque* la finca estaba en mal estado (era «francamente mejorable» en cubierta arbórea, regeneración del encinar, repoblación de quercus y pinos y mejora ganadera y cinegética); y *para* realizar una serie de trabajos que se especificaban en el informe que sirvió de fundamento a la decisión de ejercer el retracto (saneamiento de chaparros; repoblación de quercíneas y coníferas; eliminación de parte del matorral de jara; creación de pastizales; etc.). Pues bien, siendo ello así, si los trabajos realizados por el recurrente en los años que mediaron entre la decisión administrativa de retraer y la de materializar el retracto, hicieron de la finca un modelo de explotación, dotándola de «condiciones inmejorables» desde el punto de vista forestal, es claro que el retracto —ejercido, no para incrementar por incrementar el patrimonio forestal autonómico, sino para mejorar una finca que entonces era francamente mejorable— terminó resultando de imposible ejecución material, pues es evidente que los trabajos que justificaron el retracto («las necesidades a satisfacer con la adquisición» de las que hablaba el Informe antes mencionado) ya estaban hechos y, por tanto, debido a su naturaleza, no podían volverse a realizar. Dicho con otras palabras, y con ello termino, dado que los árboles ya estaban plan-

tados, los pastizales creados, el cercado cinegético construido, los sondeos y pozos para el riego realizados y la jara (planta que parece dar nombre a la finca —«Jaralta»—) cortada, hasta lo que forestalmente convenía cortar, es claro que si la Administración hubiera adquirido la finca no habría podido realizar los trabajos cuya realización justificaron en su día el retracto. Así, pues, desde esta perspectiva, cabría hablar también de invalidez sobrevenida por imposibilidad material o física de realizar el contenido del acto administrativo.

A todo lo expuesto, solo me resta añadir que esta excelente sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados Manuel Campos Sánchez-Bordona, Eduardo Espín Templado, José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat e Isabel Perelló Doménech, y de la que ha sido ponente la Magistrada Isabel Perelló, es importante por las distintas razones que he tratado de exponer a lo largo de mi trabajo, siendo la más relevante de ellas, en mi opinión, el hecho de haber realizado una construcción que, por sus buenas hechuras, permite trascender del caso concreto —un retracto ejercido hace veinte años, al amparo de una Ley de 1941— y extraer principios y reglas generales para el diseño de la teoría general de la invalidez de los actos administrativos.

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Sumario

1. INTRODUCCIÓN.
2. PRINCIPIOS GENERALES.
3. FUENTES.
4. RECURSOS.

   A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación.
   B) y C) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario.
   D) Cuestiones prejudiciales.
   E) Medidas cautelares.

5. MERCADO INTERIOR.

   A) Libre circulación de mercancías.
   B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.
   C) Libre circulación de trabajadores.
   D) Libre circulación de capitales.

1. INTRODUCCIÓN

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

2. PRINCIPIOS GENERALES

La STJUE (Gran Sala) de 16 de noviembre de 2011, en el asunto C-548/09 P, se pronuncia sobre la relación entre el Derecho de la Unión Europea y las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

El Tribunal argumenta que las resoluciones del Consejo de Seguridad, como las Resoluciones 1737 (2006) y 1803 (2008), fueron adoptadas en el marco de la Organización de las Naciones Unidas de la que ni la Unión ni la Comunidad son parte. Las posiciones comunes del Consejo en materia de PESC, como las Posiciones Comunes 2007/140 y 2008/479, fueron adoptadas en el marco del Título V del Tratado UE, en su versión anterior al Tratado de Lisboa, de conformidad con su artículo 15. En cuanto a los reglamentos del Consejo, como el Reglamento núm. 423/2007, fueron adoptados en el marco del Tratado CE, que constituye el pilar comunitario de la Unión.

Los actos adoptados en el marco, por una parte, de las Naciones Unidas, y, por otra parte, de la Unión lo son por órganos que cuentan con competencias autónomas, que les son atribuidas por sus cartas básicas, que son los tratados que los crearon.

En la sentencia *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, de septiembre de 2008, asuntos C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. p. I-6351, apartados 241 a 244, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre los vínculos que existen entre una resolución del Consejo de Seguridad y un reglamento comunitario. En particular, declaró, en el apartado 296 de dicha sentencia, que la Comunidad debe tener en cuenta al elaborar medidas comunitarias que tengan por objeto aplicar una resolución del Consejo de Seguridad prevista en una posición común los términos y objetivos de la resolución de que se trate.

Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que debía tenerse en cuenta el texto y el objeto de una resolución del Consejo de Seguridad para la interpretación del reglamento que pretende aplicarla (sentencias de 30 de julio de 1996, *Bosphorus*, C-84/95, Rec. p. I-3953, apartado 14; de 27 de febrero de 1997, *Ebony Maritime y Loten Navigation*, C-177/95, Rec. p. I-1111, apartado 20; de 11 de octubre de 2007, *Möllendorf y Möllendorf-Niehuus*, C-117/06, Rec. p. I-8361, apartado 54; *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, antes citada, apartado 297; de 29 de abril de 2010, *M. y otros*, C-340/08, Rec. p. I-3913, apartado 45; y de 29 de junio de 2010, *E. y F.*, C-550/09, Rec. p. I-0000, apartado 72).

No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado también, sin que ello obste a la primacía de una resolución del Consejo de Seguridad en el plano internacional, que el respeto que se impone a las instituciones comunitarias en relación con las instituciones de las Naciones Unidas no podía conllevar la falta de control de la legalidad del acto comunitario desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario (véase, en este sentido, la sentencia *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, antes citada, apartados 288 y 326).

3. FUENTES

En el período al que se circunscribe esta crónica no ha habido novedades a resaltar en materia de fuentes del Derecho de la Unión. Con todo, dos pronunciamientos del Tribunal de Justicia recuerdan varias reglas hermenéuticas a tener en cuenta.

En primer lugar, la **STJCE de 28 de julio de 2011, As. C-195/09, *Synthon*,** señala que para interpretar una disposición del Derecho de la Unión hay que tener en cuenta el contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte (fundamento 38).

Esta misma idea se repasa en la **STJCE de 22 de septiembre de 2011, As. C-482/09, *Budějovický Budvar*,** vinculándola tanto a la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como al principio de igualdad. En este sentido, cuando una disposición del Derecho de la Unión no se remita expresamente al Derecho nacional para determinar su sentido y alcance será interpretada autónoma y uniformemente en toda la Unión Europea. Y dicha interpretación se hará teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretenda alcanzar (fundamento 29).

Asimismo, para la determinación del significado y alcance de los términos no definidos por el Derecho de la Unión se atenderá al sentido habitual de éstos en el lenguaje corriente, si bien teniendo en cuenta —nuevamente— el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que formen parte (fundamento 39).

Por último, este segundo pronunciamiento del Tribunal de Justicia aclara que la exposición de motivos de un acto del Derecho de la Unión puede precisar su contenido (fundamento 40).

4. RECURSOS

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

Durante el período al cual se ciñe la presente crónica de jurisprudencia observamos que se ha producido un aumento considerable de las sentencias y autos recaídos en recursos de anulación, sobre todo en materia de contratación pública, pero no todos tienen mucha importancia. Entre algunas sentencias que podemos mencionar se encuentra la Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta), de 13 de septiembre de 2011, asunto T-8/09, ***Dredging International y Ondernemingen Jan de Nul/EMSA***, que tiene importancia para clarificar la anulación en la contratación pública.

> «133. Según la jurisprudencia, sólo cabe declarar la admisibilidad de un recurso de anulación promovido por una persona física o jurídica en la medida en que el demandante tenga interés en obtener la anulación del acto impugnado. Un interés de este tipo supone que la anulación de ese acto pueda tener, de por sí, consecuencias jurídicas y que el recurso pueda procurar, por su resultado, un beneficio a la parte que lo haya interpuesto (véase la sentencia del Tribunal de 10 de diciembre de 2009, Antwerpse Bouwwerken/Comisión, T-195/08, Rec. p. II-4439, apartado 33, y jurisprudencia citada).
>
> 134. Ahora bien, cuando la oferta de un licitador es rechazada antes de la fase que precede a la decisión de adjudicación del contrato, de modo que no se ha comparado con otras ofertas, la existencia de un interés por parte del licitador de que se trate en ejercitar la acción contra la decisión de adjudicación del contrato está subordinada a la anulación de la decisión de rechazar su oferta. En efecto, sólo en caso de que se anule esta última decisión la anulación de la decisión de adjudicación del contrato podrá tener, en su caso, consecuencias jurídicas para el licitador cuya oferta fue rechazada antes de la fase que precede a la decisión de adjudicación del contrato y procurarle un beneficio, al suprimir una decisión adoptada al término de una comparación que no incluyó, equivocadamente, su oferta.
>
> 135. En cambio, cuando se desestima la pretensión de anulación de la decisión de rechazar la oferta, la anulación de la decisión de adjudicación del contrato no puede tener conse-

> cuencias jurídicas para el licitador cuya oferta fue rechazada antes de la fase que precede a la decisión de adjudicación. En ese caso, la decisión por la que se rechaza la oferta supone un obstáculo para que el licitador de que se trate resulte afectado por la decisión ulterior de adjudicar el contrato a otro licitador.
>
> 136. Por otra parte, de los apartados 108 y 109 anteriores se desprende que, según la lógica interna de las disposiciones del Reglamento financiero general y de las normas de desarrollo generales relativas a los contratos públicos, no incumbe al licitador cuya oferta fue rechazada antes de la fase que precede a la decisión de adjudicación comprobar la conformidad del conjunto de las ofertas admitidas en dicha fase con los criterios de exclusión y de selección y con el objeto del contrato. Por consiguiente, el licitador de que se trate no puede basar su interés en ejercitar la acción contra la decisión de adjudicación del contrato en la necesidad de llevar a cabo dicha comprobación».

Otra sentencia que guarda relación con la contratación pública es la **Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta), de 20 de septiembre de 2011, asunto T-461/08, *Evropaïki Dynamiki/BEI***, en la cual el Tribunal General recordó la relación existente entre los recursos de anulación y de indemnización. Entre ellos existe una relación directa o, por decirlo con otras palabras, una complementariedad, pues el recurso de indemnización depende de la anulación. En concreto el Tribunal General sostuvo que si se anulara la decisión de adjudicación por parte de un licitador excluido de un contrato público, sin que el poder adjudicador pudiera nuevamente reabrir el procedimiento de licitación, se podrían salvaguardar los intereses de dicho licitador, por ejemplo, mediante una indemnización pecuniaria correspondiente a la pérdida de la posibilidad de resultar adjudicatario del contrato o, si se puede acreditar con certeza que el licitador debía haber resultado adjudicatario del contrato, al lucro cesante.

El Tribunal General (Sala Cuarta) en su **Sentencia de 20 de septiembre de 2011, asuntos T-394/08, T-408/08, T-453/08 y T-454/08, *Regione autonoma della Sardegna/Comisión***, recordó la jurisprudencia constante de que cuando hay actos o decisiones cuya elaboración se lleva a cabo en varias fases, en principio, únicamente constituyen actos impugnables aquellas medidas cuyo objetivo es preparar la decisión final y que fijan definitivamente la posición de la institución al término de ese procedimiento, con exclusión de los trámites intermedios. Igualmente, el Tribunal General (Sala Cuarta), en su **Sentencia de 12 de octubre de 2011, asunto T-38/05, *Agroexpansión/Comisión***, recordó nuevamente que, en el marco de un recurso de anulación, el motivo basado en la falta o insuficiencia de motivación de un acto constituye un motivo de orden público que puede, incluso debe, ser examinado de oficio por el juez de la Unión pudiendo ser invocado por las partes en cualquier fase del procedimiento. En concreto, la motivación debe apreciarse en relación con las circunstancias del asunto y adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate así como debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y que el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. El Tribunal General (Sala Sexta), en su **Sentencia de 12 de octubre de 2011, asunto T-224/10, *Association belge des consommateurs test-achats/Comisión***, recordó que la finalidad del recurso de anulación ante el juez de la Unión es garantizar el respeto del Derecho de la Unión, cualquiera que sea el alcance de los de-

rechos procedimentales y de la tutela judicial que éste confiera, y no, recordemos, como lamentablemente sucede, la de reclamar una tutela eventualmente más amplia que la prevista en un Derecho nacional. Es decir, que los requisitos para la admisibilidad de un recurso de anulación (afectación directa e individualmente por una decisión de la Comisión) no pueden ignorarse por la interpretación del derecho a una tutela judicial efectiva efectuada sin más por la parte demandante.

Respecto a sentencias y autos cuya alguna de las partes ha sido el Reino de España, o instituciones españolas, podemos recordar el Auto del Presidente de la Sala Octava del Tribunal General de 25 de octubre de 2011, asunto T-520/10, Comunidad Autónoma de Galicia contra Comisión Europea apoyada por E.ON Generación, S.L., por la Federación Nacional de Empresarios de Minas de Carbón (Carbunión), por el Reino de España y, finalmente, por la Comunidad Autónoma de Castilla y León, que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión C (2010) 4499 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2010, relativa a la ayuda estatal N 178/2010, notificada por el Reino de España, a favor de la producción de electricidad a partir de carbón procedente de España. En este auto el presidente de la sala octava del Tribunal General resolvió que Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., podía participar en el asunto T-520/10 como parte coadyuvante de la parte demandada.

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

No ha sido éste un período especialmente propicio para los cambios y los matices en lo que concierne al mecanismo prejudicial, ni en lo que atañe al régimen de medidas cautelares comunitario. En efecto, la que viene siendo «reiterada jurisprudencia» del Tribunal de Justicia respecto de ambas materias no ha experimentado variación alguna digna de ser mencionada en los meses que comprende esta crónica.

Ahora bien, ello no es óbice para, cuando menos, repasar algunos de los paradigmas clásicos en lo referido al primero de estos tópicos, esto es, a las cuestiones prejudiciales comunitarias.

Como es ya costumbre en cuanto a esta pieza del sistema jurisdiccional comunitario, *tres* son los elementos de su régimen jurídico que merecen nuestra atención y nuestro comentario, a saber: *a)* la posibilidad (o no) de *reabrir la fase oral* del procedimiento; *b)* el alcance de la *competencia* prejudicial del TJUE; y *c)*, conectado a lo anterior, el siempre delicado argumento de los *motivos de admisibilidad*.

Pues bien, en lo que concierne a las *solicitudes de reapertura de la fase oral* del procedimiento prejudicial, tal vez sea éste un buen momento para recordar: *a)* que no suelen plantearse con demasiada frecuencia y *b)*, asimismo, que casi sistemáticamente son rechazadas (suponemos que con el propósito de no demorar más allá de lo necesario los

procedimientos prejudiciales). De hecho, así ocurre en todos los casos de los que daremos noticia a continuación, en términos, por cierto, casi idénticos.

Así, y en la **STJ de 22 de septiembre de 2011, *Interflora e Interflora British Unit*, as. C-323/09**, ante la petición en tal sentido formulada por una de las partes en el procedimiento (M & S), alegando que las conclusiones del Abogado General se basaban en premisas erróneas y que pasaban por alto los principios relativos al reparto de competencias entre el Tribunal de Justicia y el órgano jurisdiccional remitente (v. apdo. 21 de la sentencia), el propio Tribunal de Justicia responde que (apdo. 22 de la sentencia):

> «Constituye jurisprudencia consolidada que el Tribunal de Justicia puede ordenar de oficio la reapertura de la fase oral, conforme al artículo 61 de su Reglamento de Procedimiento, si considera que no está suficientemente informado o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes…».

Pues bien, y en el presente asunto, el Tribunal de Justicia considera (apdo. 23 de la sentencia): «… *que dispone de todos los elementos necesarios para responder* a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente y que no procede examinar el asunto a la luz de una alegación que no ha sido debatida ante este Tribunal…».

De hecho (v. apdos. 24 y 25 de la sentencia), y en lo que atañe a las críticas sobre el contenido de las conclusiones del Abogado General incluidas en el escrito de solicitud de reapertura de la fase oral del procedimiento: «… procede recordar que, en virtud del artículo 252 TFUE, párrafo segundo, *la función del abogado general consiste en presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas* sobre los asuntos que, de conformidad con el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, requieran su intervención. En el ejercicio de dicha función puede, en su caso, analizar una petición de decisión prejudicial colocándola en un contexto más amplio que el estrictamente definido por el órgano jurisdiccional remitente o por las partes en el litigio principal…». Además: «… *el Tribunal de Justicia no está vinculado por las conclusiones del Abogado General* ni por la motivación que éste desarrolla para llegar a las mismas (…). Lo mismo ocurre con el órgano jurisdiccional remitente, quien, al aplicar la decisión prejudicial del Tribunal de Justicia, no está obligado a seguir el razonamiento expuesto por el Abogado General…».

Habida cuenta, pues, de estas consideraciones y como ya hemos anticipado —y era de suponer—, el Tribunal de Justicia de la Unión entiende que: «… *procede desestimar* la solicitud de M & S de que se reabra la fase oral…».

Un entendimiento al que también llega el máximo órgano jurisdiccional europeo en su **Sentencia de 15 de septiembre de 2011, *Accor*, as. C-310/09**; en su **Sentencia de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, as. C-108/10**; y en su **Sentencia de 28 de julio de 2011, *Synthon*, as. C-195/09**, con base en la misma o similar razón jurídica, por lo que huelga ahora un comentario pormenorizado de ellas.

Sí reviste un mayor interés para nosotros, la **STJ de 10 de noviembre de 2011, *FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais*, as. C-126/10**, referida al segundo de los argumentos que apuntábamos en un principio: *el alcance de la competencia del Tribunal de Justicia* de la Unión.

En efecto, en esta Sentencia (v. apdo. 16), una de las partes en el procedimiento (el Gobierno portugués) alega, *en primer término, que el antedicho Tribunal es incompetente* para pronunciarse acerca de la petición de decisión prejudicial; y, en segundo lugar, sostiene que esta petición es inadmisible por carecer de pertinencia las cuestiones que plantea el órgano judicial remitente.

Centrémonos, pues, y en lo que ahora importa, en la *respuesta del Tribunal de Justicia a la primera* de estas alegaciones. Una respuesta en la que, tras exponer los motivos que esgrime el Gobierno portugués para formular alegación (v. apdo. 17 de la Sentencia), el Tribunal de la Unión nos recuerda (v. apdo. 18 de la Sentencia): *a)* que, en virtud del artículo 267 TFUE, párrafo primero, es competente, en particular, para pronunciarse con carácter prejudicial «… sobre la interpretación de los Tratados…», así como sobre «… la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Unión…»; y *b)* que, en principio, es cierto que el litigio principal versa sobre una disposición de Derecho nacional que se aplica en un contexto puramente nacional (apdo. 19 de la Sentencia).

Ahora bien, la Corte comunitaria también aprecia: *a)* que, *no obstante lo anterior*, de los autos transmitidos al Tribunal se desprende que «… las reestructuraciones nacionales y transfronterizas [a las que se refiere este asunto] están sujetas, con arreglo al artículo 67 del CIRC, al mismo régimen fiscal por lo que respecta a las fusiones y que la norma que permite denegar dicho régimen fiscal cuando no existen motivos económicos válidos, prevista en el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, debe aplicarse igualmente a las situaciones puramente internas…» (apdo. 20 de la sentencia); y *b)* que, según su reiterada jurisprudencia en la materia, 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 (v. apdo. 21 de la sentencia).

A ello, el Tribunal de Justicia no se olvida de añadir lo más elemental (v. apdo. 22 de la sentencia), esto es, que corresponde únicamente 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.

A la luz, pues, de estas consideraciones y como no podía ser de otra forma, la Corte europea resuelve que: «... *el Tribunal de Justicia es competente* para responder a las cuestiones planteadas por el Supremo Tribunal Administrativo relativas a la interpretación de las disposiciones de la Directiva 90/434, aunque éstas no regulan directamente la situación controvertida en el litigio principal…» (v. apdo. 23 de la sentencia).

Una conclusión a la que el Tribunal de Justicia de la Unión llega también, y por razones casi idénticas, en su **Sentencia de 15 de septiembre de 2011, *Gueye*, as. ac., C-1/10 y C-483/09**.

Ahora bien, esta última sentencia no nos importa aquí tanto por lo que atañe y añade al debate acerca del alcance de la competencia de este Tribunal —más bien poco— cuan-

to por el hecho de que, junto con otras muchas, constituye un pronunciamiento que nos permite inaugurar y abordar el tercero de los argumentos apuntados al comienzo de esta crónica: *los motivos de inadmisión de las cuestiones prejudiciales*.

En efecto, como de costumbre, las razones o motivos de inadmisión de las peticiones prejudiciales han ocupado buena parte del tiempo y de la labor del Tribunal de Justicia. Así, y tan sólo en el período comprendido en esta crónica, la Corte comunitaria ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto: en la **Sentencia de 27 de octubre de 2011, *Tanoarch*, as. C-504/10**; en la **Sentencia de la misma fecha, *Deli Ostrich*, as. C-559/10**; en la **Sentencia de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising*, as. ac. C-161/10 y C-509/09**; en la **Sentencia de 20 de octubre de 2011, *Interedil*, as. C-396/09**; en la **Sentencia de 28 de julio de 2011, *Lidl & Companhia*, as. C-106/10**; en la **Sentencia de 18 de octubre de 2011, *Boxus y Roua*, as. ac. C-135/09 y C-128/09**; en la **Sentencia de 15 de septiembre de 2011, *Unio de Pagesos de Catalunya*, as. C-177/10**; en la ya citada **Sentencia de 15 de septiembre de 2011, *Gueye*, as. ac. C-1/10 y C-483/09**; pero, sobre todo y fundamentalmente, en la **Sentencia de 8 de septiembre de 2011, *Paint Graphos*, as. ac. C-80/08 y C-78/08**. Y decimos «sobre todo y fundamentalmente» porque esta última sentencia resulta especialmente atractiva para nosotros, dado que representa uno de los escasos supuestos en los que —siquiera de manera parcial—, el Tribunal de Justicia aprecia la existencia de un motivo o razón de inadmisión, limitándose a declararla.

Así es, en la Sentencia de 8 de septiembre de 2011 y si bien tan sólo respecto de la tercera y cuarta de las cuestiones prejudiciales planteadas (las otras dos las acepta), el Tribunal de Justicia de la Unión declara su inadmisión con base en la siguiente lógica.

Para comenzar (v. apdo. 29 de la sentencia), la Corte comunitaria nos informa de que *una de las partes* en el procedimiento (*Paint Graphos, Adige Carni*), así como la práctica totalidad de los gobiernos que han presentado observaciones al Tribunal de Justicia (excepción hecha del Gobierno francés), junto con la Comisión, *albergan dudas* acerca de la admisibilidad de las presentes peticiones de decisión prejudicial; o, al menos, de alguna de ellas (la tercera y la cuarta).

Pues bien, a continuación y en primer lugar, *el Tribunal de Justicia nos recuerda* (apdo. 30 de la sentencia) que, en el marco de un procedimiento con arreglo al antiguo artículo 267 del TFUE, *corresponde exclusivamente al juez nacional* (que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse) apreciar, a la luz de las particularidades del asunto: «… tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia…». Así, y cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia *está «… en principio…» obligado a pronunciarse* (v., entre otras, la Sentencia de 10 de junio de 2010, *Bruno y otros*, C 395/08 y C 396/08). Porque sucede que (apdo. 31 de la sentencia que ahora nos ocupa) las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión, planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad (y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia): «… *disfrutan de una presunción de pertinencia*…».

De todo ello resulta, a su vez, que: «… *la negativa* del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional *sólo es posible cuando* resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho

de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas…».

Esto último abre la puerta a que, *en algunos supuestos excepcionales* (v. apdo. 32 de la sentencia), corresponda al Tribunal de Justicia examinar las circunstancias en las que el juez nacional se dirige a él. Porque ocurre que el espíritu de colaboración que debe presidir el funcionamiento de la remisión prejudicial *no ha de hacernos olvidar que, por su parte, el juez nacional ha de tener en cuenta la función que le ha sido confiada al Tribunal de Justicia*, y que es la de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros: «… *no la de formular opiniones consultivas* sobre cuestiones generales o hipotéticas…».

Habida cuenta de lo anterior, y en lo atinente a las (cuatro) remisiones prejudiciales objeto de la sentencia que ahora nos ocupa (v. apdo. 33 de la misma), el órgano jurisdiccional nacional pregunta, mediante *las dos primeras*, si ciertas ventajas fiscales de Derecho interno a favor de un cierto tipo de cooperativas son compatibles (o no) con el Derecho de la Unión; y, en particular, si dichas ventajas pueden calificarse de «ayudas de Estado» con arreglo al antiguo artículo 87 del TCE, apartado 1.

Pues bien, respecto de estas dos primeras cuestiones, el Tribunal de Justicia de la Unión considera que están redactadas de modo que se refieren a la compatibilidad de sendas previsiones de una norma interna (los artículos 10 y 12 del DPR italiano núm. 601/1973) con las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión (v. apdo. 36 de la sentencia). De lo que deduce, a su vez, que responden a la lógica clásica del mecanismo prejudicial y que, por tanto: «… deben admitirse…» (v. apdo. 37 de la sentencia).

Sin embargo, y por lo que respecta a *la tercera cuestión* (v. apdo. 39 de la misma), la Corte comunitaria señala que el órgano jurisdiccional interno (en este caso la *Corte suprema di cassazione*) hace en ella referencia a modificaciones legislativas que tuvieron lugar: «… *después de producirse los hechos* del litigio principal…». Más aún, la referencia a otra de las leyes internas (la Ley núm. 311 de 2004) contenida en dicha cuestión prejudicial: «… *carece de pertinencia* para resolver los litigios de los que el órgano jurisdiccional remitente conoce…» (v. este mismo apdo. 39 de la sentencia). Por consiguiente: «… *la tercera cuestión es inadmisible*…».

Una inadmisibilidad, y un motivo para ella, que *el Tribunal de Justicia también aprecia en el caso de la cuarta cuestión planteada*. Así es, por lo que respecta a la cuarta remisión prejudicial (v. apdos. 40 y 41 de la sentencia), relativa al eventual abuso de derecho cometido por las sociedades de que se trata en los litigios principales, la Curia comunitaria nos recuerda también que: «… según reiterada jurisprudencia (…), los justiciables *no pueden prevalerse de las normas del Derecho de la Unión de forma abusiva o fraudulenta*…». Y, sin embargo, ha quedado acreditado en el procedimiento principal que las ventajas otorgadas en aplicación de la norma interna (el DPR núm. 601/1973) a las sociedades cooperativas de que se trata: «… han sido exclusivamente establecidas por el Derecho interno italiano y no por el Derecho de la Unión…».

Por consiguiente (v. apdo. 42 de la sentencia), queda excluido que se haya vulnerado el principio de prohibición del abuso de derecho con arreglo al Derecho de la Unión y, asi-

mismo, «… *que la cuarta cuestión prejudicial planteada no tiene por objeto la interpretación del Derecho de la Unión*…», por lo que el Tribunal de Justicia: «… *no es competente* para pronunciarse sobre ella…».

En resumen, y como ya antes hemos apuntado, estamos ante una de esas contadas ocasiones en las que el Tribunal de Justicia aprecia la existencia de uno de los motivos «excepcionales» de inadmisión alegados por las partes y no entra a conocer, ni da respuesta, a la cuestión prejudicial planteada.

E) Medidas cautelares

A diferencia de lo ocurrido en cuanto al mecanismo prejudicial, nada cabe señalar en materia de medidas cautelares, pues ninguna de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión ha abordado esta temática durante el período que comprende esta crónica.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 25 de julio al 21 de noviembre de 2011), tan solo han habido dos pronunciamientos en esta materia. Del primero de ellos no pudimos dar cuenta en el número anterior de esta Revista, por haberlo cerrado a fecha 25 de julio y no haberse publicado aún esta sentencia. Se trata de la **STJUE (Sala Primera) de 28 de julio de 2011, *Orifarm y otros* (asuntos acumulados C-400/09 y C-207/10)**, en la cual se dirime una cuestión prejudicial en materia de etiquetaje de medicamentos. En concreto, el artículo 7.2 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, y más concretamente el «Agotamiento del derecho conferido por la marca». El litigio se planteaba respecto al suministro de medicamentos en Dinamarca. Sin abundar en detalles, se centraba en la existencia de empresas que «fabricaban» el medicamento y otras que simplemente lo reenvasaban para su comercialización, pero sin aludir a la empresa que lo reenvasaba, ni citar este aspecto, por lo que la demanda se interpuso por la empresa fabricante del medicamento.

Ya existía jurisprudencia comunitaria sobre esta materia; en particular, las Sentencias de 23 de mayo de 1978, *Hoffmann La Roche* (102/77); de 3 de diciembre de 1981, *Pfizer* (1/81), y de 11 de julio de 1996, *Bristol Myers Squibb y otros* (C 427/93, C 429/93 y C 436/93) y *MPA Pharma* (C 232/94). En estas sentencias, el Tribunal de Justicia precisó las condiciones en que un importador paralelo puede comercializar medicamentos reenvasados que llevan una marca, sin que el titular de la marca pueda oponerse a ello.

Según el Tribunal, el artículo 7.2 de la Directiva sobre marcas «debe interpretarse en el sentido de que no permite al titular de una marca correspondiente a un producto farmacéutico, que es objeto de importaciones paralelas, oponerse a la comercialización ulterior de ese producto reenvasado basándose únicamente en que en el nuevo embalaje figura como reenvasador, no la empresa que, por encargo, efectivamente reenvasó el antedicho producto y que dispone de una autorización para llevar a cabo esta operación, sino la empresa que es

titular de la autorización de comercialización del referido producto, bajo cuyas instrucciones se realizó el reenvasado y que asume la responsabilidad de éste».

En segundo lugar la **STJUE (Sala Quinta), de 6 de octubre de 2011 *Bonnarde* (asunto C-443/10)** en la cual se dirime una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial francés en la concreta materia de matriculación de vehículos. En concreto, la interpretación de los artículos 34 y 36 TFUE así como del artículo 1 de la Directiva 1999/37/CE del Consejo, de 29 de abril de 1999, relativa a los documentos de matriculación de los vehículos, modificada por la Directiva 2003/127/CE de la Comisión, de 23 de diciembre de 2003. La cuestión la plantea la negativa de las autoridades francesas a conceder una subvención (regulada en una ley francesa y llamada «prima ecológica» para vehículos limpios) por un automóvil comprado en otro Estado.

La normativa francesa fue declarada contraria al Derecho comunitario. Para el Tribunal, los artículos 34 y 36 TFUE se oponen a una normativa de un Estado miembro que exige, para la concesión de la ayuda denominada «prima ecológica del medio ambiente» al matricular en dicho Estado miembro vehículos de demostración importados, que en el primer permiso de circulación de tales vehículos figure la mención «vehículo de demostración».

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

En el período analizado (del 25 de julio al 21 de noviembre de 2011), ha habido un total de 3 sentencias del TJUE en esta materia.

En primer lugar, **la STJUE (Sala Segunda), de 15 de septiembre de 2011, *Olivier Halley y otros* (asunto C-132/10)**, que también tiene como origen una cuestión prejudicial de un órgano judicial belga sobre los derechos de sucesión adeudados por unas acciones nominativas de una empresa cuya dirección efectiva no estaba establecida en Bélgica. Se enjuiciaba el impuesto de sucesiones belga.

Al respecto se reitera una jurisprudencia ya consolidada que, para determinar si una normativa nacional se inscribe en el ámbito de una u otra de las libertades de circulación, procede tomar en consideración el objeto de la legislación de que se trate (Sentencias de 24 de mayo de 2007, *Holböck*, C-157/05 y de 17 de septiembre de 2009, *Glaxo Wellcome*, C-182/08).

El Tribunal declara la incompatibilidad de la legislación belga sobre sucesiones con el Derecho comunitario, e impone que el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que en materia de derechos de sucesión establece un plazo de prescripción de diez años para la valoración de acciones nominativas de una sociedad de la que el causante era accionista y cuya dirección efectiva está establecida en otro Estado miembro, mientras que ese mismo plazo es de dos años cuando la dirección efectiva está establecida en el primer Estado miembro.

En segundo lugar, la **STJUE (Sala Segunda), de 13 de octubre de 2011, *Leo Apelt* (asunto C-224/10)** en la cual se formula desde Alemania una cuestión prejudicial relativa al permiso de conducir. En concreto, al Sr. Apelt se le abrió un procedimiento penal por conducir bajo los efectos del alcohol y, antes de que caducase la condena de retirada del permiso, obtuvo un nuevo permiso en la República Checa. Como es sabido, la Directiva 91/439/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el permiso de conducción (DO L 237, p. 1), en su versión modificada por la Directiva 2000/56/CE de la Comisión, de 14 de septiembre de 2000, equipara entre sí todos los permisos de conducción expedidos por los distintos Estados miembros.

Pues bien, el Tribunal señala que los artículos 1.2; 1.5.1.a); 7.1.b); 8.2 y 8.4, de la citada Directiva 91/439/CEE, no se oponen a que un Estado miembro de acogida deniegue el reconocimiento de un permiso de conducción para vehículos de las categorías B y D expedido por otro Estado miembro, en primer lugar, cuando al titular de dicho permiso de conducción le fue concedida una autorización para conducir vehículos de categoría B incumpliendo el requisito de residencia normal y con posterioridad a que su permiso de conducción expedido por el primer Estado miembro fuera objeto de una medida de retención por los servicios de policía de ese primer Estado miembro pero antes de que se adoptara en dicho Estado una medida de retirada judicial de la autorización para conducir y, en segundo lugar, cuando el titular del citado permiso de conducción obtuvo una autorización para conducir vehículos de categoría D después de la adopción de la mencionada medida de retirada judicial y una vez expirada la prohibición de expedir un nuevo permiso de conducción.

Por último, la **STJUE (Sala Primera) de 10 de noviembre de 2011, *Comisión/Portugal* (asunto C-212/09)** enjuicia el tema, ya tratado en otras ocasiones respecto de otros Estados, del mantenimiento de un control estatal respecto de la compañía portuguesa de Carburantes Galp a través de la «acción de oro» (*golden shares*), a pesar de haber sido formalmente privatizada.

El Tribunal en este caso sólo reitera su jurisprudencia anterior, para terminar declarando el incumplimiento portugués de las obligaciones del artículo 56 TCE, al mantener en GALP Energia, SGPS S.A. derechos especiales como los previstos en la Ley portuguesa núm. 11/90 (Ley marco de las privatizaciones), de 5 de abril de 1990, en el Decreto-Ley núm. 261 A/99, por el que se aprueba la primera fase del proceso de privatización del capital social de GALP, de 7 de julio de 1999, y los estatutos de esa sociedad en favor del Estado portugués y de otras entidades públicas, atribuidos en relación con acciones privilegiadas (*golden shares*) poseídas por dicho Estado en el capital social de la referida sociedad.

b) Libertad de establecimiento

El período analizado (del 15 mayo al 25 de julio de 2011) ha vuelto a ser especialmente prolífico en esta materia, habiéndose dictado un total de seis sentencias:

En primer lugar, la **STJUE (Sala Cuarta), de 15 de septiembre de 2011, *Dickinger y Ömer* (asunto C-347/09)** trata un tema que ya ha sido objeto de análisis en anteriores números de esta Revista. Esta vez la cuestión prejudicial proviene de Austria, se refiere a

la libre prestación de servicios que en materia de apuestas se realiza por Internet, y que choca con el viejo privilegio del monopolio del juego en manos de los Estados. Véanse, a este respecto, las Sentencias de 9 de septiembre de 2010, *Engelmann*, C 64/08; de 8 de septiembre de 2010, *Stoß y otros*, asuntos acumulados C 316/07, C 358/07 a C 360/07, C 409/07 y C 410/07; de 3 de junio de 2010, *Sporting Exchange*, C 203/08; de 8 de septiembre de 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International*, C 42/07 y de 30 de junio de 2011, *Zeturf*, C 212/08 (esta última es objeto de comentario en el anterior número de esta Revista).

A la vista de ello el tribunal termina señalando que:

> «1) El Derecho de la Unión, y en particular el art. 49 TCE, 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 nacional controvertida en el litigio principal, si dicha normativa no es conforme a las disposiciones de aquel Derecho.
>
> 2) El art. 49 TCE debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a los servicios de juegos de azar comercializados por Internet en el territorio de un Estado miembro de acogida por un operador establecido en otro Estado miembro a pesar de que dicho operador: se haya dotado en el Estado miembro de acogida de una determinada infraestructura de soporte informático como un servidor, y utilice servicios de soporte informático de un prestador de servicios establecido en el Estado miembro de acogida para prestar sus servicios a consumidores también establecidos en dicho Estado miembro.
>
> 3) El art. 49 TCE debe interpretarse en el sentido de que:
>
> a) 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;
>
> b) 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:
>
> — basarse 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, y
> — permitir únicamente una publicidad moderada y que se limite a lo estrictamente necesario para orientar a los consumidores hacia las redes de juego autorizadas;
>
> c) 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».

En segundo lugar, la **STJUE (Sala Tercera) de 22 de septiembre de 2011, *Mesopotamia Broadcast* (asuntos acumulados C-244/10 y C-245/10)**, en la cual se dirimen dos cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de 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 concreto, el litigio tiene como trasfondo la facultad de un Estado miembro (en este caso Alemania) de prohibir en su territorio la actividad de un organismo de radiodifusión televisiva establecido en otro Estado miembro (en el caso enjuiciado, Dinamarca), respecto de unas emisiones por cable en lengua kurda, y, en concreto, respecto del Partido De los Trabajadores del Kurdistán, considerado por la Unión Europea «organización terrorista».

El Tribunal precisa cómo debe interpretarse la Directiva; en concreto, el artículo 22 bis de la Directiva 89/552/CEE debe interpretarse en el sentido de que hechos como los controvertidos en los litigios principales, comprendidos en el ámbito de aplicación de una disposición nacional que prohíbe el menoscabo del entendimiento entre los pueblos, deben considerarse incluidos en el concepto de «incitación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad». Dicho artículo no se opone a que un Estado miembro adopte, en virtud de una normativa general como la Ley alemana de asociaciones de 5 de agosto de 1964 (modificada por la Ley de 21 de diciembre de 2007) medidas con respecto a un organismo de radiodifusión televisiva establecido en otro Estado miembro basándose en que las actividades y los objetivos de dicho organismo vulneran la prohibición de menoscabo del entendimiento entre los pueblos, siempre que dichas medidas no impidan la retransmisión propiamente dicha en el territorio del Estado miembro de recepción de las emisiones de radiodifusión televisiva realizadas por dicho organismo desde el otro Estado miembro, cuestión que deberá ser comprobada por el órgano jurisdiccional nacional.

En tercer lugar, la **Sentencia de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League y otros* (asuntos acumulados C-429/08 y C-403/08)** analiza un tema que ha aparecido, desde otras perspectivas, también de manera recurrente en materia de libre prestación de servicios. Nos referimos a la colisión que se produce entre el derecho de propiedad intelectual (regulado en numerosos convenios internacionales) y la emisión vía satélite de imágenes de televisión, en concreto de los partidos de la liga de fútbol inglesa, y la normativa comunitaria, compuesta básicamente por la «Directiva de televisión sin fronteras» (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) y la «Directiva sobre la radiodifusión vía satélite» (Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable).

El Tribunal realiza al respecto un total de 8 precisiones:

> «1) El concepto de "dispositivo ilícito", a los efectos del art. 2.e), de la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso, debe interpretarse en el sentido de que no comprende ni los decodificadores extranjeros —que

dan acceso a los servicios de radiodifusión vía satélite de un organismo de radiodifusión, se fabrican y se comercializan con la autorización de dicho organismo, pero se utilizan, sin tener en cuenta la voluntad de este último, fuera de la zona geográfica para la que fueron entregados—, ni aquellos obtenidos o activados facilitando un nombre y un domicilio falsos, ni los utilizados incumpliendo una limitación contractual que permita su uso únicamente para fines privados.

2) El art. 3, apartado 2, de la Directiva 98/84 no se opone a una normativa nacional que impide la utilización de los decodificadores extranjeros, incluidos aquellos obtenidos o activados facilitando un nombre y un domicilio falsos o los utilizados incumpliendo una limitación contractual que permita su uso únicamente para fines privados, al no estar comprendida tal normativa en el ámbito coordinado por dicha Directiva.

3) El art. 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que:

— este artículo se opone a una normativa de un Estado miembro que convierte en ilegales la importación, la venta y la utilización en ese Estado de decodificadores extranjeros que permiten el acceso a un servicio codificado de radiodifusión vía satélite procedente de otro Estado miembro que comprende los objetos protegidos por la normativa del primer Estado;

— esta conclusión no se ve invalidada ni por el hecho de que el decodificador extranjero se haya obtenido o activado facilitando un nombre y un domicilio falsos, con la intención de eludir la restricción territorial en cuestión, ni por el hecho de que dicho dispositivo se utilice con fines comerciales aunque estuviese reservado para un uso privado.

4) Las cláusulas de un contrato de licencia exclusiva celebrado entre un titular de derechos de propiedad intelectual y un organismo de radiodifusión constituyen una restricción de la competencia prohibida por el art. 101 TFUE, porque imponen a dicho organismo la obligación de no proporcionar decodificadores que permitan el acceso a los objetos protegidos de ese titular para su utilización en el exterior del territorio cubierto por dicho contrato de licencia.

5) El art. 2, letra a), de la Directiva 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, debe interpretarse en el sentido de que el derecho de reproducción se extiende a los fragmentos transitorios de las obras creados en la memoria de un decodificador de la señal vía satélite y en una pantalla de televisión, siempre que dichos fragmentos contengan elementos que expresen la creación intelectual propia de los autores de que se trate, debiendo examinarse el conjunto de fragmentos que se reproducen simultáneamente con el fin de comprobar si contienen tales elementos.

6) Los actos de reproducción como los controvertidos en el asunto C-403/08, realizados en la memoria de un decodificador de la señal vía satélite y en una pantalla de televisión, reúnen los requisitos que establece el art. 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29 y, por tanto, pueden realizarse sin la autorización de los titulares de derechos de autor afectados.

7) El concepto de "comunicación al público" a efectos del art. 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que comprende la transmisión de obras difundidas mediante una pantalla de televisión y altavoces a los clientes presentes en un establecimiento de restauración.

8) La Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, debe interpretarse en el sentido de que no incide sobre la licitud de los actos de reproducción realizados en la memoria de un decodificador de la señal vía satélite y en una pantalla de televisión».

En cuarto lugar, la **STJUE (Sala Octava) de 13 de octubre de 2011** ***Waypoint Aviation*** **(asunto C-9/11)** tiene también su origen en una cuestión prejudicial, y analiza la compatibilidad con el derecho comunitario de una normativa fiscal belga en materia de crédito fiscal en relación con ingresos procedentes de préstamos concedidos para la adquisición de bienes utilizados en el territorio nacional. No nos resulta posible dar todos los detalles del litigio; pero por resumir podemos decir que desde 1983 existía en Bélgica un régimen fiscal específico para sociedades que obedecen a determinados criterios, denominadas «centros de coordinación». El asunto se planteó respecto del arrendamiento de unas aeronaves.

El tribunal declara la incompatibilidad del derecho belga con el derecho comunitario, precisando que el artículo 49 TCE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que prevé la concesión de un crédito fiscal, en relación con los ingresos procedentes de préstamos concedidos a determinadas sociedades para la adquisición de bienes nuevos utilizados en el territorio nacional, con sujeción al requisito de que la sociedad que adquiera el bien gracias al préstamo que da derecho al crédito fiscal o cualquier otra sociedad que forme parte del mismo grupo no ceda el derecho de uso del bien a terceros que no sean los miembros de dicho grupo establecidos en ese Estado miembro.

La **STJUE (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011,** ***Express Line*** **(asunto C-148/10)** se refiere a la compatibilidad también del Derecho belga con la liberalización de los servicios postales, establecida por la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio. En concreto se enjuicia el pago de una tasa exigida a la recurrente (la empresa privada Express Line) por el servicio del Defensor del Usuario del sector postal. El Tribunal considera esta tasa compatible con el Derecho comunitario, por cuanto no se opone a una normativa nacional que somete obligatoriamente a los proveedores de servicios postales no incluidos en el servicio universal a un procedimiento externo de tramitación de las reclamaciones de los usuarios de estos servicios.

Por último, la **STJUE (Sala Tercera) de 27 de octubre de 2011,** ***Comisión/Portugal*** **(asunto C-255/09)** declara incompatible con el derecho comunitario la normativa portuguesa por omisión, por no regular expresamente los requisitos para el reembolso de los gastos médicos efectuados en el extranjero.

El incumplimiento por parte de Portugal se declara por cuanto esta omisión supone infracción de las obligaciones asumidas en virtud del artículo 49 TCE, al no prever, salvo en las circunstancias previstas en el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajado-

res por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, según su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, y modificado por el Reglamento (CE) núm. 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de de 2006, la posibilidad del reembolso de los gastos realizados en otro Estado miembro por la asistencia médica no hospitalaria que no requiere la utilización de equipos materiales pesados y onerosos enumerados de manera limitativa en la legislación nacional, o, en los casos establecidos en el Decreto-ley portugués núm. 177/92, de 13 de agosto de 1992, que regula los requisitos para el reembolso de los gastos médicos efectuados en el extranjero, reconoce la posibilidad de reembolso de los gastos por la referida asistencia, al someter su reembolso a la concesión de una autorización previa.

C) Libre circulación de trabajadores

a) Igualdad de trato

La **STJUE de 6 de octubre de 2011, *Graf*, as. C-506/10** tiene ocasión de analizar si determinada legislación alemana vulnera el principio de igualdad de trato establecido en el artículo 15, apartado 1, del anexo I del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999.

La disposición controvertida se contenía en una Ley del Land de Baden-Wurtemberg que permitía a las autoridades alemanas prohibir contratos de arrendamiento de fincas rústicas si las parcelas arrendadas se utilizaban para el cultivo de productos agrícolas que fuesen a exportarse exentos del derecho de aduana. El objeto de la medida era impedir que los productos obtenidos en Alemania se vendiesen fuera de este Estado percibiendo el agricultor una remuneración más elevada de la que se percibiría en el mercado nacional.

Pues bien, el Tribunal de Justicia parte de que la medida, si bien no es directamente discriminatoria, perjudica principalmente a los agricultores suizos. Y que lo hace sin que se justifique por razón alguna de las previstas en el Acuerdo, ya que no lo está la distorsión de la competencia —invocada por las autoridades alemanas—, y ni la ordenación del territorio ni el reparto racional de los terrenos agrícolas pueden estar comprendidas en el concepto de «carácter público» que reconoce dicho acuerdo.

Por su parte, la **STJUE de 15 de septiembre de 2011, *Shulz-Delzers*, as. C-240/10,** no considera que vulnere la igualdad de trato determinada disposición de la Ley del impuesto de la renta alemana que declara exentos los complementos salariales que perciben los funcionarios alemanes que trabajan en el extranjero. Sin embargo, no se consideran totalmente exentos —ya que sirven para determinar el tipo impositivo— los complementos salariales que perciben los funcionarios de otros Estados miembros que trabajan en Alemania. Para el Tribunal de Justicia no se produce la invocada discriminación porque las situaciones señaladas carecen de carácter comparable. El Tribunal europeo considera razonable que no se graven aquellos complementos salariales que no tienen por objeto sino permitir al beneficiario mantener las mismas condiciones de vida que disfrutaba en Alemania, a pesar de que el coste de la vida sea superior en el extranjero, dado que estos complementos no incrementan

la capacidad contributiva del sujeto pasivo. Sin embargo, en el litigio principal, se produce la circunstancia de que la persona que invoca la igualdad de trato es una nacional francesa. Dado que el coste de la vida en Alemania es más elevado que en Francia, los complementos discutidos, efectivamente, incrementan la capacidad contributiva de la interesada, por lo que para el TJUE es razonable que incrementen la progresividad del impuesto.

b) Límites

La legislación búlgara prevé que en el caso de impago de deudas tributarias o de la seguridad social se prohíba al deudor o a los miembros de sus órganos de control o de gestión salir del país. Pues bien, a través de una cuestión prejudicial suscitada en el marco del litigio que emprende el Sr. Aladzhoz cuando, por impago de unas deudas de la sociedad de la que es gerente, se le prohíbe salir de su país, el TJUE tiene ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad de dicha norma con la libre circulación de ciudadanos de la Unión.

La **STJUE de 17 de noviembre de 2011, *Aladzhov*, as. C-434/10,** declara que para que el Derecho de la Unión no se oponga a una medida nacional como la que ha impedido al Sr. Aladzhov salir del territorio nacional, de la cual consta que no se ha adoptado por razones de seguridad pública o de salud pública, debe demostrarse que se ha adoptado por razones de orden público, con la condición, además, de que éstas no se hayan invocado con fines económicos. Y en este sentido, no se puede decir que el Tribunal haya sido demasiado rotundo al afirmar (apartados 37 y 38) que:

> «Es cierto que no cabe excluir por principio, como ha reconocido además el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase la sentencia *Riener c. Bulgaria*, antes citada, § 114 a 117), que la falta de pago de deudas fiscales pueda entrar en conflicto con las exigencias del orden público. Sin embargo, sólo podría ser así, atendiendo a las reglas del Derecho de la Unión sobre la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, en caso de amenaza real, actual y suficientemente grave que afectara a un interés fundamental de la sociedad, y que guardara relación, por ejemplo, con la importancia de las cantidades afectadas o con las necesidades de la lucha contra la elusión fiscal.
>
> Además, como quiera que el cobro de los créditos públicos, en particular el de los impuestos, trata de asegurar la financiación de las actuaciones del Estado miembro interesado, en función de opciones que constituyen la expresión de su política general en materia económica y social (véase en ese sentido la Sentencia de 6 de septiembre de 2011, Lady & Kid y otros, C-398/09, Rec. p. I-0000, apartado 24), las medidas adoptadas por las autoridades públicas para garantizar ese cobro tampoco pueden considerarse, por principio, como adoptadas exclusivamente con fines económicos, en el sentido de las disposiciones del artículo 27, apartado 1, de la Directiva 2004/38».

Ahora bien, como declara la sentencia, una disposición legislativa o reglamentaria nacional que atribuyera carácter automático a una decisión de prohibición de salida del territorio por el solo hecho de la existencia de una deuda fiscal, sin tener en cuenta el comportamiento personal del individuo afectado, no respondería a las exigencias del Derecho de la Unión. Por tanto, se puede concluir que la norma no es en sí incompatible con el Derecho de la Unión, aunque sí puede serlo su aplicación.

D) Libre circulación de capitales

a) Ventajas fiscales

Durante el período examinado, han sido tres las sentencias que han analizado si determinadas ventajas fiscales vulneraban la libre circulación de capitales. Y las tres han declarado que se producía una conculcación del Derecho de la Unión.

En primer lugar, la **STJUE de 15 de septiembre de 2011, C-310/09, *Ministre du Budget*,** en virtud de una cuestión prejudicial analiza el régimen fiscal francés de tributación de las sociedades matrices vigente en el período 1999-2001. El Tribunal concluye que los artículos 49 TFUE y 63 TFUE se oponen a una normativa como la francesa que permite que una sociedad matriz impute a la retención que debe practicar, al redistribuir entre sus accionistas los dividendos pagados por sus filiales, el crédito fiscal vinculado a la distribución de tales dividendos si proceden de una filial establecida en ese Estado miembro, pero no otorga esta facultad si los dividendos proceden de una filial establecida en otro Estado miembro, en la medida en que, en este último supuesto, dicha normativa no confiera ningún derecho a un crédito fiscal vinculado a la distribución de los referidos dividendos por la filial de que se trate.

En segundo lugar, la STJUE de 6 de octubre de 2011, C-493/09, Comisión c. República portuguesa, ha declarado que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 63 TFUE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, al reservar el beneficio de la exención del impuesto sobre sociedades únicamente a los fondos de pensiones residentes en el territorio portugués. La normativa controvertida establecía que para que no estén gravados por el impuesto de sociedades los dividendos distribuidos por sociedades establecidas en el territorio portugués entre fondos de pensiones debían cumplir dos requisitos. Por una parte, debían pagarse a fondos de pensiones constituidos y que desarrollasen su actividad con arreglo al Derecho portugués. Por otra, tales dividendos debían distribuirse sobre la base de participaciones sociales que ininterrumpidamente hubieran permanecido en poder de un mismo fondo de pensiones durante un período mínimo correspondiente al año anterior a la fecha de su puesta a disposición o se hubiesen conservado durante el tiempo necesario para que dicho plazo se cumpla. Como reconoce el Tribunal de Justicia, debido al primer requisito establecido en la normativa lusa, la inversión que puede realizar en una sociedad portuguesa un fondo de pensiones no residente es menos atractiva que la inversión que podría realizar un fondo de pensiones residente. En efecto, únicamente en el primer caso los dividendos distribuidos por la sociedad portuguesa se gravarán al 20 por 100 en concepto de impuesto de sociedades aunque sean imputables a participaciones sociales que hubieran estado en poder de ese fondo durante un período mínimo correspondiente al año anterior a la fecha de su puesta a disposición. El efecto de esta diferencia de trato es disuadir a los fondos de pensiones no residentes de invertir en sociedades portuguesas y a los ahorradores residentes en Portugal de invertir en tales fondos de pensiones.

Finalmente, la **STJUE de 20 de octubre de 2011, C-284/09, *Comisión contra Alemania*,** ha declarado que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, apartado 1, al someter los dividendos distribuidos a sociedades establecidas en otros Estados miembros, cuando no se alcanza

determinado umbral de participación, a una imposición más elevada en términos económicos que la que grava los dividendos distribuidos a sociedades cuyo domicilio está en el territorio de ese Estado miembro. Además, ha declarado que este Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 40 del Acuerdo EEE, de 2 de mayo de 1992, al someter los dividendos distribuidos a sociedades establecidas en la República de Islandia y en el Reino de Noruega a una imposición más elevada en términos económicos que la que grava los dividendos distribuidos a sociedades cuyo domicilio está en el territorio de ese Estado miembro.

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

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. PROCESOS CONSTITUCIONALES.

   A) Recurso de inconstitucionalidad.
   B) Cuestión de inconstitucionalidad.
   C) Recurso de amparo.

   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 en un asunto electoral: *aplicación de la regla de atribución de concejales en los casos de empate numérico de votos entre las fuerzas concurrentes (art. 163.1.d) LOREG en relación con el art. 23.1 CE]*.

   a.2) Admisión por cambio normativo en la configuración del contenido del derecho fundamental (art. 96.2 LOREG): asunto electoral; *ante las marcas introducidas en las papeletas electorales hay que estar a la efectiva voluntad del elector*.

   a.3) Admisión por tratarse de un asunto electoral.

   a.4) Admisión por desconocimiento manifiesto del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional.

   a.5) Admisión por vulneración de derechos de índole procesal con incidencia en el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE).

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.

   A) Personal al servicio de la Administración de Justicia (art. 149.1.5 CE): incidencia del ejercicio de las competencias estatales en la suficiencia financiera de las Comunidades Autónomas.
   B) Aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.22.ª CE): interpretación del Estatuto de Aragón sobre reservas de aguas de la cuenca del Ebro.
   C) Alcance de las normas básicas sobre órganos rectores de las cajas de ahorros (art. 149.1.11.ª y 13.ª CE): nulidad parcial de los preceptos de la ley estatal que regulan las condiciones de reelección y limitan temporalmente la duración del mandato de los miembros de los órganos rectores de las cajas de ahorro.
   D) Nulidad de los preceptos que incluyen en el ámbito de aplicación de la ley autonómica a las fundaciones constituidas por personas jurídicas del sector público estatal.

E) 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.

F) Ordenación general de la economía (art. 149.1.13.ª CE): validez de las disposiciones legales estatales que establecen un régimen de libertad de horarios para determinados establecimientos.

1. INTRODUCCIÓN

La presente crónica analiza las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas los meses de julio y septiembre de 2011. Durante este período el Tribunal ha dictado 30 sentencias, de las cuales 20 han sido sobre recursos de amparo, 2 sobre cuestiones de constitucionalidad y 8 sobre recursos de inconstitucionalidad. A pesar de que cada vez es menos el tiempo empleado en resolver los recursos de amparo por parte del Tribunal, es realmente criticable el retraso en la resolución de recursos de inconstitucionalidad, que oscila entre los seis años y medio de la STC 140/2011, de 14 de septiembre, hasta los trece años de la STC 120/2011, de 6 de julio. De las 20 sentencias referidas a recursos de amparo, 6 resuelven asuntos planteados con posterioridad a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En la parte sobre distribución de competencias se incluyen las SSTC 109/2011 y 110/2011, que aunque son de fecha 22 de junio de 2011, fueron publicadas con posterioridad al cierre del anterior número de la revista.

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 en un asunto electoral: aplicación de la regla de atribución de concejales en los casos de empate numérico de votos entre las fuerzas concurrentes [art. 163.1.d) LOREG en relación con el art. 23.1 CE]

En la STC 125/2011, de 14 de julio, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre si la interpretación realizada por la Junta Electoral de la zona de Motril y el Tribunal Superior

de Justicia de Andalucía al aplicar el art. 163.1.d) LOREG para resolver el empate entre el Partido Socialista Obrero Español de Andalucía y el Partido Popular en las elecciones municipales de Lújar fue o no respetuosa con el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos (art. 23.2 CE). De un total de 322 votos, la mitad exactamente fueron para el PP (161) y la otra mitad para el PSOE (161). Al ser 7 los concejales a adjudicar, la Junta Electoral de la Zona celebró un sorteo mediante el lanzamiento de una moneda al aire para el séptimo concejal, resultando ganador el PP. La Sala Primera del Tribunal, aludiendo al «interés que tiene clarificar la cuestión» suscitada (FJ 3), sentencia que la interpretación realizada por la Administración electoral así como por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía «es perfectamente respetuosa con el derecho contenido en el art. 23.2 CE». El PSOE, recurrente en amparo, consideró más ajustado a Derecho que el resultado del lanzamiento de la moneda al aire se hubiera destinado a resolver el primer empate de cocientes y no de votos totales. El Alto Tribunal sentencia que ni la forma aplicada por la Junta Electoral de zona y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ni la alternativa planteada por el PSOE, tanto en el modo de efectuar el sorteo como de gestionar el resultado del mismo, «contradicen el criterio de proporcionalidad, que es el que la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (…) establece como básico en la adjudicación de los concejales en función del número de votos obtenidos por una candidatura (…). Tampoco resulta un criterio u otro más favorable a la eficacia del derecho reconocido en el art. 23.2 CE», por lo que «no puede apreciarse lesión alguna del derecho constitucionalmente reconocido».

a.2) Admisión por cambio normativo en la configuración del contenido del derecho fundamental (art. 96.2 LOREG): asunto electoral; ante las marcas introducidas en las papeletas electorales hay que estar a la efectiva voluntad del elector

En la STC 124/2011, de 14 de julio, el Tribunal Constitucional admite a trámite el recurso de amparo interpuesto por el Partido Popular al considerar que tiene especial trascendencia constitucional «pues permite que el Tribunal pueda pronunciarse sobre el alcance del principio de inalterabilidad de la papeleta tras la reforma del art. 96.2 LOREG operada por la LO 2/2011, de 28 de enero, cuestión sobre la que no existe jurisprudencia constitucional» (FJ 2). En las elecciones municipales en Bierge, algunas de las papeletas aparecían con una cruz o aspa al lado del nombre de alguno de los candidatos. La Sala Primera del Alto Tribunal resolvió que «el art. 96.2 LOREG, en la redacción que le otorgó la Ley 2/2011, no determina necesariamente la nulidad de los votos emitidos en papeletas en las que se haya efectuado una señal junto al nombre de los candidatos». El criterio para determinar si estas señales podrían invalidar o no la papeleta sería la «efectiva voluntad del elector». Por tanto, el Tribunal determina que «en aquellos casos en los que la marca efectuada no suscite dudas acerca del verdadero sentido del voto, por resultar evidente que la voluntad del elector es otorgar el voto a la candidatura escogida, la señal realizada en la papeleta no podrá determinar la nulidad del voto» (FJ 6).

a.3) Admisión por tratarse de un asunto electoral

Además de las SSTC 125/2011, de 14 de julio, y 124/2011, de 14 de julio, la Sala Primera del Tribunal Constitucional admite a trámite otro recurso de amparo con temática electoral.

En la STC 123/2011, de 14 de julio, en un recurso de amparo promovido por el Partido Popular sobre invalidez de papeletas alteradas por los electores, CiU plantea recurso de aclaración al Tribunal Superior de Cataluña frente a la sentencia que había dictado este mismo Tribunal al respecto de la aplicación del art. 96.2 LOREG sobre la modificación de varias papeletas por los electores. El Tribunal Superior de Justicia revisó de nuevo las papeletas en cuestión, lo que supuso la apreciación por parte del Tribunal Constitucional de la vulneración del art. 24.1 CE, ya que el recurso de aclaración no permite realizar al Tribunal una nueva operación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho, entendiendo que «el órgano jurisdiccional se ha excedido en los estrechos límites que posibilita el recurso de aclaración, atacando de ese modo el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y vulnerando, en consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo» (FJ 4).

a.4) Admisión por desconocimiento manifiesto del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional

En la STC 133/2011, de 18 de julio, la Sala Primera del Tribunal Constitucional admite a trámite dos recursos de amparo contra la Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha de 26 de febrero de 2009. El Tribunal Constitucional aprecia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) porque la sentencia citada no aplicó correctamente la doctrina de la prescripción de la responsabilidad penal.

a.5) Admisión por vulneración de derechos de índole procesal con incidencia en el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional admite a trámite dos recursos de amparo por considerar que los órganos jurisdiccionales ordinarios han vulnerado un derecho de carácter procesal del recurrente. En la STC 132/2011, de 18 de julio, el Tribunal Constitucional admite a trámite la demanda de amparo de un nacional inglés solicitado en extradición por su país. Durante el procedimiento, la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional decretó la prisión provisional del demandante a los solos efectos de llevar a cabo su entrega a Reino Unido dictando el Auto de 25 de enero de 2008. El recurrente en amparo interpuso recurso de súplica, que fue rechazado por el órgano judicial dictando Auto decretando su busca y captura, frente al cual el recurrente formuló recurso de reforma por no haberse dado trámite al recurso planteado anteriormente. El Tribunal Constitucional estimó la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos al no haber dado trámite el órgano jurisdiccional «a los medios de impugnación interpuestos por el mismo con base en una causa no establecida legalmente» (FJ 5). Es de destacar que la Sala Segunda apunta meramente que otro de los derechos fundamentales vulnerados al no tramitar el recurso planteado es el del derecho a la libertad personal (art. 17 CE), señalando que «la falta de cobertura legal de la actuación judicial adquiere especial relevancia (…) ya que la resolución que se recurrió era el Auto en que se decretaba la prisión provisional del demandante, subyaciendo por tanto el derecho a la libertad personal» (FJ 4).

En la STC 135/2011, de 12 de septiembre, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional admite a trámite la demanda de amparo planteada contra la sentencia núm. 356/2009, de 8

de junio de 2009, dictada por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, que revoca la sentencia absolutoria de 20 de febrero de 2009, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid, condenando al recurrente como autor de un delito contra la propiedad intelectual del art. 270.1 del Código Penal. El tribunal de primera instancia no consideró probado que el recurrente estuviera incurriendo en el citado delito, extremo que para la Audiencia Provincial era incuestionable. Sin embargo, en contra de una asentada doctrina constitucional y del TEDH, este órgano judicial no practicó ninguna prueba ni audiencia al recurrente. La Sala Segunda, en consecuencia, apreció la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2). Cabe preguntarse, sin embargo, debido a que existe una doctrina firme y asentada sobre la materia, por el motivo por el que la Sala Segunda del Tribunal admitió a trámite este recurso. Es posible que, al igual que hizo en la STC 132/2011, de 18 de julio (FJ 4), tuviera en cuenta el daño que se le estaba ocasionando al recurrente por vulneración de los derechos citados del art. 24.2 CE y del derecho a la libertad personal (art. 17 CE), máxime si se tiene en cuenta la realidad en la que este tipo penal tiene más incidencia y aplicación: inmigrantes ilegales dedicados a la venta ilegal de CDs y DVDs.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Personal al servicio de la Administración de Justicia (art. 149.1.5 CE): incidencia del ejercicio de las competencias estatales en la suficiencia financiera de las Comunidades Autónomas

La STC 109/2011, de 22 de junio, señala que corresponde al Estado la regulación del complemento de destino de distintos cuerpos nacionales al servicio de la Administración de Justicia (médicos forenses, técnicos facultativos del Instituto de Toxicología, oficiales, auxiliares y agentes de la Administración de Justicia, técnicos especialistas, auxiliares de laboratorio del Instituto de Toxicología y agentes de laboratorio a extinguir del Instituto de Toxicología) en virtud de la competencia en materia de personal al servicio de la Administración de Justicia prevista en el art. 149.1.5 CE. El TC sostiene que los distintos elementos del sistema retributivo de estos funcionarios constituyen aspectos esenciales que garantizan la unidad de los cuerpos de carácter nacional.

En el conflicto positivo de competencia promovido por la Junta de Andalucía respecto al Real Decreto 1909/2000, de 24 de noviembre, se denuncia que la falta de aportación de fondos estatales para hacer frente al incremento retributivo que la norma implica incide directamente en la autonomía financiera y, a su través, produce la transgresión de las competencias de la Comunidad Autónoma. El TC señala que esta suficiencia de medios financieros precisos para el ejercicio de las competencias propias se predica del sistema de financiación en su conjunto, de suerte que la eventual vulneración de este principio de suficiencia solamente podría ser apreciada en un sentido global. La Sentencia subraya que la Junta de Andalucía no ha acreditado que el incremento de gasto provocado por el complemento de destino haya alcanzado una magnitud que por sí misma pueda poner en riesgo la suficiencia de recursos de la Hacienda autonómica para hacer frente a las competencias asumidas, como tampoco se ha demostrado que la situación no pueda ser corregida a través de las vías previstas en el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas.

B) Aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.22.ª CE): interpretación del Estatuto de Aragón sobre reserva de aguas de la cuenca del Ebro

La STC 110/2011, de 22 de junio, analiza la constitucionalidad de las disposiciones relacionadas con el agua de la cuenca del Ebro que contiene la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. La Sentencia contiene una declaración interpretativa, que se lleva al fallo, respecto de la disposición adicional quinta del Estatuto de Aragón. Este precepto señala que la planificación hidrológica fijará el caudal hídrico «considerando que la resolución de las Cortes de Aragón de 30 de junio de 1992 establece una reserva de agua para uso exclusivo de los aragoneses de 6.550 hm^3». El TC recuerda que los Estatutos de Autonomía no pueden condicionar la competencia exclusiva del Estado *ex* art. 149.1.22 CE para fijar los caudales hídricos en las cuencas intercomunitarias. La Sentencia declara que la disposición adicional quinta del Estatuto no constituye una regulación prescriptiva y debe ser interpretada como una manifestación de la participación de la Comunidad Autónoma en la fijación del caudal ecológico y no como una imposición vinculante para el Estado.

El Magistrado Luis Ortega formula un voto particular concurrente en el que defiende que no era necesaria una sentencia interpretativa porque la disposición adicional quinta no plantea dudas de constitucionalidad. Argumenta que la expresión «considerando que» sólo puede entenderse, en la más correcta técnica de interpretación jurídica, como «teniendo en cuenta» o «tomando en consideración», pero nunca como una hipotética cláusula vinculante para el Estado.

La Sentencia desestima el resto de alegaciones planteadas por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja en relación con los artículos 19 (derechos de los aragoneses en relación con el agua) y 72 (competencias en materia de aguas) del Estatuto de Autonomía, apoyándose para ello en la doctrina sentada en las STC 247/2007 (Sentencia sobre el Estatuto de la Comunidad Valenciana) y 31/2010 (Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña).

C) Alcance de las normas básicas sobre órganos rectores de las cajas de ahorros (art. 149.1.11.ª y 13.ª CE): nulidad parcial de los preceptos de la ley estatal que regulan las condiciones de reelección y limitan temporalmente la duración del mandato de los miembros de los órganos rectores de las cajas de ahorro

La STC 118/2011, de 5 de julio, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Andalucía en relación con diversos preceptos de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. Los preceptos impugnados modificaban la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las cajas de ahorros (LORCA). El fundamento del recurso interpuesto reposa en la alegación de que los preceptos impugnados excederían de la competencia básica estatal *ex* arts. 149.1.11 (bases de la ordenación de crédito, banca y seguros) y 149.1.13 CE (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica), invadiendo el ámbito que tiene reservado la Comunidad Autónoma de Andalucía en la materia.

La Sentencia considera constitucional que el legislador estatal establezca porcentajes mínimos y máximos de representación tanto de las instituciones de naturaleza pública como de otros grupos (impositores y empleados) en los órganos rectores de las cajas. Se argumenta que la decisión de evitar que los organismos públicos tengan una presencia mayoritaria en los órganos de gobierno de las cajas guarda directa relación con el principio básico estatal relativo a la exigible profesionalización de la caja en tanto que medida para garantizar la autonomía de gestión de las cajas de ahorros. Además, se destaca que la norma estatal no vacía absolutamente de contenido las competencias autonómicas en la medida en que existe un margen para que el legislador autonómico introduzca sus propias opciones de concreción de los diversos porcentajes de representación, respetando siempre el techo máximo de presencia pública.

Por el contrario, la Sentencia estima que no pueden ser considerados básicos los preceptos de la ley estatal que regulan las condiciones de reelección y limitan temporalmente la duración del mandato de los miembros de los órganos rectores de las cajas de ahorro. La Sentencia sostiene que el carácter democrático y representativo de los cargos que ha de ser garantizado por las bases estatales sólo exige que periódicamente sean sometidos a un proceso de elección. Este principio democrático no requiere necesariamente la regulación relativa a la reelección por un solo período así como los criterios de cómputo del período de reelección y la fijación en doce años de la duración máxima del mandato.

Con el mismo contenido, se han dictado este trimestre las SSTC 138/2011 y 139/2011, de 14 de septiembre de 2011.

D) Nulidad de los preceptos que incluyen en el ámbito de aplicación de la ley autonómica a las fundaciones constituidas por personas jurídicas del sector público estatal

La STC 120/2011, de 6 de julio, declara la nulidad del art. 9.3 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid, que extendía su ámbito de aplicación a las fundaciones del sector público estatal cuando desempeñen su actividad principalmente en la Comunidad de Madrid. Esta norma es contraria al art. 46.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, que establece que el protectorado de las fundaciones del sector público estatal «se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, por la Administración General del Estado». Se estima el recurso de inconstitucionalidad del Presidente del Gobierno porque se considera que no resulta constitucionalmente aceptable que la actuación de la Administración del Estado, realizada en ejercicio de sus propias competencias, quede sometida a un sistema de control administrativo de legalidad por parte de una Comunidad Autónoma no previsto en el bloque de la constitucionalidad y a raíz de una decisión adoptada exclusivamente por esta última.

También se declara la inconstitucionalidad del apartado segundo de la disposición adicional primera, que fija una presunción *iuris et de iure* conforme a la cual todas las fundaciones de las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid quedan sujetas a la competencia de esta Comunidad Autónoma por la única y exclusiva razón de la ubicación territorial de la persona jurídico-pública creadora. La sentencia considera que tal presunción supone una extralimitación competencial del legislador autonómico, porque es contraria al

criterio territorial establecido por el legislador estatutario (art. 26.1.26 EAM), en virtud del cual la competencia sobre esas fundaciones corresponderá a la Comunidad Autónoma si «desarrollan principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid». El TC destaca que, de acuerdo con el art. 84 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, las universidades pueden crear fundaciones en colaboración con otras entidades públicas o privadas.

E) 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

La STC 134/2011, de 20 de julio, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con 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 considera que estas leyes, que fijan límites generales al endeudamiento, tienen una base competencial adecuada en las reglas 13 (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) y 14 (hacienda general) del artículo 149.1 CE. Según la Sentencia, el artículo 149.1.13.ª CE es una competencia de dirección general de la economía que se proyecta en los diversos sectores de la misma y también en materia presupuestaria. El TC había considerado legítimo el establecimiento de límites presupuestarios en materias concretas (la STC 62/2001, de 1 de marzo, respecto de los límites a las retribuciones del personal al servicio del sector público). En esta ocasión, el TC justifica que el Estado acuerde topes generales. El TC sostiene que el establecimiento por ley estatal de un principio de estabilidad presupuestaria no vulnera la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas La imposición de límites máximos de endeudamiento por parte del Estado encuentra su fundamento en el límite a la autonomía financiera que establece el principio de coordinación con la Hacienda estatal del art. 156.1 CE.

La Sentencia también confirma la constitucionalidad de los apartados 3 y 4 del art. 6 de la Ley Orgánica 5/2001, en los que se prevé que, tras la aprobación por el Gobierno del objetivo de estabilidad, el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas determine el objetivo de estabilidad presupuestaria correspondiente a cada una de las Comunidades Autónomas, precisando que si no se alcanzara un acuerdo en el seno de dicho Consejo cada Comunidad debería aprobar y liquidar sus presupuestos en situación, al menos, de equilibrio presupuestario. El TC considera que es razonable que el objetivo concreto de estabilidad presupuestaria sea fijado de forma multilateral por el Consejo de Política Fiscal y Financiera, como órgano de coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas en materia fiscal y financiera, porque esta decisión debe ser adoptada «con carácter general y de forma homogénea para todo el sistema».

También se desestima el recurso interpuesto por la Generalitat contra el art. 8 de la Ley Orgánica 5/2001, que impone a las Comunidades autónomas la obligación de presentar un plan de saneamiento cuando los presupuestos se aprueben en situación de déficit o cuando el déficit sea de resultado. El legislador atribuye al Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas el control de la idoneidad de dicho plan. Este tipo de control forma parte, según las Sentencias, de las competencias de coordinación que correspon-

den al Estado. La Sentencia destaca que el Consejo de Política Fiscal y Financiera, cuando aprecie que el plan económico-financiero elaborado por una Comunidad Autónoma no se adecua al objetivo de estabilidad presupuestaria, no puede sustituir la competencia de la Comunidad Autónoma en la elaboración del plan (sustitución que el TC advierte que sería inconstitucional). La Ley sólo prevé que el Consejo requiera a la Comunidad Autónoma incumplidora para que reformule el plan. El TC considera legítima esta técnica del requerimiento a la Comunidad Autónoma.

Por último, la Sentencia también desestima el motivo de inconstitucionalidad referido a la vulneración de la autonomía local.

F) Ordenación general de la economía (art. 149.1.13.ª CE): validez de las disposiciones legales estatales que establecen un régimen de libertad de horarios para determinados establecimientos

La STC 140/2011, de 14 de septiembre, desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de las Illes Balears en relación con el artículo 5.1 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales. Este precepto establece un régimen especial de libertad de horarios para determinados establecimientos comerciales. Anteriormente, la STC 88/2010 confirmó la constitucionalidad del régimen de libertad de horarios para los establecimientos situados en zonas de gran afluencia turística. Ahora, la STC 140/2011 llega a la misma conclusión respecto de los establecimientos dedicados «principalmente a la venta de pastelería y repostería, pan, platos preparados, prensa, combustibles y carburantes, floristerías y plantas y las denominadas tiendas de conveniencia». Según ambas Sentencias, el precepto tiene carácter básico en virtud de la competencia del Estado en materia de bases y ordenación de la economía, reconocida en el artículo 149.1.13 CE.

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

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

A) Aplicación extraterritorial del Convenio (artículo 1 CEDH).

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

a) Obligaciones positivas.

a.1) Falta de diligencia para evitar el suicidio de un recluta.

C) Derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH).

a) Reclusión de una persona desnuda en una celda de seguridad.

b) Expulsión a un Estado con riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes. Cambios en la situación en el país de expulsión.

D) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH).

a) Control judicial de decisiones parlamentarias.

b) Derecho a no padecer dilaciones indebidas aplicable a la fase de ejecución.

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

a) Escasa compensación económica por la difusión de imágenes privadas.

b) El derecho a la vida privada impone a las autoridades nacionales una obligación positiva de prevenir atentados contra la integridad física y moral de las personas.

c) Omisión del interés del menor al no tener en cuenta una posible paternidad biológica.

F) Derecho a la libertad religiosa (artículo 9 CEDH).

a) Encarcelamiento de un objetor de conciencia por negarse a realizar el servicio militar.

G) Libertad de expresión (artículo 10 CEDH).

a) Condena a un periodista por publicar una entrevista con un político sin su consentimiento.

b) Pleito por difamación comercial.

c) El insulto como límite al ejercicio de la libertad de expresión en el marco de una relación laboral.

d) Límites a la libertad de expresión derivados de la protección de menores, consumidores y televidentes.
e) Límites a la libertad de expresión en el ámbito laboral.

H) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH).

a) El estatus jurídico de las personas como posible causa de discriminación.
b) Discriminación en el disfrute de derechos sociales.

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

a) Pérdida del derecho a percibir una prestación de invalidez.

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

A) Libertad de expresión (artículo 11 CDFUE).

a) Inmunidad parlamentaria de los miembros del Parlamento Europeo.

B) Prohibición de discriminación (artículo 21 CDFUE).

a) Discriminación por razón de la edad en el ámbito del sector público.

C) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 47 CDFUE).

a) Control jurisdiccional de las decisiones de tramitar solicitudes de asilo por el procedimiento acelerado.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A) Derecho a participar en los asuntos públicos (artículo 23 CE).

a) Acceso a los cargos públicos representativos.

a.1) La marca que señala al primer candidato en una papeleta electoral no invalida el voto si permanece clara la voluntad del elector.
a.2) Son posibles varias modalidades de realización del sorteo de escaños previsto en el artículo 163.1.d) LOREG siempre que se respete el principio de proporcionalidad.

b) Ejercicio de cargo público representativo. Vulneración por la admisión a trámite de unas enmiendas legislativas sin relación material con el proyecto de ley enmendado.

B) Derecho de petición (artículo 29 CE). Vulneración por la inadmisión a trámite por la Mesa de la Cámara de una petición sobre creación de comisiones parlamentarias de estudio e investigación.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

A) Derecho a la nacionalidad (artículo 11 CE).

a) Buena conducta cívica. Acreditación del requisito.
b) Razones de orden público o interés nacional.

B) Derecho de asilo (artículo 13 CE).

a) Estatuto de apátrida. Visado para reagrupación familiar.

b) Reconocimiento del estatuto de apátrida a un saharahui.

c) Visado para reagrupación familiar.

C) Derechos a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la defensa, y a la tutela judicial efectiva (artículos 18 y 24 CE).

a) Entrada y registro de empresa por Inspectores de la Agencia Tributaria.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la crónica de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas correspondiente al número 54 de esta Revista se aborda la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en el tercer trimestre del año 2011. Hemos incluido también, igual que hicimos en los dos números anteriores, el relato de la aún incipiente actividad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. A este respecto, hay que destacar el pronunciamiento del TJUE en el **asunto Hennings, de 8 de septiembre de 2011**, en el que estableció claramente que un convenio colectivo había vulnerado la prohibición de discriminación del artículo 21 CDFUE.

Por lo que se refiere al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en este período hemos destacado dos Sentencias contra nuestro país. En el caso **Ortuño contra España, de 27 de septiembre de 2011**, el Tribunal condena por la excesiva dilación de un procedimiento judicial (once años duró la fase de ejecución de una sentencia civil en la que se ordenaba la liquidación del régimen matrimonial). En el caso **Palomo Sánchez y otros contra España, de 12 de septiembre de 2011,** el Tribunal convalidó la decisión de los tribunales españoles que habían considerado el insulto como un límite a la libertad de expresión en el seno de una relación laboral.

Del resto de la jurisprudencia del TEDH en este período es interesante el caso **Al-Skeni y otros contra Reino Unido, de 7 de julio de 2011**, en el que se produce una aplicación extraterritorial del Convenio. El Tribunal condena al Reino Unido pues considera que el Convenio sería aplicable en Irak con relación a la investigación por unas muertes causadas por las fuerzas armadas británicas. En términos muy similares se pronuncia la Corte en la Sentencia **Al-Jedda contra el Reino Unido,** de 7 de julio de 2011. Es destacable, asimismo, el caso **Georgel y Georgeta Stoicescu contra Rumanía, de 26 de julio de 2011**, en el que Tribunal recuerda que la integridad física y psíquica está incluida en el ámbito de protección del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH y condena a Rumanía por no haber adoptado medidas de protección frente a los frecuentes ataques de perros callejeros. También ha apreciado el Tribunal vulneración del derecho a la vida privada y familiar en el caso **Schneider contra Alemania, de 15 de septiembre de 2011,** en el que se había impedido a un ciudadano que había tenido una relación sentimental con una mujer casada la posibilidad de realizar pruebas de paternidad del hijo de ésta.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, no existe en este período jurisprudencia relevante sobre los artículos 14 y 24 CE. En cambio, hay varias Sentencias sobre el derecho a participar en los asuntos públicos del artículo 23 CE. En la **STC 119/2011, de 5 de julio,** el Tribunal aprecia vulneración del derecho a ejercer cargos públicos representativos del artículo 23 CE en la decisión de la Mesa del Congreso de admitir a trámite enmiendas a un Proyecto de Ley sin relación material alguna con el texto enmendado, por cuanto se restringió a los parlamentarios recurrentes la posibilidad de deliberar sobre dichas enmiendas, que posteriormente fueron aprobadas. Asimismo, merece ser destacada la **STC 108/2011, de 20 de junio,** en la que el Tribunal considera que la inadmisión a trámite por la Mesa de la Cámara de una petición sobre creación de comisiones parlamentarias de estudio e investigación vulnera el derecho de petición del artículo 29 CE.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Aplicación extraterritorial del Convenio (artículo 1 CEDH)

En el caso **Al-Skeni y otros contra Reino Unido, de 7 de julio de 2011,** más allá de la obligación que se impone al Gobierno británico de esclarecer las causas de la muerte de varios ciudadanos iraquíes, que es una doctrina muy habitual del TEDH, sobre todo en relación con Chechenia y Rusia, lo relevante es cómo el Tribunal amplía su jurisdicción para fijar que queda dentro de su competencia el enjuiciamiento de hechos producidos fuera del ámbito territorial de los Estados miembros, en este caso en concreto, la matanza de varios civiles iraquíes entre mayo y noviembre de 2003 en Irak.

La aplicación extraterritorial del Convenio, de acuerdo con jurisprudencia anterior del Tribunal, sólo puede llevarse a cabo en caso de concurrir circunstancias excepcionales, ya que, por regla general, los Estados están obligados a aplicar el Convenio sólo en su propio territorio. Entre las circunstancias excepcionales que cita el TEDH se encontraría el caso que se presenta, esto es, cuando un Estado, en concreto, el Reino Unido, está ejerciendo poderes públicos en el territorio de otro Estado. En este sentido, el Tribunal afirma que el Reino Unido, junto con Estados Unidos, había asumido en Irak el ejercicio de determinados poderes públicos, como el mantenimiento de la seguridad, que normalmente son ejercidos por un gobierno soberano.

En ese caso, el Tribunal considera que sería de aplicación el Convenio, ya que entiende que las víctimas quedaban bajo la autoridad del gobierno británico, que era quien había asumido el control y el poder en esa zona del país y, por tanto, el Estado británico y sus poderes públicos quedaban obligados a respetar el contenido del Convenio. Por todo ello, el Tribunal condena al Estado británico por vulneración del artículo 2 (derecho a la vida) al no haberse producido una efectiva investigación de la muerte de las víctimas a manos de las fuerzas armadas británicas.

En términos muy similares se pronuncia la Corte en la Sentencia **Al-Jedda contra el Reino Unido,** de 7 de julio de 2011, en la que el Tribunal condena de nuevo al Reino Unido por vulneración del artículo 5.1 CEDH, al haber mantenido detenido de forma ilegítima a un ciudadano iraquí durante tres años en Irak.

B) Derecho a la vida (artículo 2 CEDH)

a) Obligaciones positivas

a.1) Falta de diligencia para evitar el suicidio de un recluta

En el asunto ***Metin contra Turquía***, **de 5 de julio de 2011**, los demandantes eran los padres de un joven que se había suicidado tras su ingreso en el servicio militar turco. Por los hechos, tras las continuas asistencias médicas al joven por parte de los médicos del centro, quedaba probado que sufría trastornos de personalidad, numerosas crisis de ansiedad y adicción a las drogas. Los demandantes alegaban que, en este sentido, se había producido una lesión del derecho a la vida de su hijo, así como una falta de investigación de los hechos producidos que le habían llevado al suicidio.

El TEDH, tras recordar las obligaciones positivas implícitas en el artículo 2 CEDH (incluso en los casos en los que la persona atenta contra su propia vida), distingue entre el aspecto formal y el aspecto material de este derecho. Considera que, en el presente caso, se produce una lesión del citado derecho en su vertiente material o sustantiva, pero no en su vertiente formal o procedimental: el TEDH fundamenta la lesión del derecho a la vida en su vertiente sustantiva en tanto que el seguimiento del estado del joven por parte de los servicios médicos militares había sido defectuoso, no habiendo realizado todo lo que estaba en sus manos para evitar el trágico resultado; y, por otro lado, considera que no hay lesión del derecho a la vida en su vertiente procedimental, en tanto que —tras la forma propia de investigación generalizada en estos casos para determinar las circunstancias que rodearon la muerte del joven— se puede comprobar que la investigación iniciada tras la muerte del recluta determinó con precisión las causas del suicidio producido, habiendo actuado las autoridades nacionales de forma eficaz.

C) Derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (artículo 3 CEDH)

a) Reclusión de una persona desnuda en una celda de seguridad

En el Caso **Hellig contra Alemania, de 7 de julio de 2011,** el recurrente cumplía condena en un establecimiento penitenciario de Frankfurt. Las autoridades penitenciarias le informaron en 2000 de que le iban a cambiar de una celda individual a una celda compartida con otros reclusos, a lo que se negó. Tras su negativa a trasladarse de celda, las autoridades le advirtieron de que si persistía en su negativa, tendrían que utilizar la fuerza, cosa que hicieron, golpeándole y trasladándole a una celda de seguridad de 8 metros cuadrados, donde le obligaron a permanecer desnudo durante una semana.

El Tribunal considera que privar a un preso de su ropa constituye una acción que provoca sentimientos de miedo, angustia e inferioridad susceptibles de ser considerados un acto humillante. Por ello, y aunque reconoce que la práctica de dejar al preso desnudo podía perseguir la finalidad de evitar que pudiera infligirse algún daño contra sí mismo, estima que las autoridades nacionales no habían sido capaces de aclarar con certeza si se había producido un grave peligro de autolesión o suicidio durante el tiempo de reclusión en la celda. Además, el Tribunal resalta el hecho de que las autoridades nacionales tampoco hubieran considerado el uso de medios menos intrusivos para el recluso, por lo que

concluye que, a pesar de que la reclusión en una celda de seguridad pudiera haber estado justificada, no existen razones suficientes que puedan justificar que el recurrente tuviera que estar privado de su ropa, estimando la vulneración del artículo 3 CEDH.

b) Expulsión a un Estado con riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes. Cambios en la situación en el país de expulsión

En **H.R. contra Francia**, de 22 de septiembre, el TEDH se enfrenta a la petición del demandante de paralización de su extradición a Argelia por parte de las autoridades francesas. El recurrente, detenido y condenado en Francia, donde había entrado ilegalmente, por la comisión de varios delitos vinculados a la falsificación (de dinero y de documentos), está pendiente de una orden de expulsión ejecutable a partir de su excarcelación. Alega que tal extradición constituiría una violación del artículo 3 CEDH como consecuencia del trato que a los sospechosos de terrorismo dispensan las autoridades policiales y militares del país norteafricano. Trato que, a su juicio, recibiría si volviera a Argelia como consecuencia de una condena (*in absentia*) por terrorismo por un tribunal de aquel país. Sus peticiones de asilo habían sido rechazadas por las autoridades francesas.

La jurisprudencia del TEDH avalaba esta petición dada la doctrina sentada en la STEDH Daoudi contra Francia**,** de 3 de diciembre de 2009. Sin embargo el TEDH ha de reexaminar la cuestión como consecuencia del levantamiento del estado de emergencia en Argelia en febrero de 2011. El TEDH se encuentra en este punto en una posición muy delicada pues ha de analizar el Derecho vigente y la situación existente en un país no europeo sin contar con la ayuda de informes de organismos internacionales dado el poco tiempo transcurrido desde febrero. Para resolver la cuestión el TEDH toma como referencia, por una parte, que los abusos en la lucha antiterrorista en Argelia provenían de la utilización del ejército en esa tarea, constatando que sigue siendo el ejército, aún hoy, el encargado de esta tarea. Por otra parte, también considera relevantes las declaraciones de representantes gubernamentales argelinos respecto a que el levantamiento del estado excepcional no supondría cambio alguno en la política antiterrorista argelina. Concluye, pues, que no hay datos suficientes para concluir que el levantamiento del estado de excepción haya llevado aparejado la superación de los riesgos de sufrir tratos inhumanos por parte de las personas condenadas por terrorismo por lo que declara que la eventual extradición del recurrente a su país constituiría una violación del artículo 3 CEDH.

D) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH)

a) Control judicial de decisiones parlamentarias

En el asunto **JURIČIĆ contra Croacia, de 26 de julio de 2011**, el TEDH analizaba la eventual vulneración del derecho a un proceso justo en un caso atípico, en la medida en que la demandante, jueza de la máxima jurisdicción croata en el orden contencioso-administrativo, había presentado una demanda contra la decisión del Parlamento nacional de no seleccionarla para convertirse en uno de los magistrados del Tribunal Constitucional nacional. La demandante había planteado en sede jurisdiccional que uno de los elegidos en su lugar no cumplía las exigencias de acceso al cargo reflejadas en el texto constitucional, ya que

no contaba con 15 años de experiencia profesional. La decisión última sobre su demanda fue adoptada por el propio Tribunal Constitucional, y la demandante cuestionaba si la decisión del Alto Tribunal había vulnerado el artículo 6 CEDH, en la medida en que no hubo ninguna audiencia pública y no se respetó el principio de igualdad de armas en el proceso.

A fin de resolver tan curioso asunto, el TEDH valoraba, en primer lugar, si las alegaciones de la demandante podían considerarse un «derecho civil» en el sentido del artículo 6 CEDH y, por tanto, si la problemática se ubicaba en el ámbito de aplicación material de ese precepto. En este sentido, el TEDH subrayaba que la legislación interna reconocía el derecho de los ciudadanos a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad, y que también contemplaba la posibilidad de que la decisión del Parlamento nacional sobre la elección de los magistrados del TC nacional pudiera ser impugnada ante los tribunales, de modo que podía considerarse que el litigio se refería a un «derecho civil» reconocido por el ordenamiento interno.

Puesto que el artículo 6 CEDH sí resultaba aplicable al caso, procedía analizar si el proceso ante el TC nacional había respetado el principio de igualdad de armas y el derecho a una audiencia pública. En relación con el principio de igualdad de armas, la demandante cuestionaba que no se le hubieran facilitado ciertos informes de expertos requeridos por el TC para resolver el asunto litigioso hasta que el Alto Tribunal no dictó su decisión definitiva. El TEDH consideraba que ese retraso en el acceso a ciertos documentos relevantes para la resolución del caso no afectó al principio de igualdad de armas, ya que los documentos tampoco fueron proporcionados a la otra parte en el proceso. Sin embargo, ese retraso sí que habría producido una vulneración del principio de contradicción, en la medida en que ese principio exige, según el TEDH, que las partes en un proceso tengan acceso a todos los documentos relevantes que utilizará el tribunal y puedan emitir las consideraciones que estimen oportunas al respecto, lo que no ocurrió en el caso objeto de estudio.

En relación con el derecho a una audiencia pública, la posición del TEDH era la contraria: el Alto Tribunal estimaba que no se había producido vulneración alguna de tal derecho por la falta de celebración de una audiencia pública ante el TC croata, en la medida en que el tribunal nacional decidió exactamente sobre las mismas cuestiones que se decidieron en la jurisdicción ordinaria, básicamente cuestiones de Derecho y no de hecho, y la jurisprudencia del propio TEDH ha resaltado en numerosas ocasiones que la celebración de una audiencia pública no es necesaria en los asuntos de los que entienda un tribunal superior cuando éste se limite a pronunciarse sobre estrictas cuestiones de Derecho, relacionadas con la interpretación de algún precepto legal o constitucional.

b) Derecho a no padecer dilaciones indebidas aplicable a la fase de ejecución

El 27 de septiembre el TEDH dictó sentencia en el caso **Ortuño contra España**. Se trata de un asunto relativo a la excesiva duración de la fase de ejecución de una sentencia civil en la que se ordenaba la liquidación del régimen matrimonial. El TEDH, aplicando los criterios de su consolidada jurisprudencia respecto del derecho a no padecer dilaciones indebidas en los procesos judiciales, concluye que los más de once años que lleva la decisión a la espera de ser ejecutada supone una violación del artículo 6 CEDH. Cabe destacar de este asunto dos aspectos que aparecen en los fundamentos jurídicos dedicados a analizar

las cuestiones de admisibilidad; por una parte, el Tribunal de Estrasburgo afirma que en el caso de violaciones indebidas la vía de resarcimiento por el anormal funcionamiento de la Administración, aquí de Justicia, prevista en el artículo 292 LOPJ puede ser exigible como vía de recurso interna previa a la interposición de la demanda europea. Por otra, el TEDH confirma que ante dos vías internas igualmente válidas y eficaces, deberá acudirse únicamente a una de ellas para entender cumplido el requisito del agotamiento de los remedios internos efectivos. En este caso, en el que la demandante decidió interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el TEDH descartó la excepción de inadmisibilidad presentada por el Gobierno español por no haber hecho uso del artículo 292 y ss. de la LOPJ antes citado.

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

a) Escasa compensación económica por la difusión de imágenes privadas

Destaca aquí el asunto **Avram y otros contra Moldavia**, **de 5 de julio de 2011**. Las demandantes eran cinco periodistas cuyas imágenes en una sauna en compañía de unos policías habían sido grabadas y difundidas por la televisión pública nacional. El programa televisivo denunciaba la corrupción en el periodismo y la forma de obtener material para los artículos periodísticos. Ante estos hechos, debido a que la legislación moldava no contemplaba la difusión de información difamatoria como un delito, las demandantes pudieron únicamente solicitar una indemnización civil por la violación de su derecho a la vida privada. Pero, la Corte Suprema —a pesar de reconocer que los propios policías podían estar implicados en la difusión del vídeo a los medios de comunicación— acordó indemnizar a las afectadas, conforme a la legislación civil moldava (exclusivamente en función de la edad de las demandantes), con cantidades que oscilaban entre los 107 y los 214 euros. Ante esta respuesta, la demandante consideró que las autoridades nacionales no habían investigado adecuadamente el suceso, así como el hecho de que la indemnización concedida no había sido proporcional a la gravedad de la lesión producida.

Sobre la lesión del derecho el TEDH considera que los Tribunales nacionales actuaron adecuadamente (en tanto que se reconoció que la difusión del vídeo en la televisión lesionaba la vida privada de las demandantes). Pero se plantea la injerencia en el derecho por el hecho de que la legislación nacional limitara la cuantía de la indemnización exclusivamente a la edad de las víctimas de difamación. De esta forma, el TEDH considera que no se puede limitar a comprobar la lesión del CEDH, verificando sólo la existencia de una indemnización en caso de lesión de uno de los derechos en él reconocidos, sino que tiene que comprobar si la legislación interna que establece esta indemnización es compatible con el CEDH. Así las cosas, en el presente caso, el TEDH considera probado que la difusión del vídeo por la televisión nacional afectó dramáticamente a la vida privada y familiar de las demandantes, por lo que la indemnización no debería haber sido sólo calculada en función de la edad de las jóvenes, pues de esa forma la indemnización resultante fue demasiado baja en proporción a la injerencia producida. Por este motivo, el TEDH concluye que las demandantes todavía pueden considerarse víctimas de una violación del artículo 8 CEDH.

b) El derecho a la vida privada impone a las autoridades nacionales una obligación positiva de prevenir atentados contra la integridad física y moral de las personas

En el asunto **Georgel y Georgeta Stoicescu contra Rumania, de 26 de julio de 2011,** el TEDH resuelve otro curioso asunto en el que se plantea la eventual vulneración del derecho a la vida privada por la falta de actuación de las autoridades rumanas en relación con el severo problema de salud pública y seguridad provocado por los perros callejeros en el país. El problema indicado se tradujo, en el caso objeto de estudio, en el ataque sufrido por la demandante a manos de un grupo de más de siete perros callejeros, que le causaron terribles secuelas físicas y el temor constante a salir a la calle y verse sorprendida por otro ataque. Las secuelas, especialmente graves dado la edad de la demandante (71 años), provocaron el agravamiento de su estado de salud y el aumento de sus gastos médicos; gastos que no pudo costearse, dado que era jubilada y carecía de los ingresos necesarios. En este contexto, se planteaba si las autoridades nacionales estaban obligadas a tomar medidas que hubieran podido evitar el ataque. El TEDH, tras recordar que la noción de vida privada incluía la integridad física y psíquica de una persona, señalaba que el artículo 8 CEDH no sólo imponía a las autoridades públicas la obligación de respetar la integridad personal, sino también la obligación positiva de prevenir eventuales atentados contra la misma, siempre que conocieran la inminencia y realidad de un riesgo contra la integridad y pudieran adoptar alguna medida para evitarlo, en la esfera de sus competencias. En el caso objeto de estudio, el TEDH llamaba la atención sobre el hecho de que los perros callejeros se habían convertido en un problema de salud y seguridad pública en Rumanía, en la medida en que había miles de ataques de esos perros contra personas en todo el país, incluida la capital. A pesar de ello, las autoridades no habían tomado ninguna decisión que pudiera considerarse efectiva a fin de prevenir los ataques causados por esos animales, de modo que la falta de actuación de las autoridades vulneraba el artículo 8 CEDH.

c) Omisión del interés del menor al no tener en cuenta una posible paternidad biológica

Tratamos aquí el asunto **Schneider contra Alemania, de 15 de septiembre de 2011**. El Sr. Schneider mantuvo una relación con una mujer casada, que se quedó embarazada. A pesar de la posibilidad de que el Sr. Schneider fuera el padre, ella tuvo el niño y continuó con su matrimonio decidiendo no verificar la paternidad del menor por el interés de la familia. A pesar de esto, el Sr. Schneider solicitó un régimen de visitas del menor. Los Tribunales nacionales desestimaron tal petición sobre la base de que la normativa alemana no prevé este tipo de contacto si no se cumplía el requisito de ser el padre biológico del menor, o tener estrechos vínculos con el mismo (circunstancia que no se daba, dado que el menor nunca había vivido con él). Así las cosas, el Sr. Schneider, basándose en el artículo 8 CEDH consideró que se había producido una lesión de su derecho a la vida privada y familiar en tanto que se le había denegado el acceso al menor y los Tribunales nacionales no habían investigado la cuestión de su paternidad buscando el interés del menor.

En este caso, a pesar de que el TEDH recuerda que la vida familiar no se limita al matrimonio, y de señalar que un simple parentesco biológico entre un padre natural y un niño no es suficiente para alegar la protección del artículo 8 CEDH, reconoce que en el presente caso concurren circunstancias que tenían que haber provocado una actuación positiva de los

Tribunales nacionales. Así, aunque no estuviera totalmente demostrada la paternidad biológica del menor, se debería haber tenido en cuenta que los hechos se debían a la dificultad del proceso regulado en la legislación alemana, y que este hecho no podía actuar en contra del interés del demandante, y menos en contra del interés del menor. El TEDH considera probado que el Sr. Schneider había demostrado un interés suficiente por el menor, y que esta mera intención se podría considerar incluida en el ámbito de la vida familiar del artículo 8 CEDH. La falta de actuación por parte de los Tribunales nacionales al no analizar la posible paternidad del demandante, provocó la imposibilidad de un posterior contacto de éste con el menor. En este sentido, el hecho de que no se hubiera podido constatar la vida familiar no debería haber sido imputable al solicitante, pues todo se debió a cuestiones prácticas y legales de la madre y del estado civil de ésta. El TEDH concluye así que los Tribunales nacionales no buscaron un equilibrio entre los intereses involucrados en el proceso y la garantía del derecho del demandante a su vida familiar, por lo que dicha actuación provocó una injerencia injustificada del derecho a la vida familiar.

F) Derecho a la libertad religiosa (artículo 9 CEDH)

a) Encarcelamiento de un objetor de conciencia por negarse a realizar el servicio militar

El caso Bayatyan contra Armenia, de 7 de julio de 2011, analiza la condena por parte de los tribunales armenios del recurrente, Testigo de Jehová, que se había negado a realizar el servicio militar obligatorio por motivos de conciencia, a pesar de haber manifestado su disposición a cumplir con el servicio civil alternativo. Aun así, las autoridades reclamaron al recurrente su incorporación al servicio militar obligatorio, ya que en ese momento, en 2001, no había ninguna ley en Armenia que permitiera la realización del servicio civil alternativo.

Sin embargo, no deja de resultar sorprendente que, tras la incorporación de Armenia al Consejo de Europa ese mismo año (en 2001) y a pesar de que se introdujo a partir de ese momento el servicio civil como alternativa al servicio militar obligatorio, así como la conmutación de la pena a todos los objetores de conciencia condenados a prisión por ese motivo, los tribunales nacionales confirmaron en 2003 la condena del Sr. Bayatyan a dos años y medio de prisión.

La Gran Sala revoca la sentencia de la Sala, que había afirmado que el artículo 9 CEDH no garantiza el derecho a rechazar el servicio militar por motivos de conciencia, y que de este derecho no se deriva la exigencia a que los Estados reconozcan la objeción de conciencia, cuestión ésta que, a juicio de la Sala, queda dentro del margen de apreciación nacional.

La Gran Sala comienza reiterando que el Convenio Europeo es una norma «viva», que tiene que ser interpretada de acuerdo con las condiciones y con las reglas que se crean en los propios Estados miembros. En este sentido, la Gran Sala realiza un estudio comparado de la situación legal de la objeción de conciencia de todos los Estados miembros del Consejo de Europa, indicando que en el momento en el que se produce la presunta injerencia del artículo 9 CEDH sólo cuatro Estados miembros, además de Armenia, no reconocían el derecho a la objeción de conciencia, aunque tres de ellos ya habían incluido en sus textos constitucionales el reconocimiento de este derecho y sólo

les faltaba concretar el desarrollo legislativo. En la actualidad, sólo Turquía no reconoce la objeción de conciencia al servicio militar.

Tras realizar un exhaustivo análisis sobre el régimen jurídico y las condiciones de ejercicio de la objeción de conciencia la Gran Sala considera que el momento en el que se plantea el caso del recurrente, la inmensa mayoría de los Estados que forman parte del Consejo de Europa habían reconocido por ley el derecho a la objeción de conciencia. Es más, incluso Armenia posteriormente reconoció este derecho. Por ello, la Gran Sala entiende que en ese momento existía un enorme consenso sobre esta cuestión, por lo que no se puede decir que un cambio en la interpretación del artículo 9 en este sentido no fuera previsible.

Por otro lado, y respecto al hecho de que el artículo 9 CEDH no se refiera explícitamente al derecho a la objeción de conciencia, la Corte afirma que la objeción a realizar el servicio militar —que está motivada por un conflicto serio e insalvable entre la obligación de servir en el ejército y los profundos sentimientos o creencias religiosas o de otro tipo, del sujeto— constituye una convicción o un sentimiento lo suficientemente fuerte, serio, coherente e importante como para ser susceptible de estar garantizado por el artículo 9 CEDH.

Por todo ello, y teniendo en cuenta que el recurrente es miembro de los Testigos de Jehová, un grupo religioso que se opone al uso de la fuerza, la Gran Sala afirma, sin ningún género de dudas, que la objeción del recurrente al servicio militar estaba motivada por sus creencias religiosas, que le habían provocado un conflicto grave e insuperable con su obligación de realizar el servicio militar. En consecuencia, se había producido una vulneración de la libertad religiosa, consagrada en el artículo 9 del Convenio.

G) Libertad de expresión (artículo 10 CEDH)

a) Condena a un periodista por publicar una entrevista con un político sin su consentimiento

Destaca el asunto ***Wizerkaniuk contra Polonia*, de 5 de julio de 2011**, donde el periodista/editor jefe de un periódico local, tras mantener y grabar una entrevista con un parlamentario, decide publicarla a pesar de la expresa negativa de este último. En la entrevista publicada finalmente se especificaba que el parlamentario se había negado a la autorización de la publicación. A pesar de esto, el parlamentario denunció al periodista, quien, conforme a la legislación polaca sobre prensa, fue condenado a una sanción penal por haber publicado una noticia sin consentimiento del entrevistado. Sanción que fue recurrida y que llegó hasta el Tribunal Constitucional polaco, donde un voto particular llegó a considerar que la imposición de una sanción penal por la publicación de entrevistas no autorizadas podría tener un escalofriante efecto en el debate público.

El TEDH concluyó, en el mismo sentido, que la existencia de una amenaza de sanciones penales para los periodistas debido a su trabajo, inevitablemente, tendría un efecto negativo en el ejercicio de la libertad de expresión periodística, que a su vez tendría un efecto perjudicial en la sociedad en su conjunto. Y por ello, en casos como el presente —recuerda el TEDH— se debería tener especial cuidado cuando las medidas adoptadas o las sanciones impuestas por las autoridades nacionales pudieran provocar el disuadir a la prensa de participar en

la discusión de asuntos de legítimo interés público, o incluso, de realizar preguntas en determinados temas por temor a que los entrevistados decidieran posteriormente bloquear la publicación de la entrevista. Así, el TEDH concluyó que el proceso penal incoado contra el demandante y la sanción penal impuesta, sin tener en cuenta la materia objeto de la entrevista o la diligencia empleada por el periodista sobre la noticia, fue desproporcionada en las circunstancias, provocando una violación del artículo 10 CEDH.

b) Pleito por difamación comercial

En el caso **UJ contra Hungría, de 19 de julio de 2011,** el recurrente es un periodista que publica un artículo en un periódico de circulación nacional en el que se critica muy agriamente la calidad de uno de los supuestamente mejores vinos húngaros, señalando sus malos ingredientes la presencia de moho… y el hecho de que cientos de miles de húngaros beben «esa mierda con orgullo e incluso con devoción». Es condenado por difamación pero su sanción se limita a una «amonestación».

La Corte comienza por reiterar que las compañías comerciales tiene el derecho de defenderse contra las alegaciones difamatorias, y que junto al interés público en un debate abierto en las prácticas comerciales existe también el de protección de las compañías, en beneficio de sus accionistas, empleados y de la economía en general… aunque señalando que la reputación comercial, a diferencia de la de las personas, no afecta a la «dignidad».

Para a continuación considerar que los tribunales nacionales no han valorado el papel de la prensa y que pueden utilizar expresiones exageradas e incluso provocativas, y que la expresión usada, aunque criticable y vulgar, es de uso común para describir un producto de baja calidad, por lo que considera que la restricción es desproporcionada y condena al Estado.

c) El insulto como límite al ejercicio de la libertad de expresión en el marco de una relación laboral

El asunto **Palomo Sánchez y otros contra España, de 12 de septiembre de 2011**, es uno de los pocos casos contra nuestro país que han llegado hasta la Gran Sala del TEDH. En el caso objeto de estudio se planteaba la eventual vulneración de la libertad de expresión de una serie de trabajadores, afiliados a un sindicato, que habían sido despedidos por su empleador tras hacer públicas, en un boletín sindical, una serie de caricaturas de contenido sexual en las que aparecían representados varios empleados junto al director de recursos humanos de la empresa en la que trabajaban y dos artículos en los que se criticaba la actitud del empleador en un litigio que enfrentó a la empresa y varios miembros del sindicato.

Los tribunales españoles consideraron que, a pesar de que se había producido una restricción de la libertad de expresión de los empleados, esa restricción parecía justificada y proporcionada en el contexto de la relación empresarial, dado el contenido evidentemente vejatorio de las caricaturas y los artículos. Y, a la misma conclusión llega la Gran Sala del TEDH, interpretando la libertad de expresión contenida en el artículo 10 CEDH, a la luz de la libertad sindical, reconocida en el artículo 11 CEDH.

Tras recordar la importancia de garantizar la libertad de expresión en toda sociedad democrática y subrayar el margen de apreciación de que gozan los Estados miembros a fin de valorar las restricciones de esa libertad, el TEDH subrayaba que los miembros de todo sindicato deben poder expresar sus reivindicaciones ante su empleador a fin de defender los intereses de los trabajadores y mejorar las condiciones de trabajo de éstos. Sin la garantía de esa libertad de expresión, los sindicatos se verían desprovistos de uno de sus principales medios de acción, de modo que las autoridades de los Estados parte deben garantizar, desde la perspectiva del CEDH, que no se produzcan sanciones desproporcionadas que disuadan a los miembros de un sindicato de ejercer su libertad de expresión, en cualquiera de las formas que ésta pueda adoptar. El TEDH subrayaba, además, que esta obligación estatal se impone, incluso, en el caso de relaciones entre privados, de modo que los Estados parte deberán proteger la libertad de expresión en el ámbito laboral, a pesar de que esa relación se produzca entre dos sujetos privados, en la medida en que el artículo 10 CEDH impondría a los Estados no sólo obligaciones negativas, sino también una obligación positiva de garantizar la libertad de expresión de los individuos sujetos a su jurisdicción.

Por supuesto, el TEDH continúa afirmando que la libertad de expresión, incluso aquella ligada al ejercicio de la libertad sindical, no es absoluta, sino que puede ser limitada siempre que se persiga un objetivo legítimo y la medida sea proporcionada. En el caso objeto de estudio, el TEDH valoraba que el despido de los trabajadores tuvo como objetivo proteger el derecho al honor de la empresa afectada, el director de recursos humanos de la misma y otros empleados; que el contenido de la caricatura y de los dos artículos analizados eran suficientemente explícitos como para considerarse insultantes y vejatorios; que tales insultos fueron cuidadosamente meditados, en la medida en que se insertaron en una publicación escrita y no fueron objeto de un exceso verbal; que se referían a sujetos privados y no a personajes públicos o de relevancia pública, que deben soportar una mayor incidencia de la crítica; y que, además, su objetivo no era puramente sindical, ya que no pretendían promover una acción sindical contra el empleador, sino que pretendían criticar a unos compañeros por el comportamiento que tuvieron en un determinado litigio que enfrentó al empleador y una serie de empleados. Dadas las circunstancias del caso, todas ellas tenidas en cuenta por los tribunales internos, el TEDH señalaba que no se produjo vulneración del artículo 10 CEDH, en la medida en que los tribunales internos pudieron legítimamente considerar que los demandantes habían quebrado la buena fe, la confianza recíproca, sobre la que se asienta toda relación laboral y que, por tanto, el despido no era contrario al derecho concernido.

d) Límites a la libertad de expresión derivados de la protección de menores, consumidores y televidentes

En el asunto **Sigma Radio Televisión LTD contra Chipre, de 21 de julio de 2011**, el TEDH se pronuncia sobre otro caso interesante, en el que se plantea la eventual adecuación a los artículos 6 y 10 CEDH de la sanción impuesta a una emisora de radio y televisión por infringir las normas nacionales referidas a la publicidad televisiva y a la protección de la infancia en la programación televisiva. La cadena llegaba al TEDH planteando dos cuestiones diferenciadas. Por un lado, ponía en cuestión la independencia del ente que tenía entre

sus funciones controlar a las emisoras e investigar y sancionador posibles incumplimientos de las normas indicadas, señalando que ese ente era un órgano administrativo, que tenía interés directo en imponer el mayor número de sanciones posible en la medida en que el importe de las mismas pasaba a formar parte de un fondo del órgano del que se detraían los complementos retributivos de su personal. Por otro lado, la cadena planteaba la adecuación a la libertad de expresión de la sanción impuesta.

En relación con la primera cuestión, quizás la menos relevante, el TEDH subrayaba que, aunque la imparcialidad del órgano administrativo que impuso la sanción pudiera ser cuestionada, lo relevante desde el punto de vista del artículo 6 CEDH era que su decisión pudiera ser objeto de un control jurisdiccional suficiente; lo que había ocurrido en el caso objeto de estudio ya que los órganos jurisdiccionales chipriotas analizaron todas y cada una de las alegaciones formuladas por la parte en su recurso contra la decisión administrativa.

En cuanto a la eventual vulneración del artículo 10 CEDH, el TEDH reiteraba su jurisprudencia sobre la posibilidad de limitar la libertad de expresión siempre que la restricción estuviera prevista por la ley, persiguiera un objetivo legítimo y fuera necesaria en una sociedad democrática, y señalaba que, en el caso objeto de estudio, la legalidad de la medida no se ponía en tela de juicio, así como tampoco que ésta persiguiera varios objetivos legítimos, en concreto, la protección de los menores y consumidores en general contra la publicidad engañosa, la protección frente a programas claramente racistas o que indujeran a la discriminación entre sexos, la garantía de la precisión de la información ofrecida a la ciudadanía y la protección de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen de sujetos afectados por las noticias emitidas por la cadena. Dados los objetivos perseguidos por la medida y el contenido de los programas emitidos por la cadena, el TEDH consideraba la medida proporcionada y, por tanto, adecuada al artículo 10 CEDH.

e) Límites a la libertad de expresión en el ámbito laboral

En el asunto **Heinisch contra Alemania, de 21 de julio de 2011**, el TEDH consideraba vulnerada la libertad de expresión en el marco de la relación laboral que unía a una empresa de capital público, encargada de la gestión de residencias de ancianos, y una de sus trabajadoras. Tras años denunciando ante su empleadora que la residencia en la que prestaba sus servicios contaba con un número de trabajadores muy reducido y que esto provocaba serias deficiencias en el trato recibido por los mayores, la trabajadora decidió presentar una denuncia por fraude contra la empresa, aportando documentación que ponía en entredicho su buen hacer empresarial. Tras la presentación de la denuncia, la empresa despidió a la empleada. Se planteaba así si la empleada había actuado ejerciendo de forma legítima su libertad de expresión, en cuyo caso el despido debía considerarse contrario al artículo 10 CEDH.

El TEDH subrayaba que, a fin de decidir sobre tal cuestión, resultaba necesario tener en cuenta que la medida podía ser legítima si estaba prevista por ley, perseguía un objetivo legítimo y resultaba proporcionada. Puesto que los dos primeros elementos no planteaban problema alguno, el Alto Tribunal se centraba en el análisis de la proporcionalidad de la medida. A estos efectos, el TEDH subrayaba que si bien la libertad de expresión de los trabajadores para denunciar eventuales conductas ilegales en sus lugares de trabajo debía

ser objeto de protección, especialmente en aquellos casos en los que el empleado puede ser el único o uno de los pocos informados de las conductas ilegales de su empleador, también debía protegerse la lealtad, discreción y reserva en el marco de las relaciones laborales, a fin de proteger los intereses empresariales o públicos y la reputación del empleador. Por tanto, una serie de elementos debían ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la legitimidad de las acciones por las que un empleado podía dar a conocer datos concernientes a la conducta de su empleador, en concreto, el hecho de que el empleado hubiera tratado de dar a conocer la situación primero al propio empleador antes de informar al gran público; la relevancia pública o el interés público de la información dada a conocer; la autenticidad de la información proporcionada; el daño sufrido por el empleador tras la difusión de la información correspondiente; el motivo que impulsó al empleado a publicitar la información; y la gravedad de la sanción que se le impuso.

Aplicando los criterios considerados al caso, el TEDH subrayaba que la demandante había tratado de informar a su empleador de la situación que atravesaba la residencia a lo largo de dos años y que, a pesar de ello, la empleadora no tomó medida alguna; que la información difundida tenía un interés público evidente, en la medida en que se relacionaba con el bienestar de un colectivo especialmente vulnerable, en concreto, la tercera edad; que la información proporcionada parecía veraz, a pesar de que no se condenara a la empresa por el delito denunciado, en la medida en que el contenido de la denuncia de la empleada coincidía con el contenido de varios informes del organismo público encargado del control de las residencias de ancianos; que el motivo que impulsó a la demandante a denunciar a su empleadora fue proteger los derechos de los ancianos que estaban siendo atendidos en su centro; que la sanción que se impuso a la demandante fue la más grave que puede imponerse en el ámbito laboral, el despido; y que, aunque la denuncia de la trabajadora provocó ciertos daños a la empleadora, cuya profesionalidad y buen hacer fue puesto en cuestión, el TEDH entendía que el interés público en conocer cómo funcionaban los servicios de cuidado de la tercera edad debía prevalecer sobre el interés de la empleadora de proteger su reputación profesional. Dadas las circunstancias del caso, debía entenderse que el despido vulneró la libertad de expresión de la empleada.

H) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH)

a) El estatus jurídico de las personas como posible causa de discriminación.

No hay doctrina novedosa.

b) Discriminación en el disfrute de derechos sociales.

La STEDH **Bah contra Reino Unido, de 27 de septiembre**, trae causa de la demanda interpuesta por la Sra. Bah, nacional de Sierra Leona, que habita en el Reino Unido con un permiso de residencia indefinido. En un determinado momento, decide traer consigo a su hijo menor de edad, hecho que el Reino Unido acepta pero con la condición de que el menor no recurrirá en el país de acogida a la ayuda económica pública. Tras la llegada del menor, el arrendador del piso de alquiler en que vive la Sra. Bah, les comunica que deben abandonarlo puesto que es no apto para dos personas. Ante esta situación, la Sra. Bah

decide solicitar una vivienda pública, además, con carácter prioritario, dado que éste es el régimen que se aplica a las personas con hijos menores dependientes. Pese su situación, los servicios sociales deniegan la posibilidad de ser alojados de forma prioritaria en una vivienda pública, aunque les prestan servicio de asistencia y les ayudan a encontrar una nueva residencia.

Ante estos hechos, la Sra. Bah, tras agotar la vía interna sin éxito, acude al TEDH alegando que la negativa de permitirle el acceso de forma prioritaria al servicio de viviendas sociales supone una discriminación de trato por razón de nacionalidad que ha afectado a su derecho a la vida privada familiar (artículo 14 CEDH en relación con el artículo 8 CEDH).

El TEDH recuerda que el artículo 8 CEDH no incluye un derecho a la vivienda pero si el Estado decide establecer derechos en este ámbito, deberá hacerlo respetando las exigencias de no discriminación contenidas en el artículo 14 CEDH.

En el análisis de la supuesta discriminación, en primer lugar, el TEDH intenta establecer cuál es el término de comparación, que en este caso no resulta fácil. El TEDH opta, finalmente, por asimilar la situación de la demandante a la de aquellas personas con un permiso de residencia indefinido que tengan a cargo hijos, en este caso no sometidos a controles migratorios, como sí lo está, en cambio, el hijo de la Sra. Bah.

Más problemas plantea determinar cuál es la causa que genera el trato diferente: mientras que la Sra. Bah alega que se trata de su nacionalidad, el Gobierno alega que se trata del concreto estatus de inmigrante aplicable a su hijo. El TEDH se decanta por esta última opción como base del trato diferente. Ahora bien, el Tribunal, en contra de lo mantenido por el Gobierno, afirma que el estatus jurídico que se reconozca a cada tipo de inmigrante puede ser una causa de diferenciación, como se deriva de su anterior jurisprudencia, aunque no responda propiamente a la situación personal inmutable. El Tribunal confirma que determinados regímenes jurídicos o estatus reconocido por la ley puede suponer una causa de discriminación.

Dicho lo cual, el Tribunal concluye que la justificación dada por el Gobierno para establecer un trato diferente en este caso es objetiva y razonable. Además, como es ya jurisprudencia consolidada del Tribunal, el hecho de que se trate de un asunto de naturaleza predominantemente socio económico, concede un margen de apreciación al Estado bastante amplio. En este caso el Gobierno en un ámbito de recursos escasos, como es el de la vivienda pública, decidió priorizar a aquellas personas titulares de permiso permanente de estancia en el país, frente a aquellas que no lo tuvieran, como es el caso del hijo de la Sra. Bah.

Por último, el TEDH realiza un examen final sobre la proporcionalidad *estricto senso* y pone de manifiesto que, en cualquier caso, no llegó a producirse una situación efectiva de desamparo y pudieron volver a una vivienda pública en el centro de la ciudad en un lapso temporal similar al de las personas sí priorizadas.

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

a) Pérdida del derecho a percibir una prestación de invalidez

En el asunto **Iwaskiewicz contra Polonia, de 26 de julio de 2011**, el TEDH analiza la eventual vulneración del derecho a la propiedad que se habría derivado de la decisión de

las autoridades polacas de retirar al demandante el derecho a percibir una prestación social de invalidez para veteranos de guerra. Las autoridades polacas habían concedido al demandante el derecho a percibir la prestación indicada en el año 1997, tras la evaluación médica correspondiente. Sin embargo, seis años más tarde, una investigación puso de manifiesto que muchas de las pensiones de invalidez de veteranos de guerra concedidas se habían otorgado sobre la base de certificados médicos inexactos. A la luz de esa información, las autoridades polacas iniciaron un proceso de revisión de todas las pensiones concedidas, modificando su decisión en lo que al demandante se refería.

El TEDH analizaba la cuestión desde el punto de vista del derecho a la propiedad, al subrayar que, aunque ese derecho no garantiza a los particulares la percepción de una prestación social de una cuantía determinada, si la legislación interna prevé el acceso de los particulares que se encuentren en una concreta situación a una prestación social, ésta debe ser considerada un interés económico, protegido por el artículo 1 del Protocolo núm. 1. Puesto que el demandante había dejado de percibir una prestación social prevista en la legislación interna tras la reconsideración de su estado médico, el TEDH consideraba que la decisión de las autoridades internas debía ser analizada desde el punto de vista del derecho a la propiedad, que sólo autorizaría una interferencia en su ejercicio en el caso de que ésta estuviera prevista en la ley, persiguiera un objetivo legítimo y fuera proporcionada. Puesto que la decisión de las autoridades internas estaba basada en las previsiones de la legislación interna, y perseguía un objetivo legítimo (evitar el fraude en el acceso a las prestaciones sociales litigiosas), el TEDH se centraba en analizar si la medida podía considerarse proporcionada.

Subrayaba así el amplio margen de apreciación que tienen los Estados parte del CEDH a la hora de valorar decisiones con fuertes implicaciones sociales y económicas como aquellas referidas al acceso y la regulación de los beneficios sociales y, tras analizar las circunstancias del caso, llegaba a la conclusión de que la medida no podía considerarse desproporcionada. Para llegar a tal conclusión, el TEDH tenía en cuenta que la decisión de las autoridades internas de retirar la pensión al demandante se había producido siguiendo un procedimiento garantista, en el que el demandante tuvo oportunidad de alegar todo aquello que consideró conveniente; que esa decisión se produjo tras una valoración de la situación médica del demandante realizada por dos especialistas; que el demandante no fue obligado en ningún momento a devolver las cantidades ya percibidas; y, sobre todo, que la prestación social que percibía no constituía su único ingreso, de forma que su retirada no suponía que quedara desprovisto de todo medio de supervivencia.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Libertad de expresión (artículo 11 CDFUE)

a) Inmunidad parlamentaria de los miembros del Parlamento Europeo

En la **STJUE de 6 de septiembre de 2011, asunto Patriciello, as. C-163/10**, el TJUE se pronunciaba sobre el alcance de las competencias del Parlamento Europeo en relación con la inmunidad parlamentaria. La cuestión se suscitaba debido a que el eurodiputado

Patriciello acusó a un agente de la policía municipal de Pozzili de haber falsificado un documento público en un aparcamiento cercano a su domicilio y a un centro hospitalario en presencia de otros policías. Tras la acusación indicada, se inició un procedimiento penal contra el Sr. Patriciello ante un tribunal italiano, que alegó su inmunidad parlamentaria para evitar ser procesado, señalando que el artículo 8 del Protocolo sobre los privilegios e inmunidades de la Unión Europea dispone que los europarlamentarios «no podrán ser buscados, detenidos ni procesados por las opiniones o los votos por ellos emitidos en el ejercicio de sus funciones». A petición del Sr. Patriciello, el Parlamento Europeo emitió un informe poniendo de manifiesto que no había actuado «en interés propio […] sino que actuó en defensa de sus electores» ya que «se refirió a hechos de ámbito público y a los derechos de los ciudadanos a disponer de un acceso fácil a un hospital».

Ante estos hechos, el tribunal italiano planteó ante el TJUE si la calumnia imputada al eurodiputado constituía «una opinión en el ejercicio de las funciones parlamentarias en el sentido del Artículo 8 del citado Protocolo». El TJUE respondía a la cuestión recordando que la inmunidad parlamentaria se vincula con el libre ejercicio de la libertad de expresión por parte de los eurodiputados (artículos 11 CDFUE y 10 CEDH) y tiene como fin garantizar la función parlamentaria, protegiendo esa libertad incluso cuando se ejercite fuera del recinto del Parlamento Europeo. Ahora bien, continuaba el TJUE, la inmunidad parlamentaria no puede impedir que los órganos jurisdiccionales ejerzan sus competencias ni puede privar a los perjudicados del acceso a la justicia, de manera que la relación entre la opinión manifestada y la función parlamentaria «debe ser directa e imponerse manifiestamente»; lo que no parecía ocurrir en el caso objeto de estudio, ya que la opinión del eurodiputado concernido no parecía tener relación directa alguna con el interés general.

En cuanto al valor que cabía atribuir al informe emitido por el Parlamento Europeo, el TJUE subrayaba que la institución no tiene las mismas facultades que algunos Parlamentos nacionales, que pueden intervenir cuando un órgano jurisdiccional no reconoce la inmunidad parlamentaria. De hecho, para el TJUE, el tribunal nacional no tenía siquiera que motivar su decisión de apartarse de la opinión del Parlamento Europeo, porque dicha obligación ni se recoge en los Tratados ni se deriva del deber de cooperación leal entre las instituciones europeas y las autoridades nacionales.

B) Prohibición de discriminación (artículo 21 CDFUE)

a) Discriminación por razón de la edad en el ámbito del sector público

En la **STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto Hennings, as. C-297/10 y 298/10,** el TJUE se enfrenta a la eventual vulneración del artículo 21 de la Carta de derechos fundamentales de la UE en el ámbito de la función pública. El conflicto traía causa de sendos procesos iniciados por el Sr. Mai y la Sra. Hennigns, dos empleados públicos que solicitaban que su calificación profesional y, por tanto, su retribución, no dependiera de su edad. El Sr. Mai y la Sra. Hennigns exigían ser incluidos en un escalón superior al que les correspondía por su edad, ya que ésta no guardaba relación con su experiencia profesional. Sin embargo, los convenios colectivos que les eran aplicables calculaban las retribuciones de los empleados públicos sobre la base de su edad. En este contexto, el tribunal nacional que entendía del litigio principal planteó ante el TJUE la eventual falta de compatibilidad

de esos convenios colectivos con el artículo 21 de la Carta de derechos fundamentales de la UE, que prohíbe toda discriminación, haciendo expresa referencia a la edad como uno de los motivos prohibidos de discriminación.

A fin de responder a tal cuestión, el TJUE subrayaba que la diferencia salarial apuntada, fundada en la edad de los trabajadores, no podría considerarse discriminatoria si perseguía una finalidad legítima y era proporcionada, esto es, si estaba justificada objetiva y razonablemente. Sin embargo, el TJUE no aceptaba las razones por las que el Gobierno alemán trataba de justificar la diferencia de trato, en concreto, valorar la experiencia profesional y tener en cuenta los mayores gastos que tienen los empleados de mayor edad. En relación con el primer motivo apuntado, el TJUE subrayaba que el sistema del convenio clasificaba a los empleados en el momento de la contratación exclusivamente en función de su edad, de manera que un empleado podía tener un escalafón superior por la edad frente a otro empleado con mayor antigüedad, pero más joven, de modo que el sistema no tenía en cuenta la mayor experiencia profesional, sino únicamente la edad. En relación con la segunda motivación, el TJUE subrayaba que nada hacía pensar que un empleado de mayor edad tuviera necesariamente más gastos que uno más joven y, además, el sistema preveía complementos por familia y destino, de modo que era evidente que el sistema tampoco cumplía el segundo objetivo apuntado. En consecuencia, el TJUE estimaba que la medida era contraria al artículo 21 CDFUE, y en nada cambiaba su conclusión el hecho de haber sido prevista en un convenio colectivo, ya que el TJUE subrayaba que la negociación colectiva debía ejercerse siempre de conformidad con el Derecho de la Unión.

C) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 47 CDFUE)

a) Control jurisdiccional de las decisiones de tramitar solicitudes de asilo por el procedimiento acelerado

En la **STJUE de 28 de julio de 2010, asunto Samba Diouf, as. C-69/10,** el TJUE se pronuncia sobre la adecuación de la normativa luxemburguesa en materia de asilo a la Directiva 2005/85/CE, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. El problema se planteaba porque el Sr. Samba Diouf, nacional mauritano, presentó ante el servicio competente del Gran Ducado de Luxemburgo una solicitud de protección internacional para huir de la situación de esclavitud en la que afirmaba vivir en Mauritania y fundar una familia en Europa. Además, aseguraba tener miedo de que su antiguo patrón acabara con su vida si regresaba. Su solicitud, tramitada por un procedimiento acelerado, fue denegada por considerarse manifiestamente infundada, tras lo cual el Sr. Samba Diouf decidió plantear un recurso ante el Tribunal Administratif.

Sin embargo, este tribunal dudaba de la adecuación de la normativa luxemburguesa a la Directiva 2005/85, en la medida en que la normativa nacional no preveía la posibilidad de plantear un recurso contra la decisión administrativa de tramitar una solicitud de asilo por el procedimiento acelerado, aunque sí permitía plantearlo contra la decisión definitiva denegatoria de la solicitud de asilo. En tal caso, el plazo para recurrir se limitaba a 15 días y no cabía apelación, de modo que se cuestionaba si tal normativa respetaba el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 47 de la Carta de derechos fundamentales de la UE.

Para resolver tal cuestión, el TJUE señalaba, en primer lugar, que la resolución sobre el procedimiento a seguir para tramitar una solicitud de asilo era un acto preparatorio y no definitivo, y por ello la falta de recurso jurisdiccional contra el mismo no vulneraba, en principio, el derecho a un recurso efectivo siempre que existiera un recurso contra la resolución de fondo que permitiera realizar un control jurisdiccional completo de tal decisión. Sin embargo, el problema que se planteaba en relación con la normativa luxemburguesa era que los motivos que permitían denegar la solicitud de asilo y que fueron utilizados para denegar la solicitud del Sr. Samba Diouf eran exactamente los mismos que permitían aplicar el procedimiento acelerado. Puesto que no cabía recurso contra esa decisión procedimental, el control jurisdiccional sobre el fondo de la decisión denegatoria del asilo no podía considerarse completo. Por tanto, estimaba el TJUE, esta normativa debía considerarse contraria al Derecho de la Unión, ya que el derecho a un recurso efectivo exige que el juez nacional pueda comprobar el carácter fundado de los motivos por los que una solicitud de protección internacional es denegada.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, de tan sólo 15 días, y la imposibilidad de apelar la decisión del Tribunal Administratif, el TJUE rechazaba la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que no estimaba que el plazo fuera «materialmente insuficiente para la preparación e interposición de un recurso judicial efectivo, sino que parece razonable y proporcionado», y señalaba que el derecho a la tutela judicial efectiva conlleva un derecho a acceder a un tribunal, pero no a varias instancias.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el período analizado en este número no hay jurisprudencia constitucional relevante sobre el principio de igualdad del artículo 14 CE ni sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

Las SSTC 112, 113, 114, 115 y 116/2011, de 4 de julio; 122/2011, de 12 de julio, y 129, 130 y 131/2011, de 18 de julio, reiteran la jurisprudencia sentada en la STC 20/2011, de 14 de marzo, resumida en el número 52 de la Revista sobre el derecho a ejercer cargos públicos representativos. Todos los casos se refieren a los mismos demandantes (Concejales no adscritos del Ayuntamiento de Majadahonda) a quienes se convocó para participar en diferentes Comisiones informativas (de régimen interior, de vigilancia de la contratación, de comunicación e información y de planeamiento urbanístico) en diferentes fechas, con voz pero sin voto. Cada una de estas Sentencias se refiere a una convocatoria concreta.

A) Derecho a participar en los asuntos públicos (artículo 23 CE)

a) Acceso a los cargos públicos representativos

a.1) La marca que señala al primer candidato en una papeleta electoral no invalida el voto si permanece clara la voluntad del elector

La **STC 124/2011, de 14 de julio,** estima el recurso de amparo interpuesto por el Partido Popular contra el acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Barbastro confirmado por el

Tribunal Superior de Justicia de Aragón por el que se declararon nulos dos votos emitidos en sendas papeletas en las que se había marcado una cruz o aspa junto al nombre del primer candidato. La pretendida infracción electoral afectaba al resultado final de la elección.

El Tribunal comienza afirmando que este recurso tiene especial trascendencia constitucional puesto que le permite pronunciarse sobre el alcance del principio de inalterabilidad de la papeleta tras la reforma del artículo 96.2 LOREG operada por la LO 2/2011, de 28 de enero, cuestión sobre la que no existe jurisprudencia constitucional.

Este precepto dispone que «serán también nulos en todos los procesos electorales los votos emitidos en papeletas en las que se hubieren modificado, añadido o tachado nombres de candidatos comprendidos en ellas o alterado su orden de colocación, así como aquéllas en las que se hubiera introducido cualquier leyenda o expresión o producido cualquier otra alteración de carácter voluntario o intencionado». Esta nueva redacción ha suprimido la causa de nulidad referida a los supuestos «en que se hubiera… señalado… nombres de los candidatos».

La jurisprudencia constitucional anterior a la reforma del artículo 96.2 LOREG operada por la LO 2/2011 intentaba conciliar el principio de inalterabilidad de la papeleta con los principios de conservación de actos válidamente celebrados, interpretación más favorable a la plenitud del derecho de sufragio y conocimiento de la verdad material manifestada en las urnas. Esta jurisprudencia había declarado en repetidas ocasiones que la existencia de cualesquiera modificaciones de las papeletas (incluidas las «señales») debía conducir a su declaración de nulidad.

Ahora bien, la finalidad de la reforma de 2011 es clarificar los supuestos de nulidad de voto y esta finalidad se ha concretado en la supresión de la causa de nulidad que era el señalamiento de nombres y en exigir que las otras alteraciones que puedan aparecer en las papeletas sean intencionadas o voluntarias. Por ello, el nuevo artículo 96.2 LOREG no determina necesariamente la nulidad de los votos emitidos en papeletas en las que se haya efectuado una señal junto al nombre de los candidatos. Para determinar si esta irregularidad tiene o no efectos invalidantes habrá que atender a si la señal introducida permite albergar dudas sobre cuál es la efectiva voluntad del elector. En el presente caso, la voluntad del elector estaba clara, máxime teniendo en cuenta que hasta esas elecciones en la localidad de Bierge, donde tuvo lugar el incidente, los concejales se elegían mediante un sistema de listas abiertas y los electores votaban marcando el nombre del candidato con una cruz o aspa. Por tanto, el Tribunal considera que las señales en cuestión constituían una irregularidad no invalidante del voto.

a.2) Son posibles varias modalidades de realización del sorteo de escaños previsto en el artículo 163.1.d) LOREG siempre que se respete el principio de proporcionalidad

La **STC 125/2011, de 14 de julio,** desestima el recurso de amparo interpuesto por el Partido Socialista Obrero Español contra una decisión de la Junta Electoral de Zona de Motril confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. En las elecciones locales de 22 de junio de 2011 celebradas en el Municipio de Lújar (Granada) se produjo un empate de votos entre las dos únicas candidaturas, la del Partido Popular (PP) y la del Partido Socialista Obrero Español de Andalucía (PSOE-A). Debiendo elegirse siete concejales, la

Mesa Electoral adjudicó tres a cada candidatura y, para determinar a quién correspondía el séptimo concejal, la Junta Electoral de Zona celebró un sorteo mediante el lanzamiento de una moneda al aire resultando ganadora la candidatura del Partido Popular, y atribuyendo la Junta Electora l de Zona el séptimo concejal electo a esta formación política.

En la Sentencia de amparo se afirma que la interpretación realizada por la Administración electoral, confirmada por el TSJ de Andalucía, es perfectamente respetuosa con el derecho contenido en el artículo 23.2 CE y seguramente es también la más lógica, sin perjuicio de que la que propone como alternativa el recurrente en amparo pueda resultar también acorde con las previsiones constitucionales. Sostiene el Tribunal que ninguna de las dos interpretaciones sobre el modo de efectuar el sorteo y de gestionar el resultado contradicen el criterio de proporcionalidad. En consecuencia, deniega el amparo.

b) Ejercicio de cargo público representativo. Vulneración por la admisión a trámite de unas enmiendas legislativas sin relación material con el proyecto de ley enmendado

La **STC 119/2011, de 5 de julio,** estimó el amparo solicitado por varios Senadores contra la decisión de la Mesa del Senado de admitir a trámite las enmiendas núms. 3 y 4 presentadas por el Grupo Parlamentario Popular al Proyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Arbitraje para incluir una modificación del Código Penal.

Comienza el Tribunal analizando si esta decisión de la Mesa del Senado constituye una infracción de la legalidad parlamentaria para, en segundo lugar, dilucidar si esta infracción, caso de producirse, afecta al núcleo de la función representativa de los parlamentarios. La Sentencia comentada pone de manifiesto que, con relación a esta cuestión, existe jurisprudencia divergente en el Alto Tribunal. En efecto, en las SSTC 99/1987 y 194/2000, se estableció que la negativa a valorar la concurrencia de una conexión material entre la enmienda y la iniciativa legislativa como requisito de admisibilidad de una enmienda no suponía una infracción de la legalidad parlamentaria. Por el contrario, en la STC 23/1990 y en los AATC 275/1993 y 118/1999 se confirmaba la constitucionalidad de las valoraciones de las Mesas de las Cámaras sobre la homogeneidad de las enmiendas con las iniciativas legislativas a enmendar, para propiciar su inadmisión, no sólo en aquellos supuestos en que el Reglamento de la Cámara lo tenga previsto de manera expresa, sino también en aquellos casos en que no se establezca una concreta previsión al respecto.

Dada esta divergencia en la jurisprudencia anterior, se avocó el presente recurso de amparo al Pleno del Tribunal en virtud de lo establecido en el artículo 13 LOTC. El Tribunal recuerda que la Constitución no contiene ninguna norma expresa relativa a los límites materiales del derecho de enmienda en el Senado. Ahora bien, ello no implica que, desde la perspectiva constitucional, no quepa extraer la exigencia general de conexión u homogeneidad entre las enmiendas y los textos a enmendar. Con carácter general, la necesidad de una correlación material entre la enmienda y el texto enmendado se deriva, en primer lugar, del carácter subsidiario que, por su propia naturaleza, tiene toda enmienda respecto del proyecto de ley en tramitación. La enmienda no puede servir de mecanismo para dar vida a una realidad nueva, que, en todo caso, debe nacer de una nueva iniciativa. Esta conclusión queda reforzada, a juicio del Tribunal, si se tiene en cuenta el papel del Senado en el procedimiento legislativo, secundario con relación al Congreso. Así, parece lógico concluir

que la facultad de enmienda senatorial a la que se refiere el artículo 90.2 CE se entendió, al elaborar la Constitución, limitada a las enmiendas que guarden una mínima relación de homogeneidad material con los proyectos de ley remitidos por el Congreso.

Como conclusión de lo expuesto, el Tribunal afirma que la decisión de la Mesa del Senado negándose a realizar un juicio de homogeneidad de las enmiendas con el texto a enmendar, solicitado por los Senadores recurrentes, supuso una infracción de la legalidad parlamentaria. Y, a continuación, entra a analizar si esta infracción afecta al núcleo de la función representativa estrictamente conectada con el derecho fundamental del artículo 23.2 CE (en este punto parece que puede apreciarse un cambio en la jurisprudencia del Tribunal pues hasta ahora venía considerando que toda vulneración del Reglamento de las Cámaras lo era también del artículo 23.2 CE).

Pues bien, recuerda el Tribunal que el derecho de enmienda que pertenece a los parlamentarios no es un mero derecho reglamentario sino un auténtico contenido central de su derecho de participación del artículo 23.2 CE. Y considera que, con la admisión a trámite como enmiendas de unas propuestas de modificación del Código Penal que no guardaban relación material alguna con el contenido de la Ley de Arbitraje remitida por el Congreso de los Diputados, los recurrentes vieron restringidas sus posibilidades de deliberación sobre un nuevo texto que planteaba una problemática política por completo ajena a la que hasta el momento había rodeado al debate sobre la nueva Ley de Arbitraje, frente a la que no pudieron tomar una postura que se concretase en propuestas de enmienda o veto.

Por todo ello, el Tribunal otorga el amparo a los Senadores recurrentes pero limita el alcance del Fallo al reconocimiento del derecho vulnerado y a la anulación de los acuerdos impugnados, sin realizar ningún pronunciamiento ni deducir efecto alguno de su fallo sobre la constitucionalidad de los preceptos afectados de la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre. Lo lógico hubiera sido que esta infracción procedimental se tradujera en la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica aprobada en el Parlamento, pero el Tribunal opta por no pronunciarse sobre este alcance del Fallo, teniendo en cuenta que, aunque la Ley fue efectivamente aprobada, los preceptos afectados fueron derogados por una Ley posterior.

B) Derecho de petición (artículo 29 CE). Vulneración por la inadmisión a trámite por la Mesa de la Cámara de una petición sobre creación de comisiones parlamentarias de estudio e investigación

La **STC 108/2011, de 20 de junio,** estima el recurso de amparo interpuesto por una Asociación contra los acuerdos de la Mesa de las Cortes de Aragón de 14 y 30 de abril de 2009 que inadmitieron a trámite, respectivamente, la petición formulada por la Asociación recurrente en orden a la creación de una comisión parlamentaria especial de estudio sobre criterios de conducta pública aplicables al conjunto de las instituciones de la Comunidad Autónoma y la petición de creación de una comisión parlamentaria de investigación para esclarecer la situación y funcionamiento de los gabinetes de los miembros del Gobierno de Aragón y promover las medidas necesarias para corregir las irregularidades que pudieran constatarse en su funcionamiento.

Recuerda el Tribunal que la doctrina constitucional relevante para dilucidar si estos acuerdos de la Mesa de las Cortes de Aragón vulneran el derecho de petición (artículo 29.1

CE) fue sintetizada en la STC 242/1993, dictada cuando se encontraba en vigor la Ley 92/1960, de 22 de diciembre, cuya vigencia había reconocido el Tribunal no obstante su origen preconstitucional. En la actualidad, sin embargo, hay que analizar esta cuestión a la luz de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre (LODP). Asimismo, hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 77 CE y en los artículos 62 y ss. del Reglamento de las Cortes de Aragón.

Comienza el Tribunal poniendo de manifiesto la importancia del derecho de petición como expresión de un derecho de participación política de los ciudadanos y de comunicación de éstos con los poderes públicos, particularmente, con los órganos parlamentarios.

La Mesa de las Cortes de Aragón inadmitió a trámite dichas peticiones basándose en los artículos 62 y ss. del Reglamento de las Cortes de Aragón, pues consideró que la asociación recurrente carecía de legitimación para instar la puesta en marcha de comisiones de estudio e investigación (iniciativa que corresponde a los órganos de la Cámara) y que, por tanto, representaban una injerencia en los asuntos parlamentarios. Esta lógica podría corresponder también con una determinada interpretación de los artículos 3 y 8 LODP que establecen que no son objeto del derecho de petición las solicitudes para las que el ordenamiento prevé un procedimiento específico.

Sin embargo, el Tribunal afirma que esta interpretación no se acomoda al contenido esencial del derecho de petición. Es cierto que las Mesas de las Cámaras pueden y deben controlar la regularidad formal de los escritos y documentos parlamentarios; pero siempre que tras ese control no se esconda un juicio de oportunidad cuando tal juicio esté atribuido a la propia Cámara o a otros órganos parlamentarios. Y lo mismo cabe decir de los escritos que puedan presentar los ciudadanos en ejercicio de su derecho de petición. La Mesa tampoco puede negar toda virtualidad a cualquier petición de los ciudadanos a la institución parlamentaria. Como había afirmado el Tribunal en la STC 242/1993, el derecho de petición incluye la exigencia de admisión del escrito que incorpora la petición, de su tramitación conforme al curso debido o de su reenvío al órgano competente, tomando en consideración el contenido del escrito, lo que no significa, sin embargo, que ello «incluya el derecho a obtener una respuesta favorable a lo solicitado». Es interesante destacar en esta Sentencia que el Tribunal da el mismo tratamiento a los escritos presentados por los ciudadanos que a los presentados por los parlamentarios antes las Mesas de las Cámaras.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho a la nacionalidad (artículo 11 CE)

a) Buena conducta cívica. Acreditación del requisito

STS de la Sala Tercera **de 18 de julio de 2011**. La Administración del Estado plantea el recurso de casación, contra la sentencia de la Audiencia Nacional que concedía la nacionalidad española a una persona nacional de Perú, petición que había sido desestimada por el Ministerio de Justicia debido a no haberse justificado suficientemente la buena conducta cívica exigida en el artículo 22.4 CC, denegándosela aun cuando el solicitante llevaba el tiempo exigido de residencia legal en España, y había justificado una integración suficiente en la sociedad española, ya que constaban en el expediente aunque sobreseídos, antece-

dentes de 2003 por agresión sexual, y se dice «es aconsejable extremar la prudencia en relación al requisito de la buena conducta cívica».

El Tribunal Supremo centra su razonamiento en la irrelevancia de las actuaciones penales seguidas contra el interesado por agresión sexual, debido a que esos antecedentes fueron determinantes de la denegación de la nacionalidad solicitada. Manifiesta que es a la Administración a quien incumbe dar todas las razones por las que considera incumplido alguno de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad española, limitándose la revisión jurisdiccional a verificar si la resolución administrativa denegatoria es o no ajustada a Derecho. El solicitante ha acreditado una adecuada integración personal y una prolongada integración profesional, así como un correcto cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, de lo que el único obstáculo aducido por la Administración para impedir la obtención de la nacionalidad española era debido a los antecedentes penales desfavorables, incompatibles con el requisito de la buena conducta cívica. Y que esos antecedentes carecen de vigor —dice la Sala— para fundamentar la denegación al concurrir que las actuaciones penales fueron archivadas en virtud de sobreseimiento, por no ser los hechos constitutivos de delito, con efectos análogos a los de una sentencia absolutoria.

b) Razones de orden público o interés nacional

STS de la Sala Tercera **de 12 de septiembre de 2011**. Se plantea el recurso de casación, ante la sentencia estimatoria de recurso presentado contra la concesión de la nacionalidad española por residencia a una persona nacional de Líbano. El Ministerio de Justicia la había denegado alegando razones de orden público y de interés nacional, en relación al círculo de relaciones y actividades del peticionario. La Administración no da en ningún informe indicaciones sobre cuáles eran esas razones de seguridad nacional que desaconsejaban la concesión de la nacionalidad pretendida. La Sala debe conocer esas razones y verificar que éstas se ajustan a la legalidad y a la racionalidad que ha de guiar el ejercicio de las potestades administrativas.

Desde la trayectoria vital del solicitante no se aprecia ningún dato desfavorable, más allá del puesto de manifiesto por la Administración en su resolución, y una vez descartado ese obstáculo, al no apreciarse ni haberse invocado la concurrencia de ningún otro, no cabe más que la de estimar el recurso y declarar el derecho del peticionario a la concesión de la nacionalidad española por residencia. Incumbe a la Administración dar a conocer todas las razones por las que considera incumplido alguno de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, revisándose posteriormente si la decisión es ajustada o no a Derecho, y si no lo es, no cabe invocar ni tomar en consideración otras posibles causas de denegación no contempladas en la resolución denegatoria.

Los informes clasificados como «reservados» pueden dar a conocer a la Administración razones por las que se consideren los motivos de orden público o interés nacional, por lo que con las oportunas reservas sería preciso concretar en qué consistían éstas, para facilitar al Tribunal el examen en su actividad de control. No se pueden invocar informes que justifiquen la denegación de la concesión, cuando no conste su contenido ni puedan valorarse, ni ser objeto de control judicial, impidiendo la tutela judicial efectiva.

B) Derecho de asilo (artículo 13 CE)

a) Estatuto de apátrida. Visado para reagrupación familiar

STS de la Sala Tercera **de 14 de junio de 2011.** El recurso de casación se interpone contra la sentencia de la Audiencia Nacional que estimó parcialmente el recurso y reconoció el derecho de permanencia en España al peticionario nacional de Guinea Ecuatorial por razones humanitarias, desestimando el resto del *petitum*. El Ministerio del Interior había denegado el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo en España, y el Tribunal de instancia también denegó el asilo porque dudaba sobre el supuesto parentesco alegado y por el tiempo transcurrido entre el nombramiento político de la que se dice madre del solicitante y las represalias derivadas de tal hecho.

El Tribunal Supremo rechaza la casación dado que no es suficiente la discrepancia con la valoración de las pruebas del Tribunal de instancia, siendo necesario demostrar que esa apreciación es irracional o arbitraria. En defecto de esa demostración, y aceptada la valoración de instancia, se parte de lo declarado en la sentencia recurrida, que no es otra cosa que: la inexistencia de indicios fundados y sin contradicciones en el relato fáctico por lo que no puede concederse el asilo, no obstante se valoran las circunstancias sociopolíticas, la relevancia política en la oposición al régimen ecuatoguineano de la que parece ser su progenitora, en su conjunto pueden dar lugar a situaciones de riesgo que repercutan en su libertad o seguridad y que justifican la concesión por razones humanitarias. Ese razonamiento del Tribunal de instancia, que afirma que la vuelta del demandante al país de origen podría acarrearle serios problemas y una situación de riesgo con repercusiones en su libertad o seguridad, justifica motivadamente la autorización de permanencia en España por razones humanitarias.

b) Reconocimiento del estatuto de apátrida a un saharahui

STS de la Sala Tercera **de 20 de septiembre de 2011.** Se plantea el recurso de casación, contra la sentencia estimatoria de la Audiencia Nacional en el recurso planteado por una persona de origen Saharaui al que se denegó el derecho de asilo en España. Su petición fue denegada por considerar que estaba documentado por Argelia y por la tardanza del solicitante en la petición del estatuto de apátrida tras llegar a España, de conformidad con el artículo 4.2 del reglamento de reconocimiento del Estatuto de apátrida aprobado por RD 865/2001, de 20 de julio, por presumirse la petición infundada.

Se aplica la jurisprudencia sobre apartida en relación con los procedentes de campos de refugiados saharauis (SSTS de 30 de octubre de 2009 y 20 de junio de 2011) favorable al reconocimiento del estatuto. Se trata de una presunción *iuris tantum* a la que se puede aplicar la doctrina jurisprudencial relativa al artículo 7.2 del mencionado reglamento de la Ley de Asilo aprobada por RD 203/1995, que establece que cuando se trate de un solicitante que haya permanecido en situación de ilegalidad durante más de un mes, o haya presentado su solicitud de asilo teniendo incoada una orden de expulsión, la solicitud se presumirá incursa en el párrafo d) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado y se examinará por el procedimiento ordinario de inadmisión a trámite. El Tribunal ha indicado reiteradamente que la presunción no entra en juego cuando lo que ya obra en el expediente administrativo hace que el temor de persecución deba tenerse por fundado, pues en este caso la presunción ya ha de tenerse por desvirtuada, y el mismo criterio es extensible a la presunción antes mencionada, de forma

que la presunción puede entenderse desvirtuada si a tenor de los datos concurrentes en el caso se concluye que en el solicitante concurren los requisitos y condiciones necesarios para el reconocimiento y concesión del estatuto de apátrida.

c) Visado para reagrupación familiar

STS de la Sala Tercera **de 20 de julio de 2011.** Se plantea el recurso de casación, contra la sentencia desestimatoria del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso planteado por una persona procedente de Marruecos, al que se denegó el Visado de reagrupación familiar solicitado a favor de su hijo menor, con base en que quedaban en Marruecos la madre y otros cinco hermanos, por lo que no había reagrupación familiar sino mayor desarraigo, y confirmaba la denegación por el Consulado de España en Tetuán (Marruecos).

El Tribunal no acoge la interpretación del concepto jurídico «reagrupación familiar» que llevan a cabo tanto la oficina consular como la Sala de instancia, debido a la regulación comunitaria, a la que la Ley Española debe adecuarse, razonando que no hay obstáculo para acceder a la reagrupación en supuestos como el analizado, sin que suponga necesariamente el traslado a España del entero núcleo familiar de quien la solicita. No se trata de un privilegio, sino de un derecho de los nacionales de un tercer país, residentes legalmente en el territorio de un Estado miembro de acogida, para facilitar la vida familiar, conforme a las declaraciones de derechos refrendadas por pactos internacionales, siendo la regla general la autorización de reagrupación familiar. La Sala razona, que si bien la situación puede abocar a una fragmentación provisional de la familia que permanece en Marruecos, también ésta se producía desde el momento en que el padre, en este caso, emigró y reside legalmente en España. Para desvirtuar la sospecha de fraude para eludir los cauces normales de entrada y trabajo de extranjeros, hay que considerar que según la redacción de la Ley 2/2000, los hijos de los extranjeros residentes en nuestro territorio, aun sin reagrupación, tenían facilitado su acceso al mercado laboral español sin necesidad de considerar la disponibilidad de plazas en el contingente, bastando al efecto el contrato de trabajo o la oferta de colocación a ellos dirigida.

B) Derechos a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones, a la inviolabilidad del domicilio, a la defensa, y a la tutela judicial efectiva (artículos 18 y 24 CE)

a) Entrada y registro de empresa por Inspectores de la Agencia Tributaria

SSTS de la Sala Tercera**, de 19 de septiembre de 2010.** La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias dicta dos autos que declaran inadmisibles los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Administración del Estado contra los recursos interpuestos al amparo de la protección de los Derechos Fundamentales de la Persona por dos empresas, contra las actuaciones de entrada y registro en sus dependencias por funcionarios de la Agencia Tributaria en Asturias. Contra esas resoluciones se interponen recursos de súplica que son desestimados, por lo cual ambas empresas recurren en casación ante el Tribunal Supremo reclamando la defensa de sus derechos a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones (artículo 18 CE), el derecho a la inviolabilidad de domici-

lio (artículo 18.2 CE), y el derecho de defensa (artículo 24 CE). El recurso de casación es estimado, admitiendo a trámite el recurso formulado.

Con el procedimiento especial de los Derechos Fundamentales de la persona se pretende evitar *ab initio* una indebida o fraudulenta utilización del instrumento procesal, apoyada en la doctrina del Tribunal Supremo. Se sintetizan las razones por las que se entiende que el acto impugnado vulnera tales derechos fundamentales. Respecto al derecho a la inviolabilidad del domicilio: ausencia de consentimiento del titular del referido domicilio para la entrada y registro practicado en él al carecer el Administrador mancomunado que prestó el consentimiento de poder para representar a la entidad (es necesario al menos la intervención de dos de ellos) y en su caso tratarse de un consentimiento viciado. Respecto a los derechos de defensa y a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones, en la incautación de «documentación informática y en papel», «medios de prueba sin hacer», y «los que no pertenecen a los obligados tributarios inspeccionados», como «los que se ignora a quién corresponde por no identificarse la empresa», resultan en principio coherentes con la jurisprudencia de la Sala.

Esta jurisprudencia considera que en el caso de las personas jurídicas tienen la consideración de domicilio a efectos de la protección constitucional del artículo 18.2 CE: los espacios que requieren reserva y no intromisión de terceros en razón a la actividad que en ellos se lleva a cabo (lugares utilizados por representantes de la persona jurídica para desarrollar sus actividades internas), bien porque en ellos se ejerza la habitual dirección y administración de la sociedad, bien porque sirvan de custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento, exigiéndose en estos casos la autorización judicial o el consentimiento del interesado.

La validez del consentimiento exige el exacto conocimiento de lo que se hace y la libérrima voluntad de hacerlo, debiendo estar también exento de todo elemento susceptible de provocar o constituir error, violencia, intimidación o engaño, por lo que el interesado debe ser enterado de que puede negarse a autorizar la entrada y registro requerido.

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

IV. FUENTES DEL DERECHO

Sumario

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. BASES.

   A) No tiene carácter básico la atribución al Estado de determinadas competencias ejecutivas en relación con las Cajas de Ahorro fundadas por la Iglesia Católica.

   B) La Comunidad Autónoma debe respetar la regulación establecida por el Estado en ejercicio de sus competencias básicas. La potestad sancionadora tiene un carácter instrumental en relación con las competencias sustantivas.

   C) La validez de las disposiciones legales estatales que establecen un régimen de libertad de horarios para los comercios ubicados en zonas de gran afluencia turística y definen las tiendas de conveniencia, se fundamenta en la competencia básica sobre la ordenación general de la economía.

   D) La competencia estatal básica sobre la ordenación general de la economía fundamenta la regulación legal que establece un régimen de equilibrio presupuestario en el sector público.

3. LEY ORGÁNICA.

   A) Colaboración entre la Ley Orgánica y la Ley Ordinaria para la delimitación de los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo.

4. LEY.

   A) El carácter heterogéneo del contenido de una Ley no determina su inconstitucionalidad.

   B) No es admisible modificar una Ley de Presupuestos por una Ley Ordinaria.

   C) El principio *lex posterior derogat priori* se aplica en las relaciones de leyes del mismo rango.

   D) Reserva de Ley en materia sancionadora: la garantía material del principio de legalidad se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes.

5. DECRETO-LEY.

   A) El requisito de la extraordinaria y urgente necesidad es fiscalizable por el Tribunal Constitucional.

6. REGLAMENTO.

A) Potestad reglamentaria.

a) La Ley como límite al ejercicio de la potestad reglamentaria.

7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

A) Principio de igualdad.

a) Prohibición de participar en los procedimientos de autorización para la instalación de nuevas oficinas de farmacia a los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años.
b) La titularidad del permiso por maternidad biológica corresponde exclusivamente a la madre.
c) Igualdad en la Ley: la diferenciación debe estar justificada en relación con el fin perseguido por la norma.

---

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Id Cendoj28079130042011100393; y respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa de la Audiencia Nacional hasta la referencia Id Cendoj28079230042011100433. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la **STC 152/2011, de 29 de septiembre de 2011**.

2. BASES

A) No tiene carácter básico la atribución al Estado de determinadas competencias ejecutivas en relación con las Cajas de Ahorro fundadas por la Iglesia Católica

En la **STC 151/2011, de 29 de septiembre de 2011,** se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 8, apartado 15, de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, que modifica 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, por posible vulneración de los artículos 149.1.11 y 149.3 CE en relación con el artículo 18.1.3 del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

La disposición final primera de la Ley 44/2002 y la disposición final cuarta de la propia LORCA disponían que el precepto cuestionado tenía carácter básico. La cuestión de inconstitucionalidad plantea que esta regulación incurriría en extralimitación competencial, al atribuir a un órgano estatal potestades de carácter ejecutivo relacionadas con la aprobación de los estatutos y reglamentos de los órganos de gobierno, así como al presupuesto anual de la obra social de las cajas de ahorros que, fundadas por la Iglesia Católica o sus entidades, tuvieran su domicilio social en Andalucía. A juicio del órgano judicial proponente de la cuestión se trata de una competencia autonómica, según lo establecido en el

artículo 18.1.3 del Estatuto de Autonomía de Andalucía de 1981, por lo que la atribución al Estado de las competencias ejecutivas cuestionadas suponía establecer una excepción no justificada a la regla general.

El Tribunal Constitucional confirma el planteamiento del órgano judicial proponente y rechaza que la atribución al Estado de esta competencia pueda encontrar su fundamento en la necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por éste en el artículo V del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979, ratificado por instrumento de 4 de diciembre de 1979.

Sobre esta cuestión, y en relación con la competencia sobre la organización interna de las Cajas de Ahorro, ver también, **STC 118/2011, de 5 de julio de 2011, y SSTC 138 y 139/2011, ambas de 14 de septiembre de 2011.**

B) La Comunidad Autónoma debe respetar la regulación establecida por el Estado en ejercicio de sus competencias básicas. La potestad sancionadora tiene un carácter instrumental en relación con las competencias sustantivas

La STC 148/2011, de 28 de septiembre de 2011, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley de Castilla-La Mancha 6/1999, de 15 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico. En el recurso se reclama 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. En concreto, se alega la vulneración de las competencias estatales en materia de energía eléctrica *ex* artículos 149.1.13 y 149.1.25 CE, preceptos que atribuyen competencia al Estado para el establecimiento de las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» y de las «bases del régimen minero y energético», respectivamente, y en cuya virtud se dictó la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico.

Una de las cuestiones principales que analiza la sentencia se refiere a la potestad sancionadora en relación con el régimen tarifario del sector eléctrico. En este sentido, el Tribunal hace referencia a su doctrina sobre el carácter instrumental de la potestad sancionadora respecto del ejercicio de las competencias sustantivas. Esto significa que las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando tengan competencia sobre la materia de que se trate, pudiendo establecer o modular tipos y sanciones en el marco de los principios básicos del Estado. En todo caso, las disposiciones que dicten deberán ajustarse a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del Derecho administrativo sancionador (artículo 25.1 CE), y no introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio.

En aplicación de lo señalado, el Tribunal Constitucional establece que el legislador autonómico, al tipificar como infracciones determinadas conductas en materia de tarifas eléctricas que se solapan con las previstas por el legislador básico estatal, ha vulnerado las competencias estatales expresadas en la determinación por la Ley del sector eléctrico de

los tipos infractores con los que se sanciona la irregular aplicación de las distintas tarifas de peajes y precios, en particular en lo atinente a la denominada tarifa de último recurso prevista en su artículo 18, cuya determinación corresponde al Estado en tanto que constituye una parte esencial del régimen económico del sector eléctrico.

El Tribunal Constitucional también rechaza que pueda ser aplicada la regulación de la actualización fijada por la Ley autonómica, en relación con las sanciones establecidas por el legislador estatal. A juicio del Tribunal debería haberse aplicado la regulación estatal sobre esta cuestión, en concreto, la disposición adicional undécima de la Ley del sector eléctrico que atribuye al Gobierno, mediante Real Decreto, la actualización del importe de las sanciones teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo.

Por último, la Comunidad Autónoma regula, en el artículo 18 de la Ley de protección de la calidad del suministro eléctrico, un plazo de dos años para la prescripción de las infracciones graves. El Tribunal considera que esta regulación vulnera la norma básica estatal dado que el artículo 67 de la Ley del sector eléctrico establece un plazo de tres años para la prescripción de este tipo de infracciones. Esta debe ser la regulación aplicable en este caso, y no, como alega la representación procesal de la Comunidad de Castilla La Mancha, el plazo de prescripción establecido por defecto en el artículo 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

El Tribunal Constitucional precisa que la reducción de los plazos de prescripción respecto a los previstos por el legislador básico estatal supone una reducción del nivel sancionador establecido por la ley estatal en beneficio del infractor, lo que resulta constitucionalmente improcedente.

C) La validez de las disposiciones legales estatales que establecen un régimen de libertad de horarios para los comercios ubicados en zonas de gran afluencia turística y definen las tiendas de conveniencia, se fundamenta en la competencia básica sobre la ordenación general de la economía

La **STC 140/2011, de 14 de septiembre de 2011,** resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo de Gobierno de las Illes Balears contra los apartados 1 y 4 del artículo 5 y la disposición final primera de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales.

El Tribunal Constitucional reconoce que la materia relativa a los horarios comerciales pertenece a la competencia relativa a comercio interior en la medida en que esté regulada en el Estatuto de Autonomía. El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia en materia de comercio interior en el marco del respeto a la competencia estatal sobre «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» del artículo 149.1.13 CE.

En la sentencia objeto de análisis se examina si tiene carácter básico la regulación estatal del régimen de «plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos al público en todo el territorio nacional» los establecimientos dedicados «principalmente a la venta de pastelería y repostería, pan, platos preparados, prensa, combustibles

y carburantes, floristerías y plantas y las denominadas tiendas de conveniencia». El principal argumento del recurso presentado consiste en rechazar la libertad de apertura en cuanto a días y horarios de que gozan los establecimientos comerciales que regula la ley estatal, dado que esta regulación excluye la intervención normativa autonómica.

El Tribunal Constitucional establece que, por excepción, puede ser calificada de norma básica *ex* artículo 149.1.13 CE una regulación estatal que permita la libertad de los establecimientos comerciales para determinar su régimen de horarios, sin intervención autonómica. Para el Tribunal, «las metas de fomento de la actividad económica y del empleo en el sector de la distribución comercial» a que se orienta la norma estatal recurrida, justifica dicho carácter básico, aun cuando establezca un régimen de «libertad en la fijación de los horarios» y ello no permita la regulación autonómica de desarrollo. En efecto, en la medida en que la norma estatal establece «un régimen de libertad de actividades», es obvio que dicho precepto no requiere ulteriores desarrollos legislativos, al igual que tampoco precisa de intervenciones administrativas. Según el Tribunal, el establecimiento de un régimen de libertad de horarios comerciales, entraña, necesariamente, una desregulación legal en esta materia, pues el legislador deja a la libre voluntad de las empresas la elección de los días y horas de apertura de los establecimientos. Por lo tanto, no cabe entender que se ha producido un vaciamiento de la competencia autonómica de desarrollo, dado el carácter especial de la norma estatal básica a la que se acaba de hacer referencia, y su justificación, que impiden considerar que se haya producido una extralimitación competencial por parte del Estado al establecer la referida libertad de horarios comerciales en relación con las tiendas de conveniencia.

D) La competencia estatal básica sobre la ordenación general de la economía fundamenta la regulación legal que establece un régimen de equilibrio presupuestario en el sector público

En la **STC 134/2011, de 20 de julio de 2011,** se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña frente a 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. La representación procesal del Parlamento de Cataluña considera que ambas leyes están estrechamente conectadas entre sí y plantea que los preceptos recurridos vulneran la autonomía política y financiera de la Generalitat de Cataluña (artículos 137 y 156.1 CE) y la de los entes locales (artículos 137, 140 y 142 CE), menoscabando, asimismo, la tutela financiera de aquélla sobre éstos (artículo 48.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: EAC, 1979), sin que los títulos habilitantes que dan cobertura constitucional a las leyes recurridas justifiquen el alcance de su regulación.

El Tribunal Constitucional destaca, en primer lugar, la relación existente entre las dos leyes recurridas y la normativa europea. En este sentido, el artículo 104 del Tratado de la Comunidad Europea (que se corresponde con el actual artículo 126 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea) estableció que «los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos» (apartado 1), especificando que «la Comisión supervisará la evolución de la situación presupuestaria y del nivel de endeudamiento público de los Estados miembros». Dicho precepto también concretó los aspectos de la disciplina presupuestaria que

debían ser observados para evitar un déficit excesivo (apartado 2), aludiendo a las medidas a adoptar por el Consejo en el caso de no seguirse sus recomendaciones sobre reducción del déficit (apartados 6 y siguientes).

El Tribunal Constitucional reconoce la conexión entre las dos leyes recurridas y la normativa comunitaria y señala que aunque se trate de disposiciones que articulan o aplican otras del Derecho derivado europeo, las normas que han de servir de pauta para la resolución de estos conflictos son exclusivamente las de Derecho interno que establecen el orden de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Como reiteradamente ha establecido la jurisprudencia constitucional, la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En este caso, el fundamento de la competencia estatal para dictar las mencionadas leyes de estabilidad presupuestaria es principalmente el artículo 149.1.13 CE, que atribuye al Estado la competencia sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, que es una competencia de dirección general de la economía que, según el Tribunal, se proyecta en los diversos sectores de ésta, y también en materia presupuestaria. La propia jurisprudencia constitucional ha señalado que el establecimiento de topes máximos al presupuesto en materias concretas «halla su justificación tanto en el título competencial contenido en el artículo 149.1.13 CE, como en el principio de coordinación, que opera como límite de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (artículo 156.1 CE), con el alcance previsto en el artículo 2.1.b) LOFCA».

Junto a los preceptos citados el Tribunal destaca la conexión existente entre la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y la competencia estatal exclusiva sobre la Hacienda general prevista en el artículo 149.1.14 CE, precepto que constituye, en consecuencia, también fundamento de la competencia estatal en la materia regulada por las leyes impugnadas.

En conclusión, el Tribunal reconoce la competencia estatal para dictar, *ex* artículo 149.1.13 y 14 CE, las leyes controvertidas, así como que no se ha producido una limitación de modo indebido de las competencias autonómicas, en particular de su autonomía política y financiera (artículos 137 y 156.1 CE).

3. LEY ORGÁNICA

A) Colaboración entre la Ley Orgánica y la Ley Ordinaria para la delimitación de los órdenes jurisdiccionales social y contencioso-administrativo

En la **STC 121/2011, de 7 de julio,** se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad que se plantea en relación con el artículo 23 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, que da nueva redacción al apartado 1.b) del artículo 3 del texto refundido de la Ley de procedimiento laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

El objeto de la cuestión es determinar si es conforme con la Constitución la norma que excluye del conocimiento del orden jurisdiccional social, entre otras materias, la impugnación de las resoluciones sobre encuadramiento en la Seguridad Social, esto es, la inscripción de las empresas y las afiliaciones, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores. Esta norma atribuye dichas competencias al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

El órgano judicial considera que el precepto cuestionado vulnera el artículo 122.1 CE, en relación con el artículo 81.1 y 2 CE y el artículo 9.4 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), al contradecir la ley ordinaria lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la que el artículo 122.1 CE confiere la determinación de la «constitución... de los Juzgados y Tribunales», lo que comprende la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito. Para el órgano judicial, en el acto de encuadramiento o alta del trabajador en uno u otro régimen de la Seguridad Social priman o tienen mayor trascendencia los aspectos materiales —relativos a los derechos y obligaciones que surgen frente a la Seguridad Social— que los formales —derivados de su condición de acto administrativo—, de modo que el precepto legal cuestionado ataca la coherencia o armonía del diseño de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social que ha efectuado la Ley Orgánica del Poder Judicial en los apartados 4 y 5 de su artículo 9.

Para el Tribunal Constitucional, la reserva instituida a favor de la Ley Orgánica del Poder Judicial por el artículo 122.1 CE que se refiere, entre otras materias, a la «constitución... de los Juzgados y Tribunales», resulta indudable que debe comprender, como mínimo, la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso. Sin embargo, esto no significa que toda la materia relativa al orden competencial deba estar regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Del propio artículo 9 LOPJ puede deducirse que, en el marco de la definición *in abstracto* que haya efectuado el legislador orgánico de cada uno de los órdenes jurisdiccionales, cabe que el legislador ordinario «concrete las materias objeto del conocimiento de tales órdenes» o «atribuya a determinado orden jurisdiccional el conocimiento de tales o cuales asuntos, integrando los enunciados genéricos de la LOPJ». De este modo se produce una colaboración entre ambas formas normativas —ley orgánica y ley ordinaria— que no afecta a la reserva establecida en el artículo 122.1 CE y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita. La función de concreción de los enunciados del artículo 9 LOPJ la cumplen, principalmente, las normas procesales más relevantes de los diferentes órdenes jurisdiccionales (Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Ley de Procedimiento Laboral), sin perjuicio de que pueda también llevarse a cabo por otras normas procesales.

Según el artículo 9 LOPJ, la frontera entre los ámbitos competenciales de las jurisdicciones social y contencioso-administrativa es materia que queda remitida casi en su integridad a las leyes ordinarias sobre procedimiento, concretamente a la Ley de Procedimiento Laboral y a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El Tribunal concluye que la regla competencial cuestionada no contradice la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que esta Ley no fija un encuadramiento inequívoco de las reclamaciones contra resoluciones y actos administrativos de alta de trabajadores en la Seguridad Social en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo o en el social.

En este sentido, el Tribunal precisa que la decisión del legislador de hacer prevalecer, a efectos de la necesaria delimitación de ambos órdenes jurisdiccionales, la dimensión administrativa de todo acto de encuadramiento en un régimen de la Seguridad Social sobre su contenido material, no constituye motivo de inconstitucionalidad ni puede calificarse de arbitraria, pues lo que se advierte más bien es que el criterio acogido, tanto en lo relativo a los actos de encuadramiento como al resto de las materias a las que el precepto legal se refiere, no ha sido otro que el de extender el ámbito del orden contencioso-administrativo al conocimiento de todas aquellas actuaciones gestoras de la Seguridad Social relacionadas con la percepción y recaudación de las cotizaciones y demás recursos financieros; y, por el contrario, atribuir al orden social el conocimiento de los actos de gestión de las prestaciones de la Seguridad Social, esto es, de su acción protectora.

Sobre la misma cuestión, S**STC 146 y 147/2011, de 26 de septiembre de 2011.**

4. LEY

A) El carácter heterogéneo del contenido de una Ley no determina su inconstitucionalidad

En la **STC 136/2011, de 13 de septiembre,** se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. La ley impugnada modifica setenta y seis leyes, siete decretos legislativos y seis decretos-leyes,

El primer bloque de vulneraciones que los recurrentes imputan a la Ley impugnada se fundamenta en la imposibilidad constitucional de la existencia de leyes ordinarias —las leyes de medidas fiscales, administrativas y del orden social— que, con carácter anual y contenido impredecible, operen sobre la totalidad del ordenamiento jurídico. A juicio de los recurrentes, el hecho de que la ley impugnada haya sido aprobada a través del correspondiente procedimiento legislativo no sirve como justificación constitucional suficiente de su existencia, ya que infringe los principios democrático (artículo 1 CE) y de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). Cuando el constituyente quiso reconocer la existencia de leyes con una función y objeto específico, así lo hizo (por ejemplo, con la ley de presupuestos generales del Estado) y, sin embargo, no previó una ley como la impugnada, por lo que, aun no habiéndola prohibido, ello no quiere decir que la permita, al tratarse de una ley cuyo único fundamento es la titularidad por las Cortes de la potestad legislativa.

Para el Tribunal Constitucional, sin embargo, aunque este tipo de leyes puedan ser criticables desde el punto de vista de la técnica legislativa, no vulneran ningún límite constitucional, ni explícito, ni implícito, por lo que solo por esta razón no pueden ser declaradas inconstitucionales.

Aunque desde el punto de vista de la técnica legislativa parece deseable que las leyes tengan un contenido homogéneo, el Tribunal Constitucional afirma que el dogma de la deseable homogeneidad de un texto legislativo no es un obstáculo insalvable que impida al legislador dictar normas multisectoriales, pues tampoco existe en la Constitución precepto alguno, expreso o implícito, que impida que las leyes tengan un contenido heterogéneo. El Tribunal destaca que el único límite que existe en nuestro ordenamiento jurídico a las leyes

de contenido heterogéneo es el previsto en la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular, que acoge como una de las causas de inadmisión de esa iniciativa «[e]l hecho de que el texto de la proposición verse sobre materias diversas carentes de homogeneidad entre sí» [artículo 5.2.c)].

Sin embargo, al margen de ese supuesto, intentar basar la inconstitucionalidad de este tipo de normas en el hecho de no estar previstas en el texto constitucional supone invertir los términos de la cuestión, que debe circunscribirse a comprobar si se encuentran prohibidas, y, en el caso de que no se encuentren prohibidas, a precisar si se encuentran limitadas en su uso o contenido, lo que no sucede en el caso que se plantea en esta sentencia.

En definitiva, una vez más se recuerda que el juicio de constitucionalidad que compete al Tribunal Constitucional no se refiere a problemas de técnica legislativa, que son los únicos que podrían ser atendidos en este caso.

B) No es admisible modificar una Ley de Presupuestos por una Ley Ordinaria

En la **STC 136/2011, de 13 de septiembre,** se resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, al que ya se ha hecho referencia en el apartado anterior. Se plantea en este caso si la Ley impugnada podía modificar la Ley de Presupuestos.

El Tribunal Constitucional expone en su sentencia que en la medida en que la Constitución atribuye a una ley específica la regulación de los Presupuestos Generales del Estado, dicha materia sólo puede ser regulada por la ley de Presupuestos Generales del Estado. De esta manera, cabe afirmar que la relación entre la Ley de Presupuestos Generales del Estado y las restantes leyes ordinarias está presidida por el principio de competencia o de especialidad.

Esto significa que la ley que tenga como objeto el contenido reservado a la Ley de Presupuestos por el artículo 134.2 CE, salvo en el supuesto previsto en el artículo 134.5 CE, incurrirá en vicio de inconstitucionalidad, no por contradecir la ley del mismo rango, sino por invadir una materia que constitucionalmente le ha sido vedada al estar atribuida privativamente por el propio texto constitucional a otra disposición normativa, en concreto, a la ley de Presupuestos Generales del Estado.

En este caso, el Tribunal considera que ninguna de las disposiciones impugnadas de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, reviste una naturaleza presupuestaria que deba integrar necesariamente el contenido esencial o propio de las leyes de presupuestos por lo que, desde este punto de vista, no merece reproche alguno de constitucionalidad.

C) El principio *lex posterior derogat priori* se aplica en las relaciones de leyes del mismo rango

Las relaciones entre la Ley 50/1998 y las leyes ordinarias a las que aquélla afecta, no tratándose de materias reservadas por la Constitución a leyes específicas, como hemos anticipado antes, se basan en la estricta aplicación del criterio de sucesión temporal de leyes, *lex posterior derogat priori*, de modo tal que cualquier ley posterior del mismo rango puede abordar

su regulación. El Tribunal Constitucional ha establecido que la aplicación de este criterio no se ve en nada afectada por el contenido heterogéneo de la Ley 50/1998, que en modo alguno modifica su rango o naturaleza (**STC 136/2011, de 13 de septiembre).**

D) Reserva de Ley en materia sancionadora: la garantía material del principio de legalidad se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes

La STC 144/2011, de 26 de septiembre de 2011, resuelve un recurso de amparo en materia de legalidad sancionadora El Tribunal relata los antecedentes que permiten conocer las circunstancias del caso en los siguientes términos. La recurrente fue sancionada por dos infracciones tipificadas en la Orden Ministerial de 3 de abril de 1991, por la que se aprobó el Reglamento del «Rioja», y en determinados artículos del estatuto de la viña y su Reglamento (Ley 25/1970, de 2 de diciembre, y Decreto 835/1972, de 23 de marzo, respectivamente). Durante la tramitación ante la Audiencia Nacional del recurso contencioso-administrativo entablado frente a la vía de apremio llevada a cabo en ejecución de las citadas sanciones, el Tribunal Supremo —en la sustanciación de otro proceso diferente— anuló la Orden Ministerial de 3 de abril de 1991 en la que se basaban las sanciones cuya ejecución discutía la recurrente. Debido a dicha anulación, el recurso de la demandante fue estimado por la Audiencia Nacional, que anuló no solamente la resolución impugnada —la providencia de apremio y actos posteriores—, sino también todos los actos de los que traía causa, argumentando, a la vista de la anulación de la citada Orden, que las sanciones impuestas carecían de cobertura legal. Recurrida en casación dicha sentencia por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, si bien anuló la vía de apremio inicialmente recurrida, consideró que, a pesar de la anulación de la Orden Ministerial de 3 de abril de 1991, las sanciones mantenían suficiente cobertura legal.

El Tribunal Constitucional analiza si las sanciones impuestas han vulnerado el principio de legalidad, artículo 25 CE, o si, por el contrario, como argumenta el Tribunal Supremo en la sentencia impugnada —y defiende el Abogado del Estado— dicha anulación no implica la falta de cobertura legal de las sanciones impugnadas, al haber sido impuestas con base en otros preceptos que respetarían la garantía formal y material exigida por el citado principio.

Para ello analiza de forma separada las dos sanciones que son objeto del recurso. La primera consideraba tipificada la conducta en los artículos 30 y 34.1.c) de la Orden Ministerial de 3 de abril de 1991, por la que se aprobaba el Reglamento del «Rioja», «por expedición de vino cosecha de 1989 categoría crianza, con contra etiquetas o precintas de otra u otras cosechas», así como en los artículos 123.1 del Estatuto de la viña, 129.2 del Reglamento de la viña y 49.1.3 del Reglamento del «Rioja». El Tribunal Constitucional considera que esta sanción, una vez anulada la Orden Ministerial de 3 de abril de 1991, tiene su cobertura legal, según ha argumentado el Tribunal Supremo en la sentencia impugnada, en los artículos 123.1 del Estatuto de la viña y 129.2 de su Reglamento, declarados conformes con la Constitución por el Tribunal Constitucional en sentencias anteriores.

La segunda sanción recurrida fue impuesta por utilización indebida de contraetiquetas y precintos, con fundamento en el artículo 51.1.6 del Reglamento del «Rioja», artículo 129 del Estatuto de la viña y artículo 129.2.c) del Reglamento de la viña. En este caso, el Tribunal Constitucional considera que estos dos últimos preceptos, que corresponden a normas preconstitucionales, no cumplen los requisitos que exige la Constitución para considerar cumplido el principio de legalidad en materia sancionadora en el caso de que se trata, al remitir la concreción de la tipificación genérica de las infracciones y sanciones que establece, a la norma anulada.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de amparo presentado y declara contraria a la Constitución la segunda de las sanciones a que se ha hecho referencia.

5. DECRETO-LEY

A) El requisito de la extraordinaria y urgente necesidad es fiscalizable por el Tribunal Constitucional

En la **STC 137/2011, de 14 de septiembre,** se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 91 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso contra el artículo 1 del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y de transportes. El citado artículo modifica determinados artículos de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (LRSV), establece los criterios para la clasificación del suelo no urbanizable (artículo 9.2) y fija las condiciones de ejercicio del derecho a promover la transformación del suelo urbanizable (artículos 15.2 y 16.1 y 3).

En su recurso los Diputados recurrentes denuncian la vulneración de varios preceptos constitucionales.

En primer lugar, consideran que esta materia no puede ser regulada por decreto-ley, formalmente porque no concurre el presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» exigido por el artículo 86.1 CE; materialmente, porque la regulación en cuestión, al incidir en el contenido básico del derecho de propiedad, ignora la prohibición de afectar a los derechos, deberes y libertades regulados en el título I de la Constitución que establece el citado artículo 86.1 CE.

En segundo lugar, los recurrentes alegan que esa regulación excede de las competencias estatales, ya que ni el artículo149.1.1 CE, ni el 149.1.13 CE, ni el 149.1.18 CE le aportan la necesaria cobertura competencial, además de vulnerar también la garantía institucional de la autonomía local (artículo 137 CE).

Y, finalmente, en tercer lugar, los Diputados recurrentes imputan al precepto impugnado la infracción del principio constitucional de protección y mejora del medio ambiente adecuado (artículo 45 CE), así como del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

El Tribunal Constitucional comienza su análisis con el estudio de la concurrencia o no del presupuesto de hecho habilitante en relación con la regulación del citado artículo 1 del Real Decreto-Ley impugnado. En este sentido precisa que el concepto «extraordinaria y

urgente necesidad» que se contiene en la Constitución no es, en modo alguno, una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes. En consecuencia, precisa que corresponde al propio Tribunal el aseguramiento de este límite, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes públicos se mueven dentro del marco trazado por la Constitución, de forma que el Tribunal podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de «extraordinaria y urgente necesidad».

El ejercicio de esta potestad de control por parte del Tribunal implica que la definición por los órganos políticos de una situación de «extraordinaria y urgente necesidad» sea explícita y razonada y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan, de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar.

El control que compete al Tribunal Constitucional en este punto es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario (artículo 86.2 CE).

Para controlar la concurrencia o no de este presupuesto habilitante el Tribunal considera que los elementos que deben ser tomados en consideración son dos: de una parte, la concurrencia misma de tal extraordinaria y urgente necesidad para la aprobación de la medida legislativa provisional y extraordinaria y, de forma sucesiva en el orden lógico, la existencia de una conexión de sentido, en términos de adecuación y congruencia, entre la situación urgente y extraordinaria y las concretas medidas adoptadas por el Real Decreto-ley para reaccionar frente a ella.

El Tribunal Constitucional concluye que en este caso el Gobierno no ha aportado una justificación suficiente que permita apreciar la existencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad requerido por el artículo 86.1 CE en relación con el artículo 1 del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, lo que determina la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de dicho artículo por vulneración del citado precepto constitucional.

6. REGLAMENTO

A) Potestad reglamentaria

a) La Ley como límite al ejercicio de la potestad reglamentaria

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2011** (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 4.ª, ponente: Antonio Martí García), Id Cendoj28079130042011100393, resuelve el recurso de casación 2045/2010 interpuesto por la Federación de Movimientos de Renovación Pedagógica de Madrid, la Federación de la Comunidad de Madrid de Asociaciones de Padres y Madres del Alumnado «Francisco Giner de los Ríos», Izquierda Unida, el Sindica-

to de Enseñanza de la CGT y la Asociación «Colectivo Infancia». El recurso de casación se interpone frente a la Sentencia de 3 de febrero de 2010 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 8.ª) que desestimó los recursos contencioso-administrativos interpuestos en su día por los recurrentes en casación contra el Decreto 17/08, de 6 de marzo, por el que se desarrollan las enseñanzas para la educación infantil en la Comunidad de Madrid. Los motivos que sustentan el recurso de casación se basan en la nulidad de los preceptos del Decreto que prescinden de la constitución del Claustro de Profesores y del Consejo Escolar —prescrita por la Ley Orgánica de Educación— y del precepto que establece la necesidad de que el Director dé su visto bueno en la elección de los materiales educativos y libros de texto en los centros públicos.

En relación con el primer motivo de casación, señala el Tribunal Supremo que el Decreto no tiene por finalidad regular los órganos referidos, sin que ello impida entender que deban existir en la Comunidad de Madrid puesto que su regulación legal no requiere ningún tipo de desarrollo reglamentario. En relación con el segundo, argumenta la Sala que la atribución de esa función al Director del centro no es incompatible con las funciones que se le atribuyen legalmente. Por lo que ninguno de los dos motivos de casación debe prosperar a juicio del Tribunal.

A una conclusión distinta llega el **Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León** (Sala de lo Cont.-Admvo., Secc. 1.ª, ponente: Santos Honorio de Castro García) en su **Sentencia de 8 de julio de 2011**, Id Cendoj47186330012011100719, al resolver la cuestión de ilegalidad núm. 667/2011 planteada por el Juzgado de lo Cont.-Admvo. de Palencia en relación con varios Decretos referidos a las cantidades retributivas del personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León —Decreto 8/2005, de 20 de enero, Decreto 2/2006, de 19 de enero, y Decreto 3/2008, de 17 de enero—. El Magistrado que plantea la cuestión de ilegalidad expresa sus dudas en torno al ajuste a derecho de los decretos referidos, debido a la posible infracción del principio de igualdad retributiva, de los artículos 1.3 y 23.3.b) de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y de los artículos 1.1, 2.1, 14.d) y 24.b) de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Al respecto, la Sala señala una serie de argumentos que sustentan la declaración de nulidad de los decretos impugnados: a) En primer lugar, entiende que no existe ninguna justificación para asignar un concreto complemento específico a los funcionarios de la escala medioambiental, ya que no hay estudios previos que justifiquen la atribución de un nivel de complemento específico inferior en relación con los factores que se han debido tener en cuenta para su establecimiento en relación con los agentes medioambientales. Tan solo se alude a que existió negociación sobre el particular con las centrales sindicales, mas ello no puede servir de elemento para obviar el contenido necesario de la retribución que se asigna, los factores que han de ser tenidos en cuenta para su fijación, en relación con la función desempeñada, y que han de ser objeto de valoración, la cual aquí ha sido omitida. b) En segundo lugar, «existe una motivación positiva respecto al cuerpo objeto de comparación, el Cuerpo de Agentes Forestales Escala de Guardería, contenida en el acuerdo de 4 de julio de 2002, de la Mesa Sectorial de Desarrollo del Acuerdo para Promoción de la Guardería Forestal, entre la Administración de la Comunidad de Castilla y León y las Centrales Sindicales, la relativa a que estos funcionarios que no superaron el proceso

selectivo para promoción a agentes medioambientales van a necesitar "un mayor grado de atención y dedicación en sus tareas". Esta justificación puede en su caso servir para estos funcionarios pero no para los agentes medioambientales, que realizando similares funciones que aquellos obtienen, por contra, una inferior retribución por complemento específico». c) En tercer lugar, señala el Tribunal que si se efectúa una comparación de las funciones desempeñadas por los funcionarios integrados en el Cuerpo de Ayudantes Facultativos, Escala de Agentes Medioambientales, en relación con la que se despliegan por los funcionarios del Cuerpo de Auxiliares Facultativos, Escala de Guardería, artículo 5 del Decreto 136/2002, de 26 de diciembre, respecto a aquellos primeros funcionarios, en relación con el artículo 7 del Decreto 103/1996, de 22 de abril, respecto a estos últimos, se llega siempre a la conclusión de que los funcionarios del Cuerpo a que pertenece el recurrente no realizan, en ningún caso, funciones inferiores a las que llevan a cabo quienes están integrados en la Escala de Guardería. d) Además, añade el Tribunal que, aun perteneciendo a un cuerpo integrado en un grupo funcionarial superior, que tiene atribuidas funciones no inferiores al cuerpo de origen, se han valorado los elementos del complemento específico en menor cuantía, sin atender, por lo tanto, a los factores que han de servir para modular la atribución del complemento; e) y, por último, señala la Sala que de no haber obtenido la promoción accediendo al cuerpo superior, se tendrían unas retribuciones superiores en los aspectos complementarios analizados, lo que supone una promoción invertida, generando una nivelación entre ambos grupos funcionariales que, en la práctica, viene a ser contraria al sentido de la promoción, que ha permitido acceder a un grupo superior mas generando ello una minoración de las retribuciones complementarias, con lo que se han diluido los efectos de la promoción.

Con base en estos argumentos, el Tribunal considera que existen razones suficientes para anular el Decreto impugnado y estimar los recursos interpuestos en instancia; de modo que estima la cuestión de ilegalidad planteada.

7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad

a) Prohibición de participar en los procedimientos de autorización para la instalación de nuevas oficinas de farmacia a los farmacéuticos mayores de sesenta y cinco años

En la **STC 117/2011, de 4 de julio de 2011,** se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª) del Tribunal Supremo respecto del inciso inicial del artículo 24.4 de la Ley de las Cortes de Aragón 4/1999, de 25 de marzo, de ordenación farmacéutica para Aragón, por supuesta vulneración del artículo 14 de la Constitución, en cuanto establece que «no podrán participar en los concursos que se convoquen, los farmacéuticos que hayan cumplido la edad de sesenta y cinco años».

Como afirma el Tribunal Constitucional, el problema planteado en este caso no se incluye en el ámbito de la genérica interdicción de la desigualdad, sino en el de la prohibición de la discriminación por las causas que se contienen en el segundo inciso del artículo

14 CE. En estos casos, el canon de control de la excepcional legitimidad constitucionalidad de la diferenciación debida a uno de los factores que cita, como es la edad, debe ser mucho más estricto al enjuiciar la justificación y proporcionalidad de la diferenciación. Por lo tanto, la clave para determinar si se produce o no una vulneración del principio de igualdad en este caso, radica en analizar las razones que, en opinión de los órganos autonómicos, justifican la prohibición de participar en los procesos de adjudicación de autorizaciones para apertura de nuevas oficinas de farmacia a quienes tuvieran más de sesenta y cinco años al iniciarse el expediente.

El Tribunal rechaza como argumentos para justificar el trato discriminatorio los siguientes: que a los 65 años se produzca una merma de la aptitud y capacidad necesarias para desempeñar la asistencia farmacéutica, que se trate de una medida que tenga como objetivo beneficiar a un colectivo desfavorecido en concurrencia con otros; o que se justifique en las exigencias de planificación y organización del servicio.

En consecuencia, el Tribunal determina que la prohibición establecida en la norma cuestionada implica una discriminación por razón de la edad que no es constitucionalmente admisible (artículo 14 CE), ya que carece de justificación adecuada que permita justificar su imposición.

b) La titularidad del permiso por maternidad biológica corresponde exclusivamente a la madre

La **STC 152/2011, de 29 de septiembre de 2011,** resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vigo en relación con el artículo 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, ante su posible contradicción con el artículo 14 CE.

El precepto legal cuestionado regula el derecho de los funcionarios de la Administración autonómica gallega a la obtención de permisos por razón de parto y de adopción (o acogimiento), que en ambos casos tendrán una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas.

En caso de adopción, 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 por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior a las seis semanas siguientes al parto.

La cuestión de inconstitucionalidad plantea que el diferente régimen de uno y otro permiso produce una situación discriminatoria, en perjuicio de los padres e hijos biológicos frente a quienes lo son por adopción. En particular, la discriminación se produce cuando la madre no sea funcionaria o trabajadora integrada en un régimen de la Seguridad Social, ya que en este caso, el padre funcionario no puede obtener permiso por parto, dado 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 a él.

El Tribunal Constitucional considera que esta regulación no vulnera el artículo 14 CE, si bien aclara que la posibilidad de otorgar al padre la titularidad del permiso por paternidad, también en el caso de permiso por parto, aunque la madre no fuera funcionaria ni trabajadora integrada en un régimen de Seguridad Social, también sería conforme con la Constitución.

Para el Tribunal Constitucional, 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 artículo 39.2 CE, pero esto no significa 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 el supuesto de maternidad biológica, la finalidad primordial perseguida por el legislador al establecer el derecho de la funcionaria a disfrutar de permiso por parto durante dieciséis semanas es preservar la salud de la madre, considerando, que una reincorporación inmediata de la mujer a su puesto de trabajo tras el alumbramiento, puede ser perjudicial para su recuperación. En este caso, se distingue un período de descanso «obligatorio» (las seis semanas inmediatamente posteriores al parto) que la madre ha de disfrutar necesariamente, para poder garantizar su recuperación; y un período de descanso «voluntario» (las semanas restantes), que la madre puede ceder al padre si lo estima oportuno, y siempre que el padre también trabaje.

A diferencia de lo que sucede en el supuesto del parto, en la adopción 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.

En caso de adopción no se trata de garantizar la recuperación de la madre mediante el derecho a un permiso durante un período 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. Esto justifica el que en este caso no exista razón para preferir en el disfrute del derecho a uno de los padres sobre el otro.

Esta circunstancia determina, a juicio del Tribunal Constitucional, que el otorgamiento de la titularidad del permiso de maternidad solo a la madre en caso de adopción, supondría una discriminación no justificada, a diferencia de lo que ocurre en los casos de maternidad biológica, en los que, por las razones expuestas, sí está justificada. En consecuencia, el Tribunal desestima la cuestión planteada.

c) Igualdad en la Ley: la diferenciación debe estar justificada en relación con el fin perseguido por la norma

En la **Sentencia de 27 de julio de 2011,** la **Audiencia Nacional** (Sala de lo Cont.-Admvo., ponente: Ana Isabel Martín Valero), Id Cendoj 28079230042011100433, resuelve el recurso de apelación núm. 98/2011 interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia de 21 de febrero de 2011 del Juzgado Central de lo Cont.-Admvo. En

dicha Sentencia el Juzgado Central estimó el recurso interpuesto por la Federación de Organizaciones Sindicales-Unión Sindical contra una Resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales sobre denegación de ayuda para financiar un plan de formación continua. Dicha Resolución apoyaba la denegación de la ayuda en el hecho de «no tener la entidad solicitante la condición de organización empresarial o sindical más representativa en el ámbito estatal, exigida en el artículo 9.a) de la resolución de 14 de agosto de 2007, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se aprueba la convocatoria para la ejecución de planes de formación mediante convenios, de ámbito estatal, dirigidos prioritariamente a los trabajadores ocupados para solicitar la financiación de los planes de formación previstos en el artículo 8.a) de dicha norma».

La Audiencia Nacional analiza los argumentos esgrimidos por la recurrente y los rechaza con base en la doctrina jurisprudencial consolidada en torno a los artículos 28.1 y 14.1 de la Constitución. Conforme a esta jurisprudencia «mientras sí es constitucionalmente válida la diferenciación que significa limitar o reconocer aquella representación institucional solamente a los sindicatos más representativos, no es lícito excluir del acceso a las subvenciones a los restantes sindicatos que no ostentan esa condición de mayor representatividad» (STC de 27 de junio de 2001). Así que concluye que es correcta la declaración de nulidad de la mención a las asociaciones «más representativas». Sin embargo, estima parcialmente el recurso de apelación puesto que la sentencia de instancia declaró la nulidad del Decreto sin plantear cuestión de ilegalidad al órgano competente.

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) Calificaciones territoriales reguladas en la legislación canaria: acto administrativo.

B) Actos impugnables.

a) Inimpugnabilidad de trámite de audiencia en infracciones tributarias.
b) Impugnabilidad de acto definitivo: requerimiento a Ayuntamiento.
c) Inimpugnabilidad de Plan de Inversiones autonómico.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

A) Iniciación.

a) Cómputo de plazos para la interposición de un recurso administrativo.
b) Indicación errónea de plazos para la interposición de la reclamación económico-administrativa.

B) Tramitación.

a) Acceso a registros y archivos públicos.
b) Presupuesto para la suspensión de la ejecución tras la presentación de una reclamación económico-administrativa.
c) Ausencia de constancia documental de la propuesta de resolución en el procedimiento de asilo.

C) Terminación.

a) Denegación de reconocimiento de nacionalidad.
b) No hay silencio administrativo ante la suspensión por ley del otorgamiento de autorizaciones.
c) Resolución confirmatoria de un acto presunto.

4. EFICACIA Y EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

A) Notificación.

a) Notificación defectuosa: diligencias mínimas.

B) Ejecución.

a) Improcedencia de ejecución subsidiaria de acto no ejecutivo por notificación defectuosa.

5. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

A) Nulidad de pleno derecho.

a) La sustitución de la notificación personal por la edictal no es causa de nulidad.

B) Revisión de oficio.

a) Revisión de oficio de acto presunto que no pone fin a la vía administrativa.
b) Límites a la nulidad de pleno derecho: procedimiento de acceso a la función pública.

C) Recursos administrativos.

a) Escrito de alegaciones en revisión de oficio que constituye materialmente un recurso de alzada.

---

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de julio a septiembre de 2011, ambos incluidos, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. En este período reviste especial interés la **STSJ de Madrid de 15 de julio** que confirma que un escrito de alegaciones presentado en un procedimiento de revisión de oficio puede constituir materialmente un recurso de alzada.

Además, en esta crónica se incluye la **STS de 3 de junio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), que destaca especialmente en su interpretación sobre el ámbito subjetivo y objetivo del derecho de acceso a archivos y registros de los artículos 35 y 37 de la LRJPAC. En dicha sentencia, el TS excluye que técnicos asesores municipales pudieran acceder a los terrenos en los que se realizan unas obras hidráulicas de interés general, con base en dos razones: ni la entidad local es un «ciudadano», ni la ejecución de una obra pública es un «archivo» o «registro» dentro de un procedimiento administrativo. Por el contrario, el TS precisa que el enmarque de esta cuestión encontraría su sede natural, dentro de la relaciones interadministrativas, en el deber de facilitar información entre Administraciones, *ex* artículo 4 LRJPAC y artículo 55 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

2. CLASES DE ACTOS

A) Naturaleza

a) Calificaciones territoriales reguladas en la legislación canaria: acto administrativo

La **STS de 15 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.ª), recurso de casación núm. 4509/2007, se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de la resolución

del Presidente del Cabildo Insular por la que se deniega una calificación territorial solicitada para la explotación de cantera de zahorra natural a cielo abierto. El Tribunal considera inadmisible el recurso porque las calificaciones territoriales reguladas en la legislación urbanística de Canarias carecen de naturaleza normativa, tratándose de actos cuyo enjuiciamiento corresponde en primera o única instancia a los Juzgados de lo contencioso-administrativo, con la consiguiente exclusión de su revisión en sede casacional.

Este pronunciamiento sigue la línea de pronunciamientos jurisprudenciales anteriores [las **SSTS de 8 de mayo y 12 de mayo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.ª), recursos de casación núm. 2301/2009 y núm. 3978/2007, respectivamente, entre otras que se citan], ya reseñadas en crónicas anteriores, en las que se afirma que de la regulación que hace la norma autonómica canaria del contenido concreto de las calificaciones territoriales no se desprende que su finalidad sea completar la ordenación urbanística, sino que aparecen como un instrumento ligado directamente a la ejecución del planeamiento y a su última fase, la realización de actos de construcción o uso del suelo, concebido como una autorización previa a la licencia de obras o de uso, de lo que se desprende su naturaleza jurídica de acto administrativo.

Por otra parte, continúa afirmando el Tribunal, la mencionada calificación territorial carece de las notas de generalidad y permanencia propias de los instrumentos de ordenación y de las disposiciones generales, y no podría imponer determinaciones urbanísticas distintas a las señaladas en los instrumentos de planeamiento.

B) Actos impugnables

a) Inimpugnabilidad de trámite de audiencia en infracciones tributarias

El artículo 180.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, introduce un nuevo trámite de audiencia con carácter previo a la remisión de expediente a la jurisdicción penal o al Ministerio Fiscal, en el caso en el que se apreciaran indicios delictivos en la conducta del obligado tributario. Pues bien, la **STS de 14 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.ª), recurso de casación núm. 3646/2009, considera que este trámite de audiencia es un mero trámite, que no decide directa o indirectamente el asunto, que no impide la continuación del procedimiento, que no produce indefensión, sino todo lo contrario, pues permite al interesado realizar las últimas alegaciones antes de la remisión de las actuaciones a la vía penal, que no produce perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos, pues éstos se podrán hacer valer ante la jurisdicción penal. Continúa el Tribunal afirmando que el trámite de audiencia permitió a la parte interesada realizar las últimas alegaciones y aportar aquellos documentos o justificaciones que tuviera por conveniente, como paso previo a la remisión del expediente administrativo a la vía penal, pero nada autorizaba a dicha parte a convertir ese trámite en un incidente contradictorio en un trámite de prueba sin respaldo jurídico, planteando cuestiones que sólo podían, en su caso, ser resueltas por la jurisdicción penal en el ámbito procesal propio, sin que la denegación de esa prueba implique indefensión pues los derechos de la actora podrán ser ejercitados plenamente y con todas las garantías en el proceso penal.

b) Impugnabilidad de acto definitivo: requerimiento a Ayuntamiento

La **STS de 27 de julio de 2011**, recurso núm. 4331/2010 (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.ª), califica como acto definitivo (no de trámite) y, por tanto, impugnable, un requerimiento de la Comunidad Autónoma a un Ayuntamiento, a fin de que ordene iniciar procedimiento de reubicación de aprovechamientos y restauración de terrenos ya urbanizados. Es un acto definitivo al imponer la realización de actividades bajo apercibimiento de ejecución subsidiaria.

c) Inimpugnabilidad de Plan de Inversiones autonómico

La **STSJ de Madrid de 13 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 8.ª), recurso contencioso-administrativo núm. 456/2010, conoce de la impugnación del Plan de Inversiones en las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid. La actora considera que dicho Plan es un convenio administrativo. Sin embargo, el Tribunal sostiene que el Plan de Inversiones no tiene otro valor que el de acto previo de planificación, que ha de concretarse de acuerdo con la normativa presupuestaria de ejecución del gasto público y las dotaciones disponibles autorizadas en las leyes anuales de presupuestos. Cualquier gasto derivado del Plan queda, por tanto, subordinado al crédito que para cada ejercicio autoricen los respectivos presupuestos. La colaboración de las Universidades en la elaboración del Plan, mediante una propuesta conjunta, no altera su naturaleza jurídica, ni le concede naturaleza convencional. En conclusión, no cabe la impugnación jurisdiccional de su incumplimiento dado que, como se ha señalado, no tiene naturaleza obligacional inmediata, por lo que cabe apreciar su inadmisibilidad, por inexistencia de acto impugnable [artículo 69.c), en relación con el artículo 25.1 LJCA].

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Iniciación

a) Cómputo de plazos para la interposición de un recurso administrativo

En la **STSJ de Madrid de 18 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 6.ª), recurso contencioso-administrativo núm. 152/2001, y en la **STSJ de Murcia de 18 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.ª), recurso contencioso-administrativo núm. 944/2006, se desestiman los recursos interpuestos frente a sendas resoluciones que inadmiten por extemporáneas, en el primer caso, el recurso ordinario interpuesto, y, en el segundo caso, la reclamación económica-administrativa interpuesta. En ambas sentencias, los Tribunales Superiores de Justicia, de Madrid y de Murcia, respectivamente, reiteran la jurisprudencia consolidada sobre el cómputo de plazos por meses, de fecha a fecha, en interpretación del artículo 48.2 de la LRJPAC. Como señala la citada STSJ de Madrid, en su FJ 3, «es doctrina mayoritaria y, en todo caso, actual del Tribunal Supremo que (a fin de que no se compute dos veces una misma fecha) el plazo se cuenta desde el día siguiente a la notificación de la resolución que se pretende recurrir y termina el día en que se cumple el mes pero contado desde la misma fecha de la notificación».

b) Indicación errónea de plazos para la interposición de la reclamación económico-administrativa

La **STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1.ª), estima el recurso contencioso administrativo interpuesto frente a la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña (TEARC), que inadmite por extemporánea una reclamación económico administrativa. En su fundamentación, el Tribunal recuerda la jurisprudencia del TS y del TC en los supuestos de indicación errónea de plazos de la Administración: «No puede beneficiarse de aquel error fundando después en él la caducidad de la acción, pues entonces la parte demandante, habiendo seguido con buena fe el plazo indicado por la Administración, queda impedida para obtener un pronunciamiento judicial, con claro beneficio para la Administración que la indujo a error en su notificación, y posteriormente opone ella misma la caducidad en el acto del juicio, no resultando, en definitiva, razonable ni proporcionada ni acorde con las exigencias de un juicio justo una interpretación que prime los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales» (FJ 5 de la STC 214/2002). En el presente caso, la indicación errónea del plazo para la interposición de la reclamación económico administrativa provocó que los recurrentes interpusieran ésta transcurrido el plazo legal vigente aplicable por motivos temporales, pero ello en modo alguno puede provocar la declaración de inadmisibilidad por extemporaneidad declarada por la resolución impugnada, por lo que procede anular dicho pronunciamiento de extemporaneidad y entrar a conocer del fondo del asunto.

B) Tramitación

a) Acceso a registros y archivos públicos

La **STS de 3 de junio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.ª), recurso de casación núm. 2849/2007, estima el recurso y casa la sentencia de instancia estimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto por un Ayuntamiento contra la Resolución del Director General de Obras Hidráulicas del Ministerio de Medio Ambiente, que denegó la autorización solicitada por la Alcaldía de dicho Ayuntamiento, para que los técnicos asesores de dicha entidad local pudieran acceder a los terrenos en los que se realizan las obras de ejecución del Embalse de Itoiz.

Frente a la argumentación de la sentencia de instancia, que autoriza la entrada a las obras de los técnicos municipales porque así lo demanda el cumplimiento del derecho de información y acceso a los registros y archivos de las Administraciones y porque el Ayuntamiento recurrente tiene el carácter de interesado, el Tribunal Supremo afirma que la sentencia ha lesionado el artículo 37 de la Ley 30/1992, cuando considera que el derecho contenido en ese precepto, en relación con el artículo 105.b) de la CE, habilita para permitir la entrada, por parte de técnicos municipales, a la ejecución de unas obras de interés general.

En su fundamentación jurídica para la estimación del recurso, el TS parte de la naturaleza de la obra proyectada que ha sido declarada de interés general del Estado, aunque se encuentre en fase de ejecución. A continuación, el TS rechaza la aplicación del

artículo 37 LRJPAC, sobre derecho de acceso a los registros y archivos, sobre una doble fundamentación. Desde el punto de vista subjetivo, el Ayuntamiento recurrido no puede tener la condición de «ciudadano» que le atribuye la Sala de instancia, al amparo del artículo 35 de la Ley 30/1992. La STS precisa que mientras que la forma de relacionarse la Administración con los ciudadanos es la prevista en el Título IV de la LRJPAC, la relación entre las distintas Administraciones Públicas se regula en el Título I (artículos 4 y siguientes) de la Ley 30/1992. Por ello, y en aplicación al caso, afirma el TS que a la luz del citado régimen de aplicación a las Administraciones, las dudas que sobre la seguridad de la ejecución de la obra albergaba el Ayuntamiento recurrido se hubieran podido disipar acudiendo a estos mecanismos de comportamiento y relación. Singularmente a la petición de información, *ex* artículo 4.c) de la Ley 30/1992, sobre todos los extremos relativos a la ejecución y llenado del embalse. Por el contrario, no era procedente la organización del régimen de visitas que postulaba la recurrente, y que refrenda la sentencia recurrida, que no guarda relación con el deber de información previsto en el artículo 4.c) citado. En segundo lugar, el TS rechaza la aplicación del artículo 37 LRJPAC, sobre derecho de acceso a los registros y archivos, dado que el contenido objetivo de este derecho, no guarda relación con lo que se permite en la sentencia de instancia. Así, la visita de los técnicos asesores municipales a las obras de ejecución de la presa no puede ampararse en que se trata de una manifestación del derecho de acceso a los archivos y registros públicos por una sencilla razón: una obra pública no es ni un archivo ni un registro público. En su argumentación, el TS recuerda el concepto de archivo y de registro: el archivo es el conjunto orgánico de documentos reunidos para su conservación o su utilización (artículo 59 de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español), y los registros tienen el contenido que previene el artículo 38 de la Ley 30/1992.

Por otra parte, en relación con el derecho a conocer la tramitación de un procedimiento y obtener copias de sus documentos, *ex* artículo 35.a) de la Ley 30/1992, que se reserva a los «interesados», el TS precisa que este derecho parte de la situación que tiene el ciudadano en el procedimiento administrativo, y en el caso examinado, no se sustanciaba ningún procedimiento, sino que se cursó una solicitud que no fue aceptada. De esta forma el TS afirma que el ámbito subjetivo y objetivo de este derecho tampoco guarda relación con la visita de los técnicos asesores municipales, y reitera que el enmarque de esta cuestión encuentra su sede natural, dentro de la relaciones interadministrativas, en el deber de facilitar información entre Administraciones, *ex* artículo 4 de la Ley 30/1992 y 55 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local.

En consecuencia, en su FJ 11, la STS concluye que «ni desde una delimitación subjetiva, porque no se trata de un ciudadano, sino de una Administración Pública, ni desde una perspectiva objetiva, porque no se trata de facilitar el ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros públicos, el recurso contencioso administrativo podía ser estimado».

b) Presupuesto para la suspensión de la ejecución tras la presentación de una reclamación económico-administrativa

Las **SSTS de 14 y 18 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.ª), recursos de casación núm. 1744/2008 y 2790/2009, desestiman los recursos de casación interpuestos contra las sentencias de instancia que, a su vez, desestimaban el recurso

contencioso-administrativo, sobre inadmisión a trámite de la solicitud de suspensión del acto impugnado mediante una reclamación económico-administrativa. En ambos casos se confirma la inadmisión de la suspensión de la ejecución, dado que en aplicación del artículo 233 de la Ley General Tributaria, los recurrentes no han justificado que la ejecución causara daños de imposible o difícil reparación.

En la STS de 18 de julio se precisa, al igual que hizo la sentencia de instancia, citando jurisprudencia anterior, que el objeto de la discusión es la medida cautelar, sin que su enjuiciamiento pueda extenderse a la corrección del acto impugnado ante el TEAC, en este caso un requerimiento de información, y desestima la casación ya que la entidad recurrente no ha acreditado los perjuicios de difícil o imposible reparación que la ejecución del acto le causaría, al margen de los costes inherentes al cumplimiento del requerimiento de información, que siempre podrían ser resarcidos y, en consecuencia, no tienen la condición de perjuicios de tal índole. En el mismo sentido, la STS de 14 de julio desestima el recurso de casación, dado que el recurrente no aportó —ni en vía administrativa, ni en vía judicial— documento alguno acreditativo de que la ejecución —en este caso de una liquidación de impuesto de sociedades— pudiera ocasionar a la entidad perjuicios de difícil o imposible reparación, que constituyen el presupuesto de la suspensión de la ejecución.

En ambas sentencias se confirma que no procedía conceder un trámite de subsanación antes de que el TEAC hubiera inadmitido la solicitud de suspensión, ya que la posibilidad de subsanación del artículo 2.2 del Reglamento de la LGT, se refiere a defectos formales, por la ausencia de los requisitos enumerados en el artículo 2.1. Por el contrario, la suspensión de la ejecución precisa, como presupuesto, la acreditación de la causación de perjuicios de difícil reparación, y dicha omisión es insubsanable.

c) Ausencia de constancia documental de la propuesta de resolución en el procedimiento de asilo

La **STS de 22 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.ª), recurso de casación núm. 5733/2008, desestima el recurso interpuesto frente a la sentencia de instancia que confirma una resolución del Ministro del Interior, denegatoria del reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo a un ciudadano nacional de Colombia. Entre otros motivos de casación, se alegaba la falta de prueba respecto a la existencia del informe de la Comisión Interministerial que, según el artículo 7 de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, ha de examinar las solicitudes de asilo y formular la propuesta correspondiente al Ministerio del Interior.

El Tribunal Supremo no acoge dicho motivo de casación, dado que en el caso enjuiciado la propuesta existió, aunque no conste documentada en el expediente administrativo, lo cual constituye una irregularidad no invalidante. En este sentido, el TS se remite a su jurisprudencia anterior, y, en particular, a la **STS de 20 de abril de 2011**, de la misma Sala, en la que se afirmaba: «En el supuesto de autos, sí hay constancia expresa de que el expediente fue elevado a la Comisión Interministerial y de que ésta, en su reunión de 20 de septiembre de 2005, propuso el rechazo de la solicitud, con el que coincidió el Ministerio del Interior. Siendo ello así, y tal como expusimos, entre otras, en las SSTS de 27 de mayo de 2005 y 22 de julio de 2005 ante unas "afirmaciones precisas y concretas" análogas a las

que constan en este caso, debemos concluir "que la propuesta existió, aunque no conste documentada en el expediente administrativo". Esta última circunstancia no pasa de ser un mero defecto o irregularidad en la formación del expediente administrativo que carece de trascendencia invalidante» (FJ 5).

C) Terminación

a) Denegación de reconocimiento de nacionalidad

La **STS de 18 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 6.ª), recurso de casación núm. 520/2009, confirma la sentencia de instancia que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por un particular contra la Resolución del Ministerio de Justicia y la resolución confirmatoria en reposición, por la que se le denegó la concesión de la nacionalidad española al no haber justificado suficientemente buena conducta cívica. Recuerda el Tribunal, en el FJ 3, su jurisprudencia reiterada en relación con el procedimiento de reconocimiento de nacionalidad: «Incumbe a la Administración, en el momento de resolver sobre la solicitud, dar todas las razones por las que considera incumplido alguno de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, debiendo limitarse luego la revisión jurisdiccional a verificar si la resolución administrativa denegatoria, dadas las razones en que se apoya, es o no ajustada a Derecho».

En la aplicación al caso, el TS encuentra razonable la conclusión alcanzada por la Sala de instancia ya que el solicitante y actor en la instancia había acreditado una adecuada integración personal y una prolongada integración profesional, así como un correcto cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social; de manera que el único obstáculo realmente aducido por la Administración para impedir la obtención de la nacionalidad española venía dado por los antecedentes penales desfavorables que se siguieron contra él, que se consideraron incompatibles con el requisito de buena conducta cívica a que se refiere el artículo 22.4 CC. Ahora bien, esos antecedentes carecen de vigor para fundamentar la decisión denegatoria en el caso de autos, ya que las actuaciones penales correspondientes fueron archivadas en virtud de sobreseimiento definitivo, acordado al amparo del artículo 637.2 LECrim, por no ser los hechos constitutivos de delito, y con efectos análogos a los de una sentencia absolutoria.

b) No hay silencio administrativo ante la suspensión por ley del otorgamiento de autorizaciones

La **STS de 8 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 5.ª), recurso de casación núm. 3780/2007, confirma la sentencia del TSJ de Canarias, sobre denegación de obras de rehabilitación en la zona de servidumbre de protección y sobre inexistencia de silencio administrativo positivo.

De la extensa y variada argumentación jurídica de la sentencia recurrida, el TS entiende que la *ratio decidendi* es la fundamentación referida a la aplicación del artículo 12 de la Ley de Costas, que prohíbe otorgar autorización alguna cuando se está tramitando un deslinde. Estos efectos se producen *ex lege* por la mera incoación del procedimiento de deslinde y

se mantienen hasta su finalización. Por ello, no hay silencio administrativo, ni positivo ni negativo, ya que el presupuesto lógico del silencio administrativo es que en el procedimiento haya vencido el plazo máximo para resolver sin haberse notificado resolución expresa, ex artículo 43 de la Ley 30/1992. En palabras del TS: «cuando concurre una imposibilidad legal expresa que impide dictar resolución en el procedimiento, ex artículo 12.5 de la Ley de Costas, porque el otorgamiento de autorizaciones se encuentra suspendido por ministerio de la ley, no puede operar el silencio administrativo al carecer de uno de los presupuestos básicos para su aplicación: que no ha vencido el plazo para resolver» (FJ 7).

c) Resolución confirmatoria de un acto presunto

La **STSJ de Madrid de 15 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.ª), recurso núm. 176/2009, estimatoria del recurso de alzada frente a la aprobación de un expediente de regulación de empleo mediante acto presunto [reseñada, asimismo, en los apartados 5.B.a) y 5.C.a) de esta misma crónica], recuerda los efectos bien conocidos del silencio positivo y el alcance de una resolución expresa posterior. Así, el artículo 43.3 y 4.a) de la LRJPAC, al configurar el silencio administrativo positivo como un verdadero acto administrativo expreso e imponer que cualquier Resolución expresa posterior confirme aquel silencio, lo que hace es equiparar el silencio administrativo positivo a un acto administrativo expreso pero nada más. Si cabe recurrir en alzada el acto administrativo expreso también es posible hacerlo respecto del acto por silencio, del mismo modo que uno y otro acto pueden ser objeto de revisión de oficio, de forma que lo que resulta de la prohibición de la letra a) del apartado 4 del artículo 43 es la imposibilidad de modificar de oficio el órgano al que correspondía resolver, mediante una Resolución expresa extemporánea, el sentido positivo del silencio producido, pero sin que ello signifique que no quepa recurrir en alzada ese acto producido por silencio, ni desde luego tampoco que no pueda revisarse de oficio.

4. EFICACIA Y EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Notificación

a) Notificación defectuosa: diligencias mínimas

La **STSJ de Murcia de 22 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.ª), recurso contencioso-administrativo núm. 625/2009, considera que la Dirección General de Costas no notificó debidamente los actos administrativos sobre levantamiento y ocupación de dominio público y servidumbre de tránsito. Es cierto que la Demarcación de Costas cumplió con los dos intentos de notificación del acto administrativo en cuestión, en días alternos y a distintas horas, de modo previo a su publicación en el tablón correspondiente, así como en el Boletín Oficial. Pero, también es cierto que la jurisprudencia viene exigiendo un nivel de diligencia mínimo en el cumplimiento de la obligación de notificar que exige que la Administración consulte los registros que obren en poder de las Administraciones Públicas para indagar el domicilio del destinatario del acto administrativo. En consecuencia, y en aras de la garantía de la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), el Tribunal considera que, faltando los requisitos insubsanables de notificación requeridos, el acto fue ineficaz, y ha de tenerse por no existente hasta el momento en que el interesado interpuso el recurso de alzada frente a él.

B) Ejecución

a) Improcedencia de ejecución subsidiaria de acto no ejecutivo por notificación defectuosa

La **STSJ de Murcia de 22 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.ª), recurso contencioso-administrativo núm. 625/2009, recuerda los requisitos para que la Administración proceda a la ejecución subsidiaria de un acto administrativo, de conformidad con lo previsto en los artículos 93 y ss. LRJPAC. En efecto, los actos materiales de ejecución deben ir precedidos de un acto administrativo que, debidamente notificado a su destinatario, pueda considerarse ejecutivo. En consecuencia, la ejecución forzosa de un acto administrativo que no ha devenido ejecutivo, por falta de notificación, supone una vía de hecho proscrita en nuestro ordenamiento jurídico. En el caso enjuiciado, la Administración realizó apercibimientos al particular, para que procediera a la ejecución. Pero considera el Tribunal que estos apercibimientos se deben tener como no realizados, pues, en puridad, no se había notificado el acto administrativo en que traían causa.

5. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Nulidad de pleno derecho

a) La sustitución de la notificación personal por la edictal no es causa de nulidad

La **STSJ de Madrid de 14 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.ª), recurso de apelación núm. 185/2011, afirma que la eventual falta de notificación irregular, por tratarse de una notificación edictal cuando supuestamente hubiera correspondiendo una notificación personal, en ningún caso puede constituir el vicio previsto en la letra e) del artículo 62.1 LRJPAC (actos «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido»). Recuerda la jurisprudencia anterior conforme a la cual para declarar la nulidad de un acto por esta causa, la omisión ha de ser clara, manifiesta y ostensible, pues ha de existir una radical falta de los trámites idóneos para la finalidad perseguida, y una ausencia de los trámites inequívocamente imprescindibles que constituyan el contenido mínimo e irreductible del procedimiento. La sanción de nulidad por esta causa se reserva para casos extremos, debiendo aplicarse, además, una interpretación restrictiva de ella. En concusión, no se cumplen los requisitos para instar la acción de nulidad expresada en el artículo 102 LRJPAC.

B) Revisión de oficio

a) Revisión de oficio de acto presunto que no pone fin a la vía administrativa

La **STSJ de Madrid de 15 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.ª), recurso núm. 176/2009, afirma el error de la Administración al iniciar un procedimiento de revisión de oficio porque, en este caso, la estimación por silencio administrativo (aprobación de un ERE) no constituye un acto que haya puesto fin a la vía administrativa, por lo que no procede la revisión de oficio. Ahora bien, tal y como se explica en el apartado 5.C.a) de esta misma crónica, dado que existió una notificación defectuosa, una vez que se les dio traslado del procedimiento de revisión de oficio y los representantes de los trabajadores remitieron a la autoridad laboral un escrito en el que exponen de manera razonada

e inequívoca su oposición a la aprobación del ERE, el Tribunal considera que este escrito de alegaciones es materialmente un recurso de alzada contra la aprobación del expediente por silencio administrativo.

b) Límites a la nulidad de pleno derecho: procedimiento de acceso a la función pública

La **STS de 21 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 7.ª), recurso de casación núm. 3646/2010, recuerda que la existencia o no de las circunstancias previstas en el artículo 106 LRJPAC suponen una excepción del principio general de inexistencia de plazo para solicitar la revisión de los actos nulos de pleno derecho. Además, recuerda jurisprudencia del propio Tribunal que da prevalencia al principio de seguridad sobre el de legalidad. En todo caso, esta excepción ha de ser examinada caso por caso. Pues bien, en el caso enjuiciado, el Tribunal considera que no se dan circunstancias de mala fe en la posición del recurrente que hagan presumir la posibilidad de conocimiento de la ilegalidad del acto administrativo durante un largo período de tiempo y la actitud pasiva ante dicha causa de invalidez. Los solicitantes solicitaron la revisión once años después de dictarse el acto administrativo cuya revisión solicitan, si bien sólo dos años desde que se empezaron a dictar sentencias que declaraban la nulidad de aquel acto. Los recurrentes no recurrieron las listas en las que se hizo público el resultado del proceso selectivo porque las presumieron legítimas y ajustadas a las bases de la convocatoria. De tal forma que no puede imputarse a los particulares la pasividad en la impugnación de un vicio de invalidez que les era absolutamente desconocido. En consecuencia, aplicando la jurisprudencia respecto al transcurso del tiempo del artículo 106 LRJPAC, en el que una actuación administrativa es anulada en vía judicial por vulnerar los derechos fundamentales de los artículos 14 y 23 CE, derivándose de dicha declaración la posible nulidad de pleno derecho que la parte recurrente reclama al amparo de la imprescriptibilidad de ese vicio invalidante, debe llevar a excluir la posibilidad de aplicación del límite temporal a la revisión contenido en el referido artículo 106 LRJPAC. En consecuencia, concluye el Tribunal, queda acreditado que la Administración, en el proceso selectivo, aplicó una fórmula concreta contraria al ordenamiento jurídico y que dicha fórmula no fue conocida por los recurrentes, ni hecha pública por el Tribunal Calificador, y, por tanto, estima el recurso de casación.

C) Recursos administrativos

a) Escrito de alegaciones en revisión de oficio que constituye materialmente un recurso de alzada

La **STSJ de Madrid de 15 de julio de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.ª), recurso núm. 176/2009, confirma que un escrito de alegaciones presentado en un procedimiento de revisión de oficio puede constituir materialmente un recurso de alzada, por lo que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por una empresa contra la Orden de la Consejera de Empleo y Mujer de la Comunidad de Madrid, estimatoria del recurso de alzada frente a la aprobación de un expediente de regulación de empleo mediante acto presunto.

En la Sentencia, el Tribunal destaca que la Administración incurre en un doble error tras una estimación por silencio positivo de un expediente de regulación de empleo: prime-

ro, la resolución confirmatoria de dicho acto presunto no indica expresamente que el acto agota la vía administrativa, por aplicación del artículo 16 del Real Decreto 43/1996, que aprueba el reglamento de regulación de empleo, ni indica que procede, por tanto, recurso de alzada, y segundo, inicia un procedimiento de revisión de oficio frente al acto presunto de aprobación del ERE, que no era procedente pues el acto no agotaba la vía administrativa. Por ello, dado que los representantes de los trabajadores, una vez que se les dio traslado del procedimiento de revisión de oficio, remitieron a la autoridad laboral un escrito en el que exponen de manera razonada e inequívoca su oposición a la aprobación del ERE, el Tribunal considera que este escrito «es materialmente un recurso de alzada contra la aprobación del expediente por silencio administrativo».

Dicha argumentación se refleja en particular en el FJ 4 de la sentencia citada, al afirmar: «Es por lo anterior por lo que la Sala comparte que el escrito de los representantes de los trabajadores de fecha 26 de septiembre del año 2008 puede ser considerado como un Recurso de alzada contra la tan citada estimación por silencio administrativo de la autorización para extinguir sus contratos de trabajo, porque aunque el escrito en cuestión se presente como unas alegaciones producidas en el seno del expediente de revisión de oficio cuya incoación acuerda la Orden de fecha 14 de agosto del año 2008, sin embargo lo cierto es que al no constituir la estimación por silencio administrativo un acto que haya puesto fin a la vía administrativa ni poder entenderse que ha quedado firme por no haber sido recurrida en plazo, por no constar en debida forma su notificación, no cabía todavía la revisión de oficio conforme al artículo 102 de la LPAC del acto producido por silencio positivo». Por ello, continúa el Tribunal «de forma que el doble error de la Administración de la Comunidad de Madrid al no conceder expresamente la posibilidad de impugnar el acto producido por silencio administrativo positivo de una parte, unida a que tampoco podía iniciar el procedimiento de revisión de oficio del acto producido por silencio, no puede perjudicar los derechos de los representantes de los trabajadores, que sin duda tenían la firme intención de impugnar en alzada la estimación del ERE producida por silencio administrativo, como se aprecia sin margen para la duda del tenor literal de su escrito de fecha 26 de septiembre del año 2008, pero que no pudieron hacerlo por la deficiente actuación de la Administración acabada de relatar, que solo les concedió la posibilidad de realizar alegaciones en el procedimiento de revisión de oficio indebidamente iniciado, pero que en realidad materialmente constituyen una impugnación de la estimación del ERE producida por silencio positivo».

De esta forma, el Tribunal acepta la argumentación del Dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en el seno del procedimiento de revisión de oficio inicialmente incoado, que señala que el escrito de alegaciones presentado por los representantes de los trabajadores «atendiendo al principio antiformalista consagrado en el artículo 110.2 de la LPJ-PAC en materia de recursos y lo señalado sobre la deficiente notificación, puede entenderse que dicho escrito se tramite como recurso de alzada frente a la aprobación del expediente de regulación de empleo mediante acto presunto» (FJ 4).

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) Acreditación de la solvencia económica y la capacidad técnica.
   B) Insubsanabilidad de la falta de la firma del técnico competente en la propuesta técnica del licitador.
   C) Existencia de un contrato encargado verbalmente.
   D) Publicidad de la licitación y consultas al órgano de contratación.

3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN.

   A) Miembros de Patronatos municipales y, a la vez, concejales están legitimados para impugnar la adjudicación de un contrato otorgado por el Patronato.

4. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.

   A) Obligación de pago y traspasos de funciones a las Comunidades Autónomas.
   B) Reequilibrio económico del contrato de gestión de servicios públicos.
   C) Revisión de precios y prórroga en contratos con plazo inferior a un año.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de julio a octubre de 2011, tanto por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, como por lo que respecta a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y la Audiencia Nacional.

En este período no se ha dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decisión alguna de interés en materia de contratación pública.

2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Acreditación de la solvencia económica y la capacidad técnica

La acreditación de tales requisitos puede efectuarse, como precisa la **STSJ de 26 de julio de 2011 (Recurso de Apelación núm. 499/2010),** por lo que respecta a la solvencia económica y financiera, mediante un certificado de una entidad bancaria, dado que el Texto Refundido de 2000 permitía su acreditación a través de cualesquiera de los medios previstos en el artículo 16. Y, por lo que respecta a la capacidad técnica, resulta suficiente una relación de la actividad realizada por la empresa con anterioridad y de su personal, redactada por ella misma.

B) Insubsanabilidad de la falta de la firma del técnico competente en la propuesta técnica del licitador

En un concurso para la adjudicación del servicio público de televisión digital local, la ausencia de firma de un Ingeniero de Telecomunicaciones en la propuesta técnica de uno de los licitadores, exigida por el Pliego, justifica, para la **STS de 21 de julio de 2011 (Recurso de Casación núm. 4276/2010),** que sea declarado desierto, no siendo éste un defecto subsanable.

C) Existencia de un contrato encargado verbalmente

Aun cuando la normativa en materia de contratación pública prohíbe expresamente la posibilidad de los contratos verbales, con el fin de evitar elusiones al principio de publicidad y concurrencia, si tal situación se produce ello no lleva aparejado la nulidad (y la realidad) del contrato pues, como precisa la **STSJ de Justicia de Murcia de 18 de julio de 2011 (Recurso de Apelación núm. 583/2010)** «(…) la consecuencia anulatoria que puede derivarse del incumplimiento de las formalidades impuestas a la contratación administrativa debe evitarse en aquellos supuestos en que la infracción formal es meramente rituaria por aparecer acreditada, de manera notoria e incuestionable, que la finalidad de la forma incumplida ha sido realmente satisfecha (…)». En consecuencia, la Administración contratante está obligada al pago del precio de la obra ejecutada y de los correspondientes intereses de demora, con el fin de evitar su enriquecimiento injusto.

D) Publicidad de la licitación y consultas al órgano de contratación

Como recuerda la **STS de 22 de julio de 2011 (Recurso de Casación núm. 6300/2009)** la falta de contestación por parte del órgano de contratación a una consulta realizada por un licitador en relación con una cláusula del Pliego de Cláusulas Administrativas, cuando la interpretación de ésta es manifiestamente unívoca, no supone ni una vulneración del principio de publicidad ni una vulneración del principio de buena fe.

3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Miembros de Patronatos municipales y, a la vez, concejales están legitimados para impugnar la adjudicación de un contrato otorgado por el Patronato

La **STSJ de Madrid de 26 de julio de 2011 (Recurso de Apelación núm. 499/2010)** reconoce la legitimación de parte de los miembros del Consejo Rector de un Patronato Municipal de Cultura, que a la vez son Concejales del Ayuntamiento, para impugnar la propuesta de adjudicación de un contrato para la celebración de un recital lírico. Para el Tribunal, frente al principio general sobre la falta de legitimación de los miembros de los órganos colegiados de una Administración Pública para interponer recurso contencioso-administrativo contra los actos de ésta, resulta de aplicación la previsión del artículo 63.1.b) de la Ley de Bases de Régimen Local, que admite su impugnación por los miembros de la misma que hubieran votado en contra, exigiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo para admitir tal legitimación el doble requisito de ser miembro del órgano municipal que adoptó el acuerdo impugnado y votar en contra del mismo. Y aquí el Tribunal reconoce que tales sujetos, en su condición de miembros del Consejo Rector del Patronato ostentan un interés concreto en controlar su correcto funcionamiento, como medio de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la Comunidad vecinal.

4. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Obligación de pago y traspasos de funciones a las Comunidades Autónomas

Cuando se haya producido un traspaso de la competencia material en la que se inserta el contrato a la correspondiente Comunidad Autónoma, las obligaciones de pago pendientes correrán a cargo, no de la Administración estatal, sino de la Administración autonómica subrogada en la posición de órgano de contratación, tal y como precisa la **SAN de 21 de septiembre de 2011 (Recurso de Apelación núm. 134/2011)**, puesto que al cumplirse la obligación fijada por el artículo 20.1 de la Ley 12/1983, del Proceso Autonómico, «(…) El expediente se debía entregar a la Comunidad Autónoma, a la que correspondía a partir de ese momento la competencia para adoptar la resolución definitiva, siendo de su cuenta las consecuencias económicas resultantes, que en este caso se circunscriben al abono de la cantidad correspondiente en concepto de certificación final de las obras, más la revisión de precios y la liquidación del contrato (…)».

B) Reequilibrio económico del contrato de gestión de servicios públicos

Para la **STSJ de Extremadura de 25 de julio de 2011 (Recurso de Apelación núm. 117/2011)**, el Proyecto de Explotación incorporado a la Memoria elaborada en la licitación de un contrato de gestión de servicios para la explotación del ciclo integral del agua constituye un documento que vincula al Ayuntamiento, no siendo una simple referencia sin trascendencia, puesto que sobre la base de éste (consumo de agua realizado hasta el momento por los usuarios) los licitadores elaborarán su propuesta. En consecuencia, si el

Ayuntamiento en la Memoria ha fijado un dato concreto de consumo, y no una horquilla variable, la incorrección del mismo no debe configurarse como un supuesto de riesgo y ventura, sino como un error imputable al Ayuntamiento, por lo que debe indemnizarse al concesionario por los perjuicios sufridos ante un consumo real inferior.

C) Revisión de precios y prórroga en contratos con plazo inferior a un año

La figura de la revisión de precios en aquellos contratos cuya duración inicial es inferior a un año, pero donde se ha acordado por el órgano de contratación otorgar una prórroga en su ejecución por motivos no imputables al contratista no da derecho a la revisión de precios en los términos del artículo 103 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, **STS de 21 de julio de 2011 (Recurso de Casación núm. 110/2009)**. Y ello porque para el Tribunal Supremo que se otorgue la prórroga por causas no imputables al contratista no supone, como consecuencia ineludible, que la demora en la ejecución sea responsabilidad del órgano de contratación. Al no concurrir ésta, sigue vigente el principio de riesgo y ventura, junto con la prohibición expresa de la revisión de precios que se incorporó al Pliego de Cláusulas.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

A) Organización de la AGE. Competencia para la renovación de la autorización de explotación de centrales nucleares y para su cese definitivo.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL.

A) Autonomía Local.

a) No es posible considerar vulnerado el reconocimiento y garantía de la autonomía municipal cuando otra Administración Pública ha actuado dentro de los límites previstos en la norma.

b) Ley Foral 12/2010 de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Medidas aplicables a las entidades locales. Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno. Mantenimiento de la suspensión.

c) Ley 18/2001 general de estabilidad presupuestaria. Recurso de inconstitucionalidad. Desestimación. Principio de suficiencia financiera de los entes locales. Autonomía local y objetivo de estabilidad presupuestaria.

B) Competencias municipales. Órgano municipal competente para la adopción de determinadas medidas cautelares previstas en la Ley balear 5/1997, de publicidad dinámica. Recurso de casación en interés de Ley autonómica. Fijación de doctrina legal.

C) Concejo abierto. Notificación de convocatoria e inaplicabilidad del régimen de corporación en funciones.

D) Estatuto de los miembros de las Entidades Locales.

a) Requisitos para el nombramiento provisional del Secretario en casos de vacante o no ocupación temporal por el titular.

b) Derechos de los concejales no adscritos. La decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, vulnera el artículo 23 CE al afectar al núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal.

c) Acceso a la información local y derecho a obtener copias.

d) Deber de abstención: cumplir con las obligaciones como miembro de la corporación no implica ningún interés personal.

E) Mancomunidades de municipios. Derecho de participación en los asuntos públicos: puesta a disposición de la documentación relacionada con el orden del día y examen previo en la comisión informativa correspondiente.

F) Organización municipal. Reglamento orgánico: alcance de la potestad de autoorganización.

3. ORGANISMOS PÚBLICOS.

A) Revisión de oficio de sus actos. Autoridad Portuaria. Máximo órgano rector. La competencia para la declaración de lesividad de acto dictado por su Presidente no corresponde al Ministerio de Fomento sino a los órganos de la propia Autoridad Portuaria.

4. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS.

A) Profesiones tituladas. Alcance jurisprudencial del principio de reserva de Ley del artículo 36 de la CE relativa a esta materia.

B) Las elecciones de los Colegios Profesionales no tienen naturaleza política.

C) Colegios Profesionales: Naturaleza jurídica. Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales que no son Administraciones Públicas por lo que el régimen jurídico de sus actos y disposiciones no coincide con el establecido en la Ley 30/1992 aunque se aplique subsidiariamente.

---

1. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

A) Organización de la AGE. Competencia para la renovación de la autorización de explotación de centrales nucleares y para su cese definitivo

La **SAN de 30 de junio de 2011** (recurso 628/2009), confirma la Orden Ministerial que acuerda el cese definitivo de la central nuclear de Santa María de Garoña el 6 de julio de 2013 y su explotación hasta dicha fecha. Entre las múltiples cuestiones abordadas por la sentencia destaca la relativa a la competencia del Secretario de Estado y/o Ministro de Industria, Turismo y Comercio para dictar la Orden ITC/1785/2009 impugnada.

La defensa de la Junta de Castilla y León entiende que la Orden Ministerial combatida ha sido dictada por el Secretario de Estado de Energía, por delegación del Ministro de Industria, pero que ello no es posible ya que en la Orden ITC/3187/2004 no se prevé dicha delegación del Ministro para autorizar la explotación de centrales nucleares, renovar dicha autorización, acordar su cese definitivo, o dictar la resolución de tramitación de urgencia de estos procedimientos. Sin embargo, en el apartado 1.e) de esta Orden se prevé la posibilidad de delegación en el titular de la Secretaría de Estado de Energía de la autorización previa o de emplazamiento de instalaciones nucleares y radiactivas de primera categoría, su autorización de construcción, la de explotación y la de emplazamiento, entre otras. Por ello, aunque literalmente no se prevé entre las materias delegables la renovación de la autorización de explotación, sí se prevé la concesión de tal autorización de explotación, de donde necesariamente se concluye que quien tiene delegada la competencia para acordar la autorización de explotación, tiene también delegada la competencia para dicha renovación, máxime cuando, según el artículo 5 del Reglamento sobre instalaciones nucleares y

radioactivas (RINR), la renovación de las autorizaciones se tramitará mediante el mismo procedimiento por el que fueron concedidas.

Por las mismas razones, quien tiene competencia delegada para autorizar el desmantelamiento de una instalación nuclear la tiene, igualmente, para acordar su cierre, como paso previo y necesario a dicho desmantelamiento. Por ello, dicha delegación ha de extenderse, también, a la decisión sobre el carácter de urgencia de la tramitación del procedimiento, dado el carácter accesorio de esta última decisión.

Tampoco para la AN estas decisiones están atribuidas al Consejo de Ministros. La Orden recurrida acuerda el cese definitivo de la explotación de la central de Santa María de Garoña con fecha 6 de julio de 2013 y la consiguiente renovación de la autorización de su explotación hasta dicha fecha. En este caso no nos encontramos, pues, ante una decisión de política energética del Gobierno, sino ante un determinado pronunciamiento respecto de una solicitud de renovación del permiso de explotación de una central nuclear, para la que es competente el Ministro, y ello «a pesar de que en tal decisión de limitación temporal de prórroga y cierre de la Central hayan podido influir otras razones que las estrictamente referidas a motivos de seguridad nuclear o impacto radiológico… Motivos ajenos a los estrictamente técnicos y/o de seguridad que sin embargo no transforman el contenido de la resolución en sí, ni convierten a la misma en una decisión directamente emanada del Gobierno. Razones o motivos que tampoco pueden conceptuarse como las excepcionales de interés nacional a que alude el artículo 32 segundo párrafo de la Ley de Energía Nuclear (LEN)».

Recordemos, por último, que el artículo 1.1 del Real Decreto 1182/2008, de 11 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del MITyC establece que «el Ministro de Industria es el Departamento de la Administración General del Estado encargado de la propuesta y ejecución de la política del gobierno en materia de desarrollo industrial, política comercial energética…». Dicha competencia se encuentra atribuida de forma clara y concreta en el artículo 2.1 del Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Nucleares y Radiactivas, en relación con su artículo 1, que disponen que la aplicación de los preceptos de dicho Reglamento, referentes al régimen de autorizaciones administrativas para instalaciones nucleares y radiactivas, corresponde al Ministro de Industria, Turismo y Comercio.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía Local

a) No es posible considerar vulnerado el reconocimiento y garantía de la autonomía municipal cuando otra Administración Pública ha actuado dentro de los límites previstos en la norma

La **Sentencia del TSJ de Málaga de 8 de junio de 2011** (recurso 2178/2010), desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Comares, contra la sentencia estimatoria de fecha 26 de enero de 2010 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Málaga en el recurso contencioso-administrativo núm. 16/06, interpuesto por la Junta de Andalucía contra la resolución del referido Ayuntamiento de 21

de septiembre de 2005 por el que se aprobó el proyecto de actuación para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en suelo no urbanizable en el paraje «Los Molises».

El TSJ destaca la legitimación de la Consejería de la Junta de Andalucía apelante en orden a la interposición del recurso contencioso-administrativo, sin que, con ello, se atente a la autonomía municipal pues la autonomía local consagrada en el artículo 137 CE se traduce en una garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo que debe necesariamente ser respetado por el legislador (estatal o autonómico, general o sectorial) para que dichas Administraciones sean reconocibles en tanto que entes dotados de autogobierno. En la medida en que el constituyente no predeterminó el contenido concreto de la autonomía local, el legislador constitucionalmente habilitado para regular materias de las que sea razonable afirmar que formen parte de ese núcleo indisponible podrá, ciertamente, ejercer en uno u otro sentido su libertad inicial de configuración, pero no podrá hacerlo de manera que establezca un contenido de la autonomía local incompatible con el marco general perfilado en los artículos 137, 140 y 141 CE. So pena de incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de la garantía institucional de la autonomía local, el legislador tiene vedada toda regulación de la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de ese umbral mínimo que les garantiza su participación efectiva en los asuntos que les atañen y, por consiguiente, su existencia como reales instituciones de autogobierno.

El TSJ considera que el plan urbanístico —marco regulador del espacio físico de la convivencia de los vecinos— es una tarea comprendida prioritariamente en el ámbito de los intereses del municipio; y sobre aquella decisión se proyectan, por tanto, de forma especialmente intensa, las exigencias de la autonomía municipal. Si en el procedimiento de elaboración del planeamiento urbanístico las Leyes reguladoras de la materia prevén la intervención de otras Administraciones públicas es porque, con carácter general, aquella decisión puede afectar también a intereses cuya gestión constituye el objeto de competencias atribuidas a otras organizaciones jurídico-públicas distintas del municipio. También se justifica la mencionada intervención de otros sujetos públicos distintos de la Administración municipal por las exigencias del principio de colaboración que aconseja la audiencia, el intercambio de información y la ponderación de intereses ajenos (artículo 4 Ley 30/1992) y por los controles de legalidad que, de conformidad con la Constitución, pueden ejercer, en el ámbito del urbanismo, las Comunidades Autónomas sobre las entidades locales.

Esta imbricación de intereses diversos que se proyectan sobre el mismo territorio municipal se soluciona en la LBRL con fórmulas como la participación o integración de las entidades locales en procedimientos que tramita y resuelve la Comunidad Autónoma cuando «la naturaleza de la actividad de que se trate haga muy difícil o inconveniente una asignación diferenciada y distinta de facultades decisorias» (artículo 62 LBRL), o la participación de las entidades locales en procedimientos de aprobación de instrumentos de planeamiento que son formulados y aprobados por otras Administraciones, siempre que exista la necesidad de «armonizar los intereses públicos afectados» (artículo 58.2 LBRL). Pero esta regulación de las relaciones interadministrativas no ha de oscurecer el principio de que la ordenación urbanística del territorio municipal es tarea que fundamentalmente corresponde al municipio, y que la intervención de otras Administraciones se justifica sólo en la medida en que concurran intereses de carácter supramunicipal o controles de legali-

dad que, de conformidad con el bloque de la constitucionalidad, se atribuyen a las Administraciones supraordenadas sobre las inferiores.

La STC de 20 de julio de 2006 reitera la doctrina contenida en las Sentencias 32/1981, 170/1989, 40/1998, 159/2001, 51/2004, de 13 de abril, 252/2005, señalando, en concreto que: «Para determinar si los preceptos impugnados han vulnerado o no la autonomía municipal debemos comenzar recordando nuestra doctrina según la cual la autonomía local se proyecta sobre intereses locales y competencias municipales, siendo indiscutiblemente el urbanismo un asunto de interés de los municipios sobre el cual, por tanto, se extienden sus competencias. A efectos del enjuiciamiento a efectuar ahora ha de tenerse presente la consolidada doctrina, sintetizada en la STC 159/2001, de 5 de julio, F. 4, según la cual la Administración territorial a la que el constituyente encomendó la competencia normativa en urbanismo (las Comunidades Autónomas, según el artículo 148.1.3 CE, pero también el Estado, cuando resulte habilitado al efecto por otros títulos competenciales) está legitimada para regular de diversas maneras la actividad urbanística y para otorgar en ella a los entes locales, y singularmente a los municipios, una mayor o menor presencia y participación en los distintos ámbitos en los cuales tradicionalmente se divide el urbanismo (planeamiento, gestión de los planes y disciplina), siempre que respete ese núcleo mínimo identificable de facultades, competencias y atribuciones (al menos en el plano de la ejecución o gestión urbanística) que hará que dichos entes locales sean reconocibles por los ciudadanos como una instancia de toma de decisiones autónoma e individualizada».

Por tanto, desde la doctrina jurisprudencial sobre la autonomía local, se puede afirmar:

a) La garantía constitucional de la autonomía local es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado.

b) La efectividad de la autonomía local requiere que las leyes aseguren al municipio su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, con atribución de las competencias que proceda y de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos —en ese sentido, por todas, las STC 11/1999, 54/2004 y 240/2006—.

c) La autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, esto es, que permite configuraciones diversas, válidas en cuanto respeten el núcleo esencial de la garantía institucional de esa autonomía —por todas, las STC 214/1984 y 46/1992—.

d) La autonomía que se garantiza a los municipios en el artículo 140 de la Constitución es, pues, una autonomía en el marco de la Ley, sea estatal o sea autonómica, bien que el legislador debe respetar la esfera irreductible de la autonomía local.

e) Por consiguiente, no es posible considerar vulnerado el reconocimiento y garantía de la autonomía municipal cuando se atribuye esa vulneración a actuación de otra Administración Pública que se ha llevado a cabo dentro de los límites previstos en la norma.

El TSJ concluye, en relación con el artículo 65 LBRL, que «cuando la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas considere, en el ámbito de las respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna Entidad local infringe el ordenamiento

jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el artículo 65 de la LBRL, para que anule dicho acto en el plazo máximo de un mes. El requerimiento deberá ser motivado y expresar la normativa que se estime vulnerada. Se formulará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo. Y es que, efectivamente, nos hallamos en el ámbito del primer supuesto que se ha destacado —artículo 63.1.a) de la Ley 7/1985— sobre todo cuando a poco que se detenga la atención se está denunciando la falta de acomodación del otorgamiento de la licencia concedida para Suelo No Urbanizable al régimen establecido para el mismo en la LBRL artículo 52».

b) Ley Foral 12/2010 de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Medidas aplicables a las entidades locales. Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno. Mantenimiento de la suspensión.

El artículo 8.2 de la Ley Foral 12/2010, de 11 de junio, por la que se adaptan a la Comunidad Foral de Navarra las medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, establece en su primer párrafo que «las entidades locales que tengan obras acogidas a los Planes de Infraestructuras e Inversiones Locales para los períodos 2005-2008 y 2009-2012, podrán concertar créditos para la financiación del porcentaje de aportación que les corresponda, una vez comprobada por el Departamento de Administración Local la viabilidad económica del proyecto».

El 14 de marzo de 2011 el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el citado precepto autonómico por considerar que éste desconoce las exigencias que impone el Real Decreto-Ley 8/2001, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit, en la redacción dada al mismo por la disposición final decimoquinta de la Ley 29/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2011, y que condiciona las operaciones de endeudamiento de las entidades locales para el ejercicio 2011 al cumplimiento de ciertas condiciones básicas, y que el precepto impugnado pretende excluir en relación con las operaciones de crédito destinadas a financiar obras acogidas a los planes de infraestructuras e inversiones locales.

Por providencia de 29 de marzo de 2011 el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Primera, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, en lo que ahora exclusivamente importa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 161.2 CE y 30 LOTC, la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto legal impugnado.

En abril de 2011 tanto el Gobierno de la Comunidad Foral como el Parlamento de Navarra solicitaron el levantamiento anticipado de la suspensión acordada por considerar que la vigencia y aplicación del precepto impugnado, además de gozar de la presunción de legitimidad constitucional, no ha de ocasionar ningún perjuicio irreparable, frente a los considerables perjuicios para el correcto funcionamiento del régimen local de Navarra que provoca su suspensión al impedir el acceso a la financiación de las entidades locales para desarrollar y culminar infraestructuras o servicios básicos, y perjudicar seriamente, además, los intereses de terceros particulares, señaladamente los de los contratistas adjudicatarios de las obras y servicios con cargo a los correspondientes planes.

El Tribunal Constitucional por **Auto 108/2011, de 5 de julio**, acordó mantener la suspensión cuestionada habida cuenta la entidad de los perjuicios que provocaría su levantamiento y que cifra, previo el correspondiente juicio de ponderación entre los distintos intereses particulares y generales en presencia, en la necesidad de asegurar la efectividad de la decisión de política económica general adoptada por el Estado en materia de contención del endeudamiento público, que no admite excepciones, particularmente «en estos momentos, de grave crisis económica y financiera no sólo en España sino también en el conjunto de la Unión Europea». El Tribunal nota, por lo tanto, las «correlativas e indeseables consecuencias que, en el contexto de la actual situación económica y financiera, pudieran generarse para el conjunto de la economía española y, en especial para el equilibrio financiero de las cuentas públicas». De modo que «la necesaria coherencia de la política económica exige decisiones unitarias que aseguren un tratamiento uniforme de determinados problemas en orden a la consecución de objetivos de interés general y evite que, dada la estrecha interdependencia de las actuaciones llevadas a cabo en las distintas partes del territorio nacional, se produzca un resultado disfuncional y disgregador».

c) Ley 18/2001 general de estabilidad presupuestaria. Recurso de inconstitucionalidad. Desestimación. Principio de suficiencia financiera de los entes locales. Autonomía local y objetivo de estabilidad presupuestaria

La **STC 134/2011, de 20 de julio,** dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1451-2002, interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra determinados 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, contiene también algunos pronunciamientos de interés para la autonomía local garantizada constitucionalmente y el principio de suficiencia financiera de los entes locales.

La sentencia examina, en lo que ahora exclusivamente nos importa, si, como denuncia el Parlamento de Cataluña recurrente, la adecuación de los presupuestos de los entes locales al objetivo de estabilidad presupuestaria impuesta por la Ley 18/2001, general de estabilidad presupuestaria, excede de la competencia estatal del artículo 149.1.13 CE y vulnera la autonomía institucional de dichos entes (artículo 137 CE) y su autonomía financiera (artículo 142 CE), o, por el contrario, como defiende el Abogado del Estado y subraya también el Senado, el Estado *ex* artículo 149.1.13 y 18 CE puede establecer válidamente el objetivo de estabilidad presupuestaria de los entes locales y también limitar su acceso al crédito y emisiones de deuda.

El Tribunal, que comienza por recordar lo principal de la doctrina constitucional sobre la autonomía local y el principio de suficiencia financiera, rechaza la impugnación de todos los preceptos legales recurridos. Niega, en primer lugar, que la precisión del significado del principio de estabilidad presupuestaria para los entes locales y la obligación de que ajusten sus presupuestos a dicho principio, prevista respectivamente en los artículos 3.2 y 19 de la Ley 18/2001, vulnere la autonomía local o su autonomía financiera, toda vez que «dichos preceptos no ponen en cuestión el establecimiento de las políticas locales de los diversos entes, de acuerdo con lo que haya establecido en cada caso el legislador estatal o autonómico competente, sino que tan sólo fijan el marco presupuestario en el que han de ejercerse dichas políticas».

Tampoco, en segundo lugar, el artículo 23.2 de la Ley 18/2001, que, en caso de desequilibrio presupuestario, condiciona la autorización de las operaciones de crédito y emisiones de deuda (artículo 54 de la Ley 39/1988, reguladora de las haciendas locales) a que dicho desequilibrio desaparezca en tres ejercicios presupuestarios a través del plan económico-financiero que los entes locales están obligados a presentar en tal supuesto, vulnera la autonomía local ni su suficiencia financiera. En este caso porque, según el propio Tribunal Constitucional ha declarado en otras ocasiones, a propósito de las autorizaciones de apelación al crédito por las entidades locales, «es igualmente compatible con la autonomía municipal la fijación de unos límites de endeudamiento de los entes locales y el que las operaciones, cuando se superen esos límites, se sometan a autorización» (STC 57/1983, de 28 de junio). Pues, con el endeudamiento y la apelación al crédito por los entes locales se está incidiendo en «la ordenación del crédito y la economía en su conjunto, de modo que para evitar alteraciones del equilibrio económico financiero es necesario que el Estado articule los distintos componentes del sistema, mediante la fijación de límites de endeudamiento y otros condicionamientos a las entidades locales», *ex* artículos 149.1.11 y 13 CE.

Finalmente, la sentencia descarta igualmente que la disposición adicional única, apartado dos, de la citada Ley 18/2001, que modifica el artículo 146 de la Ley de Haciendas Locales para señalar los criterios a que deben someterse «los estados de gastos e ingresos» y las «bases de ejecución» de los presupuestos de los entes locales con la finalidad de atender al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, vulnere la autonomía local o su suficiencia financiera. Ahora porque esas precisiones «encuentran su razón de ser en la ordenación de los presupuestos locales que el Estado puede establecer *ex* artículo 149.1.14 y 18 CE» y traducen simples «especificaciones técnicas […] que no ponen en cuestión la intervención de los entes locales en los asuntos de su interés ni conllevan merma alguna de sus recursos».

B) Competencias municipales. Órgano municipal competente para la adopción de determinadas medidas cautelares previstas en la Ley balear 5/1997, de publicidad dinámica. Recurso de casación en interés de Ley autonómica. Fijación de doctrina legal

La Ley de las Islas Baleares 5/1997, de 8 de julio, regula la denominada publicidad dinámica y que, conforme la propia Ley se encarga de aclarar, es la que se realiza mediante el contacto directo de los agentes publicitarios con los posibles usuarios o clientes y con la utilización preferente, para su práctica, de zonas de dominio público, vías y espacios libres públicos y zonas privadas de concurrencia pública. Esta definición legal comprende manifestaciones tan habituales y conocidas como el reparto en mano o domiciliario de publicidad, mediante el uso de vehículos o a voces o, en fin, el envío de mensajes publicitarios por vía telemática.

Esta Ley autonómica somete el ejercicio de todas estas actividades al previo otorgamiento de licencia municipal y establece lo principal del régimen de su ejercicio. En lo que ahora exclusivamente nos importa, el artículo 16 contempla, bien que con una técnica bastante discutible, el catálogo de medidas cautelares que los Ayuntamientos pueden adoptar ante la comprobación de actividades ilícitas y que en su apartado primero cifra en: a) el decomiso del material publicitario; b) la inmovilización y/o retirada del vehículo; c) la

reclamación del importe de los gastos de reparación; y d) cualquier otra que sea necesaria e imprescindible para evitar la comisión de infracciones graves o muy graves. El apartado 2 del citado artículo 16 precisa, en todo caso, que la decisión de adoptar estas medidas «corresponderá a los agentes de la Policía local que detecten la infracción de que se trate», salvo la prevista en el apartado c), que antes se ha recordado que «corresponderá al Alcalde».

En aplicación de la citada Ley balear el Alcalde del Ayuntamiento de Calviá ordenó el cierre cautelar por tres días (sic) de un local de ocio. Contra esta decisión el interesado interpuso recurso contencioso-administrativo denunciando la incompetencia del Alcalde para adoptar el cierre, que razonaba era de competencia exclusiva de los agentes de la Policía local. Por Sentencia de 30 de septiembre de 2010 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Palma de Mallorca estimó recurso. Frente a esta decisión judicial, que consideraba errónea y gravemente dañosa para el interés general, el Ayuntamiento de Calviá interpuso, con arreglo al artículo 101 LJCA, recurso de casación en interés de Ley autonómica (recurso 63/2011), interesando la determinación de la doctrina legal correcta.

La **Sentencia de 27 de septiembre de 2011** de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de las Islas Baleares comienza notando el error de la doctrina de la sentencia recurrida. En particular declara que, teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional 1.ª de la Ley, que, en defecto de regulación municipal de desarrollo, atribuye al Alcalde el ejercicio de las funciones previstas en materia, entre otras, de medidas cautelares, «cuando la Ley establece que determinada medida cautelar corresponde adoptarla a la Policía Local, quiere decirse con ello que lo tiene permitido, pero ello no supone que se rompa la regla general de la competencia para el ejercicio de las funciones que, como es natural, ha de residir en un órgano municipal, para nuestro caso, tal como bien claro lo deja la Ley, en la Alcaldía».

En consecuencia, «una cosa es que la Ley permita que la medida cautelar concreta la adopte la Policía Local, seguramente por estar relacionada con situaciones en las que se precisa respuesta inmediata, y cosa distinta es que cupiera aceptar lo que la sentencia del Juzgado patrocina, es decir, que únicamente pudiera adoptar esa determinada medida cautelar la Policía Local, pero no quien les manda, esto es, el Alcalde, lo que resulta absurdo».

Y dicho esto, sin más explicaciones ni añadidos de interés, fija la doctrina legal que considera correcta en los siguientes términos: «el Alcalde tiene competencia para adoptar la medida cautelar prevista en el artículo 16.1.d) de la Ley de la Comunidad Autónoma 5/1997».

C) Concejo abierto. Notificación de convocatoria e inaplicabilidad del régimen de corporación en funciones

El **Tribunal Administrativo de Navarra** en su **Resolución de 28 de septiembre de 2011** (recurso 11-03095/2011), analiza algunos aspectos de interés relativos al régimen de concejo abierto. El artículo 38.3 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, permite el sistema de concejo abierto para los municipios de población comprendida entre 16 y 50 habitantes. Junto al Presidente, que deberá designar al miembro que habrá de sustituirlo en casos de ausencia o enfermedad, estará constituido por todos los residentes en el Concejo que se hallen inscritos con el carácter de vecinos en el correspondiente padrón municipal en el momento de celebrarse las elecciones.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 111 ROF, que tiene carácter supletorio, el funcionamiento de las asambleas vecinales se ajustará a los usos, costumbres y tradiciones locales y, en su defecto, a la LBRL y a las leyes autonómicas sobre régimen local. El artículo 111.2 ROF dispone que «las asambleas vecinales se reunirán donde lo tengan por costumbre, celebrarán sesión ordinaria como mínimo una vez al trimestre en día festivo, y serán convocadas a toque de campana, por pregón, por anuncio o por cualquier otro medio de uso tradicional en el lugar».

A la luz del recurso de alzada interpuesto por una vecina del Concejo, miembro por tanto de la Asamblea Vecinal, frente a los acuerdos adoptados por el Pleno concejil de 4 de junio de 2011, el Tribunal Administrativo de Navarra (TAN) realiza diversas consideraciones. En primer lugar, no resulta admisible discriminación alguna en las notificaciones de las convocatorias. Si una determinada convocatoria de sesión, además de anunciarse en el tablón concejil según costumbre, es también buzoneada, debe hacerse llegar a todos los domicilios del término concejil. En este asunto la recurrente acudió a la sesión concejil objeto del recurso, por lo que tuvo conocimiento previo de que iba a celebrarse la sesión y del orden del día, por lo que no ha habido obstáculos a la participación real y efectiva de la recurrente en la sesión. La jurisprudencia insiste en este punto en que los defectos formales de las convocatorias han de conllevar situaciones de efectiva indefensión o imposibilidad de alcanzar el fin del acto para poder alcanzar eficacia invalidante (así STSJ de Madrid de 27 de febrero de 2007, que se remite a las SSTS de 6 de mayo de 1993 y 3 de noviembre de 2003).

Por otro lado, el artículo 39.2 ROF, que transcribe a su vez el artículo 194.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, establece que «una vez finalizado su mandato, los miembros de las Corporaciones cesantes continuarán sus funciones solamente para la Administración ordinaria hasta la toma de posesión de sus sucesores, y en ningún caso podrán adoptar acuerdos para los que legalmente se requiere una mayoría cualificada». Sin embargo, esta previsión legal sólo se aplica cuando existe una «corporación cesante» y otra «electa», por lo que no es aplicable a la situación de las corporaciones denominadas «Concejos Abiertos» porque sus componentes, como tales, no se eligen. Quien sí resulta elegido en las elecciones es el Presidente o la Presidenta del Concejo, mientras que los miembros de dicho Concejo Abierto lo son por el mero hecho de estar inscritos en el padrón como vecinos residentes en Senosiáin. Por ello no tiene sentido considerarlos como si fueran cargos «en funciones» durante los períodos de elección del Presidente o Presidenta del concejo.

Pero, además, en este asunto la recurrente no votó en contra de los acuerdos adoptados, sino que se ausentó de la sesión cuando se comenzaba a deliberar sobre ellos. Pero como, es sabido, para poder impugnarlos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 63.1.b) LBRL, es necesario haber votado en contra durante el debate de cada asunto y es, precisamente, ese voto en contra el que determina y habilita la legitimación activa necesaria para comparecer en juicio impugnando los actos del órgano en el que se integra y que rompe la eventual excepción de acto propio que podría oponerse y, conforme ha establecido el Tribunal Supremo, es necesario que se haya expresado inequívocamente un voto contrario, no bastando la inasistencia a la sesión (STS de 22 de octubre de 1992), no cediendo siquiera dicha exigencia en los supuestos en que el punto debatido esté amparado por una acción pública (SSTS de 12 de enero de 1994, 24 de febrero de 1997, 5 de julio de 1999 y 23 de mayo de 2000), pues en dichos supuestos la actuación no se realiza como ciudadano

sino como miembro del órgano de gobierno. Por esta razón el TAN inadmite el recurso de alzada interpuesto por la recurrente frente al citado acuerdo.

D) Estatuto de los miembros de las Entidades Locales

a) Requisitos para el nombramiento provisional del Secretario en casos de vacante o no ocupación temporal por el titular

La **Sentencia del TSJ de Murcia de 29 de junio de 2011** (recurso 65/2011), desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia 442/10, de 10 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Murcia dictada en el recurso contencioso administrativo 887/08 contra el acuerdo del Ayuntamiento de Abarán por el que se realizaba el nombramiento provisional del Secretario de Ayuntamiento por encontrarse vacante la plaza mediante el nombramiento de un funcionario de la propia Corporación local con la cualificación suficiente.

La Sentencia recuerda la normativa aplicable en este supuestos, constituida por el capítulo VI del RD 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo de funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, en la que el nombramiento provisional, a diferencia del definitivo, se hace por el sistema de concurso o, excepcionalmente, por el de libre designación en los supuestos señalados por la norma. Como establece este RD, el nombramiento debe hacerse, en primer lugar, en favor de un funcionario que tenga habilitación de carácter nacional, a poder ser de la misma subescala y categoría a la que esté reservado el puesto, mediante nombramiento provisional, acumulación de funciones o comisión de servicios (artículos 30 a 32). En el caso de que no sea posible, el nombramiento podrá recaer en habilitados de distinta escala o categoría en posesión de la titulación exigida para el acceso a la plaza que se trata de proveer. Solo cuando no sea posible la utilización de alguna de estas formas de provisión el Reglamento da dos opciones sin concretar un orden de prelación entre ellas: nombrar para que ocupe la plaza a otro funcionario de la propia Corporación local que esté suficientemente capacitado (nombramiento accidental) o nombrar a otra persona (ajena al Ayuntamiento) que ostente la titulación exigida para el acceso a la subescala y categoría a la que pertenece (nombramiento interino), según señala el artículo 34.

Según concluye el TSJ es el Ayuntamiento el que tiene la potestad de elegir la forma de provisión, siendo evidente que de escoger la del nombramiento accidental, como ha hecho en el presente caso, tiene mayor libertad, ya que el artículo 33 que la regula se limita a decir que cuando no fuese posible la provisión del puesto por los procedimientos previstos en los artículos anteriores del presente Real Decreto, las corporaciones locales podrán nombrar con carácter accidental a uno de sus funcionarios suficientemente capacitado. La única condición impuesta en este caso, por tanto, es que el funcionario esté debidamente capacitado. La norma no exige que el funcionario tenga una especial titulación, ni acudir a ningún sistema de provisión concreto, lo que supone, como señala la sentencia apelada, que la persona nombrada accidentalmente por el Ayuntamiento cumpliera con las condiciones exigidas, puesto que era un funcionario de carrera del Ayuntamiento de Abarán y su capacidad estaba más que demostrada al haber ocupado el puesto durante amplios períodos de tiempo.

El TSJ corrobora la sentencia de instancia, además, por rechazar los demás defectos formales alegados por el recurrente como son el hecho de que el Ayuntamiento no pidiera informe a la Dirección General de Administración Local pese a tratarse de un informe preceptivo de acuerdo con el artículo 33 del citado Reglamento, entendiendo que dicha omisión no es más que una irregularidad no invalidante, en la medida de que pidió autorización y comunicó a la Comunidad Autónoma el nombramiento, sin que pusiera reparo alguno. Por tanto, el defecto no causó indefensión alguna al recurrente ya que el resultado, contando con dicho informe, hubiera sido el mismo, conclusión a la que, asimismo, llega la Sala teniendo en cuenta que el defecto formal no afecta directamente al recurrente ya que no alega tener preferencia por ser un habilitado de carácter nacional, sino por ser un funcionario con mayor capacitación que el nombrado por ser licenciado en derecho.

b) Derechos de los concejales no adscritos. La decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, vulnera el artículo 23 CE al afectar al núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal

Al igual que en las crónicas anteriores, en el período ahora consultado abundan también las resoluciones del Tribunal Constitucional que, siguiendo la doctrina iniciada en la STC 20/2011, de 14 de marzo, y de la que dimos cumplida noticia en el número 52 de esta Revista, enjuician la larga lista de recursos de amparo promovidos por dos concejales del Ayuntamiento de Majadahonda con idéntico objeto y todavía pendientes a la fecha. Como entonces se dejó anotado, todos los recursos combaten por separado, con denuncia de la lesión del derecho fundamental a participar en condiciones de igualdad en los asuntos públicos (artículo 23.2 CE), las sucesivas decisiones de los presidentes de las respectivas comisiones informativas municipales que, en cumplimiento de la Circular 1/2005 del Secretario General del Ayuntamiento, les convocaba en su condición de concejales no adscritos, después de su expulsión del Grupo Municipal Popular, a participar con voz pero sin voto en las sesiones de las oportunas comisiones informativas.

Todas las Sentencias dictadas en este período siguen fielmente el criterio marcado por la citada STC 20/2011, a la que, de hecho, se remiten expresamente, y son en concreto las siguientes: **SSTC 112 a 116/2011, de 4 de julio; 122/2011, de 12 de julio, y 129 a 131/2011, de 18 de julio**. En total ahora nueve Sentencias, a las que hay que sumar las casi dos docenas de providencias dictadas en este mismo período por las distintas Secciones del Tribunal que acuerdan no admitir los correspondientes recursos de amparo interpuestos por los mimos recurrentes y con idéntico objeto con posterioridad a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por falta de especial trascendencia constitucional de los recursos, de conformidad ahora con lo decidido por el Tribunal en el ATC 46/2011, de 28 de abril, y del que igualmente dimos cuenta en la crónica correspondiente al número 52 de la Revista.

c) Acceso a la información local y derecho a obtener copias

El Pleno del Ayuntamiento de Coca aprobó definitivamente con fecha 25 de septiembre de 2009 el Reglamento Orgánico municipal. Varios particulares interpusieron recurso contencioso-administrativo contra dicho acuerdo, al entender que varios preceptos eran contrarios al ordenamiento jurídico. En una importante **Sentencia de fecha 3 de junio de 2011 el**

TSJ de Castilla y León (recurso 229/2009) estima parcialmente este recurso. La Sala analiza los distintos motivos de impugnación, que pueden dividirse en dos grandes bloques: el relativo a la organización municipal que analizaremos en el apartado correspondiente y el que hace referencia al acceso a la información del que nos ocupamos ahora.

En desarrollo del artículo 23 CE y del artículo 77 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, los artículos 14 a 16 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, se refieren al derecho de los cargos electos locales de acceder a la información en los casos precisos para el desarrollo adecuado de su función representativa. Al respecto, la STC 220/1991, de acuerdo con la doctrina de sentencias anteriores, ha formulado las siguientes premisas:

> «a) El derecho fundamental reconocido en el artículo 23 CE es un derecho de configuración legal correspondiendo a la Ley ordenar los derechos y facultades que correspondan a los distintos cargos y funciones públicas pasando aquellos, en virtud de su creación legal, a quedar integrados en el status propio de cada cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares defender, al amparo del artículo 23.2 CE el ius in officium que consideren ilegítimamente constreñido.
> b) El citado derecho constitucional garantiza no sólo el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también a mantenerse en ellos sin perturbaciones ilegítimas y a que no se les impida desempeñarlos de conformidad con lo que la Ley disponga.
> c) La norma contenida en el artículo 23.1 resulta inseparable de la del artículo 23.2 cuando concierne a parlamentarios (o miembros electivos de Entidades Locales) en defensa del ejercicio de sus funciones, ya que ello comporta también el derecho mismo de los ciudadanos a participar, a través de la institución de la representación, en los asuntos públicos».

A la vista de lo anterior, el artículo 14.1 del citado ROF, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 77 LBRL, dispone que «todos los miembros de las Corporaciones Locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función».

Una cosa es, sin embargo, el acceso a la información y otra la expedición de fotocopias, lo que implica un contenido más extenso y complejo que el mero «acceso» a la fuente informativa en la dependencia correspondiente y comporta distinto régimen jurídico. Así, la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Castilla y León (Sentencias de 19 de julio de 1989, 5 de mayo de 1995 y 21 de abril de 1997) ha venido entendiendo que el derecho de información derivado del artículo 23.2 CE no incluye, como contenido propio del derecho fundamental, el derecho a la obtención de fotocopias y lo mismo ha de entenderse para las copias legitimadas. Este criterio es también el del Tribunal Supremo (SSTS de 14 de marzo de 2000, y de 18 de marzo, 27 de septiembre y 11 de octubre de 2002).

Igualmente, el plazo para que el Alcalde adopte resolución denegatoria motivada de la solicitud de información es de cinco días naturales y no hábiles como establece el Reglamento impugnado. Ciertamente el artículo 48.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, considera hábiles los plazos a efecto de su cómputo, pero salvo que por Ley o normativa autonómica se establezca otra cosa y, en el presente caso, existe una normativa específica recogida en

el artículo 77 LBRL que dispone que la solicitud del ejercicio del derecho a la información municipal ha de ser «resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquél en que se hubiese presentado». El hecho de que el artículo 14 del ROF hable de 5 días, sin precisar si naturales o hábiles, no ha de servir de obstáculo a lo que acabamos de expresar.

Por otra parte, el Reglamento Orgánico objeto de recurso contiene unas limitaciones excesivas al derecho de acceso a la información municipal por los concejales de la corporación (materias clasificadas en los términos de la Ley sobre secretos oficiales, datos personales, materias amparadas por secreto estadístico, materias sobre seguridad ciudadana, antecedentes sobre cuestiones penales que se encuentren bajo secreto sumarial, etc.), pues debe tomarse en consideración que lo que debe regularse es el acceso a la información por parte de concejales para el desarrollo de su función y no por parte de ciudadanos, para los que los límites son más amplios. «No debe ofrecer ninguna duda que el derecho de acceso a la información por parte de los concejales no puede tener limitación cuando ese conocimiento resulte preciso para el desarrollo de su función». El artículo 10.2 del Reglamento Orgánico municipal contraviene la previsión constitucional del artículo 23 de la CE y de los artículos 77 LBRL y 14 ROF. Los límites previstos por el artículo 10.2 del Reglamento Orgánico afectan al «derecho a la participación en la actividad política y municipal de los concejales en los asuntos en cuya resolución tienen que intervenir así como también limita[n] su labor política de oposición o de control político respecto de las actuaciones llevadas a efecto por los demás órganos de la estructura municipal, ya que se les est[á] limitando el conocimiento de tales cuestiones y por ello la posibilidad de desarrollar su función respecto de la misma». Ahora bien, lo anterior no impide que una vez el concejal o miembro de la Corporación Local haya accedido a dicha información (aún reservada) para cumplir los deberes inherentes a su función o cargo, deba guardar el secreto, sigilo o diligencia que respecto de determinados contenidos, actuaciones e información exijan determinadas leyes sectoriales e, incluso, el propio artículo 18 de la CE, de tal modo que de no hacerlo podrá incurrir en los supuestos de responsabilidad contempladas en las mismas o en la responsabilidad civil o penal a que se refiere el artículo 78.1 de la LBRL. Además, «de mantenerse el criterio acogido por el artículo 10.2 impugnado, estaríamos limitando la información a concejales sobre materias y asuntos que tienen obligación de resolver y de resolver conforme a derecho, lo que a su vez exige conocer todo lo necesario y que obre en dependencias municipales, aunque parte de ese contenido deba ser secreto para el público. El hecho de que por esta vía llegue[n] a conocimiento de los concejales documentos o datos que puedan afectar a la intimidad de las personas o a su imagen, que pueda afectar a su seguridad, o relativas a materias clasificadas o relativas a materias amparadas por secreto [estadístico], lo que supone e implica para el concejal es que tan solo podrá utilizar tales noticias o información para el desarrollo de su función pero no para otras finalidades, como así lo viene reconociendo con reiteración la Jurisprudencia del TS».

d) Deber de abstención: cumplir con las obligaciones como miembro de la corporación no implica ningún interés personal

La **STSJ del País Vasco de 4 de mayo de 2011** (recurso 1669/2009), estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 7 de septiembre por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Bilbao. La sentencia de instancia estimaba el

recurso interpuesto por una sociedad contra el Acuerdo de 27 de julio de 2007, del Ayuntamiento de Santurtzi, que estimó el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de 25 de enero de 2007, que permitía un cambio de uso de un Sector urbanístico (para pasar de Viviendas de Protección Oficial a viviendas libres). Curiosamente, el recurso de reposición había sido interpuesto por el entonces portavoz del grupo municipal de la oposición que tras las elecciones municipales se había convertido en Alcalde del municipio y cuyo voto fue determinante para la resolución del recurso de reposición. Por ello, el Juzgado de lo contencioso-administrativo consideró que concurre la causa prevista en el artículo 76 LBRL en relación con lo dispuesto en el artículo 28.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el cual considera motivo de abstención el tener un interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél.

Para la Sala «el concepto "interés personal" es, efectivamente, un concepto indeterminado. Pero en todo caso reconduce a la existencia de algún vínculo con el asunto de que se trate que pueda incidir en la decisión, por razones ajenas al cargo que se ostenta. En el caso concreto en el que se trata de una modificación de uso en un ámbito urbanístico, para que concurra la causa de abstención que se invoca es preciso que se alegue y acredite cuál era el "interés personal" del Sr. Maximiliano con la modificación del uso, p. e. por tener propiedades dentro del ámbito, o participar en empresas o sociedades que las tengan, etc. (…) En relación con esta cuestión, el artículo 116 de la Ley 30/92, precisamente, contempla el recurso potestativo de reposición como un remedio que se interpone ante el "mismo órgano" que hubiere dictado el acto administrativo, puesto que se trata de posibilitar la "reconsideración" de la decisión. El mismo órgano que dicta la primera resolución, es el llamado a dictar la resolución del recurso de reposición. Y el mismo interés que representaba el Sr. Maximiliano cuando era Concejal, era el que representaba cuando era Alcalde, puesto que no se invoca ni se detecta ningún otro interés que el derivado de su cargo electo. No puede, por ello, compartirse que concurriera la causa de abstención que se propugna, puesto que no se invoca ningún "interés personal", distinto del que resulta de cumplir con sus obligaciones como miembro de la Corporación, tanto en el primer Acuerdo como en el segundo, estimatorio del recurso de reposición. Ciertamente resulta cuestionable que quien interponga el recurso de reposición, sea quien interviene en su resolución. Pero esta cuestión lleva a la reflexión sobre si es viable o no la interposición de recurso de reposición por el Concejal disidente, puesto que el artículo 209 del ROF, sólo lo contempla en relación con los interesados (artículo 209.1), pero no en relación con los miembros de las Corporaciones Locales. No obstante esta cuestión no se ha planteado ni debatido, y el hecho es que interpuesto el recurso con anterioridad a las elecciones municipales, no se inadmitió "de plano". Es preciso recordar, por otra parte, que contra las disposiciones de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa (artículo 107.3 de la Ley 30/1992), y que tanto esta Sala, como el TS [SSTS de 8 y 24 de marzo de 2011], afirman que los planes de urbanismo son disposiciones de carácter general, y agotan la vía administrativa, por lo que no cabe contra los mismos recurso administrativo alguno. (…) En todo caso, y ciñéndonos al recurso de apelación interpuesto, debemos indicar que no se ha cuestionado en ningún momento por la empresa recurrente que no fuera viable la interposición del recurso de reposición por el Concejal Sr. Maximiliano; y no discutido lo anterior, no se comparte la tesis sostenida en la sentencia de que concurría una causa de abstención, en concreto la prevista en el artículo 28.2.a) de la Ley 30/1992».

E) Mancomunidades de municipios. Derecho de participación en los asuntos públicos: puesta a disposición de la documentación relacionada con el orden del día y examen previo en la comisión informativa correspondiente

El Ayuntamiento de Moraleja formula recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Cáceres, de 25 de marzo de 2010, que desestima el recurso contencioso-administrativo presentado contra los Acuerdos adoptados en la sesión extraordinaria celebrada el 9 de octubre de 2009 por el Consejo de la Mancomunidad de Municipios de Sierra de Gata. Esta convocatoria extraordinaria no tenía el carácter de urgente y al citado Ayuntamiento no se le dio acceso al informe que daba pie a la cuestión tratada por la Mancomunidad en dicha reunión, que no era sino la relativa a la elevada deuda del municipio de Moraleja con la Mancomunidad y su separación de ésta.

La **STSJ de Extremadura de 27 de mayo de 2011** (recurso 239/2010), con una buena redacción e impecable argumentación, anula la sentencia apelada y da cumplida respuesta a cada uno de los motivos de impugnación. En primer lugar, el Ayuntamiento alega la falta de motivación en la convocatoria de la sesión extraordinaria que no tenía el carácter de urgente. El artículo 46.2.b) LBRL obliga a convocar las sesiones plenarias, al menos, con dos días hábiles de antelación, salvo las extraordinarias con carácter de urgencia, cuya convocatoria deberá ser ratificada por el Pleno. Desde el mismo día de la convocatoria, ha de estar a disposición de los miembros de las entidades locales la documentación íntegra de los asuntos incluidos en el orden del día. También el artículo 48 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, obliga a guardar dos días de antelación para la celebración de las sesiones convocadas extraordinariamente, salvo las urgentes. Ambos preceptos reservan la exigencia de motivación sólo a estas últimas. Cierto es que el artículo 80.1 del ROF señala que la convocatoria de las sesiones extraordinarias ha de ser motivada, pero dicho precepto debe ser interpretado en relación con los dos preceptos legales antes mencionados, de tal forma que «la motivación sólo es exigible para la convocatoria de una sesión extraordinaria urgente donde lo primero que haría el Pleno es ratificar el carácter de urgente de la convocatoria (…) pero no cuando las sesiones extraordinarias no tengan ese carácter pues los miembros de la Corporación Local tendrán en estos casos tiempo suficiente para examinar la documentación y acudir a la celebración de la sesión». En este caso ha quedado demostrado, además, que la Mancomunidad procedió en plazo a citar a todos los Ayuntamientos mediante fax, medio válido para proceder a la notificación de la convocatoria, y que éste fue correctamente recibido por el Ayuntamiento apelante.

Entrando en la cuestión central abordada por la sentencia, el artículo 46.2.b) LBRL recuerda que «la documentación íntegra de los asuntos incluidos en el orden del día, que deba servir de base al debate y, en su caso, votación, deberá figurar a disposición de los concejales o diputados desde el mismo día de la convocatoria, en la Secretaría de la Corporación». A ello añade el artículo 84 del ROF que «cualquier miembro de la Corporación podrá, en consecuencia, examinarla e incluso obtener copias de documentos concretos que la integre, pero los originales no podrán salir del lugar en que se encuentren puestos de manifiesto». Ello forma parte del derecho protegido por el artículo 23 de la Constitución, de acuerdo a la doctrina sentada por la STC 220/1991, a la que hemos hecho ya referencia al examinar el derecho de acceso a la información en el ámbito de la Administración local. Sin embargo, en el asunto que nos ocupa, queda acreditado que el Ayuntamiento de Mo-

raleja no pudo tener acceso al Informe de la Gerencia de la Mancomunidad elaborado con fecha 8 de octubre de 2009 —dos días después al de la convocatoria de la sesión extraordinaria— que fija, en lo que se refiere al servicio de recogida de residuos, una deuda pendiente del citado Ayuntamiento de 146.819,37 Euros, más 1.454.050,59 Euros en concepto de indemnización por los daños que genera el coste del servicio. Ninguna referencia a este informe se contenía en el orden del día fijado en el acuerdo de convocatoria, donde existen unas referencias genéricas a la separación del citado Ayuntamiento de la Mancomunidad y al inicio de acciones judiciales por los daños ocasionados a la empresa adjudicataria. Dicho informe es decisivo tanto para fijar la deuda pendiente como para determinar los daños y perjuicios que la separación del Ayuntamiento de la Moraleja va a producir. El Tribunal entiende que, en atención a su importancia, dicho informe debió ser emitido antes de la convocatoria, haberse hecho mención al mismo en el orden del día y estar a disposición de los miembros convocados. Desde luego constituía un informe esencial para el Ayuntamiento, que aunque tenía conocimiento de la deuda reclamada, no había sido informado de los efectos de su separación de la Mancomunidad. A continuación la Sala manifiesta que «la participación de los miembros de las Entidades Locales en las sesiones plenarias constituye una de las manifestaciones más importantes de la función representativa que tienen encomendada por la Ley, de ahí que las normas jurídicas reguladoras de la materia sean especialmente rigurosas en su ordenación. El artículo 46.2.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece una norma esencial para el funcionamiento del Pleno de las Corporaciones a que se refiere, que conecta con el artículo 23.1 de la Norma Fundamental, al prever que la documentación íntegra de los asuntos incluidos en el orden del día que deba servir de base al debate y, en su caso, votación deberá figurar a disposición de los Concejales o Diputados desde el mismo día de la convocatoria en la Secretaría de la Corporación. La finalidad de dicha norma es asegurar la formación libre de la voluntad en un órgano colegiado, democrático y representativo. Se trata de requisitos de riguroso cumplimiento dada la finalidad de tutela de un derecho fundamental que se persigue a través de los mismos. En consecuencia, la inobservancia del plazo reglamentario de puesta a disposición a los interesados de la documentación exigida para la deliberación de los asuntos plenarios, como ocurre en el presente caso, donde el informe de la Gerencia no estaba a disposición de los miembros de la Mancomunidad desde la fecha de la convocatoria, vulnera el derecho de participación de la parte apelante pues le impide disponer del plazo que el ordenamiento jurídico ha estimado como mínimo para la adecuada formación de su voluntad, lo que determina la nulidad de los Acuerdos que se impugnan».

Pero, además, en este caso falta el informe preceptivo de la comisión informativa correspondiente (la Comisión Especial de Cuentas, Hacienda y Presupuesto), pues la separación de Moraleja tenía consecuencias económicas para dicho Municipio y para el resto de los miembros de la Mancomunidad. Es cierto, dice la Sala, que el Pleno debatió sobre la cuestión y era el órgano competente para resolver, pero ello no impide reconocer que las decisiones del Pleno deben contar con los informes de las Comisiones Informativas que resultan preceptivos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82 ROF, salvo en el caso en que el Alcalde o Presidente, por razones de urgencia debidamente motivadas incluya a iniciativa propia o a propuesta de alguno de los portavoces, asuntos que no hayan sido previamente informados por la Comisión correspondiente, pero en este supuesto no podrá adoptarse acuerdo alguno sobre estos asuntos sin que el Pleno ratifique su inclusión en el

orden del día. Esta regla se recoge también en el artículo 14 de los Estatutos de la Mancomunidad y por ello la competencia del Presidente de la Mancomunidad de fijar el orden del día no alcanza a incluir asuntos que no hayan sido previamente informados por la Comisión correspondiente. El informe previo de las comisiones informativas, dice la Sala, es «necesario para que durante el debate en el Pleno se tenga un conocimiento cabal y completo del contenido total de los expedientes, que se les debe garantizar a los miembros del Pleno, en orden a preservar sus cometidos y funciones… El cumplimiento de las normas sobre celebración de sesiones del Pleno no es únicamente un problema de transparencia informativa, sino de la propia racionalidad del funcionamiento del sistema democrático y el Estado de Derecho. El derecho de acceso a la información y la emisión de informes con carácter previo por las Comisiones, conforme a lo legalmente establecido, tiene, por tanto, un claro engarce constitucional. En este caso, el representante del Ayuntamiento de Moraleja no pudo cumplir con los derechos que le correspondían en desarrollo del artículo 23 de la Constitución Española al no disponer con la suficiente antelación del informe de la Gerencia de 8-[10]-2009 y no haber sido informado de los asuntos incluidos en el orden del día por la Comisión Informativa correspondiente, impidiendo que el Ayuntamiento de Moraleja participase y pudiera discutir con pleno conocimiento las circunstancias y efectos que su separación conllevaba».

F) Organización municipal. Reglamento orgánico: alcance de la potestad de autoorganización

Como hemos dicho anteriormente al tratar el derecho de acceso a la información local, son varias las causas que llevan a declarar la nulidad parcial del Reglamento Orgánico del Ayuntamiento de Coca por cuestiones de naturaleza organizativa. La **STSJ de Castilla y León de 3 de junio de 2011** (recurso 229/2009), analiza varias cuestiones de interés que pasamos a comentar brevemente a continuación.

En primer lugar, realiza una introducción previa sobre la potestad reglamentaria y de organización de los entes locales. Con carácter previo deben reconocerse tanto la autonomía de los municipios como las facultades de gobierno y administración que corresponden a los Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y Concejales, tal y como lo establece el artículo 140 CE. Junto a ellas también deben garantizarse a los entes locales las potestades reglamentaria y de autoorganización —artículo 4.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL)—, que se ejercerán por el Pleno del Ayuntamiento como resulta del artículo 22.2.d) de la citada Ley. Por ello, considera el Tribunal que lo que procede es analizar si el Reglamento Orgánico aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Coca-Ciudad de Cauca (Segovia) es o no conforme a Derecho. Se trata, en definitiva, de enjuiciar si el citado Pleno al aprobar dicho Reglamento, es decir, al ejercer y desarrollar dicha potestad reglamentaria y de autoorganización, se ha ajustado a lo establecido al respecto y sobre dichas materias en la normativa sectorial aplicable que no es otra que la citada Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local; el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), así como también la

legislación de las Comunidades Autónomas sobre régimen local que podrá establecer una organización municipal complementaria, como expresamente lo reconoce el artículo 20.2 de la Ley 7/1985. En definitiva «el citado Pleno y mencionado Ayuntamiento tiene autonomía local y potestad reglamentaria y de autoorganización pero tampoco ofrece ninguna duda que tales potestades deben desenvolverse en el marco legal (como legislación básica del Estado) y reglamentario previsto en la normativa estatal citada y también dentro del marco legislativo que en este ámbito se reconoce a las Comunidades Autónomas, todo ello interpretado a la luz de los principios constitucionales relacionados con dicha materia, tal y como así nos lo recuerda la STC 214/1989, de 21 de diciembre, que en este ámbito de organización deja a salvo y protege las competencias constitucionales que se reconocen a las Comunidades Autónomas, y que en el caso de Castilla y León viene constituida, además de por el Estatuto de Autonomía, por la Ley 1/1998 de Régimen Local de Castilla y León, sentencia del T.C. que también reconoce esa autonomía local y que igualmente nos recuerda el artículo 20.3 de la citada Ley 7/1985».

Este mismo criterio también ha sido recordado de forma reiterada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 29 de marzo de 2001 (recurso 3788/2009) y de 31 de octubre de 2007 (recurso 7609/2002).

Comenzando por la primera de las cuestiones, la parte actora considera que el Reglamento infringe lo dispuesto en el artículo 20 LBRL al contemplar la Comisión Especial de Cuentas como un órgano complementario, cuando debiera considerarse como un órgano básico al ser su existencia obligatoria en todos los municipios. Sin embargo, la Sala considera que no todos los órganos contemplados en el artículo 20.1 LBRL son órganos básicos, sino que dentro de dicha relación algunos de dichos órganos son complementarios, aunque su existencia sea preceptiva, pudiendo ser uno de ellos la Comisión Especial de Cuentas. Considera por ello que el artículo 3 del Reglamento Orgánico no infringe los preceptos señalados por la parte actora, no concurriendo por ello la causa de nulidad denunciada, pues entiende que lo relevante no es el atributo o adjetivo que se dé al órgano dentro de la estructura municipal, sino que se respete su existencia, su constitución, su funcionamiento y sus competencias.

Alegan también los recurrentes que es nula la previsión reglamentaria que establece que, en caso de abstención del Alcalde, la resolución ha de ser dictada por el Concejal-Delegado correspondiente según la materia. Sobre esto, el TSJ declara no desconocer ni negar la facultad de delegar sus atribuciones que el artículo 23.4 LBRL y los artículos 43 y siguientes del ROF reconocen al Alcalde-Presidente, comprendiéndose en dichos preceptos la posibilidad, en términos generales, de delegar el otorgamiento o denegación de licencias según el artículo 21.3 LBRL. Sin embargo, la Sala recuerda que deben tenerse en consideración dos cuestiones relevantes. La primera aparece en el artículo 13.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en virtud del cual las «resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante». En segundo lugar el precepto reglamentario impugnado está contemplando un supuesto muy especial como es el relativo al órgano competente para resolver licencias y autorizaciones pedidas por el Alcalde y que él no va a poder resolver porque tiene el deber legal de abstenerse según el artículo 28.2.a) de la Ley 30/1992. Por tanto, como considera la Sala en un farragoso párrafo, «de mantener, como pretende el Ayuntamiento demandado, el precepto impugnado se produciría un resultado jurídicamen-

te contradictorio y que no puede ser aceptado, toda vez que el Alcalde no podría resolver dicha licencia porque tiene el deber de abstenerse, pero sin embargo sí resolvería un concejal-delegado que al actuar por delegación del alcalde se considera por vía del artículo 13.4 de la Ley 30/1992 que dicha resolución ha sido dictada por el propio alcalde, lo que no puede admitirse en términos jurídicos por cuanto que tenía el deber de abstenerse y sin embargo al utilizar la vía de la delegación jurídicamente no se habría abstenido, lo que conllevaría que la resolución que decide esa autorización o licencia solicitada por el alcalde podría ser impugnada con claras garantías de éxito si es resuelta por un concejal-delegado porque no hubiera habido una verdadera y legal abstención ya que por vía de delegación se consideraría jurídicamente dictada dicha resolución por el alcalde en su condición de órgano delegante». Por ello, el Reglamento vulnera en este punto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 23.4 LBRL y 43 y siguientes del ROF, por cuanto que nunca el Alcalde podría delegar en un concejal la resolución de una autorización y licencia por él solicitada, respecto de la cual lógicamente tendría que abstenerse. Además de concurrir ese deber de abstención tampoco el alcalde ostentaría en ese concreto caso la facultad de resolver y no ostentándola tampoco podría delegar algo para lo que no es competente por el juego de las reglas de abstención.

Un tercer problema es el de la fijación de la celebración de las sesiones ordinarias del pleno. Según lo dispuesto en el artículo 46.2.a) LBRL corresponde al Pleno de la Corporación fijar la periodicidad de las sesiones ordinarias del Pleno, periodicidad que en el asunto controvertido se fijó ya en el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Coca de fecha 15 de abril de 2008, concretándose en que las sesiones ordinarias del Pleno del Ayuntamiento se celebrarán cada tres meses, periodicidad que respeta la previsión contemplada en el citado artículo 46.2.a). Por otro lado el artículo 47.1 ROF dispone que: «Las Corporaciones Locales podrán establecer ellas mismas su régimen de sesiones. Los días de las reuniones ordinarias serán fijados previamente por acuerdo de la Corporación». De los mencionados preceptos resulta no solo que corresponde fijar al Pleno del Ayuntamiento la periodicidad de las sesiones ordinarias, como lo ha hecho el Pleno del Ayuntamiento de Coca, sino que también, de acuerdo con el citado artículo 47.1, es obligación del Pleno fijar previamente los días en que dentro de la citada periodicidad deben celebrarse las sesiones ordinarias del Pleno, sin que nada se diga sobre a quién corresponde fijar el horario de celebración de las sesiones ordinarias. Por tanto, puede afirmarse que el precepto impugnado del Reglamento Orgánico «no es ajustado a Derecho cuando señala que el Pleno podrá determinar el día en que se ha de celebrar la sesión ordinaria del Pleno y también cuando se faculta para que se fije dicho día al Alcalde si no la concretase el Pleno o no fuera posible celebrar dicho Pleno en la fecha determinada; y no es ajustado a derecho simple y llanamente por cuanto que corresponde de forma imperativa y obligatoria (no meramente facultativa) al Pleno fijar al menos los días en que se ha de celebrar la sesión ordinaria del Pleno, sin que pueda diferirse esta competencia al Alcalde. Por otro lado, nada dice la Ley acerca de a quién corresponde fijar la hora de celebración de la sesión ordinaria del pleno, pero tampoco es difícil comprender que como quiera que tales señalamientos en realidad están afectando a un órgano tan básico y principal en la estructura municipal como es el Pleno, es lógico y natural inferir que también debe corresponder al Pleno fijar mencionada hora de celebración».

Por otra parte el Reglamento Orgánico contiene reglas sobre la limitación en el número máximo de mociones presentadas por los grupos políticos municipales en cada pleno y sobre la forma de su presentación. Cierto es que, examinada la normativa de régimen local, se comprueba que no existe precepto legal (y tampoco constitucional) que impida imponer una limitación en el número de mociones para cada pleno, como también parece lógico y normal que los Plenos de las Corporaciones Locales, en el uso de sus facultades de autoorganización y para garantizar el normal funcionamiento de los plenos, puedan imponerse una limitación en el número máximo de mociones. Sin embargo, lo que se trata de valorar en el presente caso es si, habiéndose fijado un sesión ordinaria del Pleno para cada tres meses, el fijar, sin ningún tipo de excepción y de forma taxativa, en el número de 3 el máximo de mociones por cada grupo municipal en cada pleno infringe el artículo 23 CE y, más concretamente, el derecho de los concejales a la participación política en la vida municipal del Ayuntamiento por el que han sido elegidos. Y la Sala considera que «debiendo primar en este caso y en aplicación del artículo 23 CE el derecho a la participación política en la actividad municipal de los alcaldes democráticamente elegidos… esa previsión taxativa y sin ningún tipo de excepción de no poder presentar más de tres mociones como máximo por cada grupo en cada Pleno, contraviene y lesiona el citado artículo 23, sobre todo cuando la periodicidad de las sesiones ordinarias lo es cada tres meses, ajustándose al mínimo previsto legalmente en el artículo 46.2.a) LBRL, motivo por el cual la Sala en este caso considera que el citado artículo 55.5 es nulo en cuanto limita a tres mociones como máximo por cada grupo en cada pleno y cuando limita (porque así lo acepta la parte demandada) a que cada moción [no supere el folio y medio]».

También es nulo el inciso del artículo 56 del Reglamento cuando solo contempla la posibilidad de que el ruego y la pregunta se formulen por escrito, toda vez que los párrafos 6 y 7 del artículo 97 ROF admiten expresamente la posibilidad de que tales ruegos y preguntas puedan ser formulados oralmente, sobre todo en el seno de la sesión del Pleno. Por el contrario, la limitación del tiempo de intervención en los plenos por el artículo 58 del Reglamento Orgánico a dos turnos de cinco minutos y con carácter ordinario no contraviene el citado artículo 23 CE, máxime cuando se prevén dos turnos y cuando dicha regla se concibe como ordinaria, permitiendo para supuestos excepcionales mayores turnos de intervención. Ahora bien, la Sala del TSJ considera que la introducción en dicho precepto de la regla de la proporcionalidad frente a la regla de la igualdad como criterio para determinar la duración de los turnos de intervención contraviene lo dispuesto en el artículo 94.1.c) ROF en el que expresamente se dispone que el Alcalde velará por que todas las intervenciones tengan una duración igual.

Igualmente, en las actas del Pleno debe preceptivamente recogerse la identidad de los concejales asistentes, por lo que el artículo 65.2.b) del Reglamento debe considerarse nulo, con independencia de que haya existido un error de trascripción en su redacción, en cuanto no contempla como obligatorio la consignación en el acta del nombre y apellidos de los miembros de la corporación presentes, lo que va en contra del artículo 50 del Real Decreto Legislativo 781/1986 y del 109.1.d) ROF.

En fin, la interpretación del Reglamento Orgánico debe hacerse por el Pleno y no por el Alcalde o por la Junta de Gobierno Local, como señala la disposición adicional 1.ª del Reglamento objeto de controversia. Desde el momento en que, según los artículos 49 LBRL

y 55 del Real Decreto Legislativo 781/1986, la aprobación del Reglamento Orgánico es competencia exclusiva y excluyente del Pleno del Ayuntamiento, «no puede ofrecer ninguna duda que cuantas dudas pueda plantearse en su interpretación y aplicación corresponde resolverlas al Pleno, y ello sin perjuicio claro de las facultades de dirección, orden y control del debate del Pleno que [la] mencionada normativa y el ROF atribuye[n] al Alcalde en su condición de persona que preside dicho Pleno».

3. ORGANISMOS PÚBLICOS

A) Revisión de oficio de sus actos. Autoridad Portuaria. Máximo órgano rector. La competencia para la declaración de lesividad de acto dictado por su Presidente no corresponde al Ministerio de Fomento sino a los órganos de la propia Autoridad Portuaria

La Administración del Estado declaró lesivo para el interés público e impugnó con arreglo a lo dispuesto en el artículo 103 LRJPAC el acto de asunción de competencias por parte del Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas para la celebración de determinado contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual de tres proyectos de parques eólicos con dos sociedades mercantiles.

Mediante Sentencia de 24 de octubre de 2008 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, rechazó el recurso por considerar que «la declaración de lesividad, que es presupuesto del actual proceso […], ha sido formulada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, órgano, sin embargo, incompetente para ello […] y, por tanto, con vulneración del artículo 103 de la Ley 30/1992, lo que implica su anulación». Para probar esta conclusión la sentencia refiere el criterio de la STS de 30 de mayo de 2006 cuando declaró, a propósito de un caso similar, «que si la Autoridad Portuaria es una Administración pública con personalidad jurídica propia distinta de la Administración general del Estado, el acto cuya nulidad se pretende es un acto administrativo autónomo directamente imputable a dicha Autoridad Portuaria, por cuya razón la declaración de lesividad correspondía a los órganos propios de la Autoridad Portuaria».

El Abogado del Estado impugna en casación la citada sentencia por considerar que su conclusión infringe lo dispuesto en el apartado 1.c) de la disposición adicional 16.ª de la LOFAGE, que expresamente establece que, en el caso de los Organismos públicos adscritos a la Administración General del Estado, son competentes para la revisión de oficio de los actos administrativos nulos o anulables «los órganos a los que estén adscritos los Organismos, respecto de los actos dictados por el máximo órgano rector de éstos». Y el Presidente de la Autoridad Portuaria sin duda lo es, a juicio del Abogado del Estado, según se desprende del artículo 39 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y la Marina Mercante, y ha advertido, también, por su parte el Consejo de Estado en su dictamen 350/2005, de 7 de abril.

Por último, el Abogado del Estado subraya que la citada STS de 30 de mayo de 2006, que invoca la sentencia de instancia, no resulta en rigor aplicable al caso considerado puesto que tiene por objeto una declaración de lesividad acordada en mayo de 1994 y, por tanto, bastante tiempo antes de la entrada en vigor de la LOFAGE.

La **STS de 27 de junio de 2011** (recurso núm. 6261/2008), rechaza, sin embargo, este motivo de casación y, en consecuencia, desestima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado.

La sentencia recuerda en primer lugar que el apartado 1.c) de la citada disposición adicional 16.ª LOFAGE establece en su segundo párrafo que la declaración de lesividad en los casos como el considerado corresponde a «los máximos órganos rectores de los Organismos, respecto de los actos dictados por los órganos de ellos dependientes». Para seguidamente, y de modo congruente, fijar la controversia en dilucidar si el Presidente de la Autoridad Portuaria es o no efectivamente su «máximo órgano rector». Pues en caso afirmativo, y de conformidad con las reglas de la LOFAGE que ya conocemos, no hay duda entonces que la competencia para acordar la declaración de lesividad correspondería en efecto, según lo defendido por el Abogado del Estado, al Ministerio de Fomento. Naturalmente, en caso contrario, y según esas mismas reglas, serían los propios órganos de la Autoridad Portuaria los competentes para acordar esa declaración.

Con arreglo a este planteamiento la sentencia se pronuncia a favor de la segunda interpretación y, en consecuencia, concluye que el Presidente no es el máximo órgano rector de la Autoridad Portuaria. En el criterio de la sentencia que se comenta, en efecto, «la lectura del artículo 39 de la Ley 27/1994, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, pone de manifiesto que entre los órganos de gobierno de la Autoridad Portuaria, referidos en el apartado a) del artículo sitúa en primer lugar al "Consejo de Administración" y después de él al "Presidente", lo que lleva a entender que según ese enunciado la posición de "máximo órgano rector" la ocupa el Consejo de Administración y no el Presidente. No cabe entender que ambos órganos (Consejo de Administración y Presidente) tengan la condición de máximos órganos de gobierno como pretende el Abogado del Estado, pues esa duplicidad no se aviene con el uso del singular en la norma: "el máximo órgano rector". Que ambos órganos sean de gobierno, no basta para atribuir a ambos la condición de máximo órgano de gobierno».

Para remachar a continuación que «se confirma esa condición de "máximo órgano rector" [del Consejo de Administración, que no del Presidente] si se atiende a la descripción de funciones de uno y otro órgano de gobierno contenida en el artículo 40.3 de la propia Ley [27/1994] respecto del primero, y en el artículo 41.2, respecto del segundo, en las que resulta indudable la referida superioridad de aquél respecto a éste».

4. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

A) Profesiones tituladas. Alcance jurisprudencial del principio de reserva de Ley del artículo 36 de la CE relativa a esta materia

La **STS de 11 de julio de 2011** (recurso 6294/2009), desestima el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia de la AN de 1 de octubre de 2009 que consideró el recurso contra la Orden ECI/3855/2007, de 27 de diciembre, del MEC, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habilitan para el ejercicio de la profesión de Arquitecto Técnico, y que el recurrente fundó su pretensión anulatoria en que ninguna norma de las que regulan la profesión recoge como facultad propia la de «redactar proyectos técnicos de obras y construcciones que no requieran Proyecto

arquitectónico, así como proyectos de demolición», como, sin embargo, recoge el Anexo de la Orden cuando regula los módulos que deben incluir los planes de estudio.

El recurrente en primera instancia entendía que «existe una reserva de ley derivada del artículo 36 de la CE en toda la regulación referida a la verificación de títulos académicos oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Arquitecto Técnico; por otro, considera que no existe previsión legal que establezca la capacitación de los arquitectos técnicos para elaborar proyectos técnicos de obras y construcciones, que no requieran proyecto arquitectónico, así como proyectos de demolición, por lo que no sería posible exigir a los estudiantes una capacitación académica en tal sentido».

Sin embargo, la AN estima en su sentencia que ambos presupuestos son erróneos. En primer lugar, no es posible afirmar, tal y como sustenta la parte recurrente, que exista un principio de reserva material de ley en esta materia pues el artículo 36 de la CE contiene una reserva de ley en punto al establecimiento del régimen jurídico de Colegios profesionales y al ejercicio de las profesiones tituladas. Compete, pues, al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo existe una profesión y cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada, esto es, profesión para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia (STC 42/1986). Este principio de reserva legal comprende la regulación del contenido esencial del ejercicio profesional y, por lo tanto, de las competencias que estos profesionales pueden desarrollar pero no abarca la regulación referida al contenido de las enseñanzas destinadas a obtener un título universitario, aunque éste les habilite para el ejercicio de dicha profesión.

La Orden impugnada está destinada a establecer los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habilitan para el ejercicio de la profesión de Arquitecto Técnico, y la parte recurrente cuestiona esa Orden en cuanto establece una formación necesaria de los estudiantes que, a su juicio, invade el ejercicio de competencias que no están atribuidas a esta profesión. No debe olvidarse que no puede equiparse, a efectos de la eventual vulneración del artículo 36 de la Constitución, el alcance jurídico de la norma que crea y reconoce una cualificación profesional y regula las competencias para su ejercicio con la norma destinada a regular una titulación universitaria oficial, y ello porque mientras el efecto jurídico de estos títulos opera en un plano de carácter meramente formal (académico), el efecto jurídico de los primeros se manifiesta en el régimen jurídico de una actividad profesional. En definitiva, la Orden impugnada no pretende regular una profesión titulada alguna sino definir las aptitudes y las capacidades asociadas expresadas en módulos formativos para los alumnos y consiguientemente para los títulos que pretendan tener la consideración de título oficial y no las funciones o competencias que deben ejercer estos profesionales.

Y esta clara distinción a los efectos de apreciar su incidencia en el principio de reserva legal contenido en el artículo 36 CE para las profesionales tituladas ha tenido reflejo en la jurisprudencia. Así, el Tribunal Supremo en la STS de 16 de octubre de 2008 ha afirmado que «Tales Reales Decretos no constituyen una regulación del ejercicio de profesión titulada alguna, debiendo en todo caso entenderse con respeto al ámbito del ejercicio profesional vinculado por la legislación vigente a las profesiones tituladas. Como añadíamos en la sentencia, antes citada, de 8 de febrero de 1999: "(...) además, y en la misma línea, no debe olvidarse que la norma impugnada, en lo que ahora importa, se limita a establecer los

contenidos de unas enseñanzas, sin que con ello habilite a quien las supere, y obtenga así el título correspondiente, para invadir esfera alguna de actuación que esté reservada por el ordenamiento jurídico para una o unas determinadas profesiones tituladas; en otras palabras, la norma se limita a fijar las enseñanzas o estudios que son convenientes o necesarios para quien pretenda ostentar un determinado título de formación profesional, pero no habilita al así titulado para desenvolver una actividad profesional, aun relacionada con tales enseñanzas, que la Ley haya reservado para unos determinados profesionales"».

De ahí que se establezca un principio de reserva legal para regular el contenido esencial del ejercicio de las profesiones tituladas y, sin embargo, la regulación de los planes y estudios para la obtención de títulos de carácter oficial quede excluida de dicha reserva legal y se atribuya al Gobierno, así lo establecía el anterior artículo 28 de la Ley de Reforma Universitaria y el actual artículo 35 de Ley Orgánica 6/2001 al disponer «1. El Gobierno establecerá las directrices y las condiciones para la obtención de los títulos universitarios de carácter oficial y con validez en todo el territorio nacional, que serán expedidos en nombre del Rey por el Rector de la universidad».

Mientras la regulación de la profesión de Arquitecto Técnico y las competencias que se le atribuyen aparezca regulada por la Ley sobre regulación de las Atribuciones Profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos, la regulación por la que se establece el título universitario oficial de Arquitecto Técnico y la aprobación de las directrices generales propias de los Planes de Estudios conducentes a la obtención de aquél se regula por el Real Decreto 927/1992, sin olvidar el Real Decreto 1393/2007 por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales por el que se establecen las directrices, condiciones y el procedimiento de verificación y acreditación, cuya disposición final 3.ª establece una habilitación a favor del Ministerio de Educación y a las Universidades para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo; y la disposición adicional 9.ª de dicha norma establece que: «El Ministerio de Educación y Ciencia precisará los contenidos del anexo I del presente real decreto, a los que habrán de ajustarse las solicitudes para la obtención de la verificación de los planes de estudios en los casos a que se refieren los artículos 12.9 y 15.4 de este Real Decreto, previo informe del Consejo de Universidades y oídos, en su caso, los colegios y asociaciones profesionales concernidos», y en cumplimiento de ella se dictó la OM impugnada.

El TS piensa que tampoco puede admitirse, como pretende el recurrente, que no exista previsión legal alguna que habilite a los Arquitectos técnicos para la elaboración de proyectos de obras y constituciones que no requieran proyecto arquitectónico, pues el artículo 2.2 en relación con el artículo 2.1.a) de la Ley 12/1986 permite afirmar lo contrario, al reconocer la competencia de dichos profesionales para la redacción y firma de este tipo de proyectos. Y así lo ha reconocido la jurisprudencia del TS en numerosas sentencias en las que, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 2.1.a) y 2.2 de la Ley 12/1986, se ha admitido la competencia de los arquitectos técnicos para elaboración de proyectos de obras y construcciones que no precisen de proyecto arquitectónico, aunque analizando cada caso concreto para determinar si el proyecto en cuestión se acomoda o no a este presupuesto. Así, cabe destacar, entre otras, las SSTS de 4 de julio de 2002 y de 3 de julio de 2002.

B) Las elecciones de los Colegios Profesionales no tienen naturaleza política

La **Sentencia del TSJ de Madrid de 9 de junio de 2011** (recurso 499/2010), desestima el recurso contencioso administrativo, interpuesto por particulares, contra la resolución de

la Comisión Permanente del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de fecha 25 de febrero de 2010. A través del presente recurso jurisdiccional la parte recurrente impugna la resolución de la Comisión Permanente del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de fecha 25 de febrero de 2010 por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra el acto de nombramiento de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Zaragoza, su toma de posesión, producida el 30 de octubre de 2009 y contra todos los actos del proceso electoral convocado por anuncio en el periódico «Heraldo de Aragón» el 8 de septiembre de 2009.

Alega la parte recurrente que existe infracción del artículo 38 de los Estatutos del Colegio Oficial de Médicos de Zaragoza ya que no se produjo la comunicación personal a todos los colegiados, sin que la inserción de la noticia del proceso electoral en boletines electrónicos o en la web del Colegio o en publicaciones profesionales enerve dicha obligación. Indican que no se expuso en el Tablón de anuncios.

El Consejo General y el Colegio Oficial de Médicos de Zaragoza se oponen a la demanda y niegan que exista vulneración al derecho de participación de los recurrentes ya que el artículo en cuestión no exige una comunicación por correo a todos los colegiados sino que estos tengan conocimiento de la convocatoria con el fin de que puedan ejercer su derecho al sufragio y el conocimiento se deduce de la amplia difusión que el proceso tuvo en diferentes medios. Señala que debe aplicarse el principio de conservación de los actos electorales válidos pues el supuesto defecto formal alegado no influyó en el resultado.

Si bien el artículo 38 de los Estatutos del Colegio Oficial de Médicos de Zaragoza establece que «la convocatoria de elecciones a la Junta Directiva será anunciada dentro de los cinco días naturales siguientes a la adopción, mediante su inserción en el tablón de anuncios de la sede colegial, su publicación, al menos, en uno de los diarios de mayor difusión de la provincia y su comunicación personal a todos los colegiados», la cuestión se centra, según el TSJ, en determinar el alcance material del concepto de comunicación personal, y si ese alcance debe expresarse bajo las premisas formales de los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992 teniendo en cuenta que no se está ejerciendo un derecho constitucional dado que resulta inaplicable el artículo 23.2 de la Constitución pues ha sido múltiple la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha venido a **denegar la naturaleza política de las elecciones a miembros de los Colegios Profesionales** (SSTC 23/1984, 71/1989, 212/1993 y 80/1994).

En la última de la sentencias citadas se dice, en relación con el examen del apartado segundo del artículo 23 de la CE, que «es necesario recordar que este Tribunal ha declarado que en dicho precepto, que distingue entre "funciones" y "cargos públicos", se reconoce, de un lado, el derecho a acceder a puestos funcionariales y, de otro, dos derechos —sufragio activo y pasivo— que enmarcan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo, sino también el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa. Del primero de los dos derechos hemos dicho que el artículo 23.2, comprende, no solo el acceso a la función pública, sino también el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa —SSTC 192/1991, 200/1991 y 212/1993, entre otras—. Del derecho a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y a los entes territoriales en que se organiza territorialmente de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución —Comunidades

Autónomas, Municipios y Provincias— (STC 23/1984). Añadiendo, a continuación, que el artículo 23.2 es un reflejo del Estado democrático en el que —artículo 1.2— la soberanía reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado».

Por otro lado en la STC 212/1993 se recogía que la vinculación del derecho de acceso a «cargos públicos» con el concepto de representatividad política derivada de la interpretación del artículo 23.2 en conexión con el artículo 23.1 (SSTC 23/1984, 32/1985, 149/1988) nos ha llevado a concluir que en nuestro Derecho, sobre la base del artículo 23.1 CE, no todo derecho de participación ha de ser siempre un derecho fundamental. Los límites objetivos del derecho enunciado en este precepto vienen dados por dos de los elementos del poder jurídico en él configurado. En primer lugar, por sus titulares («los ciudadanos»), de tal modo que la situación subjetiva así reconocida lo es *uti cives* y no en favor de cualesquiera categorías de personas (profesionalmente delimitadas, por ejemplo). En segundo lugar, complementariamente por el contenido del mismo, de la situación jurídica subjetiva enunciada, que, dejando de lado la participación «directa» irrelevante para el supuesto actual, se enuncia como derecho a participar «por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». La aplicación de la doctrina anterior al caso aquí planteado conduce a la afirmación de que ni las elecciones a que se refiere la convocatoria ni los cargos colegiales a que la misma se contrae se encuentran incluidos ni entre las elecciones ni entre los cargos públicos que contempla el artículo 23 CE que no comprende a las Corporaciones de Derecho Público no territoriales. En consecuencia, tal derecho fundamental no ha podido ser violado, ya que el supuesto planteado en el presente recurso no está comprendido en el ámbito del derecho fundamental que reconoce el artículo 23 CE, y, en conclusión, no se infringe el artículo 23 de la Constitución en atención a los cargos y a las elecciones a que se refiere el acto administrativo.

C) Colegios Profesionales: Naturaleza jurídica. Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales que no son Administraciones Públicas propiamente dichas por lo que el régimen jurídico de sus actos y disposiciones no coincide necesariamente con el establecido en la Ley 30/1992 aunque se aplique subsidiariamente

La **STS de 3 de junio de 2011** (recurso 833/2009), declara haber lugar al recurso extraordinario de casación contra la sentencia del TSJ de Valencia que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios de Diplomados en Enfermería de España contra la Resolución de la DG de Justicia de 6 de marzo de 2006, que inscribió los nuevos estatutos del Colegio Oficial de Enfermería de Valencia. El TS casó la sentencia dictada por el TSJ y estima parcialmente el referido recurso Contencioso administrativo con anulación de la resolución recurrida en cuanto que autoriza y ordena inscribir el artículo 38.c) de los Estatutos del Colegio Oficial de Enfermería de Valencia, por razón de que dicho artículo es contrario a derecho, procediendo también a su anulación.

El recurso de casación se dirige contra la Sentencia de 19 de diciembre de 2008, dictada por el TSJ de Valencia en el recurso 787/2006, promovido contra la Resolución de 6 de marzo de 2006 de la Directora General de Justicia de la Consejería de Justicia, Interior y Administraciones Públicas de la Generalidad Valenciana, por la que se resuelve inscribir

los nuevos Estatutos del Colegio Oficial de Enfermería de Valencia. La sentencia impugnada consideró que la Generalitat Valenciana había ejercido correctamente el control de legalidad que le competía al ordenar la inscripción de los referidos Estatutos colegiales.

Sin embargo, el recurrente alega, en el segundo motivo de casación, la infracción del artículo 9.3 de la CE, el artículo 2 del Código Civil, en cuanto a la publicidad de las normas, así como los artículos 57.2 y 58.1 de la Ley 30/1992. A juicio de la parte la disposición final de los estatutos prevé su entrada en vigor al día siguiente de su aprobación por la Asamblea General, sin necesidad de su previa publicación, lo que contraviene las normas indicadas que exigen de la publicidad de las normas para su entrada en vigor. Este hecho fue denunciado en la demanda, limitándose la Sala de instancia a señalar que el hecho de que se remitan a la Generalitat Valenciana para su inscripción no impide que su entrada en vigor se produzca al día siguiente de su aprobación.

El TS entiende que ninguna de las normas alegadas en esta casación ha sido infringida pues los Estatutos colegiales ni son leyes que deban ser publicadas en el BOE, ni son tampoco actos administrativos en el sentido expresado en los artículos 57 y 58 de la Ley 30/1992, que obliguen a una concreta notificación, sin perjuicio de que el acto de la Administración Pública con funciones de control de legalidad ordenando la inscripción de los Estatutos en el Registro correspondiente sí deba ser objeto, junto con el propio contenido de los estatutos, de publicación en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana.

El principio constitucional de publicidad de las normas obliga a que los destinatarios de éstas tengan oportunidad efectiva de conocerlas mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, pero no obliga a un concreto instrumento de publicidad, que vendrá determinado en cada caso por razón del tipo de disposición de que se trate y de las concretas normas que regulen su difusión, siendo así que en el presente caso la publicidad en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana precisaba de un acto previo de aprobación por parte de esta Administración, como así ha acontecido. Por otra parte, no debe olvidarse que los Colegios Profesionales, si bien se les aplica en muchos casos la legislación administrativa, no son Administraciones Públicas propiamente dichas, por lo que el régimen jurídico de sus actos y disposiciones no coincide necesariamente con el establecido en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pudiendo ser diferente como se encarga de recordarnos la disposición transitoria 1.ª de esta ley al remitir el régimen de los actos de las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales a su legislación específica y sólo subsidiariamente a la Ley 30/1992 en lo que proceda.

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

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SUMARIO

1. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.

   A) Potestad sancionadora con relación al régimen tarifario del sector eléctrico.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONADORA: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD.

   A) Ordenanza municipal que prevé infracciones y sanciones sin cobertura legal.

   B) Aplicación retroactiva de la tipicidad a normas preconstitucionales.

   C) Subsumir la conducta infractora en un tipo general más benévolo habiendo uno especial más grave no lesiona el principio de tipicidad.

3. ANTIJURIDICIDAD.

   A) El ejercicio legítimo de un derecho fundamental constituye una causa de justificación que la excluye.

4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD.

   A) La presunción de inocencia exige que la Administración motive expresamente la culpabilidad en la resolución sancionadora.

   B) Exclusión de la culpabilidad por una interpretación errónea pero razonable de la normativa tributaria aplicable.

   C) Exclusión de la culpabilidad por fuerza mayor.

5. SUJETOS RESPONSABLES.

   A) Responsable solidario y lesión de la tipicidad y del principio acusatorio.

   B) La responsabilidad subsidiaria y solidaria exigen, al menos, culpa.

6. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*.

   A) Entidades mercantiles sancionadas y representantes legales condenados penalmente: identidad de sujeto.

   B) Obligación de suspender el procedimiento administrativo sancionador al tramitarse un proceso penal por los mismos hechos.

   C) *Non bis in idem* procesal en el ámbito tributario.

7. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

   A) Vulneración del derecho a ser informado de la acusación por no notificar una propuesta de resolución que contenía hechos relevantes y novedosos.

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

   A) Prueba de cargo obtenida en las diligencias previas sin intervención del imputado y vulneración de la presunción de inocencia.

9. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

   A) En el ámbito tributario por el retraso en más de un mes de la incoación del procedimiento.

   B) No basta el simple transcurso del tiempo: hay que declararla expresamente para poder incoar un nuevo procedimiento.

   C) Informe equivalente a prueba que no produce la suspensión del plazo de caducidad.

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

    A) Circunstancias atenuantes.

11. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA.

    A) Imposibilidad de subsanar los vicios cometidos en el procedimiento administrativo sancionador en sede de recurso judicial pero retroacción de actuaciones para que la Administración enmiende el vicio y sancione otra vez.

    B) 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.

    C) Vulneración del derecho a la prueba por denegar en vía judicial una decisiva en términos de defensa y retroacción de actuaciones.

    D) El juez no puede cambiar ex novo el tipo infractor apreciado en vía administrativa.

---

1. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Potestad sancionadora con relación al régimen tarifario del sector eléctrico

Se interpone un recurso de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la Ley de Castilla-La Mancha 6/1999, de 15 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico, en concreto, contra el art. 15.1.e) y f) y el art. 15.2.h), que tipifican como infracciones conductas relacionadas con el régimen tarifario del sector eléctrico, y contra el art. 18, que introduce un plazo de prescripción de las infracciones graves más breve que el establecido en la legislación básica estatal. El recurso se plantea porque dichos preceptos autonómicos vulneran las competencias estatales en materia de energía eléctrica *ex* arts. 149.1.13 (que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases de la ordenación general de la economía) y 149.1.25 CE (que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases

del régimen minero y energético), y en cuya virtud se dictó la Ley estatal 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. De acuerdo con el art. 3.1 de esa Ley estatal corresponde a la Administración general del Estado «establecer la retribución de aquellas actividades que, como la distribución de energía eléctrica, tienen la consideración de reguladas [apartado b)] y regular la estructura de precios determinando, mediante peaje, el correspondiente al uso de redes de transporte y distribución así como determinar, en su caso, mediante tarifa de último recurso, el precio máximo del suministro de energía eléctrica a los consumidores que reglamentariamente se determine». Para la **STC 148/2011, de 28 de septiembre** (recurso de inconstitucionalidad), Pleno, «la cuestión aquí suscitada se centra en determinar si los preceptos impugnados pueden ser considerados un desarrollo de las bases estatales —de la Ley 54/1997— compatible con ellas o, por el contrario, ha de considerarse que los mismos no han respetado la normativa básica».

Señala la sentencia que la Ley estatal del sector eléctrico tipifica como infracciones administrativas conductas similares a las tipificadas en los preceptos autonómicos impugnados y recuerda que la mala técnica legislativa que consiste en la reproducción de preceptos estatales en normas autonómicas, como sucede en el presente caso, «encuentra un límite infranqueable en la propia competencia autonómica, de suerte que puede derivar en inconstitucionalidad cuando se trate de materias cuya regulación no corresponde a las Comunidades Autónomas. Esta última circunstancia concurre en el caso que nos ocupa pues, establecido ya en nuestra doctrina que el régimen económico del sector eléctrico, sobre el que el Estado ostenta importantes atribuciones, es un segmento específico y diferenciado dentro de la propia materia "régimen energético" [STC 18/2011], resulta que una de las atribuciones estatales integradas en dicho régimen económico es, conforme al art. 18 de la Ley del sector eléctrico, el establecimiento de las denominadas tarifas de último recurso, únicas en todo el territorio nacional y de indudable carácter básico en cuanto persiguen el objetivo de garantizar un precio razonable, transparente y claramente comparable, (...). Por ello, establecido el carácter básico de las infracciones previstas en la Ley del sector eléctrico, es claro que las previsiones de los arts. 15.1.e) y f) y 15.2.h) de la Ley de protección de la calidad del suministro eléctrico tipificando como infracciones determinadas conductas en materia de tarifas eléctricas que se solapan con las previstas por el legislador básico estatal, perturban las competencias estatales expresadas en la determinación por la Ley del sector eléctrico de los tipos infractores con los que se sanciona la irregular aplicación de las distintas tarifas de peajes y precios, en particular en lo atinente a la denominada tarifa de último recurso prevista en su art. 18, cuya determinación corresponde al Estado en tanto que parte esencial del régimen económico del sector eléctrico, régimen económico que, dado su carácter básico, conlleva la correspondiente potestad sancionadora estatal (...). Por todo lo expuesto, no cabe sino estimar la queja formulada por el Abogado del Estado en relación con los arts. 15.1.e) y f) y 15.2.h)».

Así mismo, el Pleno declara que es inconstitucional el art. 18 de la Ley autonómica en cuanto que establece un plazo de prescripción para las infracciones graves tipificadas en esa Ley de dos años mientras que la Ley básica estatal del sector eléctrico lo prevé de tres años para esas mismas infracciones. Así pues, no procede la alegación de la parte recurrida según la cual el art. 132 de la Ley 30/1992, que establece un plazo general por defecto de dos años de prescripción para las infracciones graves, habilitaría a la norma autonómica para regular un plazo de prescripción distinto del de la legislación básica:

> «(…) en el presente caso, el art. 67 de la Ley del sector eléctrico ha establecido un plazo de prescripción de tres años para las infracciones graves, regla que tiene carácter básico, con fundamento en las competencias estatales sobre el sector eléctrico, en la medida en que establece un plazo de prescripción para las infracciones muy graves que no puede ser acortado por las Comunidades Autónomas. A ello ha de añadirse que la reducción de los plazos de prescripción respecto a los previstos por el legislador básico estatal supone una reducción del nivel sancionador establecido por la ley estatal en beneficio del infractor, lo que resulta constitucionalmente improcedente».

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONADORA: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Ordenanza municipal que prevé infracciones y sanciones sin cobertura legal

La ordenanza municipal sobre localización, instalación y funcionamiento de los elementos y equipos de telecomunicación de Benissa (Alicante), de 25 de junio de 2002, estableció un régimen de infracciones y sanciones en sus arts. 40 a 44. Se alega en casación que este régimen lesiona la reserva de ley en materia sancionadora (art. 129 de la Ley 30/1992). Y lo confirma la **STS de 23 de noviembre de 2010,** Sección Cuarta (recurso de casación 3321/2007), pues dicha ordenanza es anterior a la modificación de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local y ha tipificado determinadas conductas como infracciones careciendo de habilitación el municipio para incorporar un régimen sancionador en la materia. En nuestro caso concreto, explica la Sala, no podía aplicarse por obvias razones temporales la clasificación de infracciones y los límites de sanciones establecidos actualmente en los arts. 139 y 140 LRBRL. Se anulan los arts. 40 a 44 de tal ordenanza.

B) Aplicación retroactiva de la tipicidad a normas preconstitucionales

A la entidad mercantil Hostaler I, SL, se le habían impuesto dos sanciones por dos infracciones tipificadas en los arts. 30 y 34.1.c), la primera, y 29.2, la segunda, del Reglamento del Rioja, aprobado por Orden Ministerial de 3 de abril de 1991, que fue anulado posteriormente por el Tribunal Supremo (STS de 10 de junio de 2004) por ser un reglamento ejecutivo dictado sin el dictamen del Consejo de Estado. Debido a dicha anulación, el recurso contencioso-administrativo de la entidad sancionada contra las dos sanciones impuestas fue estimado por la Audiencia Nacional argumentando que tales sanciones carecían de cobertura legal. Recurrida en casación dicha sentencia por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo consideró que, a pesar de la anulación del Reglamento del Rioja, las sanciones mantenían suficiente cobertura legal en determinados artículos del Estatuto de la Viña (Ley 25/1970, de 2 de diciembre) y su Reglamento (Decreto 835/1972, de 23 de marzo), con lo que hizo revivir ambas sanciones administrativas. En la demanda de amparo, se alega la lesión del derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE. Al respecto, la **STC 144/2011, de 26 de septiembre** (recurso de amparo), Sala Segunda, empieza exponiendo la doctrina constitucional sobre el principio de legalidad sancionadora y, entre otras cosas, recuerda que

> «(…) no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular o considerar nulas disposiciones reglamentarias reguladoras de materias y de situaciones respecto de las

> cuales tal reserva no existía, (...). La pervivencia de normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales tiene como valladar infranqueable la imposibilidad de que se actualicen luego por la misma vía, no respetando así el sistema constitucional de producción de normas, hasta el punto de vedar incluso la viabilidad de un reglamento posterior a la Constitución que se redujera a reproducir el contenido de la regulación anterior».

Según la Sala Segunda, en el caso enjuiciado, el problema se centra en determinar si la anulación de la Orden Ministerial de 3 de abril de 1991 —Reglamento del Rioja— ha provocado, como defiende la parte recurrente y ha considerado el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, que las sanciones impuestas hayan vulnerado el principio de legalidad, art. 25 CE, o si, por el contrario, como argumenta el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada —y defiende el Abogado del Estado— dicha anulación no implica la falta de cobertura legal de las sanciones discutidas, al haber sido impuestas con base en otros preceptos que respetarían la garantía formal y material exigida por el citado principio. Así ocurre con la primera de la sanciones impuestas por indicaciones falsas en las etiquetas que puede fundamentarse en preceptos del Estatuto de la Viña y su reglamento de desarrollo. Distinta es, sin embargo, la conclusión que se debe extraer de la segunda sanción discutida, que fue impuesta por utilización indebida de contraetiquetas y precintos *ex* art. 51.1.6 del Reglamento del Rioja, pues las menciones que hace la resolución administrativa sancionadora al art. 129 del Estatuto de la Viña y al art. 129.2.c) del Reglamento de la Viña son simples «inclusiones tangenciales de carácter secundario, sin contenido suficiente para satisfacer la garantía material del principio de legalidad». Y continúa la Sala Segunda, «como señalábamos en un supuesto muy similar en la STC 35/2010, de 19 de julio, el art. 129 del Estatuto del vino, que se remite al art. 83.5 —cuyo tenor es, a su vez, una mera remisión a posteriores reglamentos— supone una "inexistencia de un contenido material eficaz mínimo que pueda sustentar la legalidad de la sanción a los efectos de la vertiente material del principio de legalidad (...)". La misma conclusión extraíamos del art. 129.1.c) del Reglamento del vino (...) (que) no dice cuáles son las faltas administrativas ni en qué consiste el uso indebido de la denominación de origen ni qué actos pueden causarle perjuicio de desprestigio ni qué normas sobre elaboración y características de los productos deben merecer una sanción. Todo esto lo remite de nuevo a una norma inferior». En definitiva, «los citados preceptos no respetan la garantía material del principio de legalidad que (...) se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas STC 104/2009, y jurisprudencia allí citada)». De todo lo expuesto —concluye—, procede la estimación parcial del presente recurso de amparo por lesión del principio de tipicidad con relación a la sanción de 3.177.111,18 euros impuesta por utilización indebida de contraetiquetas y precintos, que queda anulada.

C) Subsumir la conducta infractora en un tipo general más benévolo habiendo uno especial más grave no lesiona el principio de tipicidad

A la entidad mercantil Alfalfas J. Oses Resano, SA, se le sanciona por información no veraz de circunstancias determinantes de la obtención de ayudas a la producción de forrajes

desecados, que es una conducta tipificada en el art. 16 del Reglamento CE 785/95. Dicho precepto se refiere a los supuestos en que las ayudas no se hayan pagado todavía frente al art. 27.1.1.a) de la Ley Foral 8/1997, de 9 de junio, que prevé los casos en que ya se haya percibido la subvención, con posibilidad entonces de una sanción más grave. A pesar de que la entidad ya había recibido la ayuda se la sancionó por el art. 16 del Reglamento CE 785/95 por lo que alega la lesión del principio de tipicidad que, no obstante, es rechazada por la **STS de 23 de noviembre de 2010,** Sección Cuarta (recurso de casación 1955/2008), pues el elemento referido al hecho de que la ayuda se haya o no percibido «pasa en realidad a ser accesorio y a determinar sólo la mayor o menor gravedad de la sanción posible (...). La incorrecta apreciación por la Administración de este elemento accesorio y la elección por ello de una norma más benévola, que sin embargo también subsume el hecho infractor en cuanto a sus componentes esenciales, sólo puede conducir, como bien explica la Sala de instancia, (...) a confirmar la sanción impuesta».

3. ANTIJURIDICIDAD

A) El ejercicio legítimo de un derecho fundamental constituye una causa de justificación que la excluye

— En calidad de representante sindical, el policía local don Pedro Miguel comentó en una entrevista radiofónica la aparición de amenazas en la taquilla de un policía afiliado al sindicato, todo ello en relación con los graves delitos atribuidos a otros policías de la misma localidad y objeto de un proceso penal en curso. En la misma entrevista, el policía local manifestó la existencia de sospechas entre la plantilla de que los policías imputados pueden acceder a las dependencias policiales por la noche, sin que la cámara de control de acceso esté en funcionamiento y sin que los responsables políticos del Ayuntamiento hagan nada al respecto. Por dichas declaraciones, el Ayuntamiento de Coslada impuso a don Pedro Miguel una sanción disciplinaria que la **STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2011** (recurso de apelación 383/2010), anula por estimar que la conducta del sancionado constituía ejercicio de las libertades sindical y de expresión: «no es posible inferir que la conducta del sancionado, aun ejerciendo la función de policía local, haya rebasado los límites constitucionales de la libertad de expresión en relación con la actividad sindical. Estima la Sala que las declaraciones de don Pedro Miguel se hicieron con la mesura necesaria, no fueran irrespetuosas con sus superiores y no pusieron en peligro el funcionamiento del servicio, que son los parámetros entre los que debe moverse la crítica sindical en el seno de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, según la STC 127/1995, de 25 de julio, oportunamente citada en la instancia y a la que cabría añadir las SSTC 81/1983, de 10 de octubre, 69/1989, de 29 de abril, 371/1993, de 13 de diciembre , 270/1994, de 17 de octubre y 272/2006, de 25 de septiembre. La vulneración de los derechos fundamentales del sancionado es determinante de la nulidad de pleno derecho de la resolución sancionadora [art. 62.1, letra a), LRJ-PAC], por lo que debe corroborarse el pronunciamiento apelado».

— Entre los días 22 de julio y 17 de septiembre y en diversas franjas horarias, el canal de televisión «Intereconomía» estuvo emitiendo un *spot* de autopromoción. El contenido del espacio publicitario consistía en la imagen de una mesa sobre la que van cayendo fotografías que corresponden a imágenes de parejas con grupos homosexuales vestidos con prendas llamativas, portando la bandera del «orgullo gay», supuestamente en una celebración, y sobre

las que cae un cartel en el que se podía ver claramente: «28 de junio día del Orgullo Gay». A continuación van cayendo sobre las anteriores, otras seis fotografías con imágenes que muestran personas en situaciones familiares o de trabajo, y sobre las que cae otro cartel con el siguiente mensaje: «364 días de orgullo de la gente normal y corriente», y, finalmente, cae otro cartel con el distintivo de la cadena de televisión. Tales hechos fueron considerados por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información como un supuesto de publicidad ilícita por atentar contra la dignidad de la persona y fomentar el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social. En atención a ello, y tras el oportuno expediente sancionador, se impuso a Sociedad Gestora de Televisión Net TV, SA, titular del canal televisivo, una multa de 100.000 euros. Recurrida por el procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales de la persona, la **SAN de 23 de mayo de 2011** (recurso contencioso-administrativo especial en materia de derechos fundamentales 10/2010), consideró que el citado spot de autopromoción constituyó ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, y, en consecuencia, anuló la sanción:

> «(…) en suma y a título de recapitulación este Tribunal, en ejercicio de la actividad ponderativa entre los diversos derechos en conflicto presentes en el caso que la doctrina constitucional ordena realizar, estima que procede acoger el presente recurso en atención a lo que sigue: a) El carácter prioritario, objeto de tutela reforzada, que ostenta la libertad constitucional de opinión, y más aun cuando tal opinión es formulada por un medio de comunicación; b) Que las críticas contenidas en el anuncio han sido aceptadas por todas las partes presentes como dirigidas hacia un preciso grupo de personas por causa de su asistencia a un acto festivo, en lugar de por razones directamente vinculables a su identidad; c) En atención a que, por esto último, no estimamos como producida lesión de la dignidad de la persona puesto que tal dignidad resulta difícilmente concernida en modo negativo por la asistencia a un acto festivo y por recibir críticas por ello; d) Puesto que en el caso de opiniones que son expresadas dentro de un anuncio de autopromoción no pueda aceptarse que su formulación, por sí misma, comporte de modo automático ilicitud; y e) Porque la prohibición constitucional de discriminación no puede ser llevada hasta el punto de neutralizar otros derechos, asimismo de rango constitucional, como la libertad de opinión (y la correlativa prohibición de discriminación por posesión de opinión diferente) o de expresión. El art. 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional».

4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) La presunción de inocencia exige que la Administración motive expresamente la culpabilidad en la resolución sancionadora

La presunción de inocencia no permite que la Administración tributaria razone la existencia de culpabilidad por exclusión o por las especiales circunstancias subjetivas del presunto infractor (poseer grandes medios económicos, recibir el mejor de los asesoramientos, dedicarse habitual o exclusivamente a la actividad gravada por la norma incumplida) o porque no se aprecie la existencia de una discrepancia interpretativa razonable de la norma tributaria aplicable o porque no concurren otras causas excluyentes de la responsabilidad. Vuelve a repetir esta jurisprudencia, quizá excesivamente formalista y, por ello, de discu-

tible acierto, las **SSTS de 4 y de 18 de noviembre (dos) de 2010** (recursos de casación 2080, 4082 y 2430/2007), todas otra vez de la Sección Segunda de la Sala Tercera, y con relación a sanciones tributarias que son anuladas por falta de motivación de la culpabilidad del infractor en la resolución administrativa que las impuso (*vid.* en los núms. 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51 y 52 de esta Revista, los apartados VII.9.B y C; VII.12.B; VII.11.C; VII.5.A; VII.5.C; VII.6.A; VII.6.A y VII.7.C y 8.A, respectivamente). La última de ellas se ocupa, entre otras cosas, de la sanción impuesta al Valencia Club de Fútbol, SAD, por infracción en materia de retenciones del IRPF y dice:

> «(…) la sanción impuesta por la Administración tributaria sin motivar suficientemente la existencia de —al menos— simple negligencia en la conducta del obligado tributario debe ser anulada (...). Si acudimos a (...) (la) resolución que impone la sanción (...) comprobamos que (...) (la) motivación (...) es manifiestamente insuficiente desde la perspectiva de los arts. 24.2 y 25 CE. Pero es que además, lleva razón la parte recurrente cuando señala que su conducta ha estado amparada en una interpretación razonable de la norma. Prueba de ello es que el carácter exento o no (del IRPF) de las cantidades abonadas en concepto de indemnización (a técnicos y jugadores) por despido improcedente, sin readmisión, ha sido objeto de controversia, habiéndose pronunciado recientemente esa Sala sobre la cuestión, declarando la exención, al menos dentro de unos límites, de las cantidades abonadas por este concepto».

B) Exclusión de la culpabilidad por una interpretación errónea pero razonable de la normativa tributaria aplicable

La cuestión suscitada en la **STS de 10 de noviembre de 2010,** Sección Segunda (recurso de casación para la unificación de doctrina 16/2005), es si cabe sancionar a Aceites Costa Blanca, SA, en unas liquidaciones giradas en el Impuesto sobre Sociedades cuando el objeto de la regularización efectuada es la aplicación del régimen de transparencia fiscal a una sociedad en un caso en el que se declara el hecho imponible, aunque sea incorrectamente. Al respecto, dice la Sala que

> «(…) el principio de culpabilidad constituye un elemento básico a la hora de calificar la conducta de una persona como sancionable; es decir, es un elemento esencial del ilícito administrativo, lo que supone analizar las razones expuestas por la recurrente como justificadoras del incumplimiento de sus obligaciones tributarias para descartar que sean meros pretextos o se basen e criterios de interpretación absolutamente insostenibles».

Del expediente administrativo se desprende, dice la Sala, que la entidad sancionada dio cumplimiento a sus obligaciones tributarias, presentando las declaraciones anuales del impuesto sobre sociedades y sin ocultación de datos a la Administración tributaria. De otra parte, la controversia deriva de la interpretación que Aceites Costa Blanca, SA, dio al art. 12 de la Ley 44/1978 del IRPF, en relación con los arts. 12 y 363 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades aprobados por Real Decreto 2631/1982. Estos preceptos si bien no adolecen de oscuridad, sí que son susceptibles de diversas interpretaciones máxime teniendo en cuenta la complejidad de la materia, interpretaciones entre las que resulta perfectamente explicable la mantenida por la parte recurrente, por lo que tal conducta no puede ser calificada de culpable, ni siquiera por negligencia. Y razona:

> «(…) la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido desde antiguo que la comisión de errores de derecho en las liquidaciones tributarias no debe ser objeto de sanción en la medida en que el error sea razonable y la norma ofrezca dificultades de interpretación, siempre, claro está, que el sujeto pasivo hubiere declarado o manifestado la totalidad de las bases o elementos integrantes del hecho imponible. Resulta, pues, improcedente la imposición de sanción por la interpretación realizada por la parte recurrente pues no ocultó datos a la Administración ni dejó de contabilizar las operaciones financieras realizadas, centrándose la cuestión en una interpretación, meramente jurídica y en todo caso razonable, del régimen general o del régimen de transparencia fiscal aplicable al supuesto enjuiciado».

C) Exclusión de la culpabilidad por fuerza mayor

La Administración tributaria sancionó a Bas Duch, SL, por presentar fuera de plazo y tras requerimiento autoliquidación relativa a unas retenciones en el IRPF. La sociedad mercantil había alegado sin éxito una causa de fuerza mayor consistente en el bloqueo por orden judicial de todo el sistema informático del grupo de empresas, habiendo sido retirados los discos duros de los ordenadores y retenidos a disposición judicial. De igual modo, se bloquearon también las cuentas bancarias de todo el grupo. La **STSJ de Cataluña de 4 de mayo de 2011** (recurso ordinario 815/2007), aprecia la concurrencia de la fuerza mayor y anula la sanción por falta de culpabilidad:

> «(…) en suma, de la prueba aportada por el recurrente se desprende suficientemente, a juicio de esta Sala, que la referida actuación judicial, evidentemente ajena a la voluntad de la actora, impidió la completa presentación de las declaraciones en el plazo reglamentario, como así se comunicó a la Administración por la obligada tributaria, por lo que la apreciación de la culpabilidad debiera haberse motivado, en su caso, en la certeza de que cabía un cumplimiento parcial en plazo o en la persistencia de la conducta omisiva en un eventual cese de la causa de fuerza mayor, razonamiento que no efectúa el acto impugnado al negar de manera apodíctica la concurrencia de esa causa, sin que corresponda a esta Sala suplir tales deficiencias».

5. SUJETOS RESPONSABLES

A) Responsable solidario y lesión de la tipicidad y del principio acusatorio

Don Alfonso, que es sancionado por responsabilidad solidaria en la comisión de una infracción tributaria de una entidad de la que él era el único director y gestor, alega la lesión de la tipicidad y del principio acusatorio porque la infracción por la que se le derivó la responsabilidad [art. 79.b) LGT de 1963] era distinta de aquella por la que fue sancionada la compañía Cottonwear, SL, que era la originariamente responsable. Sobre eso, dice la **STS de 8 de noviembre de 2010,** Sección Segunda (recurso de casación 4941/2007), que acierta la Sala de instancia cuando declaró nula la sanción impuesta por lesión de la tipicidad y del principio acusatorio:

> «Para la Sala de instancia (...) la infracción del art. 79.a), inicialmente imputada, se convirtió en la del art. 79.b) sin oír al sancionado sobre tal cambio de inculpación, desconociéndose por ello las exigencias que impone el principio acusatorio (...). Acierta por ello la Sala de instancia cuando sostiene (...) que este comportamiento infringe nuevamente el principio de tipicidad (...) (que) impone a la Administración la obligación de indicar de

> manera suficiente y correcta en cada concreto acto administrativo sancionador la norma específica en la que se ha efectuado la predeterminación del ilícito en el que se subsumen los hechos imputados al infractor».

Se confirma la nulidad de la sanción impuesta.

B) La responsabilidad subsidiaria y solidaria exigen, al menos, culpa

Telepizza Jaén, SL, fue sancionada por diversas infracciones tributarias en materia de liquidación del Impuesto de Sociedades e IRPF. Ante la imposibilidad de cobro de las multas impuestas, la Administración tributaria declaró responsable subsidiaria a Telepizza, SA, por sucesión en la actividad de la deudora principal. Telepizza, SA, recurrió la derivación de la sanción, alegando infracción de los principios de culpabilidad y de personalidad de las infracciones, en la medida en que resultaba ajena a la relación jurídica originaria y ninguna influencia desplegó en la consumación de los incumplimientos legales sometidos a responsabilidad sancionadora. La **STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de abril de 2011** (recurso contencioso-administrativo 601/2004), da la razón a la entidad recurrente y anula la resolución económico-administrativa en lo que se refiere a las sanciones:

> «(…) en este caso, no es posible afirmar que la entidad sucesora empresarial de aquella que ha cometido la infracción tributaria ha sido partícipe o copartícipe en su comisión. En este punto debemos recordar que el art. 37.3 LGT dispone que: "La responsabilidad alcanzará a la totalidad de la deuda tributaria, con exclusión de las sanciones", lo que excluye del concepto de responsabilidades tributarias las sanciones cuyo origen se encuentra en la infracción tributaria y en tanto ésta no se declare la misma no se pueden imponer. En este caso, no se ha declarado infracción alguna atribuible a quien recurre y ante la imposibilidad de derivar las mismas por lo expuesto anteriormente, procede estimar este motivo de recurso alegado».

6. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*

A) Entidades mercantiles sancionadas y representantes legales condenados penalmente: identidad de sujeto

Tras la correspondiente visita de inspección, se incoó procedimiento administrativo sancionador en materia de prevención de riesgos laborales contra Hermanos López Reverte, SL, y Mupolor, SL. Poco después, el procedimiento se suspendió por haberse incoado diligencias penales como consecuencia de los hechos que dieron lugar al acta de infracción, consistentes en la inobservancia de diversas medidas de seguridad en las obras de albañilería de la que eran responsables las entidades citadas. Recaída sentencia penal firme, en la que se condenó a los dos representantes legales de ambas empresas como autores penalmente responsables de un delito contra los derechos de los trabajadores, la Administración impuso a las sociedades mercantiles una sanción de multa por esos mismos hechos. La **STSJ de Murcia de 25 de abril de 2011** (recurso de apelación 500/2010), anula la sanción administrativa por infracción del principio *non bis in idem,* al considerar la concurrencia de identidad no sólo de hecho y fundamento, sino también de sujeto, en la medida en que las sociedades mercantiles y sus representantes legales son el mismo sujeto a estos efectos:

> «(…) sobre este extremo ha de señalarse que el Tribunal Constitucional en Sentencia 177/1999, de 11 de octubre, reconoce que la diversidad existente entre persona jurídica a la que se impone una multa administrativa y persona física a quien se sanciona con una pena no es obstáculo suficiente para apreciar la identidad subjetiva entre quienes se ven afectados por tales penas/sanciones cuando entre esas personas físicas y jurídicas hay una relación jurídica de representación legal o de dirección empresarial y los hechos imputados en dichos procesos/procedimientos son idénticos. (...) Aplicando la anterior doctrina al presente supuesto procede estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia apelada, y entrando a conocer de la demanda formulada por la parte actora se estima, pues habida cuenta de la identidad de hechos, sujeto y fundamento del procedimiento penal y del sancionador se aprecia el motivo alegado de vulneración del principio *non bis in idem,* lo que determina la nulidad de los actos impugnados sin que proceda por ello examinar el resto de las cuestiones planteadas».

B) Obligación de suspender el procedimiento administrativo sancionador al tramitarse un proceso penal por los mismos hechos

La Administración tributaria sanciona a Ferrallas Hercu, SL, y a don Claudio, proveedor de ésta, por irregularidades en la liquidación del Impuesto de Sociedades y en el IVA, respectivamente. Tales irregularidades traían causa de unas facturas cuya falsedad estaba siendo objeto de un proceso penal. Los sancionados alegaron sin éxito en vía administrativa la tramitación de dicho proceso, solicitando la suspensión de los correspondientes procedimientos sancionadores hasta tanto no recayese sentencia penal. Las **SSTSJ de Murcia de 20 de abril (dos) de 2011** (recursos contencioso-administrativos 645/2006 y 646/2006), dan la razón a los recurrentes y condenan a la Administración a no reanudar las actuaciones inspectoras y no incoar expediente sancionador mientras no finalicen definitivamente las actuaciones en vía penal:

> «(…) de lo anterior se desprende, de acuerdo con la anterior doctrina, que la Inspección debió suspender las actuaciones inspectoras y sancionadoras, ya que está acreditado (por la prueba documental aportada en esta vía judicial) que las diligencias penales tramitadas por la presunta falsedad de las facturas por el Juzgado de Instrucción de San Javier (presentadas por la actora para acreditar los gastos deducidos), no se dirigían sólo contra la persona física que las emitió, sino también contra la actora (sus administradores fueron citados en calidad de imputados en dos ocasiones), teniendo en cuenta para llegar a tal conclusión que ambos procedimientos, administrativos y penal tenían por objeto la investigación de los mismos hechos y que los declarados como probados en la vía penal podían vincular a la Administración a la hora de resolver los de carácter administrativo. Llega la Sala a tal conclusión teniendo en cuenta además que la Administración demandada ni ha alegado ni probado que las diligencias penales referidas hayan concluido. En razón de todo ello procede estimar en parte el recurso contencioso-administrativo, anulando y dejando sin efecto la resolución recurrida, tan sólo en lo que se refiere a la desestimación de la suspensión del procedimiento por la causa de la prejudicialidad penal referida, lo que supone que la Administración no debe reanudar los procedimientos de inspección (desde el momento señalado por el TEAR), ni iniciar en su caso el expediente sancionador hasta que la jurisdicción penal sobresea o archive las diligencias previas o dicte sentencia firme o hasta que el Ministerio Fiscal devuelva las actuaciones (art. 77.6 LGT de 1963), declarando el derecho de la actora a que se le devuelva el aval prestado, con indemnización de los daños y perjuicios originados por el abono de gastos para su mantenimiento, los cuales deben ser abonados desde la fecha en que se originaron».

C) *Non bis in idem* procesal en el ámbito tributario

La entidad Ecolojeans, SL, resulta sancionada por irregularidades en relación con el Impuesto de Sociedades. Tras las oportunas reclamaciones económico-administrativas, el Tribunal Económico-Administrativo Central anula tanto la liquidación impugnada como la sanción tributaria, condenando a la Inspección a dictar un nuevo acuerdo de liquidación y una sanción sustitutiva de la primera de acuerdo a lo resultante de la nueva liquidación a practicar. La **SAN de 12 de mayo de 2011** (recurso contencioso-administrativo 153/2008), anula la resolución del TEAR en lo que se refiere a la sanción, estimando que la Administración tributaria ya no puede volver a sancionar por aplicación del principio *non bis in idem:*

> «(…) en suma, la sanción es nula, por haberlo declarado así el TEAC, pero la Administración no puede volver a sancionar por los mismos hechos en una segunda ocasión sin quebrantar el principio constitucional que impone con alcance absoluto el *ne bis in idem,* que no sólo impone el deber de evitar dos sanciones, penal y administrativa, acerca de los mismos hechos, sino que tiene una vertiente procedimental que impide someter al mismo sujeto de derecho a dos procedimientos sancionadores sucesivos cuando el primero de ellos ha sido absolutorio, tal como aquí ha acontecido, siendo de destacar, a propósito de tal cuestión, que (...), conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TEDH, el principio de legalidad comprende en su ámbito tuitivo el de la interdicción del *bis in idem,* esto es, la duplicidad de castigos por los mismos hechos, igualmente extensible a la duplicidad de procedimientos sucesivos, sean penales o administrativos, de suerte que absuelta en este caso la compañía recurrente del procedimiento sancionador a que fue sometida, por virtud de la declaración al respecto del TEAC, que anuló la sanción, no es dable a la Administración someter al administrado a un procedimiento nuevo para el esclarecimiento de hechos que ya tuvo oportunidad de dilucidar, en la que fracasó jurídicamente».

7. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Vulneración del derecho a ser informado de la acusación por no notificar una propuesta de resolución que contenía hechos relevantes y novedosos

Un ecuatoriano es sancionado con expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en España durante diez años por infracción grave del art. 53.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España. Alega la lesión del principio acusatorio y de su derecho de defensa (art. 24.2 CE) porque en el procedimiento administrativo sancionador el instructor no le notificó la propuesta de resolución en la que proponía la sanción de expulsión, y ello a pesar de que la mencionada propuesta destacaba, junto a la permanencia ilegal en España, una serie de datos novedosos y relevantes (antecedentes policiales y judiciales) que no aparecían en el acuerdo de incoación notificado, y respecto de los cuales no tuvo la oportunidad de alegar y aportar prueba. En concreto, que «con anterioridad al inicio del expediente había sido detenido en tres ocasiones, en aplicación de la legislación sobre extranjería, incoándose otros tantos expedientes de expulsión, posteriormente archivados; que el expedientado no acreditaba tener relación laboral u oferta de empleo, ni vínculos significativos con la sociedad española; y, sobre todo, que tenía antecedentes policiales por abuso sexual; asimismo, constaba la apertura

de unas diligencias previas por delito de malos tratos en el ámbito familiar y la adopción de una orden judicial de alejamiento respecto de su esposa». Por todo ello, la delegada del gobierno en Madrid le impuso sanción de expulsión, en lugar de la de multa, en atención a que constaban en el expediente, «además de la permanencia irregular en España, otros datos negativos sobre su conducta». Al respecto, la **STC 145/2011, de 26 de septiembre** (recurso de amparo), Sala Segunda, recuerda:

> «(…) constituye reiterada doctrina de este Tribunal, desde la STC 18/1981, de 8 de junio, que las garantías procesales establecidas en el art. 24.2 CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto que son manifestación de la potestad punitiva del Estado, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza (por todas, STC 17/2009, de 26 de enero), incluyendo en esas garantías el derecho a la defensa, que proscribe cualquier indefensión (...). En este sentido, una vez concluida la instrucción del expediente sancionador, la propuesta de resolución que formule el instructor, si es inculpatoria, cumple la destacada función de constituir la imputación, para lo cual en esa propuesta "se fijarán de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que propone que se imponga (...)"; sin ningún género de dudas, el derecho a conocer la propuesta de resolución de un expediente sancionador, claramente estipulado en las normas del procedimiento administrativo, forma parte de las garantías que establece el art. 24.2 CE, pues sin él no hay posibilidades reales de defensa en el ámbito del procedimiento; de modo que la falta de comunicación de la propuesta de resolución del expediente "constituye sin duda una violación del derecho constitucional del expedientado a su defensa en el seno del procedimiento administrativo sancionador e, incluso, más en concreto... del derecho del interesado a ser informado de la acusación formulada contra él, reconocido en el art. 24.2 CE" (...). Ahora bien, con arreglo a nuestra propia jurisprudencia, para que la ausencia de notificación de la propuesta de resolución alcance relevancia constitucional es preciso que tal omisión hubiese provocado que disminuyeran las posibilidades de defensa, entendidas como conjunto de facultades de alegación y prueba frente a unos determinados hechos, así como de mantenimiento de los términos esenciales del debate. Por ello, carecerá de toda relevancia constitucional la falta de notificación de la propuesta de resolución si la misma reproduce el contenido del acuerdo de incoación, o en su caso del pliego de cargos, en sus elementos esenciales: relato de los hechos, calificación jurídica de los mismos e individualización de la sanción cuya imposición se sugería. Si el expedientado tuvo oportunidad de alegar respecto de ese contenido, no es posible apreciar que la ausencia de traslado de la propuesta de resolución con la que concluyó la instrucción del expediente mermara su derecho de defensa ni le causara indefensión material alguna (...), de modo que en estos casos la ausencia del trámite por sí sola no ha de producir la ilegalidad de la resolución, pues lo determinante es que se haya producido indefensión real».

Pues bien, en el presente caso —concluye la sentencia—, los nuevos datos de la propuesta de resolución resultaron relevantes puesto que sirvieron para sustentar la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la de multa, por lo que su falta de notificación determina que la resolución sancionadora ha vulnerado el art. 24.2 CE. Se anula la sanción impuesta.

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

A) Prueba de cargo obtenida en las diligencias previas sin intervención del imputado y vulneración de la presunción de inocencia

Al guardia civil don Serafín se le impone sanción disciplinaria de separación del servicio por infracción muy grave consistente en incumplir las normas sobre incompatibilidades al gestionar una empresa de seguridad. El recurrente cuestiona la validez de la prueba de cargo existente para destruir su presunción de inocencia. En concreto, alega que no pudo estar presente en las declaraciones de las personas que depusieron como testigos en las diligencias practicadas antes de la formulación del pliego de cargos y que sirvieron para fundamentar la imposición de la sanción. Al respecto, la **STS de 26 de enero de 2011,** Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar 48/2010), de acuerdo con la jurisprudencia existente, dice que

> «(…) la falta de asistencia del recurrente a las declaraciones prestadas en las diligencias anteriores al pliego de cargos que (...) practique el Instructor para esclarecer los hechos, no supone una vulneración de su derecho a defenderse, pues es a partir de la formulación de dicho pliego cuando el encartado tiene la posibilidad de contradecir aquellas diligencias con las que no se muestre conforme, sin que se produzca indefensión alguna al poder promover cuantas actuaciones puedan convenirle para la adecuada defensa de sus derechos e intereses (...). Hemos de concluir que el solo hecho de que se practicaran determinadas diligencias con anterioridad a la formulación del pliego de cargos, sin la participación del recurrente, no constituye por sí motivo de indefensión, cuando éste tuvo ocasión de desvirtuar lo declarado por los diferentes testigos, limitándose a negar los hechos imputados».

Sin embargo, en un voto particular a esta sentencia se sostiene que las declaraciones prestadas antes del pliego de cargos sin la intervención del expedientado debieron ser rechazadas como prueba de cargo y al no hacerse así resultó lesionada la presunción de inocencia:

> «(…) esa prueba (la de cargo) debe ser practicada bajo el principio de contradicción, lo que significa que no puede ser negada la intervención de la persona imputada. También este principio (...) debe ser respetado en el procedimiento administrativo sancionador. En consecuencia, ninguna de las actuaciones practicadas antes de la apertura del expediente sancionador (en una información reservada, ante miembros de la Guardia Civil, etc.) tiene la condición de medio probatorio. Para adquirirla es preciso que sean incorporadas al expediente con intervención del expedientado. Si no se incorporan, no tienen tal condición; y si se incorporan y no se permite al expedientado intervenir carecen de eficacia probatoria (...). La mayoría de la Sala dice que el derecho de defensa resulta respetado porque el expedientado puede proponer después del pliego de cargos la prueba que estime oportuna (nueva o la misma ya practicada). Pero la realidad se impone: si unas personas, como sucede en el caso presente, declaran antes de la orden de proceder (declaraciones sobre las que se basa precisamente la orden de proceder) y luego declaran en el mismo sentido ante el instructor del expediente (declaraciones sobre las que éste fundamenta su pliego de cargos), ¿tiene el expedientado alguna razonable posibilidad de que esas personas modifiquen sus versiones si declaran por tercera vez (la declaración posterior al pliego de cargos sería la tercera)? Entiendo que no, porque una versión repetida, que además ha servido para las actuaciones mencionadas, tiende a ser mantenida».

9. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) En el ámbito tributario por el retraso en más de un mes de la incoación del procedimiento

La entidad Banco de Santander Central Hispano, SA, impugna una multa de casi dos millones de euros que le había sido impuesta por infracción relativa al ejercicio 1995 del impuesto sobre sociedades. Alega que el procedimiento sancionador caducó y lo acepta la **STS de 22 de noviembre de 2010,** Sección Segunda (recurso de casación 4326/2007), pues

> «(…) conforme a la jurisprudencia (...), el art. 49.2.j) del Reglamento General de la Inspección de los Tributos obliga, en todos los casos, a notificar al sujeto pasivo la iniciación del procedimiento sancionador dentro del plazo de un mes, bien desde la firma del acta de conformidad, bien desde la presentación de las alegaciones al acta en disconformidad o desde la finalización del término para formularlas. La notificación del acuerdo de incoación dentro de esos parámetros temporales constituye un requisito inexcusable para la legitimidad de la actuación administrativa y, por consiguiente, para la validez del acto que la (*sic*) ponga fin. Aplicando la anterior doctrina al actual caso sólo cabe concluir que ha existido caducidad del expediente sancionador, porque el acta de conformidad se incoó el día 5 de abril de 2001 y la notificación del acuerdo del inicio del expediente sancionador tuvo lugar el 8 de junio de 2001, por lo que el expediente sancionador no se inició dentro del plazo previsto».

Se anula la multa impuesta. La misma doctrina, que tiene su origen en las SSTS de 21 de septiembre de 2002 y de 4 de julio de 2005 resolutorias de los recursos de casación en interés de ley 3433/2001 y 91/2003, respectivamente, la aplica la **STS de 22 de noviembre de 2010,** Sección Segunda (recurso de casación 4091/2007), que anula una multa impuesta a la entidad Real Club Atlético de Madrid, SAD, por infracción relativa al ejercicio 1997 del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

B) No basta el simple transcurso del tiempo: hay que declararla expresamente para poder incoar un nuevo procedimiento

El Ayuntamiento de Molina de Segura (Murcia) incoa el 21 de junio de 2005 expediente sancionador contra un vecino por la realización de obras contrarias a la planificación urbanística vigente. Sin que consten más actuaciones, el Ayuntamiento vuelve el 1 de junio de 2006 a incoar por los mismos hechos un segundo procedimiento sancionador que concluye con la imposición al citado vecino de una multa y una orden de restablecimiento de la legalidad. La **STSJ de Murcia de 20 de mayo de 2011** (recurso de apelación 541/2009), anula la resolución por estimar que el segundo procedimiento no es tal, sino continuación del primero, y que —en consecuencia— la resolución sólo podía tener por contenido la declaración de caducidad del procedimiento y el acuerdo del archivo de las actuaciones, sin perjuicio de volver a incoar un nuevo procedimiento en tanto no se hubiera producido la prescripción:

> «(…) si se rebasa el plazo para resolver el procedimiento sancionador sin resolver de manera expresa y no se dicta tampoco resolución expresa declarando la caducidad, en realidad, tal procedimiento no ha terminado con el archivo de manera que permita reiniciar otro posterior. En el caso, al no existir resolución expresa declarando la caducidad del primer procedimiento sancionador, se abre un nuevo procedimiento, que no es tal sino continuación del

> primero. Y el actor no se encuentra, cuando reclama contra este segundo, ante un procedimiento iniciado a instancia de parte para la obtención de la declaración de "caducidad" de un anterior procedimiento sancionador, sino, más al contrario, en presencia de una solicitud de finalización y archivo de este mismo expediente sancionador, como consecuencia de haberse producido, en principio, su "caducidad" por el transcurso del plazo establecido para su resolución y consiguiente notificación. Por tanto, estaríamos ante el supuesto contemplado en el art. 44 LRJPA, esto es, ante una falta de resolución "expresa" en un procedimiento iniciado de oficio por la Administración. Por ello, tendremos que examinar los efectos que tal situación produce; esto es, los efectos que se producen como consecuencia del "vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa" en el mencionado expediente sancionador. (...) En definitiva y teniendo en cuenta esta doctrina, la Administración estaba obligada a resolver de manera expresa declarando la caducidad por rebasar el plazo establecido para resolver, y además acordar el archivo. Acordado todo ello, es cuando se puede reiniciar el procedimiento sancionador por los mismos hechos, al entrar en juego la jurisprudencia primeramente citada sobre la posibilidad de reiniciar el mencionado procedimiento sancionador. Al no hacerlo así no cabe más que apreciar la caducidad, que no fue declarada por el Ayuntamiento, como era su obligación por así imponerlo la ley, con acuerdo de archivo, no acordando ni uno ni otro. Más que un segundo procedimiento lo que en realidad se ha hecho es continuar el primero sin que sea posible reiniciar el segundo sin resolver el primero de manera expresa, como se exige para declarar la caducidad. Al estimar el primer motivo planteado se hace innecesario entrar a resolver sobre los siguientes. Por todo ello procede revocar la sentencia apelada y entrando a resolver sobre el fondo, acoger el motivo alegado en demanda y reiterado en el recurso de apelación, en el sentido de apreciar la caducidad del expediente sancionador, anulando la resolución recurrida».

C) Informe equivalente a prueba que no produce la suspensión del plazo de caducidad

La Confederación Hidrográfica del Ebro incoó el 17 de julio de 2009 expediente sancionador a doña Leonor por invadir con tuberías de riego para viñedos parte del dominio público hidráulico. Tras los trámites oportunos, la resolución sancionadora no le fue notificada a la interesada hasta el 2 de agosto de 2010, más allá —por tanto— del año que la Administración tenía señalado como plazo máximo para resolver y notificar, a tenor de las normas aplicables. La **STSJ de La Rioja de 17 de mayo de 2011** (recurso contencioso-administrativo 292/2010), anula la sanción por caducidad del expediente al considerar que el informe solicitado a un funcionario bajo la dependencia del órgano que lo solicita no equivale a informe cuya petición paraliza el cómputo del plazo máximo para resolver y notificar:

> «(…) en suma, no resulta posible encajar en el marco normativo aplicable que la Administración pueda eludir el plazo máximo de caducidad legalmente previsto por el hecho de que pida al agente denunciante que complete o aclare su denuncia en relación con los alegatos formulados por el actor, pues ésta es una simple prueba ordinaria, a practicar dentro de plazo de práctica de prueba una vez abierto dicho plazo, y prueba que, siendo necesaria y determinante, no resulta impuesta como "preceptiva" por una disposición específica. Por consiguiente, procede declarar la caducidad y estimar el recurso contencioso-administrativo. Pues bien, esta Sala comparte dicho criterio y lo considera aplicable al presente caso, porque también en éste, ante la alegación de la expedientada de que cuando adquirió la finca en 1997 se encontraba como en la actualidad, el Instructor, sin abrir período de prue-

ba ni notificar nada a aquélla, solicitó informe al Servicio de Control del Dominio Público Hidráulico, de manera que se trata de una prueba ordinaria y elemental que, además, se emite por funcionario cuya actuación está bajo el dominio del órgano que solicita la prueba, no apareciendo justificada la dilación en emitirla, ni comunicación alguna a la interesada de que pudiera verse ampliado el plazo máximo para resolver. De manera que, incoado el expediente sancionador por Acuerdo del Presidente de la CHE el 17 de julio de 2009, y notificada la Resolución que puso fin al mismo, de fecha 23 de julio de 2010, el 2 de agosto de 2010, en esta última fecha el expediente se hallaba caducado».

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

A) Circunstancias atenuantes

— La **STS de 17 de noviembre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar 129/2008), sustituye la sanción de separación del servicio impuesta a un guardia civil por realizar funciones de portero de discoteca (infracción muy grave de incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades, desempeñando una actividad privada) por la suspensión de empleo de un año en virtud de circunstancias tales como que la actividad se centró en el local de un familiar, en un período relativamente corto de tiempo y en días puntuales (nueve noches en tres meses) y teniendo además en cuenta la dilatada trayectoria profesional del encartado de más de veinte años y que no cuenta con sanción alguna desde que ingresó en la Guardia Civil. Lo mismo hace la **STS de 3 de noviembre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar 112/2009), con relación a un guardia civil sancionado por realizar, sin autorización y encontrándose de baja médica, actividades propias de la inmobiliaria regentada por su pareja, atendiendo a los clientes, enseñando los inmuebles e interviniendo en los contratos celebrados, y ello debido a que la actividad desarrollada por el expedientado no guarda relación con las funciones propias del Instituto y su buena trayectoria profesional.

— Por su parte, la **STS de 10 de noviembre de 2010,** Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar 124/2009), sustituye la sanción de separación del servicio por la de suspensión de un año por infracción consistente en consumir drogas tóxicas con habitualidad por las circunstancias siguientes, que no fueron tenidas en cuenta por la resolución administrativa: tratarse del consumo de cannabis que es una droga blanda, la existencia de otros tres controles con resultado negativo al consumo de cualquier droga y la opinión muy favorables que todos sus superiores tienen del soldado sancionado.

11. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) Imposibilidad de subsanar los vicios cometidos en el procedimiento administrativo sancionador en sede de recurso judicial pero retroacción de actuaciones para que la Administración enmiende el vicio y sancione otra vez

La **STC 145/2011, de 26 de septiembre** (recurso de amparo), Sala Segunda, de la que hemos dado cuenta más arriba, declara nula una sanción de expulsión impuesta a un extranjero por falta de notificación de la propuesta de resolución al imputado durante el

procedimiento administrativo, lo que le provocó indefensión material al incorporar la propuesta hechos novedosos y relevantes que no contenía el acto de incoación y respecto de lo cuales el imputado no pudo alegar ni defenderse en sede administrativa. Y añade:

> «(…) producida la vulneración del derecho de defensa en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador, el hecho de que el demandante de amparo disfrutara posteriormente en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar cuanto consideró oportuno para la mejor defensa de sus derechos e intereses, no subsana la vulneración del derecho a la defensa ocasionada en el previo procedimiento administrativo sancionador, pues la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que debe respetarse su ejercicio (STC 35/2006).
>
> Ello es así, entre otras razones, porque como recuerda la STC 89/1995, y subrayan a su vez las SSTC 7/1998 y 59/2004, no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, "condenen" al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa "se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE" (STC 125/1983)».

No obstante, una vez apreciada la nulidad de la sanción impuesta en vía administrativa y la imposibilidad de subsanar el vicio cometido en sede judicial, la Sala se plantea el alcance que debe tener el amparo otorgado con arreglo a lo dispuesto en el art. 55 LOTC, y decide que consistirá en anular la resolución administrativa sancionadora pero con retroacción de actuaciones para que se dé audiencia al recurrente y, a la vista de la propuesta de resolución notificada, pueda oponer los medios de defensa que a su derecho convenga.

Pues bien, esta solución del TC de retrotraer las actuaciones en vía administrativa nos parece criticable pues, con ella, no se sabe bien qué plus de garantía aporta a los administrados la doctrina constitucional según la cual los vicios del procedimiento administrativo sancionador no pueden enmendarse en vía judicial si, pese a todo, pueden seguir subsanándose *a posteriori* en la propia sede administrativa; es decir, si la Administración disfruta siempre, después de anularse la sanción, de una segunda oportunidad para solventar las irregularidades cometidas y sancionar de nuevo.

B) 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

Se plantea una cuestión interna de inconstitucionalidad contra el art. 453.2, inciso «por falta grave», y el art. 468.b) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, por posible lesión de los arts. 24.1, 106 y 117.5 CE, en cuanto que dichos preceptos limitan el objeto del recurso contencioso-disciplinario ordinario a las infracciones graves dejando

fuera de éste y, por tanto, del control judicial, las cuestiones de legalidad ordinaria que susciten las sanciones impuestas por faltas leves a los militares. Al respecto, dice la **STC 177/2011, de 8 de noviembre** (cuestión interna de inconstitucionalidad), Pleno, que «el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE "prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos"; prohibición que se refuerza por lo dispuesto en el art. 106.1 de la Constitución cuando se trata del control judicial frente a la actuación administrativa». Y declara que

> «(…) con la lectura de los preceptos citados comprobamos que las sanciones impuestas por faltas leves no pueden ser impugnadas ante la jurisdicción militar por cauce del procedimiento contencioso-disciplinario ordinario, sino sólo por el cauce especial y sumario utilizable si se alega vulneración de los derechos fundamentales y las libertades públicas pero cerrado a los motivos de impugnación sean de legalidad ordinaria (...). Pues bien, si ello es así no podemos sino concluir, de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, que la exclusión de control judicial de los motivos de legalidad ordinaria que surgieran a raíz de la imposición de sanciones leves en el ámbito disciplinario castrense choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1 CE. No obstan para ello las exigencias de celeridad y pronta resolución que el mantenimiento de la disciplina castrense precisa».

Por tanto, la inadmisión del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario contra sanciones por falta leve —continúa el Pleno—, salvo que se impugnen porque lesionen derechos fundamentales o libertades públicas, para lo que hay previsto el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario «configura en abstracto y objetivamente un ámbito de actuación administrativa exenta de control judicial, (...), lo que también choca frontalmente con el principio que consagra el art. 106.1 CE de control judicial del sometimiento de la actuación administrativa a la ley y al ordenamiento jurídico». Y —termina— «las vulneraciones de los arts. 24.1 y 106.1 CE por los arts. 453.2, en el inciso "por falta grave", y 468.b) de la Ley Orgánica 2/1989 (...), tienen como consecuencia la no conformidad de estos últimos con el art. 117.5 CE, que establece la necesidad de adecuación de las especialidades de la jurisdicción militar a los principios constitucionales».

Se estima la cuestión de inconstitucionalidad y se declaran nulos dichos preceptos.

C) Vulneración del derecho a la prueba por denegar en vía judicial una decisiva en términos de defensa y retroacción de actuaciones

La entidad Comercializadora de Carne Gallega, SL (Cocarga, SL) fue sancionada en virtud de los hechos recogidos en varias actas de la inspección sanitaria por distribuir y comercializar carnes frescas de bovino sin autorización sanitaria e incumpliendo la normativa sobre prevención de la encefalopatía espongiforme bovina. Negó los hechos sancionados y propuso prueba en vía judicial (una prueba pericial y testifical de la veterinaria de un matadero) para tratar de verificar su inexistencia, pero le fue denegada por intrascendente para la resolución del litigio. Alega en amparo que se ha lesionado su

derecho a la prueba por habérsele denegado sin motivación una pertinente y decisiva en términos de defensa. A lo que la **STC 80/2011, de 6 de junio** (recurso de amparo), Sala Segunda, responde que, en efecto,

> «(…) la demanda de amparo justifica en términos convincentes la indefensión material. (...), señala la sociedad mercantil recurrente que mediante la que califica como "prueba pericial y testifical-pericial" de la veterinaria del matadero de Salamanca, hubiera podido demostrar, sustancialmente que no había comercializado piezas de bovino (...) con infracción de la legislación reguladora de la encefalopatía espongiforme bovina, con lo que según la demanda de amparo todos los hechos por los que ha sido sancionada caerían por su base, salvo la existencia de algunas irregularidades documentales. Pues bien, aunque no se detalla en la demanda por qué todos y cada uno de los hechos que motivaron la sanción caerían por su base, es lo cierto que resulta convincente con la mera lectura de la demanda y de la Sentencia recurrida en amparo que tal prueba hubiera afectado cuando menos a varios de los hechos que se le imputan, (...). A todo ello se añade que la Sentencia (...) funda (...) el fallo desestimatorio en que la parte actora no ha desvirtuado la presunción de veracidad (...) (de) las actas levantadas por la inspección (...). Por tanto, se da la contradicción de que (...) el órgano judicial deniega el recibimiento del pleito a prueba y, posteriormente, funda su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar, ignorando que los órganos judiciales no pueden denegar una prueba oportunamente propuesta por las partes y luego fundar su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener con la prueba omitida».

Y concluye la sentencia:

> «(…) acreditado, pues, que la falta de recibimiento a prueba resulta imputable al órgano judicial y que esta última que no pudo articular el recurrente, contenía elementos en relación con los hechos que, (...), bien podían —al menos hipotéticamente— haber resultado determinantes al efecto de la estimación de la demanda, se constata la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa del art. 24.2 CE (...), lo que impone la estimación del recurso de amparo, con la correspondiente retroacción de actuaciones al momento procesal del recibimiento del pleito a prueba».

D) El juez no puede cambiar *ex novo* el tipo infractor apreciado en vía administrativa

STS de 8 de noviembre de 2010, Sección Segunda (recurso de casación 4941/2007): «(…) el órgano judicial no puede llevar a cabo por sí mismo (...) la subsunción de los hechos imputados a un sujeto bajo preceptos legales seleccionados por él *ex novo* con el objeto de mantener la sanción impuesta, y que la Administración no haya identificado expresa o tácitamente. Y, por supuesto, muchos menos cuando la Administración haya excluido dicha base normativa de manera más o menos explícita».

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

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN.
   - **A) Concesiones mineras: competencia para acordar su expropiación en supuestos e incompatibilidad de dichas explotaciones con el planeamiento urbanístico.**
3. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO.
   - **A) Criterio jurisprudencial para la valoración de servidumbres de gaseoducto.**
   - **B) Criterios legales para la determinación y pago de los intereses de demora.**
4. GARANTÍAS SUSTANCIALES.
   - **A) Para que el pago del precio caducado excluya el derecho de retasación no basta con el pago del justiprecio, además es preciso que concurra la voluntad del expropiado de considerarlo satisfecho.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Para redactar la presente crónica se han tenido en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Supremo producidos en el tercer trimestre de 2011 (del 1 de julio al 30 de septiembre de 2011, período en el que el Tribunal Supremo ha dictado 114 sentencias en materia expropiatoria), de los que se reseña la doctrina más relevante. Destacan, en este sentido, las tres sentencias que se comentan en relación con la retasación, que entienden que para que el pago del precio caducado excluya el derecho de retasación no basta con el pago del justiprecio, sino que, además, es preciso que concurra la voluntad del expropiado de considerar satisfecho su derecho a indemnización.

2. OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

A) Concesiones mineras: competencia para acordar su expropiación en supuestos e incompatibilidad de dichas explotaciones con el planeamiento urbanístico

La **STS de 22 de septiembre de 2011** (rec. núm. 4506/2007) desestima el recurso de casación formulado contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del

Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 29 de junio de 2007, que desestimó el recurso interpuesto por la titular de unos terrenos situados en la zona franca del puerto de Vigo que había interesado infructuosamente ante el Consejo de Gobierno de la Xunta de Galicia la expropiación parcial de tres concesiones mineras de las que era titular y que fueron ocupadas para la urbanización del polígono industrial «A Granxa» situado en la localidad de Porriño (Pontevedra), cuyo desarrollo estaba previsto en el contexto de la planificación de la mencionada zona franca.

Los hechos del caso se remontan a la adquisición realizada por el Consorcio de la Zona Franca de Vigo en el año 1992 de unos terrenos al Ayuntamiento de Porriño con la finalidad de desarrollar el mencionado polígono industrial tras la correspondiente aprobación de un Plan Parcial por el referido Ayuntamiento. Una vez iniciadas las obras de urbanización, diversas mercantiles alegaron ostentar derechos mineros en relación con los terrenos afectados y promovieron ante la Xunta de Galicia la iniciación de un expediente de ocupación temporal de éstos. Ante la imposibilidad de desarrollar simultáneamente ambas actividades en el mismo espacio físico (la industrial y comercial propia del polígono y la minera), el Consello de Goberno de la Xunta de Galicia acordó la incompatibilidad de ambos destinos y declaró que era prevalente el interés urbanístico correspondiente al desarrollo del Polígono industrial. Recurrida dicha resolución ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, la Sentencia de 19 de mayo de 1998 desestimó el recurso, y, por Auto del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1999, se declaró inadmisible el recurso de casación deducido contra ella.

Ante esta situación, la recurrente solicitó al Consello de Goberno de la Xunta de Galicia la expropiación de la concesión en la zona de terreno que coincide con el Polígono Industrial, interponiendo el consiguiente recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio de dicha petición.

La Sala de instancia resolvió la cuestión de la procedencia o improcedencia de la apertura de un procedimiento expropiatorio por parte de la Xunta de Galicia de los derechos mineros invocados en dos procesos distintos, uno instado por otra mercantil (rec. núm. 8424/2001) y otro promovido por la misma recurrente que ahora accede al Supremo en casación animada porque el Tribunal *a quo*, en la sentencia que ahora se recurre, cambió el criterio del primero de los procesos mencionados denegando en este otro caso el derecho de la recurrente a la apertura de un procedimiento expropiatorio de las concesiones mineras de las que era titular. Este cambio de criterio lo fundamentaba la Sala, reconsiderando los hechos y premisas normativas y jurisprudenciales que sirvieron de base a la sentencia dictada en el recurso núm. 8424/2001 en el que declaró la procedencia de la expropiación por parte de la Comunidad Autónoma, en la consideración de que correspondía al Consorcio de la zona franca del puerto de Vigo (que era la entidad promotora y beneficiaria de la ampliación del mencionado polígono industrial y de las expropiaciones pertinentes para ello) y no al Consello de la Xunta actuar conforme a lo previsto en el artículo 17 de la LEF y solicitar que se hubiese ampliado la relación de bienes y derechos a expropiar con dichas concesiones, cuyo justiprecio le correspondía abonar como beneficiaria de la expropiación, pues el citado Consello autonómico no puede ampliar la expropiación a bienes y derechos no contenidos en dicha relación o que no se describan material y detalladamente en el

proyecto de obras. De lo que se deduce que la Sala *a quo* acaba considerando titular de la potestad expropiatoria, en este caso, al Ayuntamiento de Porriño y no a la Xunta de Galicia.

El recurso de casación deducido frente a este pronunciamiento se ampara, como único motivo, en la infracción del artículo 33.3 de la CE y en los artículos 1 de la LEF y 1.1 de su Reglamento, que, a juicio de la recurrente, imponen la obligación de indemnizar toda privación coactiva de bienes o derechos por razón de utilidad pública que a efectos expropiatorios tienen las concesiones mineras en litigio, a las que sería aplicable preferentemente la Ley de Minas y la legislación minera en su conjunto, que otorga competencias a la Comunidad Autónoma sobre este tipo de explotaciones, siendo además la Comunidad Autónoma la que declaró la prevalencia del interés urbanístico del Plan parcial del Ayuntamiento para implantar el polígono industrial frente al interés particular de quien venía explotando los recursos mineros que resultaron incompatibles con el nuevo destino de los terrenos.

Para resolver el recurso así planteado, el Tribunal Supremo se apoya en el precedente de su Sentencia de 2 de julio de 2010 (rec. núm. 5143/2006), reiterando en esta otra que la expropiación interesada no es imperativa para la Administración autonómica, pues como ya se decía en aquella sentencia

> «... en términos generales, la expropiación, según resulta de lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución, constituye en esencia una limitación del derecho de propiedad y en tal sentido se condiciona la privación de los bienes y derechos a la existencia de causa jurídica —de utilidad pública o interés social— y al abono de la correspondiente indemnización, por lo que tal privación singular de bienes y derechos tiene el carácter de forzosa para el particular al que se sujeta a tal decisión que, en principio, constituye un gravamen para el mismo y no lo es para la Administración a la que ni obligan ni condicionan los intereses privados en orden al ejercicio de la facultad expropiatoria.
>
> Aunque lo expresado, tal como se indicaba en la sentencia de referencia "... no impide la existencia de regímenes jurídicos especiales en virtud de los cuales la expropiación se convierte en imperativa para la propia Administración expropiante en función de un mandato legal", a diferencia de lo que sucedía en el supuesto de hecho en ella contemplado en la que la obligación de expropiar venía determinada por el artículo 2.3 de la Ley 91/1978 [relativa al Parque Nacional de Doñana], en el de autos ningún precepto legal existe que obligue a la Administración a proceder a la incoación de un expediente expropiatorio, por lo que, en aplicación de la regla general expuesta, con la estimación del motivo casacional primero, procede declarar haber lugar al recurso por carecer de amparo normativo la condena que en la sentencia recurrida se contiene en orden a que la Administración autonómica proceda a incoar un expediente de la naturaleza indicada».

A estas razones añade la sentencia que la legislación minera invocada por la parte recurrente en sustento de su pretensión casacional no es aplicable al caso litigioso en la medida en que los preceptos invocados de dichas normas (artículos 22.3 y 36.3 de la Ley de Minas y artículo 55 de su Reglamento) regulan un supuesto de hecho diferente pues se refieren a la posible incompatibilidad de explotaciones mineras de recursos de distinta naturaleza que tratan de desarrollarse en un mismo espacio físico, circunstancia ajena a la que motiva la declaración de prevalencia entre utilidades públicas diferentes que aquí acontece como son las de desarrollo urbanístico y explotación minera.

3. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

A) Criterio jurisprudencial para la valoración de servidumbres de gaseoducto

La valoración de las servidumbres administrativas es una cuestión que, en principio, corresponde fijar al legislador sectorial en virtud de la remisión que consagra la legislación expropiatoria (artículo 2 del REF). No obstante, son raros los supuestos en los que el legislador sectorial prevé criterios específicos de valoración para las servidumbres; hasta el punto de que, salvando la importante excepción de la valoración de las servidumbres urbanísticas allí donde el legislador autonómico ha plasmado el criterio tradicional en la materia, es completamente usual que la legislación sectorial se remita a los criterios generales de valoración de la LEF. Pero el problema es que la LEF no contiene reglas de valoración específicas para el caso de expropiación parcial consistente en la imposición de servidumbres, aunque sí contempla el supuesto asimilable de valoración de los derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles (artículo 42). Sin embargo, se trata de una previsión vacía de contenido, que se limita a remitirse a lo que disponga la legislación fiscal, al igual que al final hace, por su parte, el artículo 22.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 al referirse a la valoración de derechos reales sobre inmuebles. Tampoco el Código Civil (subsidiariamente aplicable) arroja luz sobre esta cuestión.

Pese a esta indefinición legal, en esta Revista hemos sostenido que puede formularse un principio valorativo aplicable con carácter general a todos los supuestos de constitución de servidumbres administrativas: la valoración de éstas ha de atribuir al propietario del fundo sirviente un valor proporcional a la cuota ideal extraída al derecho de propiedad por la pérdida del uso exclusivo. Este es el principio que inspira el método seguido por los Tribunales para calcular la indemnización por la constitución de servidumbres administrativas, y que consiste en aplicar un porcentaje sobre el valor que obtendría el bien en caso de expropiación total. Dicho porcentaje se determina en función de múltiples variables, como el tipo de suelo afectado, la clase de servidumbre de que se trate, la intensidad del uso que represente el gravamen, la necesidad de ocupar permanentemente o no parte del terreno para establecer instalaciones o elementos de sustentación, las posibilidades de uso resultantes para el propietario, etc.; circunstancias todas ellas que aluden, en definitiva, al distinto impacto que las servidumbres pueden ocasionar sobre el derecho de propiedad y que obligan a aplicar con diferente alcance el referido criterio de valoración proporcional al valor total. En función de estas circunstancias y del sector contemplado, el análisis de la jurisprudencia arroja un variado cuadro que comprende valores muy cercanos al valor total del bien sirviente (cuando el contenido de la servidumbre es tan intenso que deja prácticamente vacío el derecho de propiedad), junto a supuestos en los que el porcentaje aplicado se aleja de dicho valor, pasando por otros en los que la regla general es justipreciar la imposición de gravamen al cincuenta por ciento.

En este orden de consideraciones tiene interés el pronunciamiento de la **STS de 19 de julio de 2011** (rec. núm. 4971/2008) sobre el criterio jurisprudencial para la valoración de servidumbres de gaseoducto, que, frente a lo afirmado por el Tribunal *a quo*, recuerda que

> «(…) esta Sala no ha afirmado jamás que la valoración de la imposición forzosa de la servidumbre de gasoducto —o de cualquier otra clase de servidumbre— deba correspon-

der siempre a un porcentaje preciso e invariable del valor del suelo afectado, sino que el porcentaje reputado correcto varía de un caso a otro. Pero ello no significa ausencia de criterio jurisprudencial. Antes al contrario, si esta Sala no utiliza siempre una misma cifra es porque las circunstancias de cada caso y, en particular, el modo en que la servidumbre —de gasoducto o de otra índole— afecta a la utilidad que el propietario puede obtener del predio sirviente son cruciales para determinar la pérdida económica padecida por aquél y, por consiguiente, para calcular adecuadamente el correspondiente justiprecio.

Pues bien, aunque en alguna ocasión, como alega el recurrente, se haya valorado la imposición forzosa de la servidumbre de gasoducto en el 100%, lo más frecuente es estimar adecuados porcentajes inferiores, que se hallan en torno al 90% adoptado por la sentencia impugnada. Véanse, en otras, las sentencias de esta Sala de 28 de abril de 1989, de 19 de febrero de 1990 y de 26 de septiembre de 1995. Hay que tener presente que la servidumbre de gasoducto implica, por razones evidentes de seguridad, una extremada limitación de los usos posibles en el terreno afectado; lo que explica que, a diferencia de lo que sucede con otras clases de servidumbres, se suela tasar en un porcentaje de valor del suelo tan elevado como el 90%. Pero llegar al 100% del valor del suelo equivaldría a admitir que éste carece de utilidad alguna para su propietario; es decir, equivaldría a afirmar que no hay diferencia con la expropiación del dominio. Esto último, salvo en supuestos extremos, es difícil de sostener, aunque sólo sea porque conservar la titularidad dominical —incluso a falta de utilidad inmediata— siempre tiene un interés económico potencial: si se modifican las circunstancias de la servidumbre, el propietario recupera, en mayor o menor medida, la utilidad del predio sirviente; algo que no podría ocurrir de haber sido privado definitivamente de la propiedad.

Habida cuenta de que en el presente caso no ha quedado acreditado que la imposición forzosa de la servidumbre de gasoducto suponga una pérdida de utilidad del terreno afectado por aquélla equivalente a la pérdida de la propiedad, no es correcto sostener, como hace el recurrente, que sólo la tasación en el 100% del valor del suelo es ajustada a la jurisprudencia».

B) Criterios legales para la determinación y pago de los intereses de demora

Al hilo de la estimación de un recurso de casación, la **STS de 19 de julio de 2011** (rec. núm. 5546/2007) recoge los criterios legales que han de seguirse en la determinación y pago de los intereses de demora en la expropiación, que reproducimos como recordatorio de un criterio plenamente asentado, comentado por nosotros en muchas ocasiones anteriores, que esta sentencia expone sintéticamente al remitir el cálculo de dichos intereses a la fase de ejecución de la sentencia estableciendo para ello las siguientes bases:

«1.ª Los intereses por demora en la determinación del justiprecio, si efectivamente los hubiere, se calcularán, tal como ordena el artículo 56 LEF, desde el día en que se cumplieron seis meses desde la declaración de necesidad de ocupación de los terrenos expropiados hasta el día en que se adoptaron los acuerdos del Jurado fijando el justiprecio. El principal sobre el que se deben calcular estos intereses es el importe íntegro del justiprecio.

2.ª Los intereses por demora en el pago del justiprecio se calcularán, con arreglo al artículo 57 LEF, desde el día en que se cumplieron seis meses desde la determinación del justiprecio por los acuerdos del Jurado hasta el día en que se quedó totalmente pagado el justiprecio. El principal sobre el que se deben calcular estos intereses es el importe de aquella parte del justiprecio que, en lugar de ser pagada con anterioridad a la ocupación, fue objeto de consignación.

> 3.ª Los intereses se entenderán devengados en el modo previsto por el artículo 451 CC, con el tipo legal aplicable en cada momento».

4. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Para que el pago del precio caducado excluya el derecho de retasación no basta con el pago del justiprecio, además es preciso que concurra la voluntad del expropiado de considerarlo satisfecho

En el período analizado destacan tres **Sentencias de 26 de septiembre de 2011** (rec. núm. 3058/2010, 555/2010 y 6792/2010) relativas a desestimaciones administrativas de solicitudes de retasación efectuadas sobre el justiprecio acordado para el pago de expropiaciones resultantes de la ampliación del aeropuerto de Madrid-Barajas. En los tres casos, la Dirección General de Aviación Civil rechazó las solicitudes de retasación por considerar, siguiendo el criterio de AENA (beneficiaria de la expropiación), que el justiprecio había sido pagado sin que la parte hubiera hecho reserva alguna del derecho de retasación. Concretamente, consideran dichas resoluciones administrativas que, habiéndose formulado la solicitud de retasación tras haber recibido el justiprecio determinado por sentencia judicial, sin hacer reserva de tal derecho, «por sus propios actos se acomodaron al *quantum* indemnizatorio, provocando la extinción de su derecho de retasación de las fincas, por lo que procede desestimar las pretensiones de los recurrentes a que se de trámite a las retasaciones solicitadas».

Frente a dicha resolución, los interesados interpusieron recursos contencioso-administrativos que fueron rechazados en lo relativo a la cuestión de la retasación solicitada, por considerar el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que no existía elemento diferenciador alguno entre el supuesto contemplado, la extinción de la obligación por el pago extemporáneo del justiprecio pero anterior a una petición de nueva valoración, con la extinción de las obligaciones civiles de pago, afirmando en consecuencia que «hay una obligación de pago que se cumplió extemporáneamente con relación a los dos años dispuestos por el artículo 58 y dicho cumplimiento ha sido aceptado con todas sus consecuencias extintivas».

Añade la Sala en relación con el carácter de las hipotéticas reservas en el caso del pago que

> «(…) la exigencia de la reserva sobre el pago, ya sea éste simple o con expresión de conformidad con la cantidad, es la consecuencia del efecto liberatorio del pago que hemos manifestado. Si el pago extingue la obligación, su aceptación es en sí un hecho contradictorio con el previo de haber solicitado una valoración nueva del bien al que corresponde el precio pagado. Por ello el Tribunal entiende que no se trata de una renuncia de derechos que, como alguna jurisprudencia exige, ha de constar expresamente, sino que, como expone la doctrina jurisprudencial mayoritaria y más reciente, es una consecuencia de la necesaria vinculación a los propios actos pues, como decimos, se ha pedido una nueva valoración del bien y luego se acepta el pago extintivo del precio. Lo que esta doctrina exige es que en el acto del pago que, por ser posterior a la petición de la retasación ha de prevalecer, se manifieste que subsiste dicha petición y de esta forma no perezca la obligación de pagar. Las sentencias de 7 de febrero de 2007 y la de 8 de abril de 2008 lo expresan con nitidez al decir que "lo que enerva el derecho a la retasación no es la efectividad o materialización del

> pago del justiprecio, sino la aceptación de dicho pago sin reservas y de plena conformidad en cuanto implica la renuncia en la retasación y por lo tanto su ejercicio con posterioridad a dicha aceptación resulta contrario a sus propios actos". En definitiva no es una renuncia estricta el supuesto contemplado sino la necesidad de aclarar una aparente contradicción que, añadimos nosotros, en su caso se decantaría por la eficacia liberatoria del pago por ser el acto posterior».

Elevado el problema al Tribunal Supremo, éste rechaza el razonamiento de instancia y estima los motivos casacionales deducidos por los propietarios expropiados en un largo fundamento jurídico en el que se resuelven diversas cuestiones sobre el alcance del derecho de retasación y sobre la viabilidad de su ejercicio atendiendo al efecto producido por el pago extemporáneo del justiprecio caducado.

Comienza el Tribunal Supremo haciendo una referencia a los principales criterios generales que sobre la materia ha venido estableciendo la jurisprudencia, que se reflejan en la Sentencia de 7 de junio de 2006, cuando señala que

> «(…) el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa contempla el derecho del expropiado a una nueva evaluación de las cosas o derechos objeto de expropiación (retasación), por el mero transcurso de dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justiprecio se haga efectivo o se consigne, plazo de caducidad y cuyo cómputo se inicia con la fecha del acuerdo del Jurado de Expropiación Forzosa fijando el justiprecio, como señala el artículo 35.3 de la dicha LEF y declara abundante jurisprudencia (…).
>
> Por otra parte, la retasación se configura como una garantía para el expropiado, ante la demora en la efectividad o pago del justiprecio, con la finalidad de que el mismo sea adecuado a la realidad patrimonial que se entiende afectada por el transcurso de dicho plazo y que exige una nueva valoración de los bienes y derechos expropiados. Como señala la sentencia de 17 de mayo de 1994, la retasación es una figura jurídica de marcado corte garantista en beneficio del expropiado, no tratándose de un mecanismo sancionador a la Administración en razón de su inactividad sino que incorpora una garantía en favor del expropiado, siendo claro que lo tutelado es la lesión del expropiado consistente en no haber recibido el justiprecio señalado en dicho plazo, con independencia de la causa de la demora, tanto si ésta es debida a la mera inactividad administrativa como a la equivocación o error al pagar a otra persona».

Por otra parte, como señalara la Sentencia de 19 de enero de 1999,

> «(…) la pendencia de un recurso contencioso-administrativo contra la resolución por la que se fija definitivamente en vía administrativa el justiprecio no es obstáculo al ejercicio del derecho a solicitar la retasación en el plazo legal (…), esta Sala ha venido admitiendo, al menos implícitamente, que la pendencia del recurso contencioso-administrativo no obsta al transcurso del plazo para la retasación y no faltan resoluciones que parecen acoger más explícitamente la expresada doctrina. Así sucede con las sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 1978, de 17 de noviembre de 1979, de 18 de marzo de 1983, de 20 de abril de 1985 y más recientemente —aunque se refiere a esta cuestión en *obiter dicta* o razonamiento complementario y de modo indirecto—, en la sentencia de 5 de junio de 1997».

Finalmente ha de tenerse en cuenta que tampoco obsta al ejercicio del derecho a la retasación el que se haya hecho efectivo o consignado el justiprecio una vez transcurrido el plazo de caducidad fijado en el artículo 58 de la LEF, salvo que el expropiado manifieste de modo inequívoco su voluntad de renunciar a dicho derecho o que reciba el pago mostrando su conformidad con el *quantum* y sin hacer reserva o protesta alguna al respecto, según abundante jurisprudencia (SSTS de 22 de junio de 1991, de 14 de noviembre de 1995, de 14 de junio de 1997, o de 7 de febrero de 2002), el pago posterior a los dos años de la fijación del justiprecio no es obstáculo para que proceda la retasación si se ha solicitado la misma con anterioridad a dicho pago, de lo que se deduce que la solicitud de retasación no puede quedar enervada por el solo hecho de admitir el pago del precio fijado administrativamente. Sólo la aceptación del pago sin reservas excluye el derecho de retasación, no siendo admisible, por el contrario, la retasación cuando actos propios del expropiado manifiestan una acomodación al *quantum* de la indemnización.

A partir de estos planteamientos generales, las sentencias que comentamos llegan a las siguientes consideraciones, orientadas ya a las cuestiones que se plantean en los respectivos recursos:

— El hecho determinante del nacimiento del derecho a la retasación viene constituido por la caducidad del justiprecio fijado por el Jurado, en razón del transcurso del plazo de dos años establecido en el artículo 58, por la Ley de Expropiación Forzosa.

— El fundamento de dicha caducidad, según la jurisprudencia, es la necesidad de evitar que el paso del tiempo y la erosión inflacionaria alteren la relación patrimonial existente entre los bienes expropiados y la indemnización establecida como compensación por su pérdida. De este modo se atiende la finalidad perseguida por el legislador en el sentido de considerar que, transcurridos dos años desde la fijación del justiprecio en vía administrativa, el mismo puede no satisfacer ya la exigencia de abono de una indemnización que se corresponda con el sacrificio patrimonial sufrido por el expropiado y que exige el artículo 33.3 de la Constitución, por lo que se reconoce *ex lege* el derecho del mismo a la determinación de un nuevo justiprecio, conforme a las circunstancias concurrentes al tiempo de la retasación.

— La caducidad del justiprecio opera, como resulta de lo expuesto en relación con el artículo 35.3 de la LEF, sobre la fecha de fijación del mismo en vía administrativa, por lo tanto al margen de su impugnación en vía jurisdiccional, cuyo resultado no afecta a la condición de caducado del justiprecio revisado por el órgano judicial, pues no ha de perderse de vista que tal revisión se realiza sobre las circunstancias concurrentes al momento al que viene referido el justiprecio y que es, precisamente, la superación de tales circunstancias por el tiempo transcurrido la que determina la caducidad *ex lege* del justiprecio. Así pues, el justiprecio que resulta de la revisión jurisdiccional de un justiprecio caducado sigue siendo un justiprecio caducado.

— Ello supone, por lo tanto, que el pago de dicho justiprecio inicial, más allá del plazo de dos años de caducidad, ya tenga lugar antes o después de la revisión jurisdiccional, no produce, en principio, y por sí solo el efecto extintivo de la obligación de indemnizar, pues la declaración *ex lege* de caducidad lo priva de la condición de indemnización correspondiente prevista constitucionalmente como contenido de

dicha obligación, abriendo simultáneamente el derecho del expropiado a la exigencia de la determinación de un nuevo justiprecio, que es lo que la retasación supone. Dicho de otro modo, el justiprecio caducado ya no representa la indemnización en las condiciones exigidas por la ley como contenido de la obligación derivada de la expropiación y, por lo tanto, su abono y percepción no produce por sí mismo el efecto extintivo de ésta. Por lo demás, la Ley tampoco exige, como condición para hacer efectiva la retasación, la renuncia al abono del justiprecio caducado, lo que es perfectamente entendible en cuanto supondría una carga para el expropiado que vería retrasada la percepción de cantidad alguna hasta el resultado de la retasación. Por eso la jurisprudencia establece con carácter general que la solicitud de retasación no puede quedar enervada por el solo hecho de admitir el pago del precio fijado administrativamente (SSTS de 7 de febrero de 2002 y de 6 de febrero de 2007, entre otras).

— Ello no significa que el ejercicio del derecho de retasación no pueda resultar afectado por las circunstancias en las que se produzca la extemporánea percepción por el expropiado del justiprecio caducado, pero implica examinar en cada caso la voluntad de éste en relación con el ejercicio de ese derecho, que está sujeto a las reglas generales de todo derecho de tal naturaleza, además de las que específicamente establezca la legislación sectorial.

Sobre tales reglas se pronuncia la sentencia comentada en los siguientes términos:

> «(...) aparte de la prescripción del derecho que se produce por el transcurso del tiempo establecido legalmente y que no es de apreciar en este caso, en el que la propia Administración en la resolución de alzada entiende que la acción de retasación no es extemporánea, dado su carácter personal y plazo de prescripción de quince años establecido en el artículo 1964 del Código Civil, el ejercicio de la retasación puede verse afectado, según la jurisprudencia ya citada, por las circunstancias en que se acepta el pago del justiprecio caducado, en cuanto medie renuncia expresa o tenga lugar sin reservas, entendiendo satisfecha la indemnización que le corresponde por la expropiación o cuando actos propios manifiestan una acomodación al *quantum* de la indemnización o, como dice la sentencia de 31 de diciembre de 2002, cuando "del acta de pago o de cualquier otro documento, posterior a la solicitud de la retasación, se deduzca inequívocamente la voluntad de renunciar a ésta", es decir, cuando medie un acto de voluntad del expropiado dándose por reparado, con la indemnización recibida, del sacrificio patrimonial que la expropiación le ha supuesto, en cuanto con ello viene a renunciar o excluir la retasación como vía para llegar a dicha reparación patrimonial. Así se pone de manifiesto en numerosas sentencias de esta Sala, ya desde la de 13 de mayo de 1991, que cita las más antiguas de 4 de julio de 1979, 26 de diciembre y 18 de marzo de 1983, y que precisamente en un caso de aceptación del pago de las cantidades fijadas jurisdiccionalmente, excluye la retasación en cuanto tal aceptación incluía la cláusula "indicativa de quedar liquidadas todas las cantidades comprendidas, por cualquier concepto en la valoración de los bienes expropiados, sin hacer reserva, protesta u objeción alguna, supone una manifestación expresa de voluntad de acomodación del expropiado al *quantum* de la valoración..."; en el mismo sentido la sentencia de 6 de febrero de 2007, cuando dice que "lo que enerva el derecho de retasación no es la efectividad o materialización del pago del justiprecio sino la aceptación de dicho pago sin reservas y de plena conformidad en cuanto implica la renuncia a la retasación y por lo tanto su ejercicio con posterioridad a dicha acep-

> tación resulta contrario a sus propios actos". También la sentencia de 8 de abril anuda la exclusión de la retasación a la voluntad del propio expropiado, que deduce del hecho de que en las actas de pago "no se contiene reserva ni reparo alguno sobre el justiprecio o su subsistencia, e incluso se dan por saldadas y liquidadas las correspondientes obligaciones, manifestando que no tienen nada más que reclamar, lo que constituye una inequívoca postura ante la liquidación del justiprecio que no puede contradecirse con la posterior solicitud de fijación de un nuevo justiprecio, que es lo que en definitiva se persigue con la retasación"».

Por lo tanto ha de entenderse que para que el pago del precio caducado excluya el derecho a la retasación (y con independencia de que tenga lugar antes o después de la revisión jurisdiccional), no basta con el mero pago y percepción de éste sino que es preciso que de las manifestaciones o actitud del expropiado se desprenda su voluntad de considerar satisfecha de esa forma su derecho a la indemnización, reflejando una voluntad de renuncia o la realización de actos propios contrarios a la retasación.

Y, como añade la sentencia, la valoración de la voluntad del expropiado por parte del Tribunal dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso. Así,

> «(…) habiendo mediado ya la solicitud de retasación cuando se recibe el justiprecio caducado, existe una voluntad previa del expropiado de acudir a la determinación de un nuevo justiprecio, por lo que para excluir la retasación habrá de producirse una renuncia expresa o por hechos inequívocos, mientras que, a falta de esa solicitud previa al pago, bastarán fórmulas de aceptación del pago en la condición de satisfacción total de la indemnización debida por la expropiación, como las que se han citado antes con referencia a la jurisprudencia, para concluir en la voluntad del expropiado de excluir la retasación, que por lo tanto no podrá ejercitarse posteriormente.
>
> En casos como el presente, en los que media una sentencia firme, que además y acogiendo una doctrina jurisprudencial favorable a la posición del expropiado recurrente, eleva muy notablemente el justiprecio inicialmente establecido por el Jurado, la actitud del expropiado, que conocido por la sentencia el alcance de la indemnización que finalmente le corresponde, no ejercita el derecho de retasación, aguardando más de un año la percepción del justiprecio en ejecución de sentencia, que recibe sin mediar manifestación alguna durante ese tiempo ni en el acta de pago sobre la retasación, de cuyo ejercicio prescinde durante largo tiempo, sin que se invoque la existencia de razones que justifiquen la demora, no pueden sino considerarse hechos propios representativos de la aceptación del *quantum* de la indemnización fijada en la sentencia, como satisfacción de su derecho indemnizatorio por el sacrificio patrimonial sufrido, lo que resulta contrario y excluyente de un posterior ejercicio del derecho de retasación, transcurridos más de tres años desde la sentencia y dos desde las actas de pago del justiprecio, sin ninguna causa que justifique la demora».

Ello resulta conforme con una interpretación del alcance del derecho de retasación adecuada a las previsiones de la LEF y su Reglamento, a cuyo efecto cabe señalar lo siguiente. Primero, que el ejercicio del derecho de retasación con tan considerable demora (que pudiera entenderse justificada hasta la obtención de sentencia judicial en cuanto permite conocer el alcance final de la indemnización, pero que no se ha justificado en modo alguno tras tener conocimiento de ella), no responde a la naturaleza y contenido del derecho de retasación, pues tal cosa no es congruente con el hecho de que la demora por

dos años en el pago del justiprecio determine la caducidad del mismo —por entender que pueden haberse modificado las condiciones que se tuvieron en cuenta para tal valoración— que el expropiado demore, de manera injustificada, la petición de retasación por un tiempo muy superior, incluso computado desde la sentencia judicial; y tampoco puede olvidarse, por otro lado, que la retasación implica establecer un nuevo justiprecio, conforme a las circunstancias y elementos de valoración concurrentes al tiempo de la solicitud, de manera que la elección de tal momento determina el alcance de la indemnización, que quedaría así a la voluntad de una de las partes de la relación expropiatoria, propiciando actitudes especulativas y el ejercicio abusivo del derecho, poco conformes con el carácter objetivo que la legislación de expropiación forzosa establece al momento al que ha de referirse el justiprecio y las consecuencias de la demora en su determinación o abono. Segundo, que la situación de pendencia del justiprecio durante el largo plazo de prescripción del derecho a voluntad del expropiado, sin causa que lo justifique, afecta gravemente a la seguridad jurídica, alterando sustancialmente los tiempos, referencias y elementos de fijación del justiprecio que la legislación de expropiación forzosa regula como elemento esencial de la institución; de manera que una interpretación conforme a ella exige adecuar a éstos el ejercicio del derecho de retasación, conforme a la finalidad y contenido del mismo, pues el plazo de prescripción se fija por el legislador a efectos de la pervivencia del derecho —en este caso justificado sin duda por las características del procedimiento expropiatorio y sus variadas incidencias—, pero no como medio para propiciar una alteración de su contenido por el juego del tiempo y a voluntad de su titular, con quiebra de los criterios objetivos legalmente establecidos.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.

   A) Antijuridicidad del daño. Obligaciones de transparencia y daños al honor por sus consecuencias mediáticas. Severo Ochoa: actuaciones de la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de Madrid ante una denuncia sobre supuestas malas prácticas en el Servicio de Urgencias del Hospital Severo Ochoa de Leganés.

   B) Antijuridicidad del daño. Teoría del margen de tolerancia: no opera respecto a los aspectos reglados de la potestad.

   C) Antijuridicidad del daño. Cláusula del estado de los conocimientos.

3. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS RECLAMACIONES FORMULADAS CONTRA LAS ACTUACIONES DE UNA SOCIEDAD ESTATAL QUE PRESTA UN SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL.

4. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. RESPONSABILIDAD POR LEYES INCONSTITUCIONALES. LEY BALEAR QUE ESTABLECE EL IMPUESTO SOBRE LAS INSTALACIONES QUE INCIDEN EN EL MEDIO AMBIENTE. LIMITACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LOS EFECTOS DE SU SENTENCIA, QUE EXCLUYE EL DERECHO A OBTENER UNA INDEMNIZACIÓN.

5. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. RECTIFICACIÓN DE DOCTRINA ANTERIOR Y RECONDUCCIÓN DEL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD POR PRISIÓN PREVENTIVA BASADA EN INEXISTENCIA SUBJETIVA A LA RESPONSABILIDAD POR ERROR JUDICIAL.

6. RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO. PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA. RECTIFICACIÓN DE DOCTRINA ANTERIOR. INNECESARIEDAD DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA DE RECURSO FRENTE AL ACTO DE APLICACIÓN CAUSANTE DEL DAÑO.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica no contiene una serie numerosa de pronunciamientos judiciales pero los que se incluyen en ella son especialmente relevantes, unos por la repercusión mediática que los hechos tuvieron en su momento, otros porque vienen a rematar con nuevos matices doctrinas ya mantenidas sobre aspectos importantes de la garantía. Pero sobre todo quedan registradas dos importantes sentencias que modifican sustancialmente sendas líneas jurisprudenciales mantenidas hasta el momento.

Es digna de ser destacada la **STS de 28 de febrero de 2011** por cuanto se desenvuelve en la difícil frontera entre el suministro de información por parte de la Administración sobre sucesos acaecidos en el seno de un servicio público —la presunta sedación irregular de enfermos terminales en el servicio de urgencias del Hospital Severo Ochoa— y los efectos negativos que esa información no acreditada arrojó sobre los facultativos y demás personal implicado; el Tribunal inclina la balanza en este caso del lado del deber de información por parte de la Administración. Ardua cuestión, sin duda.

Especial importancia tiene también la **STS de 8 de marzo de 2011** de la que se desprende la fuerza de la fórmula «funcionamiento de los servicios públicos» para atraer hacia el régimen de la responsabilidad administrativa supuestos formalmente regidos, al menos en apariencia, por reglas de derecho privado. En suma, un buen ejemplo de la doctrina del levantamiento del velo. También merece ser tenida en cuenta la **STS de 25 de febrero de 2011**, sencillamente porque contiene todo un compendio de la doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales.

Pero como antes quedó apuntado, mención especial merecen, cada una en su ámbito, las **SSTS de 23 de noviembre de 2010** y **24 de enero de 2011**. La primera incorpora la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en aplicación del principio de presunción de inocencia pura y netamente interpretado, proscribe la distinción que la jurisprudencia española venía manteniendo a efectos de responsabilidad entre absolución por *inexistencia subjetiva* —por no participación del acusado en los hechos delictivos— y absolución por no haber quedado desvirtuada la presunción de inocencia, distingo que el TEDH no consiente al dejar planear una duda sobre la inocencia del sujeto, lo que reconduce al TS a hacer una interpretación no extensiva del artículo 294 de la LOPJ, limitando su aplicación —el reconocimiento de responsabilidad— a los casos de prisión preventiva cuando la posterior sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento se produzcan porque objetivamente el hecho ha resultado inexistente, lo cual excluye *ab initio* la presunta regla de que haya que indemnizar siempre que haya absolución. Es imprescindible entrar en los fundamentos de la sentencia para aprehender debidamente su posición.

En cuanto a la segunda, se plasma en ésta el principio proclamado por el TJCE según el cual no es admisible que el planteamiento de una acción de responsabilidad por infracción del derecho comunitario por una ley del Estado tenga que superar trabas procedimentales —el agotamiento de todas las vías internas de recurso para impugnar la validez del acto administrativo aplicativo de dicha ley— que no existen cuando se trata de infracciones de la Constitución, pues ello resulta contrario a los principios de equivalencia y efectividad.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) Antijuridicidad del daño. Obligaciones de transparencia y daños al honor por sus consecuencias mediáticas. Severo Ochoa: actuaciones de la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de Madrid ante una denuncia sobre supuestas malas prácticas en el Servicio de Urgencias del Hospital Severo Ochoa de Leganés

La **STS de 28 de febrero de 2011**, *Ar.* 1844, conoce de una reclamación relacionada con unos hechos por todos conocidos: las actuaciones de la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de Madrid ante una denuncia sobre supuestas malas prácticas en el Servicio de Urgencias del Hospital Severo Ochoa de Leganés. Interponen la reclamación tanto el personal médico, a título individual, como la Asociación para la defensa del Hospital Severo Ocho de Leganés, fundada en el daño en la dignidad, honor y buen nombre del personal sanitario afectado. Consideran que el tratamiento mediático del que fueron objeto es consecuencia de una actuación imprudente y desproporcionada, basada en una denuncia anónima y ponen como ejemplo de tal afirmación, la actuación del anterior Consejero con ocasión de la investigación de los mismos hechos años antes.

El Tribunal Supremo deniega la indemnización. Considera que:

> «La primera información a los medios de comunicación por parte de la Consejería era obligada, tal como se infiere de su contenido, por ese deber de transparencia que ha de presidir toda actuación administrativa, máxime cuando incide directamente sobre una materia tan sensible como es la asistencia médica y ello, entre otras razones, para no generar una alarma innecesaria en los ciudadanos, y, particularmente, en los pacientes del Hospital concernido, sin que dicha información pueda ser tildada de precipitada o imprudente, pues cuando se emite el primer comunicado, la Consejería contaba con indicios de posibles, cuando menos, irregularidades en una parcela muy concreta de la actividad que se desarrollaba, no toda, desde luego, en el Servicio de Urgencias del Hospital Severo Ochoa de Leganés. Deber de información por parte de la Consejería y derecho a esa información por parte de la ciudadanía se produce el día 11 de marzo de 2005 en un tono y contenido totalmente mesurado y respetuoso con la labor del Hospital y de los profesionales que en el mismo trabajaban.
>
> Los posteriores comunicados informativos se limitaron —desde el pleno respeto a la actividad desarrollada en el Hospital y a la alta capacitación y entrega de los profesionales y trabajadores del Centro— a poner en conocimiento público los resultados de las investigaciones que la Consejería había ordenado y de los que se inferían, desde luego, irregularidades».

Califica, en efecto, de importantes las irregularidades administrativas detectadas con independencia y al margen de que la causa penal concluyera con un sobreseimiento provisional por falta de prueba bastante para acreditar que los fallecimientos fueron consecuencia directa de la sedación. Valora que:

> «Partiendo, por tanto, de estos datos (objetivos y que constan en autos), la reacción mediática que se desató en los distintos medios de comunicación —no solo con fines informativos y a la que, volvemos a insistir, no fueron ajenos colectivos del Severo Ochoa—, es comprensible ante la naturaleza de los hechos denunciados, graves y muy sensibles para la opinión pública, algo que acontece no solo en este caso, sino en cualquier otro con relevancia o «curiosidad»

> pública o periodística, provocando en muchas ocasiones un "juicio paralelo", de consecuencias irreparables para los afectados. Efecto que —de haberse producido— es sólo imputable a los medios de comunicación y a quienes, desde ellos, vierten sus opiniones personales —ya sean a favor o en contra—, sin conocer la realidad de las actuaciones administrativas o judiciales y éste es un resultado perverso, tributario de la sociedad de la información».

Entiende, pues, que:

> «No ha existido por parte de la Administración autonómica actuación alguna atentatoria al honor, buen nombre y prestigio del Hospital Severo Ochoa, ni de sus profesionales sanitarios y trabajadores, sino el ejercicio obligado de sus potestades y responsabilidades encaminadas a esclarecer unos hechos de extrema gravedad —que solo afectaban, insistimos, a una parcela muy concreta de la actividad del Servicio de Urgencias del Hospital "Severo Ochoa"—, esclarecimiento que revela, cuando menos, evidentes irregularidades en la gestión y tratamiento de la sedación de pacientes terminales (heterodoxas, aunque no existan pruebas suficientes, desde la perspectiva penal, para su imputación a título de delito). Luego, los profesionales afectados por la investigación de tales hechos —únicos a los que, en su caso, el tratamiento mediático ha podido incidir negativamente en su prestigio, honorabilidad profesional y expectativas de futuro— tenían el deber jurídico de soportar tales investigaciones, sus resultados y consecuencias, sin que la sobreactuación mediática sea (de haber existido, volvemos a reiterar), por lo expuesto, imputable a la Comunidad de Madrid».

Obsérvese, pues, que la desestimación del recurso se basa en dos apreciaciones opinables (no decimos que nos parezcan erróneas, sino, tan sólo, que pueden concitar adhesiones y críticas): que la Administración cumple con una obligación informando a los medios de comunicación de la existencia de posibles malas prácticas, no acreditadas, en materia sanitaria, al margen de las consecuencias que pueda tener esa información para los afectados, y que dichas consecuencias han de imputarse, en su caso, a los propios medios de comunicación (pese a que la previa publicidad sea una causa necesaria, esto es, a que de no haber existido no se habría producido el posterior tratamiento mediático).

B) Antijuridicidad del daño. Teoría del margen de tolerancia: no opera respecto a los aspectos reglados de la potestad

En la **STS de 22 de febrero de 2011**, *Ar.* 1259, se analiza la indemnizabilidad de los perjuicios derivados de la demora en obtener autorización para la apertura de una oficina de farmacia, negada primero por resolución administrativa y otorgada después en cumplimiento de la sentencia que anuló la denegación inicial, por estar basada en un erróneo cómputo de los habitantes de la población. La sentencia tiene interés en cuanto descarta que se pueda aplicar la «teoría del margen de tolerancia» cuando la ilegalidad ha consistido en una apreciación errónea de elementos reglados.

> «En cuanto al segundo de los requisitos cuya concurrencia se niega, el de la antijuridicidad del daño, no es tampoco una alegación que podamos acoger, pues la Sala de instancia trae a colación en su sentencia, de modo certero, la jurisprudencia sobre ese particular en los supuestos, como lo es el enjuiciado, en que el origen de la hipotética responsabilidad es la anulación de un acto administrativo, y luego la aplica también sin desconocer su sentido, afirmando, como ya indicamos, que el error de la Administración se produjo en los aspectos

reglados de la decisión, por lo que no operan los márgenes de apreciación a los que alude dicha jurisprudencia. Limitándose la parte recurrente, frente a ello, a alegar en abstracto que el cómputo de la población era un tema controvertido, pero sin explicar de modo convincente que su decisión de entonces fuera, aunque se anulase, razonada y razonable. Es más, hay en ella, en el párrafo segundo de su fundamento jurídico III, un claro error de cálculo, que lleva a disminuir en más de 16.000 habitantes la población que, atendiendo al criterio que allí se consideraba, habría que haber tomado en cuenta.

Y ya por lo que hace al tercero de aquellos requisitos, su suerte ha de ser la misma, pues más allá de la reducción del tiempo de demora que razonadamente lleva a cabo la sentencia recurrida, carece de sentido imputar a la actora que su opción de recurrir jurisdiccionalmente contra la resolución denegatoria, en vez de interponer un recurso extraordinario de revisión, según hizo otro de los solicitantes, contribuyera a demorar la obtención de la autorización de la oficina de farmacia. Es así, porque si la Administración hubiera estado realmente dispuesta a reconocer el error aritmético al que ella misma se refiere en este apartado de su escrito de interposición, fácil le hubiera sido poner fin al proceso sin necesidad de sentencia. Siendo desde luego de todo punto desmesurado traer a colación en este concreto caso la idea de que en supuestos de concurrencia de causas se ha excluido la responsabilidad "cuando la conducta de la propia víctima ha sido tan intensa que el daño no se hubiera producido sin ella"».

C) Antijuridicidad del daño. Cláusula del estado de los conocimientos

En la **STS de 15 de febrero de 2011**, *Ar.* 1472, se solicita indemnización por el funcionamiento de los servicios sanitarios por el daño consistente en el padecimiento del síndrome de Reye por una persona causado por la administración de aspirina cuando era niño.

El Tribunal Supremo considera que no concurre un daño antijurídico, dado que en la fecha en que se produjeron los hechos, la medicina desconocía la relación entre el síndrome de Reye y la administración de aspirina a los niños. Es una aplicación de la «cláusula del estado de los conocimientos» que luce en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992:

«Los antecedentes de este asunto son los siguientes. En el verano de 1982, siendo un lactante, a don Aníbal se le administró aspirina en el Hospital Reina Sofía de Córdoba, para combatir un problema respiratorio con fiebre. Más tarde desarrolló el síndrome de Reye, que es una forma de retraso mental. Atribuyendo la enfermedad a la administración de aspirina, sus padres presentaron reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por deficiente asistencia sanitaria, que fue desestimada por resolución del Ministerio de Sanidad y Consumo de 16 de mayo de 2003. Acudieron entonces a la vía jurisdiccional, donde su pretensión indemnizatoria se vio rechazada por la sentencia que ahora se impugna. Ésta hace las siguientes afirmaciones de hecho: A) En el estado actual de la ciencia, es sabido que la administración de aspirina a los niños puede ocasionar, en un número estadísticamente bajo de casos, el síndrome de Reye; pero es también sabido que esta enfermedad, siempre rara, puede igualmente contraerse por otras causas. B) Aunque el texto de la sentencia no es absolutamente claro y tajante en este punto, parece aceptar que la causa de que don Aníbal contrajera el síndrome de Reye es la aspirina que le fue administrada en el Hospital Reina Sofía de Córdoba cuando era lactante. C) Sólo en 1986 se adoptó la decisión, tanto en Estados Unidos como en Europa, de que los prospectos de compuestos de aspirina hubieran de advertir sobre el riesgo de contraer el síndrome de Reye. A la vista de estas consideraciones, la sentencia impugnada concluye que resulta aplicable el artículo 141.1 LRJ-PAC, por tratar-

se de hechos "que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos"; es decir, entiende que la actuación de la Administración sanitaria fue ajustada a la *lex artis.*

Es en el motivo tercero del recurso de casación donde se plantea la cuestión crucial, a saber: si en 1982 debía un profesional competente de la medicina saber que la administración de aspirina a los niños puede causar el síndrome de Reye. La Sala de instancia, tras un cuidadoso examen de las pruebas practicadas, da una respuesta negativa. Vale la pena reproducir el siguiente pasaje de la sentencia impugnada:

"En efecto, la Agencia Española del Medicamento ha informado en el expediente (págs. 15 y siguientes, y 384 y siguientes) que la relación entre el uso de ácido acetilsalicílico y el desarrollo del SR es hoy día aceptada universalmente, pero que hasta llegar a ello se mantuvieron controversias originadas fundamentalmente por la falta de evidencia científica: los primeros estudios se publicaron a principios de los años 80 (la parte demandante se refiere a los estudios realizados en el CDC de Atlanta ya entre 1978/80), pero la evidencia científica aportada por ellos se consideraba débil, y así, la autoridad reguladora de medicamentos en Estados Unidos concluyó en 1982 que eran necesarios más estudios, aunque comenzó un programa de información al respecto, y entre 1982 y 1985 se publicaron varios estudios que apoyaban la relación entre AAS/SR, por lo que en 1986, tanto las autoridades sanitarias norteamericanas como las europeas (tras la intervención del Comité de Especialidades Farmacéuticas, órgano consultivo comunitario), añadieron la información correspondiente a la advertencia sobre SR en los prospectos de las especialidades farmacéuticas con AAS. En España, la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios emitió circular 22/86, de 18 agosto, donde figura la información que deben contener los prospectos de especialidades farmacéuticas con AAS (págs. 17 y 18, expte.)".

Como puede verse, la sentencia impugnada entiende que, si bien desde 1980 había estudios en el sentido indicado por el recurrente, sólo en 1986 se estableció oficialmente el deber de informar sobre el referido riesgo inherente a la administración de aspirina a los niños. No puede negarse que ésta sea una valoración racional de las pruebas y, así, dado que los hechos aquí examinados acaecieron en 1982, la conclusión de que la Administración sanitaria no vulneró la *lex artis* es correcta. Más aún, habida cuenta del dramatismo del presente caso, esta Sala ha hecho uso de la facultad que le otorga el artículo 88.3 LJCA y ha examinado todo el material probatorio incorporado a las actuaciones remitidas. Ello permite destacar un dato que, aun no siendo recogido por la sentencia impugnada, corrobora la conclusión alcanzada por ésta: fue en 1982 cuando la máxima autoridad sanitaria norteamericana, teniendo en cuenta los estudios iniciados en 1980, comenzó a recomendar —en ningún caso a ordenar— prudencia en el uso de la aspirina con niños. Ello significa que en 1982, precisamente el año en que tuvieron lugar los hechos de este caso, no existía un conocimiento establecido en la comunidad médica de la relación entre la administración de aspirina a los niños y el síndrome de Reye».

3. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS RECLAMACIONES FORMULADAS CONTRA LAS ACTUACIONES DE UNA SOCIEDAD ESTATAL QUE PRESTA UN SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

La **STS de 8 de marzo de 2011,** *Ar*. 2014, resuelve un recurso contra la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que declaró su incompetencia,

por corresponder al orden civil, para conocer de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial ejercitada por un licitador cuya solicitud fue extraviada por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima. El Tribunal Supremo, por el contrario, afirma la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Dicha Sociedad fue la consecuencia de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que ordenó la constitución de una sociedad de las previstas en el artículo 6.1.a) del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, y en la disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con la denominación de «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima», cuyo capital social pertenecería íntegramente a la Administración del Estado y que asumiría, desde la fecha de la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública de su constitución (lo que tuvo lugar el 21 de julio de 2001), todas las funciones que en el momento de entrada en vigor de aquella Ley desarrollaba la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos. En virtud de esa asunción, y según disponía también aquel artículo, la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima», se subrogó en la condición de operador habilitado para la prestación del servicio postal universal, atribuida a la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos en la disposición adicional primera de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales; subrogación que se haría en los términos, condiciones y con las obligaciones establecidas en el Título III de dicha Ley, comportando la reserva a la sociedad de los servicios que se establecen en el artículo 18 de la Ley y la asignación a ella de los derechos especiales y exclusivos que se recogen en su artículo 19. Añadiendo este artículo, precisamente en relación con el primero de esos dos preceptos, que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18.1.D) de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, y el artículo 38.4.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, corresponde a la «Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima», el derecho a la recepción de las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas a través de las dependencias de ésta.

La decisión de la Audiencia Nacional se sustentaba en el tenor de los números 1 y 2 de la disposición adicional duodécima de la Ley 6/1997, de 14 abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, que dicen: «1. Las sociedades mercantiles estatales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. 2. Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se regirán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación».

Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que «es el funcionamiento de los servicios públicos, o mejor dicho, que la lesión sea consecuencia de ese funcionamiento, lo que determina la responsabilidad patrimonial de la Administración pública correspondiente, es decir, de aquella que ostenta potestades administrativas sobre el servicio público en cuestión. Así se deriva de lo que dispone el artículo 106.2 de la CE y así se establece en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992». Pues bien, la Ley 24/1998, de 13 de julio, de Regulación del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, sometía a los operadores a «obligaciones de servicio público», y regulaba las reclamaciones frente a sus actuaciones, dando la opción de someterlas a las Juntas Arbitrales o, en caso contrario, al Ministerio de Fomento, cuyas resoluciones podían impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Además, destaca que la nueva Ley 43/2010, de 30 de diciembre, inaplicable *ratione temporis*, establece el derecho de reclamación, a resolver en el plazo de un mes por el propio operador, o por las Juntas Arbitrales de Consumo. La Comisión Nacional del Sector Postal es, por su parte, la competente para conocer de las controversias entre los usuarios y los operadores de los servicios postales en el ámbito del servicio postal universal, siempre y cuando no hayan sido sometidas a las Juntas Arbitrales de Consumo. Contra la resolución que se dicte puede interponerse recurso contencioso-administrativo. Finalmente, trae a colación «aunque ya es innecesario», el artículo 144 de la Ley 30/1992, con su unificación de la responsabilidad patrimonial de la Administración sin discriminar su actuación en régimen de derecho público o privado en concordancia con la unidad de fuero.

4. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. RESPONSABILIDAD POR LEYES INCONSTITUCIONALES. LEY BALEAR QUE ESTABLECE EL IMPUESTO SOBRE LAS INSTALACIONES QUE INCIDEN EN EL MEDIO AMBIENTE. LIMITACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LOS EFECTOS DE SU SENTENCIA, QUE EXCLUYE EL DERECHO A OBTENER UNA INDEMNIZACIÓN

La **STS de 25 de febrero de 2011**, *Ar.* 1671, resuelve una reclamación de Repsol que pretende la indemnización de los daños causados por la liquidación de 1992 del Impuesto sobre las instalaciones que inciden en el medio ambiente, impuesto que fue declarado inconstitucional en la STC 289/2000, de 30 de noviembre. El Tribunal Supremo recuerda que en su jurisprudencia el límite a la indemnizabilidad de los daños derivados de la aplicación de Leyes posteriormente declaradas inconstitucionales está en la posibilidad del Tribunal Constitucional de moderar el alcance de sus sentencias, que, en caso de ejercerse, impiden remover los actos firmes u obtener compensación por vía indemnizatoria.

Reproducimos parcialmente el fallo por su interés recopilatorio de la doctrina del Tribunal Supremo sobre este género de acciones de responsabilidad.

> «Planteados así los términos del debate se hace preciso recordar la doctrina de esta Sala sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y determinar su alcance sobre la cuestión litigiosa.
>
> Dicha doctrina se asienta, prima facie en el principio de responsabilidad de los poderes públicos, principio positivizado al máximo nivel en el artículo 9.3.º de la Constitución Es-

pañola y que tiene un valor normativo directo, sirviendo para estructurar, junto con otros, todo el sistema jurídico-político de nuestro Estado.

Nuestra Sentencia de 27-11-2009 expresó que este principio, como todo principio general del derecho, cumplía la triple función de expresar uno de los fundamentos del orden jurídico, servir de fuente inspiradora del ordenamiento y criterio orientador en su interpretación, así como operar en cuanto fuente supletoria del derecho para los casos de inexistencia o de insuficiencia de la regulación legal, triple funcionalidad que autoriza a afirmar que no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad, estando el Estado obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna.

Ahora bien, para el establecimiento de mecanismos de garantía de este principio de responsabilidad el legislador goza de un importante margen de maniobra pudiendo configurarlos de forma diferente según el poder público de que se trate, del mismo modo que la propia Constitución, y sirva en este punto de ejemplo, no establece el mismo diseño para las Administraciones Públicas —artículo 106.2— que para el Poder Judicial —artículo121—, pese a que ambos poderes públicos están claramente sujetos al principio de responsabilidad. Pero esta discrecionalidad o libertad de configuración del legislador no es ilimitada ya que no permite crear espacios inmunes fundados en la ausencia de regulación. Precisamente esta Sala recientemente ha proclamado el sometimiento al principio de responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional (STS 26-11-2009) y del Defensor del Pueblo (STS 27-11-2009), pese a que dichos órganos constitucionales carecían hasta ese momento de normativa específica que la estableciera.

En lo que atañe a la responsabilidad patrimonial derivada de actos del poder legislativo la jurisprudencia de esta Sala fue reticente a reconocerla hasta la STS de 29 de febrero de 2000 (Rec. 49/1998), que la estableció para los casos de leyes declaradas inconstitucionales.

Poco después la STS de 13 de junio de 2000 insistió en que la acción de responsabilidad ejercitada era ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia y que incluso para su existencia no era preciso que el acto administrativo de aplicación de ley declarada inconstitucional hubiera sido judicialmente impugnado, razonando que:

"... no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de inconstitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la ley, sino únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear 'de oficio o a instancia de parte' al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la ley relevante para el fallo (artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuere menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantease la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado

para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable".

Recientemente, el Pleno de esta Sala, Sentencia 2-6-2010, rec. 588/2008, ante la controversia doctrinal que generaron las anteriores sentencias y las numerosas que las siguieron, se ha pronunciado nuevamente sobre el obstáculo que puede suponer para el ejercicio de la acción de responsabilidad lo previsto en los artículos 161.1.a), inciso final, de la Constitución Española, y 40.1, inciso inicial, de la LOTC, normas que establecen determinados límites a la eficacia *ex tunc* de las declaraciones de inconstitucionalidad, reiterando lo allí establecido.

En definitiva, aunque los actos administrativos sean firmes —en este caso las liquidaciones tributarias relativas al Impuesto sobre Instalaciones que inciden sobre el Medio Ambiente— ello no tiene por qué impedir el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por actos del legislador».

Ahora bien:

«En el presente caso, sin embargo, se da la circunstancia que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 289/2000, de 30 de noviembre, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento Balear 12/1991, de 20 de diciembre, vino a determinar el alcance de su decisión al señalar en el fundamento séptimo:

"SÉPTIMO.—Llegados al fin de nuestro enjuiciamiento, antes de pronunciar el fallo sólo nos resta precisar cuál es el alcance concreto que debe atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad que le integra. Pues bien, por exigencia del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) y siguiendo los precedentes sentados en supuestos que presentan rasgos similares al caso aquí enjuiciado (por todas, STC 45/1989, FJ 11), únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma, y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme".

Pronunciamiento que debe completarse con el contenido en el fundamento jurídico undécimo de la STC 45/1989, a la que se remite a estos efectos la 289/2000, en cuyos incisos finales se precisaba el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 1978, concluyéndose, en relación con los pagos hechos en virtud de autoliquidaciones o liquidaciones provisionales o definitivas acordadas por la Administración, que no podría fundamentar pretensión alguna de restitución.

Nuestra jurisprudencia ha precisado —por todas la STS de 18 de septiembre de 2003 (Rec. 122/2002)— en relación con la doctrina anteriormente expuesta sobre la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador que goza de especial relevancia para su determinación que exista o no declaración expresa del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la declaración de inconstitucionalidad que pronuncia, como ocurre en este caso. Mientras que los casos de ausencia de declaración permite a este Tribunal pronunciarse sobre la existencia de responsabilidad patrimonial y fijar una indemnización que permita compensar los daños causados por el acto de aplicación de la ley inconstitucional tal y como expresábamos en el anterior fundamento, no así cuando el Tribunal Constitucional excluye cualquier tipo de acción revisoria. En este sentido el término que utiliza la sentencia es suficientemente expresivo al considerar "situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento

en esta Sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma, y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme", término que contiene expresa prohibición de cualquier otra acción, incluida la que deriva del artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992, pues entenderlo de otro modo desnaturalizaría la decisión del Tribunal Constitucional.

En consecuencia con lo expuesto procede la desestimación del recurso de casación interpuesto y la confirmación de la sentencia recurrida».

5. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. RECTIFICACIÓN DE DOCTRINA ANTERIOR Y RECONDUCCIÓN DEL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD POR PRISIÓN PREVENTIVA BASADA EN INEXISTENCIA SUBJETIVA A LA RESPONSABILIDAD POR ERROR JUDICIAL

Traemos a este apartado unas sentencias del máximo relieve: las **SSTS de 23 de noviembre de 2010**, *Ar*. 8628 y 8629, que suponen un vuelco en la jurisprudencia en materia de responsabilidad por prisión preventiva con *inexistencia subjetiva*. En ellas, el Tribunal Supremo acoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que había condenado por dos veces a España (SSTEDH *Puig Panella*, de 25 de abril de 2006, y *Tendal*, de 13 de julio de 2010) por distinguir entre absolución por inexistencia subjetiva —acreditación de la no participación en los hechos delictivos— y absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia, considerando que los primeros son indemnizables por analogía con la inexistencia de hechos delictivos a la que alude únicamente la LOPJ, mientras que los segundos no lo son. Pues bien, el Tribunal de Estrasburgo consideró en las sentencias citadas que esta distinción atenta contra la presunción de inocencia del artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cualquiera que sea la jurisdicción que la acoja, ya que, cuando no se reconoce el derecho a indemnización, pone en cuestión la presunción de inocencia al producir la impresión de que el reclamante es culpable. Esa afirmación se compatibiliza en la jurisprudencia del TEDH con el reconocimiento de que ninguna disposición del Convenio Europeo de Derechos Humanos obliga a indemnizar el daño causado por una prisión provisional seguida de absolución, que queda, pues, a la libre decisión de las instancias nacionales, con el único límite de no poder hacer distinciones subjetivas en caso de que se decidan a reconocer el principio de indemnizabilidad.

Confrontado con estos pronunciamientos, el Tribunal Supremo podía escoger entre dos caminos: o asimilar toda absolución con la inexistencia de hecho delictivo y reconocer el derecho a indemnización a toda persona que ha sufrido prisión provisional a la que no haya seguido una condena penal a prisión, o reinterpretar restrictivamente el precepto de la LOPJ volviendo a su literalidad e indemnizar sólo los casos de prisión provisional e inexistencia de hechos delictivos (o «inexistencia objetiva»). Este segundo ha sido el camino emprendido, con la salvedad de que ahora los supuestos de prisión provisional sin condena posterior que no se basen en la inexistencia del hecho delictivo siguen el régimen general (cuya severidad es bien conocida por los lectores de estas crónicas) del error judicial.

El razonamiento merece su transcripción literal.

«La naturaleza del título de imputación expresado en el precedente fundamento de derecho, viene determinado por la jurisprudencia, declarando desde el principio, sentencias de 30 de abril, 4 de diciembre de 1990 y 29 de marzo de 1999, que, en tales casos, prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado, se entiende que el propio proceso penal ha evidenciado la existencia del error judicial de suerte que ya no es necesaria otra declaración jurisdiccional en tal sentido. Se trata, por lo tanto, de un supuesto específico de error judicial, que no está sujeto a la previa declaración judicial del mismo que se establece con carácter general en el artículo 293 de la LOPJ y ello al entender que el pronunciamiento de absolución o sobreseimiento libre "por inexistencia del hecho imputado", pone de manifiesto un error de alcance suficiente para justificar la indemnización solicitada.

La misma jurisprudencia señala que tal precepto no cubre todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de una sentencia condenatoria sino que sólo cubre algunos supuestos y para los demás ha de acudirse al cauce del artículo 29.

Al respecto se entiende amparado en el artículo 294 de la LOPJ el supuesto de inexistencia objetiva del hecho imputado, que abarca no sólo la inexistencia material de los hechos determinantes de la prisión preventiva, sino el supuesto de la absolución o auto de sobreseimiento libre "por inexistencia de la acción típica o, lo que es lo mismo, de hecho delictivo alguno", pues en otro caso "sería tanto como excluir de la indemnización los supuestos en que se hubiese decretado prisión provisional a pesar de no ser los hechos determinantes de la misma constitutivos de infracción punible alguna por no estar tipificados como tales, con lo que se incumpliría la finalidad del precepto, que no es otra que la de amparar a quien con manifiesto error judicial haya sufrido prisión preventiva por hechos que no han existido materialmente o que, de haber existido, no fuesen constitutivos de infracción punible, ya que el significado jurídico de la expresión literal utilizada en dicho precepto: 'inexistencia del hecho imputado', no puede ser otro que el de inexistencia de hecho delictivo, pues sólo estos tienen relevancia jurídico penal para ser acusado por ellos y justificar la adopción de la medida cautelar de prisión provisional» (sentencia citada de 29-3-99).

Además de ello y en una interpretación extensiva de dicho precepto, la jurisprudencia viene entendiendo que el mismo ampara el supuesto de la llamada inexistencia subjetiva, que es la que se invoca por el recurrente en este caso, entendida como la probada falta de participación en los hechos de quien ha sufrido la prisión preventiva, que se equipara a los supuestos anteriores en cuanto pone de manifiesto la falta de relación del sujeto con el hecho imputado del que deriva la adopción de la medida de prisión provisional.

Este planteamiento, en la medida 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, núm. 1483/02 , y más claramente en la reciente de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España, 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 ni 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 artículo 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, conforme se dice en el asunto Tendam c. España, (demanda núm. 25720/05), se hace preciso revisar ese criterio jurisprudencial sobre la inexistencia subjetiva del hecho y su inclusión entre los supuestos amparados por el artículo 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 los 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 artículo 6.2 del Convenio, pues, como se indica en las mismas, ni el artículo 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 acreditación de la falta de participación del imputado en los hechos objeto de enjuiciamiento civil, que se refleje en la sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, y considerar que, al margen de ello, producidas tales resoluciones penales surge el derecho a la indemnización al amparo del artículo 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 artículo 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 artículo 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 improcedencia 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 artículo

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, a la que sustancialmente se ha hecho referencia al principio de este fundamento de derecho, que supone la ausencia del presupuesto de toda imputación, cualesquiera que sean las razones a las que atienda el Juez penal.

Es evidente que con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de responsabilidad patrimonial amparado por el artículo 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 hay 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 artículo 294 LOPJ contiene un supuesto específico de error judicial, que queda excepcionado del régimen general de previa declaración judicial del error establecida en el artículo 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 Administración 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 artículo 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 las 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 artículo 294 de la LOPJ».

6. RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO. PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA. RECTIFICACIÓN DE DOCTRINA ANTERIOR. INNECESARIDAD DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA DE RECURSO FRENTE AL ACTO DE APLICACIÓN CAUSANTE DEL DAÑO

La **STS de 24 de enero de 2011**, *Ar*. 892, vuelve sobre una serie de asuntos en que se reclama la responsabilidad del Estado legislador derivada de la limitación del derecho a la

deducción del IVA soportado correspondiente a bienes y servicios financiados mediante subvenciones, cuyos presupuestos son ya conocidos por haber sido comentados en crónicas anteriores.

Nos interesa ahora la doctrina general que maneja porque en esta sentencia el Tribunal Supremo corrige su doctrina anterior. En sentencias anteriores comentadas en números precedentes de estas crónicas, el Tribunal Supremo había otorgado un tratamiento distinto a la responsabilidad derivada de la aplicación de leyes cuando éstas infringían la Constitución y cuando vulneraban el Derecho comunitario. Respecto de las primeras, no se exigía a los perjudicados que hubieran agotado la vía interna para atacar el acto generador del perjuicio, pero sí respecto de las segundas. Ya advertimos entonces que esta distinción era contraria al principio de equivalencia, según el cual han de aplicarse las condiciones exigidas para las reclamaciones análogas de naturaleza interna cuando son más favorables a los perjudicados que las que impone el mínimo comunitario. Pues bien, ha habido que «esperar» a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada al respecto, resuelta en su Sentencia de 26 de enero de 2010 ponga de relieve que la anterior doctrina conculcaba el principio de equivalencia para que el Tribunal Supremo rectifique su jurisprudencia.

> «Sin embargo, en relación con sentencias del Tribunal de Justicia que se refieren a normas de contenido tributario que no son compatibles con el Derecho Comunitario, esta Sala ha modulado y precisado la anterior doctrina en relación con la establecida para el ejercicio de acciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por vulneración de la Constitución Española, en los términos desarrollados en el fundamento sexto de esta Sentencia. Nos referimos concretamente a la sentencia de 29 de enero de 2004, reproducida en la de 24 de mayo de 2005, dictada en un supuesto semejante al presente, de responsabilidad del Estado al haberse declarado contrario a la normativa comunitaria el artículo 111 de la Ley 37/1992 en cuya virtud se había levantado acta de inspección por deducción indebida del IVA.
>
> Estas sentencias, invocadas en el Acuerdo del Consejo de Ministros impugnado en este recurso para justificar el rechazo de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se apartaron de la doctrina expresada sobre la no necesidad de agotar la vía de recursos para poder ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución.
>
> Según estas sentencias, el aquietamiento del particular con los actos aplicativos de una norma declarada posteriormente contraria al Derecho Comunitario le impide el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por rotura del nexo causal, ya que pudo, a través del ejercicio de las oportunas acciones, invocar directamente la aplicación del Derecho Comunitario frente a la norma nacional.
>
> Durante la tramitación del presente recurso contencioso-administrativo, se solicitó en el recurso 153/07 el planteamiento de cuestión prejudicial a los efectos de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronunciara sobre si el principio de equivalencia enunciado por éste es compatible con la doctrina jurisprudencial en que se apoya el Consejo de Ministros y que se acaba de expresar en el fundamento anterior —STS de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005—, doctrina basada en una diferencia de trato para los supuestos de infracción del Derecho Comunitario y para los de inconstitucionalidad de una norma, a los solos efectos de negar la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado

legislador por violación del Derecho Comunitario. La Sala mediante Auto de uno de febrero de 2008 planteó al Tribunal de Justicia en dicho recurso 153/07 la siguiente cuestión:

¿Resulta contrario a los principios de equivalencia y efectividad la aplicación de distinta doctrina por el Tribunal Supremo del Reino de España en las Sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando se funden en actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional, de aquellos que se funden en aplicaciones de una norma declarada contraria al Derecho Comunitario?

El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 26 de enero de 2010 (Asunto C-118/08) responde a la cuestión planteada en el sentido de que "el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia dictada con arreglo al artículo 226 CE sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente".

Así las cosas, hemos de detenernos en el examen de la vinculación de esta sentencia del Tribunal de Justicia, dictada en respuesta a nuestro reenvío prejudicial, y en qué medida nos obliga a rectificar nuestra jurisprudencia tal como se manifestó en las citadas sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 pues, como es sabido no existe propiamente entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales una relación de subordinación institucional ni jerárquica sino de cooperación y colaboración. Al efecto conviene recordar que la Comunidad Europea, como comunidad de derecho que es, necesita que sus normas se apliquen de forma uniforme en todos los Estados miembros y es, precisamente, la cuestión prejudicial, y la sentencia que la responde, el instrumento procesal idóneo para conseguir una interpretación y una aplicación uniforme de las normas comunitarias por parte de los tribunales nacionales, a los que corresponde, como jueces comunitarios, la aplicación en los correspondientes procesos del ordenamiento jurídico comunitario, y esa interpretación y aplicación uniforme sólo podrá conseguirse proporcionando a las sentencias del Tribunal de Justicia el carácter de vinculantes pues de otro modo esa finalidad esencial del mecanismo prejudicial quedaría frustrada. Abunda en los criterios anteriores evidentes razones de seguridad jurídica pues la aplicación dispar de una misma norma comunitaria en diferentes Estados miembros pondría en cuestión la propia construcción y funcionamiento de la Unión Europea.

Este Tribunal, sensible a esa necesidad uniformadora, ha reconocido lo que denomina "autoridad de cosa interpretada" respecto de las Sentencias del TJCE, en paralelo con la autoridad de cosa juzgada que corresponde a todo pronunciamiento judicial (STS, Sala Tercera, de 3 de diciembre de 1993, Rec. 152/1989), llegando incluso a afirmar que el principio de prevalencia o primacía del Derecho comunitario, continuamente afirmado por el TJCE y reconocido con claridad en nuestro ordenamiento (artículo 93 de la Constitución y jurisprudencia del Tribunal Supremo también reiterada), lo es también de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos o disposiciones del Derecho comunitario (STS, Sala Cuarta, de 17 de diciembre de 1997, Rec. Unificación de Doctrina 4130/1996).

Como se ha visto en anteriores fundamentos la cuestión prejudicial planteada en este proceso no versó sobre la interpretación de una norma concreta sino sobre el alcance de determinados principios estructurales del sistema jurídico comunitario como son los principios de equivalencia y efectividad en la medida en que la Sala apreciaba distinto trato en su propia jurisprudencia a las pretensiones de responsabilidad patrimonial de Estado legislador cuando la reclamación se fundaba en los perjuicios derivados de un acto firme dictado en aplicación de una norma posteriormente declarada inconstitucional respecto de aquellos otros actos firmes que se dictaron en aplicación de normas de rango legal respecto de las que el TJCE declaró posteriormente que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del Derecho Comunitario. Dudas interpretativas que derivaban de la propia jurisprudencia comunitaria relativa a la extensión y límites de la responsabilidad patrimonial de los Estados por vulneración del Derecho Comunitario.

La respuesta prejudicial de la Sentencia de 26 de enero de 2010 del TJCE no ofrece duda: la doctrina de este Tribunal Supremo, resumida en el fundamento sexto, sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario. Ello obliga, por el principio de vinculación a que antes nos hemos referido, a rectificar la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial, ruptura que, como ya se expresó, no se admite en los casos de actos de aplicación de leyes inconstitucionales, casos en los que no es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales para el ejercicio de la acción de responsabilidad.

Sentado lo anterior puede afirmarse que no constituye obstáculo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por la parte recurrente el hecho de que no impugnara las liquidaciones tributarias relativas al IVA en las que se había aplicado la regla de prorrata posteriormente declarada contraria al Derecho Comunitario por la STJCE de 6 de octubre de 2005.

Consecuentemente deben rechazarse las razones que, con fundamento en las SSTS de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, condujeron al Consejo de Ministros a desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la entidad recurrente.

Despejado este obstáculo debemos volver al camino marcado por el Tribunal de Justicia para la declaración de la responsabilidad patrimonial de los Estados por vulneración del Derecho Comunitario. Destacábamos en el fundamento séptimo la sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame, en la medida en que había desarrollado los requisitos según los cuales el Derecho Comunitario reconoce un derecho a indemnización: que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas.

Ya indicamos que de los tres requisitos es el segundo el que plantea mayores dificultades para su concreción en cada caso. Ello nos obliga a realizar un minucioso contraste entre la norma comunitaria y la española pues el Tribunal de Justicia viene a distinguir entre aquellos supuestos en que el Estado miembro goce de un margen de apreciación más o menos amplio y aquellos otros en que se le impone una obligación para cuyo cumplimiento no gozan de ninguna discrecionalidad, siendo en el primer caso las condiciones para que se dé lugar a la responsabilidad más estrictas que en el segundo.

La valoración del alcance de la infracción, atendiendo a la definición de la situación por las normas comunitarias y la justificación por el Estado de la opción legislativa adoptada, en los términos que para mayor claridad se han reproducido, conducen a estimar concurrente este requisito de vulneración suficientemente caracterizada, pues los pronunciamientos del Tribunal dejan pocas opciones para justificar la postura del Estado, al señalar que en este caso no existía incertidumbre en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión, afirmación que por lo demás resulta del examen de las mismas que se efectúa en la sentencia y que pone de manifiesto que la regla de prorrata de la deducción establecida en el artículo 19 de la Directiva viene referida al artículo 17.5 de la misma, es decir, a los sujetos pasivos mixtos y es a ellos a los que va referida la facultad de los Estados miembros para introducir en el denominador la cuantía de subvenciones no enunciadas en el artículo 11.1.a). El margen de apreciación del Estado al efecto es muy reducido y no se justifica por error en la interpretación del precepto, acudiendo a la finalidad de la Sexta Directiva, que no permite alterar sus previsiones en perjuicio de los contribuyentes. Menos justificación tiene la introducción de la regla especial del artículo 104 de la Ley 37/1992, que introduce un criterio de deducción, también en perjuicio del contribuyente, sin apoyo alguno en la normativa comunitaria, que se ve alterada limitando el derecho a deducción establecido. Tal planteamiento del Estado, cuya voluntariedad e intencionalidad se refleja en sus propias alegaciones que tratan de justificar la opción adoptada, no puede atribuirse, por lo tanto, a una incertidumbre objetiva e importante de la normativa comunitaria, como se señala en la sentencia, ni aparece provocada por la actitud de alguna Institución comunitaria que haya podido contribuir a ello.

Por lo demás, existían precedentes jurisprudenciales del propio Tribunal de Justicia sobre el alcance de las limitaciones del derecho de deducción en sentido radicalmente distinto al sostenido por el Gobierno español y que los poderes públicos nacionales tenían el deber de conocer. Así, en la STJCE de 21 de septiembre de 1988, Comisión/Francia, 50/87, se había sostenido que las limitaciones del derecho de deducción sólo se permiten en los casos previstos expresamente por la Sexta Directiva y que toda limitación del derecho a la deducción del IVA incide en el nivel de la carga fiscal y debe aplicarse de manera similar en todos los Estados miembros, por lo que sólo se permiten excepciones en los casos previstos expresamente por la Sexta Directiva y en la STJCE de 8 de noviembre de 2001, Comisión/ Países Bajos (C-338/98, Rec. p. I-8265), apartados 55 y 56, expresa y taxativamente se dijo que, aunque la interpretación propuesta por algunos Estados miembros permitiese alcanzar mejor determinados objetivos perseguidos por la Sexta Directiva, como la neutralidad del impuesto, dichos Estados no pueden eludir la aplicación de las disposiciones expresamente establecidas en ella.

No existía, por tanto, ninguna incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias en cuestión.

Todo lo cual lleva a concluir que estamos ante una violación suficientemente caracterizada al haberse vulnerado por el Estado, en el ejercicio de su facultad normativa, de manera manifiesta y grave, los límites impuestos al ejercicio de sus facultades».

EMILIO GUICHOT REINA
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA

SUMARIO

1. GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS.

A) Relación de Puestos de Trabajo. Los puestos de trabajo deben ofrecerse a las titulaciones que resulten razonables y directamente relacionadas con las funciones de esos puestos. Principio de suficiencia frente al criterio de exhaustividad.

2. ACCESO.

A) No resulta discriminatoria la exigencia de realización en lengua gallega de la prueba relativa a la programación docente de determinadas especialidades del Cuerpo de Maestros.

B) Motivación de la valoración de pruebas y méritos mediante expresión numérica de la puntuación.

C) Dilación injustificada en el cumplimiento del plazo establecido para nombramiento y toma de posesión como funcionaria. Responsabilidad administrativa.

3. DERECHOS RETRIBUTIVOS.

La minoración de las retribuciones funcionariales dispuesta por el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo.

A) No supone una vulneración del principio de irretroactividad consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución por tener una proyección hacia el futuro.

B) La utilización de criterios de progresividad para efectuarla no supone una vulneración del principio de igualdad.

Complemento de destino.

A) El mero cambio de denominación de un puesto no justifica su modificación unilateral cuando sus funciones y su responsabilidad no experimenten variación.

Complemento específico.

A) Lo relevante para su determinación no es la concreta adscripción del puesto, sino la naturaleza de las funciones y responsabilidades asignadas.

4. DERECHOS FUNCIONARIALES.

A) El derecho al cargo obliga a la Administración a asignar al funcionario las funciones y las tareas correspondientes a su puesto de trabajo.

5. DERECHOS COLECTIVOS.

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD SINDICAL.

A) No se entiende vulnerado cuando la Administración regula unilateralmente las condiciones de trabajo ante el fracaso de la negociación.

DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

A) La cláusula de desvinculación del artículo 38.10 del EBEP permite la modificación del sistema y de los objetivos de productividad contenidos en un Acuerdo.

B) La participación del sindicato en una Mesa General de Negociación exige tener una doble representatividad, en el ámbito funcionarial y en el laboral.

C) La relación de puestos de trabajo del personal de servicio de la Administración del Parlamento de Galicia está exenta de la obligatoriedad de negociación.

D) El proceso de reasignación de efectivos que se materializa en la modificación de la plantilla exige la apertura de un proceso de negociación colectiva.

E) No requiere negociación una concreta convocatoria de concurso específico para la provisión de determinados puestos de trabajo.

F) La elaboración o modificación de una relación de puestos de trabajo debe ser objeto de negociación.

6. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL.

A) No cabe la revisión de oficio de la resolución de rehabilitación de un funcionario producida por silencio administrativo, si no incurre en infracción del ordenamiento jurídico. Administración de Justicia.

---

1. GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

A) Relación de Puestos de Trabajo. Los puestos de trabajo deben ofrecerse a las titulaciones que resulten razonables y directamente relacionadas con las funciones de esos puestos. Principio de suficiencia frente al criterio de exhaustividad

De conformidad con la doctrina establecida en la jurisprudencia precedente, la **STS de 21 de julio de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso núm. 2155/2010, sostiene que los artículos 14 y 23 CE no exigen una exhaustividad tal que imponga el ofrecimiento de un determinado puesto de trabajo a absolutamente todas las profesiones que pudiesen optar al mismo —Ingeniería de Minas, en el caso de autos—, pues lo cierto es que la titulación requerida —Ingeniería industrial o Ingeniería Técnica Industrial— para el desempeño de los puestos controvertidos resulta fundada y suficientemente razonable y,

además, en la propia RPT cuestionada se reservan numerosos puestos de trabajo a los Ingenieros de Minas. En definitiva, no se exige un criterio de exhaustividad en el ofrecimiento de los puestos de trabajo sino que basta la suficiencia, ejercida y comprendida en el ámbito de la potestad de autoorganización administrativa, que se satisface con el ofrecimiento de los puestos en cuestión a titulaciones que no resultan irrazonables ni carentes de justificación.

2. ACCESO

A) No resulta discriminatoria la exigencia de realización en lengua gallega de la prueba relativa a la programación docente de determinadas especialidades del Cuerpo de Maestros

Según la **STSJ de Galicia de 21 de septiembre de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, núm. de recurso 840/2008, son ajustadas a la Ley autonómica y al principio de igualdad las bases de la convocatoria que contemplan tal exigencia. Por un lado, la exigencia de aplicación de la lengua gallega se plantea en un procedimiento de acceso a la función pública docente, que es un ámbito especialmente cualificado por la posición del profesor en una labor que puede exigirle atender a los alumnos en gallego o emplear instrumentos didácticos en esa lengua, así como la comprensión de la expresión oral o escrita de los alumnos en la lengua señalada. Por otro lado, se exige la lengua gallega como mero instrumento de preparación y exposición de la Programación, sin establecer una intensidad o nivel determinados ni una baremación de su utilización, pues únicamente se valora el contenido de esa Programación y su defensa ante el Tribunal.

A juicio de la Sala, se trata de una opción del legislador autonómico para fomentar la lengua gallega que resulta admisible desde el punto de vista de vista constitucional, pues se limita a Cuerpos y puestos concretos como el de los Maestros, en los que resulta objetivamente fundada la exigencia del dominio instrumental de la lengua autonómica.

B) Motivación de la valoración de pruebas y méritos mediante expresión numérica de la puntuación

La **STSJ de Galicia de 28 de septiembre de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso núm. 267/2009, en aplicación de la jurisprudencia analizada, señala que en el caso de autos —un ejercicio de oposición consistente en la exposición por escrito de uno o varios temas— la actuación administrativa no puede calificarse de arbitraria, pues, de conformidad con las bases de la convocatoria, el Tribunal ha respetado las exigencias de motivación establecidas en el artículo 54 LRJPAC mediante la expresión numérica de la puntuación obtenida por el recurrente en el ejercicio referido.

C) Dilación injustificada en el cumplimiento del plazo establecido para nombramiento y toma de posesión como funcionaria. Responsabilidad administrativa

La **SAN de 8 de julio de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso núm. 346/2010, señala que los plazos fijados por los Reales Decretos que han

aprobado las Ofertas de Empleo en los últimos años (31 de diciembre de cada año) y en el artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público (máximo de tres años) no son irrelevantes, sino que constituyen indicaciones claras, incluso mandatos, dirigidos a la Administración para evitar una dilación excesiva de los procesos selectivos del personal que, si bien no determinan la anulación de tales procesos, pueden determinar la existencia de responsabilidad administrativa por anormal funcionamiento siempre que concurran los requisitos necesarios para su exigencia.

En el caso de autos, la dilación de más de diecisiete meses en el nombramiento y toma de posesión de la recurrente trae causa de un importante y justificado retraso de la Administración en el cumplimiento del plazo fijado a esos efectos, dándose, por tanto, el necesario nexo causal entre el daño y el funcionamiento de la Administración demandada. En este caso, los daños causados a la recurrente se han concretado en no haber percibido los haberes correspondientes, la tardanza en la consolidación de trienios y grado personal, cotización a la Seguridad Social e imposibilidad de participar en concurso de méritos.

3. DERECHOS RETRIBUTIVOS

La minoración de las retribuciones funcionariales dispuesta por el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo

A) No supone una vulneración del principio de irretroactividad consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución por tener una proyección hacia el futuro

La **SAN de 13 de julio de 2011 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta,** ha desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Unión Progresista de Fiscales contra la Resolución de 25 de mayo de 2010, del Secretario de Estado de Hacienda y Presupuestos, sobre instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios para la aplicación del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas urgentes contra el déficit público. Aunque son varios los argumentos que emplea la parte actora, casi todos ellos han sido ya resueltos por el Auto del Tribunal Constitucional número 85 de 7 de junio de 2011, del que ya dimos cuenta en el número anterior de esta revista. Por ello, nos vamos a ocupar de la impugnación relativa a la vulneración del derecho de propiedad privada del artículo 33 de la Constitución y de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima del artículo 9.3 de la Constitución.

La Sala considera que el RD-ley 8/2010 no vulnera el artículo 9.3 de la Constitución, que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Dicha norma fue publicada en el BOE de 24 de mayo de 2010, entró en vigor de acuerdo con su disposición final sexta, al día siguiente de la publicación, y en su disposición adicional segunda se deja claro que sus efectos en cuanto a la minoración retributiva se producirán a partir de dicha entrada en vigor, «... con efectos de uno de junio de 2010...». Por tanto, el RD-ley respeta y no afecta al régimen retributivo de los funcionarios hasta el 31 de mayo de 2010, y sus efectos de reducción de retribuciones únicamente son de aplicación a partir de su entrada en vigor, desde el 1 de junio de 2010.

Se remite la Sala a la doctrina del TC en sus Sentencias 27/1981, de 20 de julio, y 108/1986, de 29 de julio, en las que recuerdan que la Constitución no emplea la expresión «... derechos adquiridos...», y ello porque «la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de Derecho que proclama el artículo 1.0 de la Constitución; fundamentalmente, porque esa teoría de los derechos adquiridos, que obliga a la Administración y a los tribunales cuando examinan la legalidad de los actos de la Administración, no concierne al Legislativo, ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensa del ordenamiento, como intérprete de la Constitución», La prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, no a los derechos pendientes, futuros, condicionados o a las expectativas. Según la doctrina de este Tribunal, la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisible petrificación del ordenamiento jurídico. Una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta «a situaciones agotadas», toda vez que «lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad».

En relación con todo ello, considera la SAN que el RD-ley 8/2010 tampoco vulnera la disposición transitoria 1.ª del EBEP, que establece que el desarrollo del Estatuto no podrá comportar para el personal incluido en su ámbito de aplicación la disminución de la cuantía de sus derechos económicos y complementes retributivos vigentes para los mismos en el momento de su entrada en vigor. La impugnación es rechazada porque según la SAN el RD-ley 8/2010 no es una norma dictada en desarrollo del EBEP, sino que se trata de una disposición legislativa por la que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, a través de la modificación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010. Esta disposición transitoria lo que garantiza es que las normas que se dicten en desarrollo específico del EBEP, no supongan una reducción de las retribuciones que estaban vigentes en el momento de la entrada en vigor del EBEP, pero nada hay en su texto que impida que la norma presupuestaria no aumente o, como es el caso, incluso reduzca la retribución de los funcionarios, sino al contrario, ya hemos visto cómo el artículo 38.10 EBEP contempla la posibilidad de suspender o modificar el cumplimiento de los pactos y acuerdos, excepcionalmente, y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, como ha ocurrido en este caso.

En el mismo sentido se pronuncian también la **STSJ de La Rioja de 12 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª,** así como la **STSJ de Madrid de 6 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª y la STSJ de Castilla y León de 26 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª**

B) La utilización de criterios de progresividad para efectuarla no supone una vulneración del principio de igualdad

La **STSJ de Madrid de 6 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª,** ha desestimado el recurso planteado por el funcionario recurrente, perteneciente al Cuerpo Administrativo de la Seguridad Social, contra Resoluciones de la Dirección Ge-

neral de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre las reducciones de retribuciones practicadas en las nóminas de los meses de junio a septiembre de 2010 por aplicación del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

Aunque los motivos son prácticamente los mismos que los alegados en la sentencia mencionada en el epígrafe anterior, se pronuncia la Sala sobre los criterios de progresividad utilizados para efectuar la minoración retributiva. Efectivamente, el Real Decreto-Ley 8/2010 dispone que la reducción de la masa salarial del sector público en un 5 por 100 en términos anuales se realizará con criterios de progresividad, lo que a juicio de la Sala no significa, como sostiene la recurrente, que esté estableciendo una carga tributaria vedada por el artículo 134.7 de la Constitución, ya que ni en todos los impuestos rige dicho principio de progresividad, ni todas las medidas que lo contengan tienen que tener dicha naturaleza tributaria. En el caso debatido, como se afirma en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2010, la aplicación del principio de progresividad tiene por finalidad, única y exclusivamente, minimizar sus efectos sobre los salarios más bajos, lo que en modo alguno le dota de la naturaleza de un tributo.

En el caso debatido, la reducción se aplica por igual a todos los funcionarios, según su grupo de clasificación, por lo que no existe término de comparación idéntico, al pertenecer los funcionarios a distintos grupos ni, en consecuencia, la pretendida vulneración del principio de igualdad. En todo caso, la disparidad establecida ni es arbitraria ni caprichosa, sino que, por el contrario, es objetiva y razonable y responde al deseo del Gobierno de minimizar los efectos de las medidas acordadas sobre los salarios más bajos.

COMPLEMENTO DE DESTINO

A) El mero cambio de denominación de un puesto no justifica su modificación unilateral cuando sus funciones y su responsabilidad no experimenten variación

La STS de 5 de mayo de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón contra la STSJ estimatoria del recurso deducido contra Orden de varios Departamentos de la Diputación General de Aragón por el que se aprobó la relación de puestos de trabajo de los Servicios Provinciales del Departamento de Salud y Consumo de la Diputación General de Aragón en Huesca, Teruel y Zaragoza. Dicha Orden modificaba los complementos de los puestos de Vicegerente de Área de Salud de Huesca y Vicegerente de Área de Salud de Zaragoza, que tenían atribuido un complemento de destino de nivel 27. Ambos puestos pasaban a ser llamados Subdirección Provincial de Salud Pública de Huesca y Zaragoza, que pasaban a tener el complemento de destino de nivel 26 y un menor complemento específico, en consonancia con los niveles y complementos atribuidos al resto de subdirecciones provinciales.

Según la Sala, el mero cambio de denominación de un puesto no justifica la modificación unilateral del complemento de destino, cuando sus funciones y su responsabilidad no experimentan variación e, incluso, el lugar de trabajo sigue siendo el mismo, correspondiendo a la Administración probar que el contenido de las Subdirecciones Provinciales de Salud de Huesca y Zaragoza era idéntico al de las otras que tenían atribuido un nivel 26, cosa que no ha sucedido. Por tanto, concluye, no es discriminación positiva lo que ha

habido sino vulneración del artículo 23.2 de la Constitución. Si de la homogeneidad en el tratamiento de los puestos de trabajo se trata, dentro de ella se incluye, como dice la sentencia, la equivalencia en la responsabilidad correspondiente al mismo y su valoración a la hora de asignarles un nivel o de modificarlo.

COMPLEMENTO ESPECÍFICO

A) Lo relevante para su determinación no es la concreta adscripción del puesto, sino la naturaleza de las funciones y responsabilidades asignadas

La **STSJ de Andalucía de 30 de mayo de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª,** ha estimado parcialmente el recurso planteado por el funcionario recurrente, reconociendo el derecho del actor a percibir el complemento específico que venía percibiendo en su anterior puesto de trabajo.

El recurso se formula directamente contra la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento de Granada y contra la modificación de los Estatutos de la Gerencia Municipal de Urbanismo y Obras. El Ayuntamiento reestructura sus servicios, de modo tal que suprime los puestos de la asesoría jurídica de dicha gerencia, que pasan directamente a ser adscritos a la asesoría jurídica del Ayuntamiento. Este cambio de adscripción es aprovechado por el Ayuntamiento para reducir considerablemente el complemento específico y de destino del recurrente.

La Sala no discute la distinta reorganización y adscripción de los puestos, toda vez que se trata del ejercicio de las potestades autoorganizatorias que corresponden a toda Administración Pública. Ahora bien, distinto es lo que ocurre con el complemento específico del funcionario recurrente que venía percibiendo en el puesto desaparecido. En este caso, lo relevante, no es tanto la diferente adscripción del puesto, como la naturaleza de las funciones y responsabilidad asignada a los puestos, correspondiendo, de acuerdo con el principio de facilidad de prueba de la administración, la carga de identificar las razones objetivas de la diferencia de trato. La Administración no logra acreditar mínimamente los fundamentos concretos de la asignación de inferior complemento de destino y específico al puesto, ya que no justifica que su dificultad técnica, responsabilidad, peligrosidad o penosidad sean inferiores a los de los mismos puestos de la Gerencia, ni acredita la diferente carga que pesa sobre los distintos puestos, ni aporta la monografía descriptiva de los citados puestos de los que resulte la diferencia objetiva. A mayor abundamiento, recurre la Sala a la regulación de la movilidad forzosa prevista en el artículo 81.2 del EBEP, que permite a la Administración trasladar a sus funcionarios de manera motivada y por necesidades de servicio a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintas a los de su destino pero, eso sí, respetando siempre sus retribuciones y condiciones esenciales de trabajo.

4. DERECHOS FUNCIONARIALES

A) El derecho al cargo obliga a la Administración a asignar al funcionario las funciones y las tareas correspondientes a su puesto de trabajo

La **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Sevilla, de 27 de junio de 2011,** ha estimado el recurso planteado por el funcionario recurrente. Se tra-

taba de un funcionario de carrera del Ayuntamiento de los Palacios y Villafranca (Sevilla) que pertenecía al cuerpo de técnico general y que en la actualidad y desde hacía considerable tiempo se encontraba prácticamente sin funciones. Según obra en expediente administrativo, en el certificado expedido por el Secretario del Ayuntamiento, el recurrente percibe las retribuciones de Técnico de la administración General, Jefe de Servicio Secretaría. Sin embargo, la Administración demandada no especifica cuáles son las funciones del puesto de trabajo, ni acredita el recurrente esté desempeñando alguna función. Se había acreditado que el demandante, tras ser cesado en su puesto de Secretario del Ayuntamiento en el año 2007, no tenía atribuida ninguna función ni responsabilidad. En los últimos cuatro años solamente había emitido un informe jurídico y, aun así, había visto cómo sus retribuciones se habían incrementado sin ningún fundamento.

Para resolver la cuestión planteada, la sentencia hace referencia a la normativa aplicable contenida en el artículo 14.b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que proclama el derecho de los empleados públicos «al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional». Esta situación, según la sentencia, «vulnera el derecho al cargo que tiene el recurrente, puesto que deben asignarse las funciones correspondientes a su puesto de trabajo siendo estas tareas propias de su condición profesional y del cuerpo al que pertenece. La situación por la que atraviesa durante varios años el recurrente genera desaliento y puede llegar a producir consecuencias negativas en la salud del funcionario por una sensación de vacío y desmoronamiento moral al encontrarse aislado y sin funciones que desempeñar. Por otra parte, resulta insólito en una situación de crisis económica como la actual que se pueda prescindir del trabajo de un funcionario público con experiencia y a la vez retribuir el mismo».

5. DERECHOS COLECTIVOS

El derecho fundamental de libertad sindical

A) No se entiende vulnerado cuando la Administración regula unilateralmente las condiciones de trabajo ante el fracaso de la negociación

En el presente caso se cuestionaba si la regulación unilateral de las condiciones de trabajo por parte del Ayuntamiento de Madrid ante el intento fallido de negociación suponía una violación del derecho a la libertad sindical de los sindicatos negociadores.

La **STSJ de Madrid de 5 de mayo de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª,** ha desestimado el recurso interpuesto por varios sindicatos por los trámites del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona. En concreto, se impugna el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid por el que se aprueba el Texto regulador del programa especial de productividad y medidas para la mejora del servicio prestado al ciudadano por el Cuerpo de Agentes de Movilidad. La parte actora solicita en la demanda la nulidad de pleno derecho de dicho Acuerdo por considerar que vulnera el derecho de libertad sindical consagrado en el artículo 28.1 de la Constitución en su manifestación del derecho a la negociación colectiva. Y ello porque el Ayuntamiento de Madrid había regulado de forma unilateral las condiciones de trabajo del Cuerpo de Agen-

tes de Movilidad Urbana articulando, no obstante, una negociación meramente ficticia que formalmente le justifica para poder eludir el mandato legal del artículo 37 del Estatuto Básico del Empleado Público.

La Sala desestima la impugnación y considera que la conducta del Ayuntamiento no supone una violación del derecho fundamental a la libertad sindical, toda vez que ha habido varias reuniones en los distintos niveles de negociación. No se había llegado a un acuerdo debido a que las propuestas de los sindicatos pretendían condicionar todo el proceso negociador a que el Ayuntamiento mantuviera a todos los interinos y algunas de las propuestas sindicales suponían un coste económico que excedía los fondos adicionales asignados. En esas circunstancias y ante la situación de vacío legal sobre las condiciones de trabajo de los Agentes de Movilidad Urbana, no puede considerarse ilícita la adopción unilateral de las condiciones de trabajo, tal como permite el artículo 38.7 de la Ley 7/2007. Tampoco puede reprocharse al Ayuntamiento que no utilizara el sistema de mediación y de arbitraje antes de adoptar unilateralmente las condiciones laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la Ley 7/2007, toda vez que los procedimientos extrajudiciales de conflictos tienen un carácter potestativo que requiere acuerdo entre las partes.

Derecho a la negociación colectiva

A) La cláusula de desvinculación del artículo 38.10 del EBEP permite la modificación del sistema y de los objetivos de productividad contenidos en un Acuerdo

La **STSJ de Castilla y León de 26 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª,** ha desestimado el recurso planteado por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras de Castilla y León contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Valladolid de 15 de junio de 2010, relativo a la aprobación de las medidas de reducción de la masa salarial contenidas en el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan las medidas extraordinarias para la reducción del déficit.

La Sala reproduce los argumentos mencionados en el Auto núm. 85 del Tribunal Constitucional al respecto y, en concreto, se pronuncia también con detenimiento sobre la legalidad de algunas de las medidas contempladas en dicho Acuerdo, toda vez que suspendía los Acuerdos anteriores y modificaba el sistema y los objetivos de mejora de la productividad para el año 2010 y 2011. Tras realizar el análisis de los argumentos esgrimidos, llega a la conclusión de que con las nuevas medidas la Corporación sólo hace uso de la facultad prevista en el artículo 38.10 de la Ley estatal 7/2007 para acordar aquella suspensión. No se ha eliminado totalmente el nuevo sistema de retribución de la productividad basado en el cumplimiento de objetivos definidos en las cartas de servicios, sino que ha sido temporalmente suspendido en atención a las circunstancias económicas del Ayuntamiento, con apoyo en lo previsto en el Real Decreto Ley mencionado. Dicha decisión se ajusta, pues, a lo establecido en el artículo 38.10 de la Ley 7/2007, que permite, excepcionalmente, por causa grave de interés general derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, la suspensión y modificación de pactos y acuerdos. Además, se trata de una medida de suspensión y, por lo tanto, tiene un evidente carácter temporal, de modo que una vez que desparezcan las especiales circunstancias económicas tal medida previsiblemente será levantada.

Por otro lado, la concurrencia de la causa que legitima tal actuación a la Administración deriva del propio Real Decreto Ley 8/2010, que en sí mismo constituye la motivación de la decisión administrativa adoptada como así se expresa en su exposición de motivos, y ello en tanto que, según aduce la demandada, con la disminución practicada en aplicación de los puntos 1.º a 4.º del Acuerdo de la Junta de Gobierno, no se lograba el objetivo de reducir un 5 por 100 de la masa salarial del personal al servicio del Ayuntamiento y de sus organismos.

B) La participación del sindicato en una Mesa General de Negociación exige tener una doble representatividad, en el ámbito funcionarial y en el laboral

El Sindicato de Trabajadores y Trabajadoras de Castilla-La Mancha-Intersindical (STE-INTERSINDICAL) recurrió al procedimiento de tutela de los derechos fundamentales el Decreto 80/2010, de 1 de junio, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del gasto de personal correspondiente al ejercicio de 2010. Viene a ser la ejecución a nivel de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha del Real Decreto Ley estatal 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del gasto público. Se basa la demanda en que el sindicato demandante fue marginado del proceso de negociación de la disposición impugnada, vulnerando su derecho a la libertad sindical.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de mayo de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª,** ha desestimado la demanda al entender que no se vulneraba el derecho a la libertad sindical del sindicato actor en su vertiente de derecho a la negociación colectiva porque no se le había marginado de la negociación del Decreto impugnado sino que su falta de llamamiento a la Mesa General de Negociación obedecía a su carencia de representatividad sindical. La Administración discute esa pretendida legitimación, toda vez que el artículo 36.3 del Estatuto Básico del Empleado Público 7/2007, de 12 de abril, establece que para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública, se constituirá en cada una de las Comunidades Autónomas una Mesa General de Negociación, cuya representatividad se determinará tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación. En este caso, no obstante, el Sindicato actor tiene una representación del 10 por 100 de los representantes legales pero referida al personal laboral de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, sin embargo, no tiene esa representación respecto del personal funcionario, de ahí que se le niegue la legitimación para negociar el Acuerdo. A juicio de la Sala, la legitimación que el Sindicato actor tiene para negociar el convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha no le convierte en interlocutor válido para la negociación del Acuerdo que se combate. Se trata de Acuerdos distintos, uno que afecta exclusivamente al personal laboral y el segundo común al personal laboral y funcionario. Para el primero el Estatuto de los Trabajadores en sus artículos 87 y 88 legitima al sindicato actor mientras que en el caso del segundo la Ley 7/2007 exige la condición de representativos de los sindicatos que integran la negociación tanto con relación al personal laboral como al funcionario, lo cual parece lógico si tenemos en cuenta que se están negociando materias

comunes a funcionarios y trabajadores por cuenta ajena. En este caso, el sindicato actor es representativo a nivel laboral al tener el 10 por 100 de los representantes legales de los trabajadores que prestan sus servicios por cuenta ajena para la Administración autonómica pero carece de ese 10 por 100, como exige el artículo 36.3 de la Ley 7/2007, de los miembros que integran los Delegados y Juntas de Personal que representan a los funcionarios públicos en el ámbito de la Administración de la Junta.

C) La relación de puestos de trabajo del personal de servicio de la Administración del Parlamento de Galicia está exenta de la obligatoriedad de negociación

La STSJ de Galicia de 6 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, ha desestimado el recurso interpuesto por el sindicato nacional de Comisiones Obreras de Galicia, que había impugnado diferentes Acuerdos de la Mesa del Parlamento de Galicia por los que se aprobaban la relación de puestos de trabajo del personal de servicio de la Administración del Parlamento de Galicia, las funciones genéricas de dichos puestos de trabajo, así como la adecuación del personal al servicio de la Administración del Parlamento a la relación de puestos de trabajo.

Se debate en este caso si la aprobación de la relación de puestos de trabajo del personal al servicio del Parlamento de Galicia debe someterse a negociación colectiva, con arreglo al artículo 37 del Estatuto Básico del Empleado Público, o si, por el contrario, la autonomía administrativa o de personal del Parlamento se traduce en la potestad para establecer su propia organización administrativa y conformar una función pública parlamentaria independiente y sin necesidad de negociarla con los sindicatos.

El párrafo segundo del artículo 37.2 del Estatuto Básico del Empleado Público establece la obligación de negociar todas las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización y tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Ahora bien, ello supone una regulación dispar a la normativa precedente (artículo 34 de la Ley 9/1987) y al artículo 69 del Estatuto de personal del Parlamento de Galicia, que exige meramente la consulta sindical. En consecuencia, si con arreglo al artículo 4.a) de la Ley 7/2007, las disposiciones de la misma sólo se aplicarán directamente al personal funcionario de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas cuando así lo disponga su legislación específica, y si, en congruencia con ello, respecto al personal del Parlamento de Galicia, la disposición final 2.ª del Estatuto de personal del Parlamento de Galicia sólo llama a la aplicación supletoria de la normativa de función pública de Galicia y del Estado, por este orden, es decir, en lo no previsto en dicho estatuto del personal y en las disposiciones reglamentarias que la Mesa del Parlamento de Galicia dicte en su desarrollo, y siempre que resulte compatible con lo regulado en ellos, resulta evidente que ni el artículo 37.2 de la Ley 7/2007 ni la exigencia de negociación colectiva rigen respecto al personal funcionarial del Parlamento de Galicia. Es decir, no cabe imponer dicha negociación colectiva respecto a la aprobación de las relaciones de puestos de trabajo. Asimismo, concurre en este caso una peculiaridad normativa más toda vez que, como señala el preámbulo del estatuto de su personal, el Parlamento de Galicia, en cuanto poder público de la Comunidad Autónoma de Galicia, derivado de la previsión del artículo 152 de la Constitución, dispone de autonomía administrativa que le permite regular el régimen jurídico del personal de su Administración.

D) El proceso de reasignación de efectivos que se materializa en la modificación de la plantilla exige la apertura de un proceso de negociación colectiva

La **STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª,** ha estimado el recurso interpuesto por los sindicatos FSP-UGT-PV contra la Resolución del Conseller de Sanidad, de 4 de febrero de 2009, por la que se aprueba el expediente de modificación de la plantilla que se lleva a cabo como consecuencia del cambio de adscripción de varios puestos del Hospital Marina Alta de Denia.

La Resolución impugnada trae causa en la apertura del Hospital de la empresa Marina Salud en Denia (denominado Hospital de Denia), mediante concesión administrativa, y la asunción por éste de la asistencia sanitaria del antiguo Departamento de Salud núm. 13, en todos sus niveles asistenciales, así como de la reconversión del Hospital Marina Alta de Denia en Hospital de Atención a Crónicos y Larga Estancia (HACLE de la Pedrera) que se llevó a cabo en 2008. Ello motivó que la Consellería de Sanidad llevara a cabo, mediante el acto recurrido, la redistribución del personal estatutario fijo adscrito a los hospitales extintos. Dicho proceso se había llevado a cabo sin la previa negociación con los representantes sindicales.

Pues bien, según la sentencia analizada, la Resolución cuestionada tiene como efecto la integración del personal estatutario fijo que prestaba servicios en los centros afectados en el nuevo hospital como personal laboral, lo que, sin duda, afecta a sus condiciones de trabajo, pues, entre otras cosas, tales trabajadores, que hasta ese momento se regían por el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, dejan de regirse por dicha normativa para pasar a hacerlo por el Estatuto de los Trabajadores así como, en su caso, por el Convenio Colectivo del personal laboral correspondiente, quedando en la situación administrativa de «servicios bajo otro régimen jurídico» del artículo 65 del Estatuto Marco durante los tres primeros años. Posteriormente, y en caso de continuar prestando servicios en régimen laboral con la empresa, pasan a la situación administrativa de excedencia voluntaria. Además, esta resolución lleva a cabo algunas modificaciones (amortización de plazas, etc.) que pueden incidir en las relaciones de los afectados con la Administración sanitaria.

Habida cuenta de la entidad de las consecuencias que en las condiciones de trabajo del personal afectado se derivan del acto recurrido, la Sala considera que debía haberse negociado con las Organizaciones Sindicales presentes en la correspondiente mesa sectorial de negociación, conforme a los artículos 80.2.k) y 80.4 de la Ley 55/2003, Estatuto Marco, que exige la negociación sobre cuantas materias afecten a las condiciones de trabajo del personal estatutario, y según lo previsto en el artículo 37.2.a) del EBEP, que establece la necesidad de negociación sindical de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización cuando tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

En un sentido similar, aunque referido a los planes de empleo, se pronuncia también la **STS de 8 de junio de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª**

E) No requiere negociación una concreta convocatoria de concurso específico para la provisión de determinados puestos de trabajo

La SAN de 21 de octubre de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, ha desestimado el recurso de apelación interpuesto por el sindicato recurrente y ha confir-

mado la sentencia del Juzgado Central núm. 6 de Madrid, ante el que se había impugnado la Orden JUS/1900/2010, de 7 de julio, por la que se convocaba concurso específico para la provisión de puestos de trabajo en el ámbito territorial gestionado por el Ministerio de Justicia, y ello una vez aprobadas las relaciones iniciales de puestos de trabajo por Orden JUS/1741/2010, de 22 de junio, por la que se determinó la estructura y se aprobaron las relaciones de puestos de trabajo de las oficinas judiciales y de las secretarías de gobierno incluidas en la primera fase del Plan del Ministerio de Justicia para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

La demanda se fundamentaba en que la Orden era nula por «la falta absoluta de negociación colectiva de la misma», citándose al efecto los artículos 33 y 37.1.c), k) y m) de la Ley 7/2007. Tras realizar un análisis detallado de dichos preceptos, la Sala concluye que «es claro que la Orden recurrida no era susceptible de ser incardinada en ninguna de las materias objeto de negociación previstas en el artículo 37 de la Ley 7/2007 y, más concretamente, en ninguna de las contempladas en las letras c), k) y m) del apartado 1 del meritado artículo 37 a que se apela en la demanda por tratarse sencillamente de una concreta convocatoria de concurso específico para la provisión de determinados puestos de trabajo. Dicha convocatoria podría incidir en determinados componentes de las retribuciones inherentes a los puestos de trabajo objeto de la convocatoria, pero ni siquiera tal circunstancia sería suficiente para hacer exigible la negociación colectiva pues tales retribuciones no tendrían su origen en la Orden de convocatoria litigiosa, sino en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo».

F) La elaboración o modificación de una relación de puestos de trabajo debe ser objeto de negociación

La **STSJ de Madrid de 1 de junio de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª,** ha estimado el recurso contencioso-administrativo planteado por la Federación de Servicios Públicos de la UGT de Madrid, contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Rivas Vaciamadrid, de 27 de noviembre 2007 que aprueba la Relación de Puestos de trabajo. El Acuerdo es anulado y se ordena la retroacción de todas las actuaciones porque no había sido previamente objeto de negociación colectiva con el sindicato, toda vez que en el expediente no constaban las reuniones ni actas certificando la existencia de éstas. Constaban meramente algunos informes sobre el presupuesto municipal y en el anexo que acompaña al mismo la plantilla orgánica, así como algún correo electrónico en el que se remitía al sindicato información sobre el proyecto de RPT y de la nueva plantilla y se hablaba de una reunión, pero la Administración no aporta documentación alguna referida a la reunión, ni dato relevante sobre tal materia, no quedando acreditada la efectividad de la negociación realizada, que no puede quedar limitada a la remisión de un correo electrónico, sin constancia alguna de las reuniones efectivamente realizadas y del contenido de éstas, en el sentido de constatar que se sometieron a negociación los temas cuestionados. En tales condiciones, el recurso debe ser estimado, para que se retrotraigan actuaciones al objeto de realizar efectivamente la negociación de la RPT, dejando constancia, como es exigido, de las reuniones que al efecto se realicen.

En el mismo sentido se han pronunciado la **STSJ del País Vasco de 15 de junio de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª,** así como la **STS de 24 de**

junio de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, en este caso en relación con la creación y provisión de cuatro nuevas plazas de policía local en la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento de Los Llanos de Aridane (Canarias). No cabe entender que esta decisión esté excluida de la preceptiva negociación, pues las reglas que establece el Estatuto Básico del Empleado Público exigen que modificaciones como la citada (en la que se crean y clasifican los referidos puestos de trabajo, se les asigna grupo, nivel y retribuciones básicas y complementarias) vengan precedidas del correspondiente proceso negociador, y ello porque, aun cuando pretendan establecerse como consecuencia del ejercicio por la Administración de sus potestades de organización, afectan a aquellas materias que por expresa remisión del artículo 37.2.a), párrafo segundo, en relación con lo dispuesto en los apartados b) y c) del artículo 37.1 del EBEP, deben ser objeto de preceptiva negociación.

6. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

A) No cabe la revisión de oficio de la resolución de rehabilitación de un funcionario producida por silencio administrativo, si no incurre en infracción del ordenamiento jurídico. Administración de Justicia

Así lo estima la **SAN de 30 de junio de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, núm. de recurso 227/2010, que desestima el recurso interpuesto contra la resolución que dictó la rehabilitación por silencio del funcionario condenado con pena accesoria de inhabilitación especial para todo cargo o empleo en la Administración de Justicia. Dicha resolución había sido declarada lesiva para los intereses públicos.

En el caso enjuiciado por la Sentencia citada, la naturaleza, la gravedad y la relación del delito cometido con la función del funcionario al servicio de la Administración de Justicia ponen de manifiesto que, en caso de haberse dictado resolución expresa, se habría desestimado la solicitud de rehabilitación. Del mismo modo, puede sostenerse que la rehabilitación presunta puede afectar negativamente al interés público, pero esto no es suficiente para su anulación al amparo del artículo 103 LRJPAC pues, además de resultar lesivo, el acto debe incurrir en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, cosa que aquí no ocurre. Si bien es cierto que la Administración no ponderó debidamente dentro del plazo establecido las circunstancias del delito cometido por el funcionario solicitante de la rehabilitación ni los informes emitidos por el CGPJ, ello se debió a su propia dejadez. En definitiva, no puede estimarse anulable el acto recurrido por falta de acción administrativa en el plazo establecido, pues, de lo contrario, se vaciaría de contenido el sentido positivo del silencio, si se entiende que éste implica siempre una infracción del ordenamiento jurídico.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

XI. URBANISMO

Sumario

1. RÉGIMEN DEL SUELO.

   A) La apreciación de valores a preservar no es una facultad discrcional de la Administración a la hora de clasificar suelo.

   B) El suelo consolidado por la edificación realizada desde hace muchos años, que cuenta con servicios de infraestructura integrados en la malla urbana y se halla en una parcela rodeada parcialmente por otras construcciones deber ser clasificado como suelo urbano consolidado.

2. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.

   A) Nulidad de la aprobación por silencio administrativo de un plan parcial que desarrola un planeamiento general no adaptado a la ley.

   B) Validez de la aprobación de un palan parcial de iniciativa privada por subrogación de la CA ante la inactividad municipal.

   C) El estudio de detalle es válido si se ajusta al PGOU, dada su limitada finalidad de fijar la rasante de una zona verde, con independencia del carácter consolidado o no del suelo urbano y de los deberes que de ello puedan derivarse para sus propietarios.

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO.

   A) Actos de ejecución del planeamiento que no tienen el carácter de disposición general.

   B) Emplazamiento a interesados.

4. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS.

   A) Para determinar la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial sobre sistemas generales que crean ciudad, habrá que estar a las concretas circunstancias del caso, teniendo muy en cuenta los rasgos que el proyecto que legitima la expropiación presenta en aquel preciso lugar. El carácter supramunicipal de un determinado sistema general no excluye automáticamente que dicho sistema general contribuya a crear ciudad. La mera proximidad a suelo urbano o urbanizable no es un dato relevante para establecer si un sistema general crea ciudad o no. Lo determinante es si el sistema general, en ese punto, está llamado a integrarse en el entramado urbano.

B) La simple circunstancia de que las ponencias catastrales se desvíen de lo que, con mayor o menor fundamento, se reputa como el valor real de mercado no constituye, en cambio, pérdida de vigencia.

---

1. RÉGIMEN DEL SUELO

A) La apreciación de valores a preservar no es una facultad discrecional de la Administración a la hora de clasificar suelo

La **STS de 25 de marzo de 2011 (RJ 2568)** se apoya en la jurisprudencia consolidada que afirma que la categorización del suelo no urbanizable de protección especial no es potestad discrecional, sino reglada, resultando obligado asignar esa clasificación específica cuando concurren valores merecedores de tal protección. En consecuencia, considera errónea la interpretación que ofrece la sentencia recurrida cuando incardina en el ámbito de discrecionalidad de la Administración la apreciación de si existen o no valores a preservar y, en definitiva, si debe otorgarse o no al suelo una especial protección. Tal interpretación de la Sala de instancia es contraria a la establecida en la jurisprudencia, *v. gr.* la STS de 25 de marzo de 2010 (casación 5635/06).

No obstante lo cual, el TS desestima el recurso al concluir que la prueba practicada en el proceso no desvirtúa la clasificación que el Plan General de Zaragoza asigna a los terrenos de la recurrentes.

En esta misma línea, al constatar acreditada la presencia de los consabidos valores, la **STS de 11 de marzo de 2011 (RJ 2140)** y la **STS de 11 de febrero de 2011 (RJ 1381)** desestiman los recursos articulados contra sendos planes municipales que clasificaban terrenos de especial protección por motivos geomorfológicos y ambientales, el primero, y por motivos paisajísticos, el segundo.

B) El suelo consolidado por la edificación realizada desde hace muchos años, que cuenta con servicios de infraestructura integrados en la malla urbana y se halla en una parcela rodeada parcialmente por otras construcciones debe ser clasificado como suelo urbano consolidado

Ateniéndose a su consolidada jurisprudencia, la **STS de 25 de marzo de 2011 (RJ 2561)** anula la Sentencia de instancia, por los siguientes motivos:

> «La sentencia aquí recurrida no niega, ni siquiera cuestiona, que la parcela de los recurrentes cuenta con todos los servicios necesarios para su consideración de suelo urbano, e incluso de solar, que está edificada con licencia otorgada en el año 1966 y que se encuentra integrada en la malla urbana. Como hemos visto, las razones que se dan en la sentencia para asignar al terreno la consideración de urbano no consolidado consisten en señalar, de un lado, que en su parte trasera se encuentra rodeado de una importante superficie vacante

> de construcciones, que la ordenación aprobada es sustancialmente distinta a la anterior y que no se ha ejecutado toda la urbanización prevista en el planeamiento de 1988. Pues bien, de acuerdo con la interpretación que acabamos de exponer, la razones que da la Sala de instancia son claramente insuficientes; y, en particular, la circunstancia de que el nuevo planeamiento contemple para los terrenos una determinada transformación urbanística no puede ser considerada razón bastante para que, desconociendo la realidad de la parcela y los servicios y dotaciones con que esta cuenta, se le asigne la consideración de suelo urbano no consolidado, con la consiguiente sujeción a un régimen de deberes que no se corresponde con aquellas circunstancias físicas concurrentes».

En consecuencia, estima el recurso contencioso-administrativo y declara procedente que la parcela de los recurrentes se clasifique como suelo urbano consolidado.

2. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) Nulidad de la aprobación por silencio administrativo de un plan parcial que desarrolla un planeamiento general no adaptado a la ley

La STS de 14 de abril de 2011 (RJ 3234) confirma la STSJ de Canarias que anuló el Acuerdo del Ayuntamiento de Tegueste que aprobó por silencio administrativo el Plan Parcial de un sector de suelo urbanizable.

Según el TS, nuestro ordenamiento jurídico permite la aprobación por silencio del planeamiento de desarrollo, pero sujeta su aprobación a la concurrencia de una serie de requisitos. Así, el artículo 16.3 de la Ley 6/1998 considera que el silencio positivo no puede operar en los casos en que concurre un impedimento legal. En este caso, dicho impedimento derivaba de la aplicación de la disposición transitoria segunda, apartado 6, del TR de la ley canaria de suelo de 2001, es decir, la no adaptación del planeamiento al TR de 2001.

Como expresa el TS, «no se alcanza a comprender cómo por vía de silencio administrativo positivo pueden aprobarse instrumentos urbanísticos de desarrollo, cuya tramitación y aprobación expresa se encuentra vedada. La aprobación presunta por silencio del plan no puede constituir un medio para eludir el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su aprobación expresa, como es la necesaria adaptación previa del planeamiento urbanístico general».

B) Validez de la aprobación de un plan parcial de iniciativa privada por subrogación de la CA ante la inactividad municipal

El TSJ de Galicia declaró ajustada a derecho la subrogación en la tramitación y aprobación del Plan Parcial por la Administración autonómica, sin vulnerar el principio de autonomía municipal recogido en el artículo 140 de la Constitución, ya que concurrieron los requisitos formales para acordar la subrogación: la inactividad municipal y el previo requerimiento sin respuesta alguna del Ayuntamiento.

La STS de 29 de marzo de 2011 (RJ 2695) confirma dicha decisión, sobre la base de la doctrina legal que declara el derecho al trámite de los particulares respecto al planeamiento urbanístico promovido a su iniciativa, lo que implica el correlativo deber de la Administración de sustanciarlo y de dar una respuesta ajustada a derecho.

Así, en las numerosas sentencias que cita, el TS expresa que este derecho quiebra cuando el planeamiento proyectado vulnere el ordenamiento urbanístico aplicable, en cuyo caso la Administración urbanística puede denegar la tramitación, justificando, de forma suficiente, tal decisión.

Por ello, el Tribunal declara «Si en el caso enjuiciado el Ayuntamiento recurrente entendía que no era procedente la aprobación provisional del Plan Parcial, cuya aprobación inicial y publicación había decidido previamente, debería haber resuelto en consecuencia, a pesar de lo cual, aun después de haber sido oportunamente requerido por la Comisión Territorial de Urbanismo, permanece inactivo, de manera que la subrogación de aquélla viene legalmente prevista en el ordenamiento urbanístico autonómico, aplicado por la Sala sentenciadora, sin que por ello se haya vulnerado el principio de autonomía municipal recogido en el artículo 140 de la Constitución, ya que, como certeramente apuntan los recurridos, dicho principio subsiste con otros, igualmente atendibles, cual son los de la legalidad y eficacia (artículos 9.1 y 3 y 103.1 de la Constitución)».

C) El Estudio de Detalle es válido si se ajusta al PGOU, dada su limitada finalidad de fijar la rasante de una zona verde, con independencia del carácter consolidado o no del suelo urbano y de los deberes que de ello puedan derivarse para sus propietarios

La **STS de 2 de marzo de 2011 (RJ 1898)** casa la sentencia de instancia, al estimar que había aplicado indebidamente el artículo 14.2.d) de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, por lo siguiente:

> «(…) que el suelo urbano deba ser considerado consolidado o no consolidado carece de relevancia para enjuiciar la conformidad a derecho del acuerdo aprobatorio de un Estudio de Detalle, cuya finalidad es fijar los rasantes de una zona verde situada entre una avenida y una calle de nueva apertura, dado que aquél es un instrumento de planeamiento derivado y subordinado o complementario de las determinaciones del Plan General de Ordenación Municipal, por lo que su revisión o control jurisdiccional debería haberse ceñido a si la rasante fijada por dicho instrumento de ordenación subordinado se ajusta a lo previsto en aquél con independencia del carácter consolidado o no del suelo urbano, condición esta que tiene relevancia y trascendencia para definir los deberes de los propietarios del suelo, pero al momento, como establece el precepto contenido en el artículos 14.2.d) de la Ley 6/1998, de procederse a la ejecución material de ese planeamiento, pues con la aprobación del Estudio de Detalle se trató, meramente, de desarrollar determinaciones del Plan General, de manera que no es razón para declarar disconforme a derecho ese Estudio de Detalle, en contra del parecer de la Sala de instancia, el que no se hubiese procedido a la distribución equitativa de beneficios y cargas, pues es esta una actuación u operación propia de la ejecución del planeamiento y no previa a la aprobación de los instrumentos de ordenación, cual es un Estudio de Detalle, aun cuando sea su último escalón, como lo definió la Jurisprudencia…».

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Actos de ejecución del planeamiento que no tienen el carácter de disposición general

El TS tiene que resolver en su **Sentencia de 28 de abril de 2011 (Ar. 3764)** sobre la naturaleza de los denominados Programas de Actuación Integrada de la Comunidad Valenciana (PAI), en cuanto que los actores impugnan en la instancia la aprobación municipal del PAI conflictivo, así como del proyecto de urbanización y del proyecto de reparcelación correspondientes a la Unidad de Ejecución donde se incluían las propiedades de aquellos.

A este respecto, el TS indica que dichos PAI, «cuando no modifican la ordenación del ámbito, constituyen, al igual que los proyectos de reparcelación y de urbanización, instrumentos de gestión o ejecución urbanística, careciendo de naturaleza reglamentaria y correspondiendo por tanto el conocimiento de su impugnación, tras la referida reforma legal, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo» (FJ 3). Con base en esta argumentación, el Tribunal entiende que todas las alegaciones impugnatorias de los actores versan sobre aspectos concernientes a la gestión y ejecución del planeamiento, y que dichos actos se caracterizan por ser actos de gestión, y no instrumentos de planeamiento, lo que derivará posteriormente en que aquél rechace el recurso planteado.

Como contraposición a la anterior, podemos acudir a la **STS de 8 de junio de 2011 (Jur. 245153)**, donde el Tribunal tiene que resolver la desestimación presunta de una acción de nulidad instada por los actores contra la aprobación de un Plan Parcial, así como la desestimación presunta de otra acción de nulidad presentada por ellos contra la aprobación de un PAI y de los Proyectos de Reparcelación y de Urbanización dictados en ejecución de dicho Plan Parcial.

En este sentido, el TS desestima el recurso de casación interpuesto en lo referido a la acción de nulidad ejercitada por los actores contra el Plan Parcial, precisamente, porque los particulares no pueden ejercitar dicha acción de nulidad recogida en el artículo 102 de la LRJPA —tras su reforma por la Ley 4/1999, de 13 de enero— contra disposiciones generales, «como son los instrumentos de planeamiento» (FJ 3), según reiterada doctrina del TS al respecto, «y, en relación con lo que acabamos de exponer, la incuestionable naturaleza jurídica de los planes de urbanismo, en este caso del Plan Parcial del que se solicita la revisión de oficio, como disposiciones administrativas de carácter general y de rango reglamentario, hace que no pueda albergarse duda alguna de la aplicabilidad de esta doctrina jurisprudencial» (FJ 3), lo que lleva, a su vez, al Tribunal, una vez inadmitido el recurso contra el Plan Parcial, a indicar que no se puede continuar con el procedimiento en relación con los actos de gestión y ejecución del mismo, pues no son susceptibles de recurso autónomo en casación al carecer de la naturaleza de disposición de carácter general, de conformidad con lo ya descrito más arriba.

B) Emplazamiento a interesados

En dos Sentencias idénticas de 25 de febrero de 2011 (Ar. 882 y 883), el TS tiene que resolver un recurso planteado por una concesionaria de una autopista que se considera afectada por la aprobación de una serie de instrumentos de planeamiento y gestión del suelo, en

concreto, la cuestión se centraba en el hecho de que el suelo correspondiente a la autopista no había sido computado en el momento de realizar la sectorización del Plan Parcial recurrido, y, por tanto, no incluida su superficie en el sector que teóricamente le correspondía, de manera que tampoco se computaba a los efectos de determinar el Área de Reparto de dicho sector, lo que llevó a la actora a entender que no se respetaba su derecho a percibir el aprovechamiento urbanístico correspondiente a dicha superficie, aprovechamiento que, a juicio de aquella, le correspondía por haberse subrogado en la posición jurídica del Estado, tal y como se prevé en el artículo 26.1 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en régimen de concesión. Por otro lado, aduce la concesionaria que en el Plan recurrido se diseña un trazado viario paralelo y perpendicular a la autopista, para hacer posible la organización vial de distintos sectores, y se excluye de ella a dicha autopista, cuando también le debería corresponder una función de acceso y distribución viaria del Área, pues los sistemas viarios deben permitir la integración e interconexión con las redes de comunicación supramunicipales, como es el caso de la autopista en cuestión, que, además, es de construcción anterior al planeamiento recurrido.

En este sentido, la sentencia de instancia había rechazado la argumentación de la actora en base al argumento de que ésta no era la titular del suelo ocupado por la autopista, sino el Estado, y, por tanto, no poseía la legitimación para solicitar la inclusión de la superficie ocupada por ella en el sector correspondiente, ni, consecuentemente, para solicitar el aprovechamiento urbanístico antes descrito, y tampoco para requerir la conexión de dicha autopista con la red viaria diseñada por el planeamiento recurrido, pues todo ello supondría exceder las facultades que le corresponderían en virtud de su título concesional.

El TS, sin embargo, no atiende los argumentos de la sentencia recurrida. En este sentido, remitiéndose a jurisprudencia anterior del Tribunal Constitucional y suya propia, indica que «el concepto de legitimación activa hace referencia a un título básico para el acceso a la jurisdicción que implica relación jurídico material entre la parte actora y el objeto procesal en atención al derecho o al interés legítimo cuya tutela se postula por aquélla, constituyen así la aptitud para ser demandante en un proceso concreto y el requisito necesario para que el órgano jurisdiccional pueda examinar el fondo del litigio» (FJ 4), destacando, además, que el problema de la legitimación requiere una respuesta necesariamente casuística, donde el elemento clave es comprobar la existencia o no de ese interés legítimo.

Aplicando lo anterior al supuesto de autos, el TS entiende que no puede negarse el interés legítimo y directo de la concesionaria si atendemos a las pretensiones ejercitadas y la relación de éstas con el acto recurrido —resolución administrativa que aprobaba el instrumento de planeamiento conflictivo—. Así, indica que la relación y colindancia de la actora con el sector en el que pretende ser incluida no ofrece duda alguna, e implica una relación jurídico material entre la parte actora y el objeto procesal expresado, lo que es suficiente para el TS como título básico para el acceso a la jurisdicción con la finalidad de defender las pretensiones anteriormente descritas. Abundando en este argumento, el TS indica que no se puede alegar que por el mero hecho de ser concesionaria de la autopista, y no la titular de los terrenos, se carece de legitimación procesal; en su caso, ello será un argumento de fondo para desestimar el recurso contencioso-administrativo, pero no para declarar esa falta de legitimación (FJ 4). Ello lleva al TS a admitir el recurso, si bien no entra en el fondo del asunto por no estar presente en el recurso la que pudiera ser titular de los

terrenos, por lo cual ordena retrotraer la actuaciones para que se proceda al emplazamiento de la Administración del Estado, como posible titular de aquellos.

4. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) Para determinar la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial sobre sistemas generales que crean ciudad, habrá que estar a las concretas circunstancias del caso, teniendo muy en cuenta los rasgos que el proyecto que legitima la expropiación presenta en aquel preciso lugar. El carácter supramunicipal de un determinado sistema general no excluye automáticamente que dicho sistema general contribuya a crear ciudad. La mera proximidad a suelo urbano o urbanizable no es un dato relevante para establecer si un sistema general crea ciudad o no. Lo determinante es si el sistema general, en ese punto, está llamado a integrarse en el entramado urbano

En la presente crónica vamos a destacar una serie de sentencias del TS que aplican la doctrina jurisprudencial según la cual el suelo no urbanizable expropiado para la ejecución de proyectos que contribuyen a crear ciudad debe ser valorado como si de suelo urbanizable se tratase. En este sentido, ha tenido lugar la **Sentencia del TS de 18 de marzo de 2011 (RJ\2011\2195)** y la **Sentencia de 5 de abril de 2011 (RJ\2011\2947)** en las que se juzgan dos asuntos relativos a la expropiación de un terreno para la ejecución de una autovía, concretamente, la «Autovía de Circunvalación a Las Palmas de Gran Canaria tercera fase, Tramo: Pico Viento-Jinámar-Isla de Gran Canaria».

Concretamente, la **Sentencia de 5 de abril de 2011 (RJ\2011\2947)** acoge dicha jurisprudencia en su FJ 1 estimando que «En el presente caso ha quedado acreditado que los terrenos objeto de litis se encuentran muy próximos al casco urbano de la capital (Barrio Vegueta Triana), así como a núcleos consolidados como San Juan, El Batán, El Secadero, Tafira Baja, El Fondillo y urbanizaciones residenciales Monteluz, Zurbarán, y el Campus Universitario de Tafira contando con acceso directo desde la Gran Canaria 110 por el camino de Las Mesas (...) la clasificación se ha hecho de manera que supone la singularización y el aislamiento del suelo afectado. Sobre esta base es estimada la demanda de los expropiados, quedando el nuevo justiprecio calculado de conformidad con el criterio de valoración del suelo urbanizable».

No obstante, importa destacar la matización que se realiza a esta consideración general que resulta de su Jurisprudencia, pues, en su FJ 3, señala que, a fin de determinar la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial sobre sistemas generales que crean ciudad, habrá que estar a las concretas circunstancias del caso, teniendo muy en cuenta los rasgos que el proyecto que legitima la expropiación presenta en aquel preciso lugar. En este sentido, indica:

> «(…) que el carácter supramunicipal de un determinado sistema general no excluye automáticamente que dicho sistema general contribuya a crear ciudad en el sentido establecido por la jurisprudencia; o sea, es posible que un sistema general supramunicipal constituya una condición necesaria para expansión del entramado urbano o se trate de una consecuencia inevitable del mismo. Cuando concurren estas circunstancias, el suelo no urbanizable expro-

> piado para su ejecución debe ser valorado como si de suelo urbanizable se tratase, a fin de evitar la desigualdad de trato que se produciría con respecto a los propietarios de terrenos próximos no expropiados: éstos verían pronto sus terrenos transformados en suelo urbanizable como consecuencia de la ejecución del sistema general, mientras que los expropiados habrían recibido un justiprecio calculado con arreglo al criterio de valoración del suelo no urbanizable; lo que, en definitiva, supondría que el aumento de valor se habría producido sólo a costa de los expropiados. Pero, una vez sentado esto, hay que añadir inmediatamente que esta Sala también ha dicho en múltiples ocasiones que un mismo sistema general supramunicipal puede contribuir a crear ciudad sólo en algunas de sus partes, mas no en otras. Así, una autovía de circunvalación puede quedar integrada en el entramado urbano sólo en ciertos tramos. De aquí se sigue que, a fin de determinar la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial sobre sistemas generales que crean ciudad, habrá que estar a las concretas circunstancias del caso, teniendo muy en cuenta los rasgos que el proyecto que legitima la expropiación presenta en aquel preciso lugar. (…) la mera proximidad a suelo urbano o urbanizable no es nunca un dato relevante para establecer si un sistema general crea ciudad o no; y ello sencillamente porque en algún lugar debe hallarse la línea divisoria entre lo que es ciudad y lo que no lo es. Lo determinante —vale la pena insistir una vez más— es si el sistema general, en ese punto, está llamado a integrarse en el entramado urbano».

Ahora bien, en sentido contrario, aplicando que la valoración de los terrenos destinados a sistemas generales viarios y a su apreciación como suelo urbanizable, sólo es aplicable cuando están destinados a crear ciudad, y, por consiguiente, entendiendo que no crean ciudad, ha tenido lugar la **STS de 11 de marzo de 2011 (RJ\2011\2063)** que, en su FJ 4, contempla:

> «Es cierto que, en relación con diversas instalaciones universitarias comenzando por la de la Universidad de Navarra, se ha establecido el principio general de la valoración como urbanizables en relación con la expropiación de terrenos destinados a dicha universidad, como se recoge en sentencias de 28 de junio (RJ 2000, 6552), 14 de septiembre y 12 de diciembre de 2000, 16 de enero y 10 de febrero de 2001 (RJ 2001, 657), lo que se reitera en relación con la Universidad de Alicante, a título de ejemplo, en la sentencia de 25 de mayo de 2009 (RJ 2009, 4512), y de la de Oviedo en sentencia de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2897) y 11 de octubre de 2007; mas en dichas sentencias se parte de la base de que los terrenos expropiados lo eran para unas construcciones docentes que, por su ubicación, se incardinaban en el ámbito de la ciudad a la que servían (…).
>
> En el presente caso, sin embargo, no concurre la anterior circunstancia dado que la instalación docente de la universidad de Vigo se enclava inmersa en un bosque al estar ubicada en el monte, alejado y separado del centro urbano de Vigo y de cualquier núcleo de población o edificaciones residenciales, lo que impide que los terrenos limítrofes con los expropiados para la construcción se beneficien de unas plusvalías de las que carecen en realidad en función de la ubicación de la universidad (…).
>
> Ello impide que se aplique aquella jurisprudencia de esta Sala mencionada por el recurrente y fundada en la equitativa distribución de beneficios y cargas, que impondría un sacrificio para el expropiado en beneficio del resto de titulares de fincas limítrofes, que se beneficiarían —cosa que aquí no ocurre— de la instalación que motiva la expropiación».

Y, asimismo, en idéntica dirección, la **STS de 16 de marzo de 2011 (RJ\2011\2167**) en su FJ 5 niega que la valoración de las fincas afectadas por la expropiación llevada a cabo por el Ministerio de Fomento con motivo de la ejecución de las obras del Proyecto denominado «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa (tramo: Nueva Estación de Zaragoza y sus Accesos Ferroviarios. Subtramo: Miraflores- Subtramo II)» sea como suelo urbanizable, pues, considera que no crea ciudad:

> «(…) es obvio que no puede predicarse que dicho tramo ferroviario, vía de comunicación interurbana, con proyección europea, esté destinado a crear ciudad, aspecto esencial a tener en cuenta para valorar el suelo expropiado como si de suelo urbanizable se tratase, haciendo mención a la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala en relación con la valoración de terrenos destinados a sistemas generales viarios, de la que es ejemplo la sentencia de 29 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 281) (…)».

B) La simple circunstancia de que las ponencias catastrales se desvíen de lo que, con mayor o menor fundamento, se reputa como el valor real de mercado no constituye, en cambio, pérdida de vigencia

En esta dirección, reiterando la doctrina jurisprudencial, se ha pronunciado la **STS de 30 de mayo de 2011 (JUR\2011\245220)**, que en su FJ 2 recuerda:

> «Sobre esta cuestión hemos señalado [STS de 2 de marzo de 2010 (RJ 2010, 3458)] que "la simple circunstancia de que las ponencias catastrales se desvíen de lo que, con mayor o menor fundamento, se reputa como el valor real de mercado no constituye, en cambio, pérdida de vigencia. La razón es que el art. 23 de la propia Ley del Suelo y Valoraciones de 1998 ordena que todas las valoraciones del suelo se efectúen con arreglo a los criterios por ella previstos. Por ello, admitir que la inadecuación material de las ponencias catastrales justifica la inaplicación del art. 27 de dicho texto legal equivaldría a admitir la libertad estimativa en la valoración del suelo" (…)».

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) Objeto del dominio público.

a) Inexistencia de un dominio visual en los caminos públicos justificativo del cobro de una tasa por la colocación de carteles en las propiedades privadas colindantes con los mismos.

b) Posibilidad de separar el subsuelo de la superficie de un bien demanial y desafectarlo para su enajenación posterior; y la no consideración del subsuelo como parcela sobrante.

B) Enajenación del patrimonio local.

a) Naturaleza del contrato de enajenación de un bien patrimonial y normativa aplicable.

b) Adjudicación mediante subasta.

c) Sometimiento de la enajenación del patrimonio municipal del suelo a la legislación sectorial.

C) Prerrogativas de las Entidades locales.

a) Necesidad de ejercitar la potestad de investigación antes de incluir una propiedad en el Inventario municipal de bienes.

b) Un requisito para ejercitar la potestad de recuperación de oficio la inclusión del bien en el Inventario municipal de bienes.

c) Requisitos para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio.

2. AGUAS CONTINENTALES.

A) La regulación del silencio administrativo como de significado positivo en los contratos de cesión de derechos de uso de agua, es adecuada a la Constitución. Libertad del legislador de configurar el régimen del dominio público hidráulico.

B) El derecho a que la Administración hídrica conteste a las peticiones de transferencia de recursos hídricos de una cuenca a otra.

C) Deslinde del dominio público hidráulico. Obligación de notificar el trámite de información pública individualmente a los propietarios ribereños. La omisión de esta obligación determina un vicio de anulabilidad.

D) Demarcaciones hidrográficas. Nuevo concepto junto al de cuenca hidrográfica. Validez del Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero, que fija las demarcaciones hidrográficas co-

rrespondientes a las cuencas intercomunitarias. Provisionalidad del mismo hasta que las CCAA afectadas asuman las competencias sobre las cuencas intracomunitarias.

3. AGUAS MARÍTIMAS.

A) Dominio público costero: terrenos desecados al amparo de la legislación anterior.

B) Deslinde del dominio público marítimo-terrestre.

a) Finalidad: declarar dominio público los bienes que presentan esta condición por naturaleza.

b) Efectos: declara la titularidad dominical a favor del Estado, prevaleciendo frente a inscripciones registrales en contrario.

c) Procedimiento.

a') La existencia de deslindes previos no impide la realización de otros posteriores.

b') Iniciación.

c') La modificación sustancial de la delimitación provisional requiere nueva información pública y audiencia a los interesados.

d') Las irregularidades procedimentales solo determinan la anulabilidad del deslinde si producen indefensión.

e') La exclusión del demanio de bienes similares a los declarados en el deslinde no justifica la sustracción de todos ellos.

f') El plazo para resolver y notificar la resolución sobre el deslinde es diferente en función de la fecha de incoación del procedimiento.

g') El *dies ad quem* para computar el plazo de los procedimientos de deslinde de costas es el de la publicación de su resolución en el BOE.

h') Recurso extraordinario de revisión contra la resolución del procedimiento de deslinde: improcedencia.

C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes.

a) Servidumbre de protección: aplicación del artículo 43.6 del Reglamento de Costas.

b) Servidumbre de protección: obras autorizables.

c) Disposiciones transitoria tercera de la Ley de Costas y transitoria novena de su Reglamento: varias cuestiones.

D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre.

a) La concesión demanial es de otorgamiento discrecional.

b) Extinción concesional: rescate.

E) Infracciones: tipos infractores.

F) Puertos.

a) La formulación del Plan Especial de ordenación de un puerto de interés general es competencia del Estado.

b) Uso privativo.

G) Pesca marítima y acuicultura.

a) Pesca marítima: declaración de nulidad de Orden sobre pesca por incumplimiento del procedimiento normativamente establecido para su aprobación.

b) Cultivos marinos: no existe un derecho subjetivo a la reubicación y cambio de especie de los viveros.

4. MINAS.

A) Valoración de las concesiones en los procedimientos expropiatorios. El derecho preferente a solicitar una concesión no puede ser equiparado sin más, al derecho a que efectivamente sea otorgada la concesión. No se puede predicar de forma automática la igualdad de trato a efectos expropiatorios de concesiones potenciales cuyo otorgamiento está en proceso de estudio respecto de las concesiones puestas en marcha.

B) Si una norma atribuye a la Administración del Estado la competencia para autorizar, inspeccionar y, en su caso, paralizar la explotación de aprovechamientos de la sección A), las Administraciones Autonómicas —aunque tengan competencias en relación con la minería— no pueden decidir sobre aquellos aprovechamientos, aun cuando consideren que se realizan extracciones ilegales.

5. PATRIMONIO HISTÓRICO.

A) La incoación por una Comunidad Autónoma de un procedimiento para la inscripción en el Catálogo General del Patrimonio histórico de un inmueble particular sito en demanio costero, no afecta a la titularidad del Estado sobre el demanio y sus accesiones, ni condiciona el otorgamiento de una concesión relativa al inmueble en dicho demanio, pero hace obligada la coordinación entre las dos Administraciones Públicas que concurren en el ejercicio de sus competencias. El régimen de la disposición transitoria novena del Reglamento de la Ley Costas, se aplica a núcleos históricos y no a construcciones aisladas.

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO.

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua.

a) Hecho imponible.

b) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación.

c) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa.

d) Imposición y ordenación.

e) Aplicación de los tributos.

f) Revisión, reclamaciones y recursos.

B) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja.

a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: cuantías.

C) Aguas marítimas.

a) Tasas portuarias: reserva de ley.

b) Tarifas por ocupación del dominio público marítimo-terrestre.

D) Otro dominio público estatal.

a) Tasas por reserva del espacio radioeléctrico.

E) Dominio público local.

a) Tasas por utilización del dominio público local: hecho imponible.

F) Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

a) Bienes afectos a la defensa nacional.

b) Aeropuertos.

---

1. BIENES LOCALES

A) Objeto del dominio público

a) Inexistencia de un dominio visual en los caminos públicos justificativo del cobro de una tasa por la colocación de carteles en las propiedades privadas colindantes con los mismos

La STC **73/2011, de 19 de mayo de 2011, Pleno**, se ha pronunciado sobre el alcance del objeto del dominio público y la imposibilidad de realizar una interpretación extensiva del mismo para justificar la existencia de un aprovechamiento especial y el cobro de una tasa. El debate jurídico surgió como consecuencia de la pretensión de un Ayuntamiento de cobrar una tasa por la colocación de carteles en las propiedades particulares colindantes con los caminos públicos. La tasa se justificaba en la existencia de un dominio público visual desde el camino y un aprovechamiento especial del mismo por los titulares de esos carteles situados en propiedad privada. La existencia de este dominio público visual es rechazada por el TC y, por tanto, la existencia de una tasa por un aprovechamiento especial del dominio público. El TC sostiene en la sentencia citada que se trata de un impuesto.

En concreto, en la citada STC se dice que, tradicionalmente, el legislador ha considerado que los tributos cuyo hecho imponible es la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público son tasas, y así ha venido sucediendo desde la promulgación de la Ley de tasas y exacciones parafiscales de 26 de diciembre de 1958, y se ha confirmado sucesivamente por el artículo 26.1 de la derogada Ley 230/1963, de 28 de diciembre, general tributaria; el vigente artículo 2.2.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria; el artículo 7 de la Ley orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas; el artículo 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos; y, finalmente, por lo que al ámbito local se refiere, por el artículo 20.1 de la Ley de Haciendas locales. Por el contrario, el hecho imponible del impuesto se relaciona con negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del sujeto pasivo; el sujeto pasivo se determina por la actividad de los contribuyentes; y el gravamen se obtiene sobre una base imponible que es expresiva de una capacidad económica, que no opera como elemento configurador en las tasas o, si lo hace, es de manera muy indirecta y remota (por todas STC 296/1994, de 10 de noviembre FJ 4).

Aplicando estos criterios, sigue diciendo la STC comentada, podemos concluir que el tributo cuestionado no es una tasa por ocupación del dominio público, desde el momento en que la instalación de carteles no se produce en el dominio público, sino exclusivamente en el dominio privado, y, además, la literalidad del precepto descarta que se esté gravando la ocupación del suelo o del vuelo del dominio público. Sostienen el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado, que podría entenderse que el tributo enjuiciado grava una forma especial de aprovechamiento del dominio público, que podría denominarse «domino público visual». En otras ocasiones hemos manifestado que nada cabe objetar a que el legislador imponga a los que se benefician de la ocupación del dominio público el deber de financiar la utilización o el aprovechamiento especial del mismo, evitando su financiación por los restantes miembros de la colectividad, ya que su actuación priva o limita el total disfrute del domino público por parte de la colectividad [STC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 9.b)], pero no es esto lo que sucede en este caso, ya que no se produce ni privación ni limitación alguna en el disfrute del domino público. El legislador también puede, en uso de sus competencias de policía, atendiendo a razones medioambientales, de seguridad vial, o urbanísticas restringir el uso de la propiedad privada en una de sus manifestaciones, como sería ésta, consistente en situar carteles o anuncios, pero ello no puede servir de base para justificar el tributo enjuiciado, pues no media permiso o autorización administrativa alguna. Realmente lo que se ha pretendido es extender en exceso el concepto de dominio público con la única finalidad de someter a gravamen la mera visibilidad como una forma de aprovechamiento especial del dominio público. El hecho de que puedan ser vistos los carteles o anuncios desde el dominio público no configura un aprovechamiento especial del dominio público susceptible de ser gravado con una tasa.

La STC citada a continuación examina si este tributo sobre los promotores de los carteles impuesto con fundamento en el artículo 20.3.s) de la Ley reguladora de las Haciendas locales, en la redacción dada por la Ley 25/1998, de 13 de julio, es constitucional, llegando a la conclusión de que es contrario a la Constitución la regulación en la que se basa. Argumentación que no se expone en el presente apartado, dadas las limitaciones del mismo al ámbito patrimonial.

b) Posibilidad de separar el subsuelo de la superficie de un bien demanial y desafectarlo para su enajenación posterior; y la no consideración del subsuelo como parcela sobrante

La **STS, Sala Tercera, Sección Quinta, de 20 de mayo de 2011, recurso de casación núm. 3413/2007**, ha admitido la posibilidad de separar el subsuelo de la superficie de un bien demanial y desafectarlo para su enajenación posterior. Dicho subsuelo, según se indica en la STS comentada, no tiene la calificación de parcela sobrante a los efectos de su enajenación directa a los propietarios colindantes (artículo 115.1 del Reglamento de Bienes de 1986), dado que la misma se refiere a aquellos terrenos que por su reducida extensión, forma irregular o emplazamiento, no son susceptibles de uso adecuado, efectos habitualmente producidos por las determinaciones del planeamiento urbanístico referidas al señalamiento de alineaciones a viario o como consecuencia de las calificaciones urbanísticas. En el caso presente, afirma la STS citada, es justamente lo contrario lo que se produce, pues es el Plan de Reforma Interior el que configura como fincas independientes la superficie y vuelo del

subsuelo de las parcelas, operando en este caso como una especie de parcelación vertical de la finca en que las parcelas resultantes son susceptibles de utilización autónoma entre sí y respecto de las fincas colindantes, máxime si se tiene en cuenta la superficie de las parcelas adjudicadas, como así constan en el Proyecto de reparcelación, su colindancia con vía pública y su independencia funcional antes apuntada.

B) Enajenación del patrimonio local

a) Naturaleza del contrato de enajenación de un bien patrimonial y normativa aplicable

La **STS, Sala Tercera, Sección Quinta, de 20 de mayo de 2011, recurso de casación núm. 3413/2007**, se ha pronunciado sobre la naturaleza de los contratos de compraventa, normativa aplicable y forma de adjudicación. En relación con ellos la STS citada ha afirmado que son contratos privados que se rigen por la normativa reguladora de las propiedades públicas y que los bienes deben adjudicarse mediante subasta, como regla general. Dichos pronunciamientos se realizaron durante la vigencia de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas del 2000.

En concreto, en la STS citada se afirma que, partiendo de que la enajenación de unos bienes locales eran contratos de compraventa, tal naturaleza determina la inaplicación de los artículos 141, 159, 182 y 210 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, pues si bien era la normativa de contratación aplicable por razones temporales en la fecha de adjudicación de las parcelas, el contrato celebrado tenía la calificación de privado (*ex* artículo 5.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos 2/2000), y, por su carácter de contrato privado, su régimen jurídico era el previsto en el artículo 9 de ese texto legal, con arreglo al cual la normativa aplicable en cuanto a su preparación y adjudicación eran las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones públicas, lo que remite directamente a la regulación contenida en la legislación de régimen local, en concreto, a lo dispuesto en el artículo 80 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local de 1986, que establece que «las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse mediante subasta pública. Se exceptúa el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario»; así como a lo dispuesto en el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, que también establece la subasta como procedimiento de enajenación, salvo el supuesto de permuta.

Además de lo anterior, sigue diciendo la STS comentada, tampoco podían resultar aplicables los preceptos invocados de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas, dado que todos ellos regulan la adjudicación de contratos administrativos, no privados, y de naturaleza distinta a la compraventa.

b) Adjudicación mediante subasta

La **STS, Sala Tercera, Sección Quinta, de 20 de mayo de 2011, recurso de casación núm. 3413/2007**, se ha pronunciado sobre la forma de adjudicar los contratos de enajenación de los bienes patrimoniales. En ella se considera que la regla general es la subasta

de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable de propiedades públicas y la jurisprudencia del propio TS.

Así, en la STS comentada se afirma que es doctrina de esta Sala que la subasta es el procedimiento aplicable a las enajenaciones de bienes de las Entidades locales (STS de 28 de febrero de 1997, recurso de apelación 10823/1991) en la que declaramos «... estableciéndose en el artículo 80 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local de 1986 que las enajenaciones de bienes patrimoniales habrán de realizarse por subasta pública, con la excepción de la enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, precepto ratificado por el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986. Tales preceptos no vinieron sino a confirmar la doctrina legal contenida ya en el artículo 168 de la Ley del Suelo de 1976 sobre la necesidad de celebrar subasta pública para la enajenación de terrenos pertenecientes a las Entidades locales con las excepciones de los artículos 170 y 169 que permiten la enajenación directa de tales terrenos para los fines allí expuestos, ninguno de los cuales se refiere al supuesto aquí contemplado...».

Este mismo criterio, continúa diciendo la STS comentada, es seguido en la STS de 25 de enero de 2006, recurso de casación 2650/2001, si bien con la salvedad de que aquí se admitió la enajenación directa al amparo del artículo 120.6 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, porque en el caso concreto se habían celebrado previamente dos subastas para la enajenación del bien, la primera declarada desierta y la segunda con adjudicación provisional y definitiva, pero que finalmente no culminó con su formalización por causa imputable al adjudicatario, supuesto inaplicable al presente caso en que no tuvo lugar ninguna subasta previa; y en la más reciente de 5 de febrero de 2008, recurso de casación 773/2004, que reproduce la doctrina establecida en la anterior STS de 15 de junio de 2002 en los siguientes términos:

1) La subasta pública es la regla general en la enajenación de los inmuebles de los Entes locales, según resulta de lo establecido en el artículo 112 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986; y en términos parecidos se pronuncia el artículo 168 de la Ley del Suelo de 1976.

2) El significado de esa regla va mas allá de ser una mera formalidad secundaria o escasamente relevante, pues tiene una estrecha relación con los principios constitucionales de igualdad y eficacia de las Administraciones públicas que proclaman los artículos 14 y 103 de la Constitución. Y la razón de ello es que, a través de la libre concurrencia que es inherente a la subasta, se coloca en igual situación a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales, y, al mismo tiempo, se amplía el abanico de las opciones posibles del Ente local frente a los intereses públicos que motivan la enajenación de sus bienes.

   Siendo la finalidad de la subasta, cuando se utiliza como forma de enajenación de un bien público, ampliar al máximo el abanico de ofertas posibles, para de esta manera acentuar la concurrencia competitiva y estimular en los participantes su esfuerzo o interés por presentar las ofertas más ventajosas para la Administración convocante, la falta de utilización de este procedimiento, que únicamente debe

ceder en el supuesto de permuta con otros bienes, no se ajusta a derecho, pudiendo producir, además, menoscabo en la Hacienda municipal.

c) Sometimiento de la enajenación del patrimonio municipal del suelo a la legislación sectorial

Se ha dictado la **STSJ de Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, núm. 1139/2011, de 23 de mayo**, que se pronuncia sobre la necesidad de aplicar a la enajenación del patrimonio municipal del suelo las reglas previstas en la legislación urbanística. Pronunciamiento que le lleva a anular una enajenación por no ajustarse a dicha normativa.

En concreto, en la citada STSJ se afirma que en el artículo 76 de la Ley 7/2002, de ordenación urbanística de Andalucía se establece que «... los bienes de los patrimonios públicos de suelo podrán ser enajenados mediante cualquiera de los procedimientos previstos en la legislación aplicable de la Administración titular, salvo el de adjudicación directa, y preceptivamente mediante concurso cuando se destinen a viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública y a los usos previstos en la letra b) del apartado primero del artículo anterior —a saber, a usos declarados de interés público bien por disposición normativa previa o por planeamiento, bien por decisión del órgano competente de la Administración que corresponda—»; disponiéndose en el artículo 75 de la propia norma que «los ingresos derivados de la gestión del patrimonio público del suelo se podían destinar a: a) con carácter preferente, a la adquisición de suelo destinado a vivienda de protección oficial u otro régimen de protección pública; b) conservación, mejora, aplicación, urbanización y, en general, gestión urbanística de los propios bienes del correspondiente patrimonio público del suelo; c) la promoción de vivienda de protección oficial u otros regímenes de protección pública; d) la ejecución de actuaciones públicas o el fomento de actuaciones privadas, previstas en el planeamiento, para mejora, conservación y rehabilitación de zonas degradadas o de edificaciones en la ciudad consolidada. Y en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, Básica del Suelo se dice que «los bienes y recursos que integran necesariamente los patrimonios públicos de suelo, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo anterior, deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. Podrán ser destinados también a otros usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, y sólo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos o de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural». De tal redacción, aun cuando dicho artículo no fuere aplicable al presupuesto aprobado, se deriva y se ratifica que las cantidades disponibles para otros fines que no sean la construcción de viviendas de protección pública o adquisición de suelo público para dichas construcciones, sólo podrán ser destinados a usos de interés social, con arreglo a lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística y sólo cuando, asimismo, lo prevea específicamente la legislación.

Partiendo de la normativa citada, la STSJ declara la nulidad del acto administrativo impugnado, en cuanto estableció la subasta como procedimiento de enajenación, cuando lo procedente era el concurso: y no se alegue en contra que se trata de una parcela residencial sometida a ordenanza mixta comercial-residencial, pues aparte de que «... el Plan General

de Ordenación vigente no autoriza a variar la naturaleza y caracterización de los patrimonios municipales como patrimonio separado, no quedando desprovisto de su finalidad» —STS de 2 de noviembre de 1995—, es lo cierto que el estudio de detalle respectivo revela la realidad de que «... la tipología y uso característico de las 8 parcelas es la residencial en vivienda unifamiliar aislada, permitiéndose el uso comercial en planta baja». Sin que la Sala pueda asumir, por demás, la tesis de la Administración local de no explicitar el destino de los ingresos obtenidos de la enajenación, pues evidentemente «... los patrimonios municipales no pueden convertirse en fuentes de financiación de las distintas necesidades presupuestarias...» (STS anteriormente referida).

C) Prerrogativas de las Entidades locales

a) Necesidad de ejercitar la potestad de investigación antes de incluir una propiedad en el Inventario municipal de bienes

Se ha dictado la **STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, núm. 24/2011**, de 24 de enero, que se pronuncia sobre la obligación de ejercitar la potestad de investigación de un bien antes de incluirlo en el Inventario de bienes, dada la falta de certeza de la existencia del mismo. En concreto, en la citada STSJ se dice que el Real Decreto 1372/1986 por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, en sus artículos 17 y 20, recoge la obligación de inventariar los bienes de titularidad pública expresando los linderos, superficie, etc., es decir, el inventariado, es el acto último que refleja la previa constatación tanto de la titularidad como de la naturaleza, situación y linderos del inmueble, se debe previamente individualizar el inmueble, como se desprende del artículo 27. En el caso en estudio se ha pretendido inventariar sin que consten con nitidez todos los aspectos referidos y tal actuación no es factible ya que el propio Reglamento de Bienes es consciente de estas situaciones y las regula en el procedimiento de investigación (artículos 44 y siguientes), es decir, en los términos previstos por estos preceptos es como deberá procederse a investigar la existencia o no del camino, sus características físicas, uso, etc. para, una vez concluido, decidir sobre el inventariado o no. El procedimiento, por lo demás, impone una serie de obligaciones al vecino que, en este caso, no se han observado.

b) Un requisito para ejercitar la potestad de recuperación de oficio la inclusión del bien en el Inventario municipal de bienes

Se ha dictado la **STSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, núm. 199/2011, de 3 de marzo**, que se pronuncia sobre la innecesariedad de la inclusión de un bien municipal en el Inventario de bienes para ejercitar la potestad de recuperación de oficio. Así, en la citada STSJ 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 se recordaba, incluso, a título de doctrina legal en interés de ley por 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 correspon-

diente 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 y sin que hasta la fecha exista constancia de pronunciamiento judicial recaído en ella que determine la atribución de la titularidad dominical de aquel vial antes reseñado.

c) Requisitos para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio

Se ha dictado la **STSJ de Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, núm. 1484/2011, de 20 de junio**, que se pronuncia sobre los requisitos exigidos para ejercitar la potestad de recuperación. Requisitos que entiende la STSJ que concurren en el caso debatido, dados los elementos de prueba valorados.

En particular, en la citada STSJ se afirma que nuestro Tribunal Supremo tiene declarado que la «... Administración ha de acreditar la efectiva posesión administrativa o uso público del bien de que se trate... pudiendo probarse tales elementos por cualesquiera medios de prueba, testificales, documentos, planos..., no exigiendo la demostración de que los bienes en cuestión son de dominio de la Administración una prueba exhaustiva, considerándose suficiente una información acreditativa del hecho posesorio...» (STS de 5 de abril de 2001); siendo suficiente —misma Sentencia— «... la acreditación de una posesión pública anterior y la existencia de una usurpación reciente de tales bienes» (artículo 71.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), sin que la Administración Local deba acreditar en sede jurisdiccional la plena titularidad demanial de aquéllos (SSTS 5/7/1991 y 25/3/1998); y todo ello, en todo caso, a reserva de la eventual decisión sobre la propiedad y la extensión del dominio público en relación con los terrenos y sin perjuicio de la facultad que corresponde a los Tribunales civiles para declarar la real propiedad sobre los mismos (artículo 65 del Reglamento aludido); y no correspondiendo a esta jurisdicción otra actividad que la de velar por la legalidad del acto administrativo de recuperación, con valoración de los elementos de prueba en presencia, y habiendo de tenerse en consideración que la pretensión declarativa del dominio sobre los terrenos afectados no puede dilucidarse ante esta jurisdicción contencioso- administrativa, sino que es materia de la competencia de la jurisdicción civil; claro que, no obstante, esta jurisdicción contencioso-administrativa podría decidir las cuestiones incidentales civiles que fueren precisas para resolver el asunto discutido —a los solos efectos del objeto de debate, sin producir efectos fuera del proceso y sin vincular a la jurisdicción civil, artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1998—, pero siempre que existieran datos y elementos determinantes para resolver la cuestión debatida.

2. AGUAS CONTINENTALES

A) La regulación del silencio administrativo como a significado positivo en los contratos de cesión de derechos de uso de agua, es adecuada a la Constitución. Libertad del legislador de configurar el régimen del dominio público hidráulico

La **STC 149/2011, de 28 de septiembre de 2011** (suplemento al BOE núm. 258, de 26 de octubre de 2011) desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Di-

putación General de Aragón (Gobierno de Aragón) contra diversos preceptos de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, preceptos luego integrados en el Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, también recurrido.

Un viejo recurso de inconstitucionalidad (casi once años desde la Ley 46/1999) es resuelto por el TC estableciendo la doctrina que aparece en la rúbrica de este apartado. El Gobierno de Aragón había recurrido algunos aspectos del novedoso contrato de cesión de derechos de uso de agua que aparecía en la Ley 46/1999, reprochando el escaso tiempo previsto para su tramitación administrativa (hasta dos meses en alguna circunstancias y uno en otras), la no previsión de la audiencia a interesados, la afección a las competencias en materia de agricultura de la Comunidad Autónoma y, sobre manera, el establecimiento como positivo del silencio administrativo en caso de que el organismo de cuenca no otorgara en los plazos antes mencionados la correspondiente autorización.

Todos los motivos de recurso son desestimados por el TC que juzga suficientes y adecuados a la Constitución los plazos establecidos, estableciendo que no tiene por qué producirse el silencio administrativo previsto sino que ello obligará a la Administración al comportamiento más diligente posible a lo que, además, le obliga el aspecto servicial al que hace referencia el artículo 103.1 CE.

Particular interés tiene en la sentencia mencionada el recuerdo a la demanialización de los bienes naturales (como las aguas continentales) indicando que la legislación que proceda a esa demanialización es libre para establecer el régimen concreto de protección que se desee (a esos efectos se recuerda la clásica expresión de la «escala de la demanialidad»). En concreto, y dentro de esa libertad, es perfectamente adecuado que se haya establecido un sistema de silencio administrativo positivo de las autorizaciones no otorgadas en los plazos adecuados respondiendo al argumento del impugnante de que lo establecido para el dominio público en la Ley 30/1992 (donde se establece, como para el servicio público, supuestos de silencio administrativo negativo) no tiene por qué vincular al legislador de la Ley 46/1999.

B) El derecho a que la Administración hídrica conteste a las peticiones de transferencia de recursos hídricos de una cuenca a otra

La **STS de 22 de junio de 2011 (NR 761/2009)**, conoce de una petición de la Diputación Provincial de Castellón para que se lleve a cabo una transferencia de recursos hídricos desde la cuenca del Ebro a la parte de la provincia de Castellón no integrada en la cuenca del Ebro, cifrando esa transferencia solicitada en 90 Hm^3 anuales y pidiendo, al tiempo, que se constituya un Consorcio de aguas en la provincia de Castellón. La solicitud se había presentado ante la Ministra de Medio Ambiente (20 de abril de 2005) y, ante el silencio de ésta, ante el Gobierno (7 de agosto de 2006). La demanda presentada ante el TS hacía referencia al «derecho» de la provincia de Castellón a recibir tal trasvase, derecho que se hacía derivar de distintas consideraciones hídricas y de la comparación con actuaciones del Estado en materia de regadíos en otros puntos de la cuenca del Ebro.

Pues bien, el TS indica que la Administración estaba obligada, en virtud de lo indicado en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, a dictar una resolución expresa sobre la petición de la

Diputación Provincial de Castellón; petición que se basaba en una serie de hechos y razones jurídicas que hubieran exigido la incoación de un expediente, cosa que no se hizo. Por todo ello se decide que la Administración demandada debe dar una respuesta expresa a lo solicitado desde abril de 2005 por la Diputación provincial de Castellón, decisión que «lógicamente, también quedará sometida al control jurisdiccional» (fundamento de derecho tercero).

Es obvio que deberá esperarse con interés la respuesta de la Administración hídrica y si ésta es negativa, a la posterior demanda (es de suponer) y respuesta del TS a esa demanda en tanto en cuanto ya se anuncia en esta sentencia (*vid*., el párrafo anterior) que tal decisión estará sometida «lógicamente» a control jurisdiccional. La cuestión es si ese lógico control —es obvio lo indicado en un Estado de Derecho *ex* artículo 1 CE— se extenderá a las cuestiones de fondo y no solo de forma y procedimiento.

C) Deslinde del dominio público hidráulico. Obligación de notificar el trámite de información pública individualmente a los propietarios ribereños. La omisión de esta obligación determina un vicio de anulabilidad

La **STS de 8 de junio de 2011 (NR 3265/2008)** en un procedimiento de deslinde del río Alberche determina lo que puede leerse en la rúbrica de este punto del informe. Efectivamente tal obligación se contiene en el artículo 241.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por RD 849/1986, de 11 de abril. Los razonamientos de la sentencia se basan en la indefensión que se ha producido sobre los propietarios al no estar presentes desde los primeros trámites del deslinde, aun cuando luego sí que se han personado en el expediente practicado. Precisamente en esta presencia en el expediente realizado se basa la calificación del TC como de vicio de anulabilidad (artículo 63 Ley 30/1992) y no de nulidad por prescindir absolutamente del procedimiento establecido (artículo 62 de la misma Ley) el vicio cometido, apreciación en la que se aparta de la sentencia cuyo recurso de casación resuelve el TS. Estima, así, el TS que es una inconsecuencia que se hable de nulidad por tal causa, cuando no ha habido omisión de cualquier tipo de procedimiento sino solamente del trámite que se indica.

La misma doctrina que la establecida en esta sentencia puede encontrarse en las de **31 de mayo de 2011 (NR 6326/2007), 13 de junio de 2011 (NR 3800/2007) y 13 de junio de 2007 (NR 3817/2007**).

D) Demarcaciones hidrográficas. Nuevo concepto junto al de cuenca hidrográfica. Validez del Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero, que fija las demarcaciones hidrográficas correspondientes a las cuencas intercomunitarias. Provisionalidad del mismo hasta que las CCAA afectadas asuman las competencias sobre las cuencas intracomunitarias

La **STS de 22 de septiembre de 2011 (NR 60/2007)** desestima el recurso interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra el RD citado en el título de este apartado. El recurso se centra en lo relativo a las demarcaciones hidrográficas del Júcar y del Segura y se fundamenta, en realidad, en lo establecido por el TS en su Sentencia de 20 de octubre de 2004, cuando estableció la nulidad de algunos artículos del Plan Hidrológico

del Júcar por referirse a cuencas hidrográficas intracomunitarias y sobre las cuales, por lo tanto, no podía extenderse el Plan Hidrológico de la cuenca del Júcar (intercomunitaria). El TS niega la mecánica aplicación de lo establecido en la Sentencia de 20 de octubre de 2004 a este supuesto dado que la sentencia citada se refería a planificación hidrológica y el real decreto de 2007 impugnado al nuevo concepto de la demarcación hidrográfica. Pero en todo caso y teniendo en cuenta la asunción de competencias de los EEAA de la Comunidad Valenciana y de Murcia sobre sus cuencas intracomunitarias, señala la provisionalidad de lo establecido en el RD 125/2007 hasta cuando se asuman efectivamente por estas CCAA las competencias sobre sus propias cuencas.

De esta forma el TS da salida provisional a un problema de altísimo calado, como es el de la ejecución de la STS de 20 de octubre de 2004, permitiendo la aplicación del RD 125/2007 citado. En todo caso parece claro que deberá adoptarse algún tipo de solución para la ejecución de la STS citada y en el horizonte de la necesaria aprobación de los Planes Hidrológicos de cuenca con ámbito de demarcación, que ya tiene un par de años de retraso sobre lo establecido en el TRLA a estos efectos reproductor de lo previamente establecido en la Directiva Marco de Aguas de 2000.

3. AGUAS MARÍTIMAS

A) Dominio público costero: terrenos desecados al amparo de la legislación anterior

La disposición transitoria segunda.2 de la Ley de Costas establece que los terrenos ganados al mar y los desecados en la ribera en virtud de concesión otorgada antes de su promulgación serán mantenidos en dicha situación jurídica, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre continuarán siendo de dominio público. La disposición transitoria sexta.3 del Reglamento de Costas clarifica esta regla, señalando que solo será válida con relación a concesiones en cuyas cláusulas se recoja expresamente la previsión de entrega en propiedad de los terrenos afectados. El resto de concesiones a perpetuidad otorgadas bajo el amparo de la legislación anterior tendrán tiempo limitado (30 años) y un régimen transitorio en aplicación de la nueva normativa (disposición transitoria decimocuarta.3 del Reglamento de Costas). De este último tipo son los títulos sobre los que discuten, entre otras, las **SSTS 8 y 29 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 665/2008 y 3485/2007**, negándose así la conversión jurídica de los títulos en titularidad dominical.

B) Deslinde del dominio público marítimo-terrestre

Nuevamente las sentencias en torno al deslinde del demanio costero son, con mucho, las más numerosas de todas las dictadas sobre estas dependencias públicas. La práctica totalidad de los pronunciamientos confirman las líneas generales de una jurisprudencia ya completamente asentada de la que se ha dado sobrada cuenta en esta revista: finalidad del deslinde, efectos, cuestiones procedimentales, etc. Por razones de extensión —las sentencias aparecidas superan la centena—, sólo se hará mención a las novedades aparecidas, así como a algunos de los pronunciamientos confirmatorios indicados.

a) Finalidad: declarar dominio público los bienes que presentan esta condición por naturaleza

De nuevo hay pronunciamientos que confirman el carácter de demanio por naturaleza de bienes costeros declarado tras el ejercicio de la potestad de deslinde. Son los casos ejemplificativos, entre muchos otros, de las **Sentencias de la Sala de lo Contencioso del TS de 30 de junio de 2011, recurso núm. 1303/2008** (islas formadas por causas naturales en el mar territorial o en aguas interiores, o en los ríos hasta donde se hagan sensibles las mareas), **30 de septiembre de 2011, recurso núm. 4873/2008** (ribera del mar) y de las **Sentencias de la misma Sala de la AN de 30 de junio de 2011, recurso núm. 462/2009** (zona marítimo-terrestre), **8 de julio de 2011, recurso núm. 324/2009** (terrenos alcanzados por las olas en los mayores temporales conocidos), o **14 de julio de 2011, recurso núm. 367/2009** (playas).

Y ello con independencia de sus características urbanísticas, que no alteran dicha naturaleza (**STS 21 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 2354/2008**), y de que otras Administraciones —particularmente las Comunidades Autónomas— tengan atribuida la gestión y utilización de la misma para la prestación de servicios propios: esta adscripción ni excluye la titularidad demanial del Estado ni las competencias derivadas de protección de la integridad del demanio (**STSJ Murcia 29 de junio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 707/2006**).

La jurisprudencia insiste muy a menudo en el carácter declarativo de la potestad de deslinde: se limita a materializar una realidad que, por naturaleza, detentan esos bienes. Por esa razón, ninguna inscripción registral realizada al amparo de la Ley Hipotecaria altera las características geomorfológicas de los terrenos, que es lo determinante para su inclusión en el dominio público (**STS 21 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 2187/2008**).

Por su parte, la **STS 21 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 6303/2007**, recuerda que no deben permanecer indefinidamente en el demanio los terrenos que han perdido sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre por el solo hecho de que, en un deslinde practicado antes de la desnaturalización de los terrenos, se incluyeran como demaniales.

b) Efectos: declara la titularidad dominical a favor del Estado, prevaleciendo frente a inscripciones registrales en contrario

En cuanto a sus efectos, el artículo 13 de la Ley de Costas otorga al deslinde uno sustancial: el de declarar no sólo la posesión sino la propiedad estatal de los bienes incluidos en el dominio público marítimo-terrestre. Este efecto le permite prevalecer sobre inscripciones registrales a favor de terceros, que verán suficientemente compensada la incidencia de dicha declaración por los derechos reconocidos por el sistema transitorio (otorgamiento de concesión por 30 años prorrogables), sin que quepa ninguna otra indemnización (**SAN 30 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 223/2010**).

Cuestión distinta es que el deslinde practicado sea declarado nulo por los Tribunales de Justicia, en cuyo caso quienes se vieron ilegítimamente privados de la explotación agrícola de unos terrenos que resultaron de su propiedad tienen derecho a la correspondiente indemnización. No cabe duda de que sufrieron una lesión efectiva, económicamente eva-

luable e individualizada mientras permaneció en vigor la Orden aprobatoria de aquél, y directamente derivada de ella, tal y como reconoce la **STS 28 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4476/2007**. Esto no significa que deba admitirse un automatismo entre anulación jurisdiccional de un deslinde y responsabilidad patrimonial, porque eso supondría que toda sentencia estimatoria viniera acompañada de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, lo que es claramente improcedente. Lo que hay que comprobar es que los daños causados sean antijurídicos, como en este caso, en que la Administración, en el ejercicio de su potestad, infringió las normas básicas de rigor exigibles a dicha actuación discrecional.

c) Procedimiento

a') La existencia de deslindes previos no impide la realización de otros posteriores

También es conocido que la potestad de deslinde de costas puede ejercitarse en cualquier momento, aunque no hayan cambiado las características morfológicas de los terrenos. Este nuevo deslinde no supone vulnerar la prohibición de la Administración de ir contra sus propios actos. Ni siquiera en el caso particular de unos terrenos hubiesen sido declarados sobrantes en un deslinde anterior, mientras que en el actual se declara su naturaleza demanial: la falta de entrega de esos bienes al Patrimonio del Estado supone el mantenimiento continuado de aquel carácter (**STS 14 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 1954/2008**).

b') Iniciación

La incoación de un procedimiento de deslinde no predetermina su resultado final, por lo que el acuerdo posterior de iniciación de un nuevo procedimiento deja sin efecto la tramitación del primero, a cuyo archivo se procede (**SAN 2 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 537/2009**). Esto no supone un funcionamiento anormal de un servicio público que justifica una demanda de responsabilidad patrimonial.

Por otro lado, según determina el artículo 12.5 de la Ley de Costas, la incoación del expediente de deslinde, con el señalamiento de la línea provisional, suspende el otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el dominio público delimitado provisionalmente. Con mucha mayor razón habrá que entender que condiciona la aprobación de planes urbanísticos que la desconocen (**STS 7 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 868/2008**). Tampoco hay que olvidar que, como recuerda la **STS 8 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 3780/2007**, la aludida suspensión viene determinada *ex lege*, sin que dependa de una decisión adoptada tras la valoración de las circunstancias del caso. Además es automática, puesto que no se requiere ninguna declaración expresa al efecto, y alcanza también a todas las solicitudes de autorización en tramitación, presentadas antes de la providencia de incoación.

c') La modificación sustancial de la delimitación provisional requiere nueva información pública y audiencia a los interesados

Como señala la **SAN 28 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 519/2008**, cuando el proyecto de deslinde modifique sustancialmente la delimitación pro-

visional efectuada a efectos de la iniciación del expediente se requerirá apertura de un nuevo período de información pública y de audiencia a los propietarios afectados.

d') Las irregularidades procedimentales sólo determinan la anulabilidad del deslinde si producen indefensión

Conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial, la **STS 27 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4624/2007**, entre otras, recuerda que las irregularidades en el procedimiento de deslinde de costas sólo determinan la anulabilidad del acto administrativo cuando éste carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o producen indefensión en los interesados, lo que no sucede en este supuesto, en el que han podido alegar y probar cuanto han estimado oportuno. Por supuesto, cuando la irregularidad deriva de una acción de los propios interesados —en este caso, incomparecencia en el acto de apeo como medida de protesta contra el deslinde—, es difícil alegar *a posteriori* una indefensión que, además de inexistente, sería, de considerarse, exclusivamente imputable a ellos (**SAN 8 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 711/2009**).

e') La exclusión del demanio de bienes similares a los declarados en el deslinde no justifica la sustracción de todos ellos

También se ha destacado en multitud de crónicas previas cómo el hecho de que un deslinde no incluya entre los límites del dominio público terrenos con características demaniales no justifica la exclusión del mismo de otros análogos, puesto que la igualdad sólo puede operar dentro de la legalidad. En ello insisten en esta oportunidad la **STS 29 de junio de 2011 y la SAN 12 de septiembre de 2011, Sala de Contencioso, recursos núm. 1186/2008 y 703/2009**.

f') El plazo para resolver y notificar la resolución sobre el deslinde es diferente en función de la fecha de incoación del procedimiento

De conformidad con la redacción dada por la Ley 53/2002 al artículo 12.1 de la Ley de Costas, el plazo para resolver y notificar los procedimientos de deslinde iniciados con posterioridad al 1 de enero de 2003 es de veinticuatro meses, siendo el *dies a quo* el que se dicta la providencia de incoación (**SAN 28 de junio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 607/2009**). Por supuesto, nada impide ampliar el plazo normativamente establecido al amparo del artículo 42.6 de la Ley 30/1992, justificando debidamente las circunstancias concurrentes (**SAN 30 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 436/2011**). Lo que no cabe, como en los casos reflejados por las **SSAN 24 de julio y 15 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 433/2009 y 742/2008**, es exceder todos los plazos (regular y ampliación) y dictar una resolución extemporánea para finalizar un procedimiento ya caducado.

Por lo que hace a los deslindes que se hubiesen incoado con anterioridad a aquella fecha, la Ley de Costas no establecía un plazo de caducidad sin que les resultase de aplicación el plazo supletorio de tres meses que establecía la redacción original del artículo 42.2 de la Ley 30/1992 (**SAN 8 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 324/2009**). No obstante, a partir de la STS 26 de mayo de 2010, el Alto Tribunal ha mo-

dificado este criterio para los deslindes iniciados después de la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992 —14 de abril de 1999— y antes de la vigencia de la Ley 53/2002, considerando aplicable a los mismos el plazo de caducidad de seis meses que contempla el artículo 44 de la Ley 30/1992. Vuelve a recordarlo, entre otras, la **SAN 30 de junio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 35/2010**.

g') El *dies ad quem* para computar el plazo de los procedimientos de deslinde de costas es el de la publicación de su resolución en el BOE

Como señala la **SAN 29 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 721/2009**, el gran número de afectados por el procedimiento de deslinde, que dificulta la notificación personal, justifica que el *dies ad quem* sea el de la publicación de la resolución en el BOE, y no el de la notificación personal.

h') Recurso extraordinario de revisión contra la resolución del procedimiento de deslinde: improcedencia

Por su parte, la **SAN 15 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 136/2010**, confirma la Orden por la que se inadmite un recurso extraordinario de revisión presentado frente a la resolución que concluye un procedimiento de deslinde. Ninguna de las condiciones exigidas por el artículo 118.1 de la Ley 30/1992 concurren en este supuesto: ni se trata de un acto firme (pendiendo sobre él la resolución de un recurso contencioso-administrativo) ni la Administración ha incurrido en error de hecho. La intención del recurrente era utilizar esta vía extraordinaria para mostrar su disconformidad con la valoración de los documentos obrantes en el expediente administrativo hecha por la Administración.

C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes

a) Servidumbre de protección: aplicación del artículo 43.6 del Reglamento de Costas

Según establece el artículo 43.6 del Reglamento de Costas, la realización de obras que den origen a la invasión por el mar o por las aguas de los ríos, hasta donde se haga sensible el efecto de las mareas, de terrenos que con anterioridad a dichas obras no fuesen de dominio público ni estén afectados por la servidumbre de protección, producirán como efecto que el terreno inundado se incorpore al demanio, que la servidumbre de protección preexistente con anterioridad a las obras mantenga su vigencia, y que en los terrenos sin ella no se genere una nueva, siendo sólo de aplicación la servidumbre de tránsito. En aplicación de este precepto, la **SAN 8 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 711/2009**, estima la reducción de la anchura de la servidumbre de protección a los 6 metros existentes actualmente, tal como reclamaban los recurrentes.

b) Servidumbre de protección: obras autorizables

Según el artículo 25.1.a) de la Ley de Costas, en zona de servidumbre de protección están prohibidas las edificaciones destinadas a residencia o habitación. Sólo de forma excepcional podrán otorgarse autorizaciones al efecto, en los supuestos y con las condiciones

fijadas por la disposición transitoria tercera de la Ley de Costas: en relación con terrenos clasificados como suelo urbano a la entrada en vigor de la misma —en los que la anchura de la servidumbre de protección se reduzca de 100 a 20 metros—, de conformidad con el planeamiento urbanístico en vigor, garantizando la efectividad de la servidumbre y la ausencia de perjuicio para el dominio público marítimo-terrestre, y previa aprobación del correspondiente instrumento urbanístico en el que se justifique expresamente el cumplimiento de todos y cada uno de requisitos fijados en el apartado 2 de la misma norma. Así lo recuerda la **STSJ Canarias 29 de junio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 142/2008**. En el supuesto sobre el que se pronuncia la **STS 30 de junio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 3563/2007**, no se da ninguno de estos requisitos.

Por su parte, el apartado 2 del mismo artículo 25 permite la realización en esta zona de obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas, siempre que no se encuentren en la relación de usos prohibidos del apartado 1 del mismo precepto. Aunque nos parezca obvio, la **STSJ Galicia 7 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4190/2011** ha tenido que aclarar que la construcción de una piscina privada no entra dentro del concepto de «instalaciones deportivas descubiertas» —pensadas para las de carácter público—, como pretendía el recurrente.

c) Disposiciones transitoria tercera de la Ley de Costas y transitoria novena de su Reglamento: varias cuestiones

Como acaba de mencionarse, de nuevo, las disposiciones transitorias mencionadas reducen la extensión de la servidumbre de protección de 100 a 20 metros en el caso de terrenos clasificados como suelo urbano a la entrada en vigor de la Ley de Costas o, en su defecto, que en la misma fecha constituyesen un área urbana en la que la edificación estuviese consolidada o los terrenos dispusiesen de los servicios exigidos en la legislación urbanística (acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica) y la Administración urbanística les hubiera reconocido expresamente ese carácter. Nuevamente se da cuenta de pronunciamientos en este sentido, que entienden o no acreditada dicha condición en los terrenos afectados según los casos: confirma la reducción a 20 metros por tener dicha calificación en la fecha referida la **SAN 26 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 588/2009**; ratifica la extensión común por falta de acreditación, entre otras, la **STS 29 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 5310/2007**.

D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre

a) La concesión demanial es de otorgamiento discrecional

La utilización privativa del demanio costero exige la preceptiva concesión, de otorgamiento discrecional por parte de la Administración. No existe un derecho a la misma, aun cuando se solicite con arreglo a las determinaciones normativas aprobadas: su otorgamiento ha de basarse en la satisfacción de un interés público (**STS 14 de septiembre de 2011, Sala**

de lo Contencioso, recurso núm. 4954/2007; STSJ Baleares 25 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 41/2009).

b) Extinción concesional: rescate

El rescate es uno de los modos de extinción de las concesiones de uso privativo del demanio costero (artículo 78 de la Ley de Costas), requiriendo previa declaración de utilidad pública (artículo 71.3 de la misma Ley) dado su sentido evidentemente expropiatorio (**SAN 12 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 613/2008**). También la **STS 28 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4948/2007** se pronuncia sobre dicha declaración, insistiendo en que la actuación concreta objeto de recurso (dicha declaración, no el rescate concesional en cuanto tal) es capital para rechazar el recurso presentado. En efecto, si bien la audiencia a los interesados y el informe del Consejo de Estado son requisitos exigidos normativa o jurisprudencialmente para la tramitación del subsiguiente expediente de rescate, no lo es para la previa declaración de utilidad pública.

E) Infracciones: tipos infractores

La ejecución no autorizada de obras e instalaciones en el demanio constituye una infracción administrativa al amparo de la Ley de Costas, cuya calificación depende, sin embargo, según jurisprudencia consolidada, de su estabilidad. No se subsume en el tipo agravado del artículo 91.2.b) la colocación de sillas y mesas, que al no configurarse como instalaciones sino como bienes muebles (sin fijación al terreno), no se ajustan al tipo descrito. Constituyen, pues, de una infracción leve a tenor del artículo 90.d) de la misma norma (**STSJ Baleares 28 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 189/2009**). Sí lo hace la construcción de una escalera exterior adosada a un edificio, elemento claramente estable o permanente (**STSJ Asturias 23 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 1811/2009**).

Por su parte, la **Sentencia del mismo Tribunal y Sala de 21 de septiembre de 2011, recurso núm. 110/2009**, entiende que la ocupación sin título del «dominio público marítimo-terrestre» durante la vigencia del deslinde provisional (antes por tanto de la aprobación definitiva del procedimiento), no puede subsumirse en el tipo infractor descrito en el artículo 90.a) de la Ley de Costas, puesto que los terrenos afectados aún no han sido declarados demaniales. Menos cuando en un deslinde previo, éstos tenían la consideración de propiedad privada.

F) Puertos

a) La formulación del Plan Especial de ordenación de un puerto de interés general es competencia del Estado

Como viene señalando el artículo 18 LPMM (derogado por el artículo 56 del reciente TRLPMM), para articular la coordinación entre las Administraciones con competencia concurrente sobre el espacio portuario, los instrumentos de ordenación urbanística deberán

calificar la zona de servicio de los puertos estatales como sistema general portuario, sin que puedan incluirse en ellos determinaciones que perturben el ejercicio de las competencias estatales. A su vez, dicho sistema general portuario se desarrollará a través de un plan especial o instrumento equivalente, formulado por la Autoridad Portuaria. Esta previsión normativa sirve de fundamento jurídico a la **STSJ País Vasco 30 de junio de 2011, Sala de Contencioso, recurso núm. 628/2009**, que procede a declarar la nulidad de un Acuerdo municipal por el que se aprueba el inicio de la tramitación del Plan Especial de ordenación del espacio portuario de Pasajes por falta de competencia.

b) Uso privativo

Como recuerda la **STS 27 de junio de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 6219/2008**, el incumplimiento del clausulado de una concesión de uso privativo de un especio portuario determina la declaración de caducidad de ésta cuando así esté previsto normativamente.

Por su parte, la **STSJ Baleares 8 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 457/2009,** pone de manifiesto que la concesión de uso privativo del demanio portuario no equivale a permiso ilimitado para cualquier actividad industrial, comercial o de servicio, sino que cada una de ellas debe ser controlada mediante la autorización previa que corresponda —en función de la actuación de que se trate—, a expedir por la Autoridad Portuaria. El ejercicio de una actividad de este tipo sin la preceptiva licencia supone la comisión de una infracción administrativa, que lleva acarreada la correspondiente sanción.

G) Pesca marítima y acuicultura

a) Pesca marítima: declaración de nulidad de Orden sobre pesca por incumplimiento del procedimiento normativamente establecido para su aprobación

Las **SSAN 30 de junio (tres) y 8 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 468/2009, 480/2009, 368/2008 y 377/2008**, declaran la nulidad de una Orden MARM por la que se regula la pesquería del atún rojo en el Atlántico Oriental y Mediterráneo, así como de su modificación. La razón estriba en el incumplimiento de las exigencias impuestas por el artículo 24 de la Ley del Gobierno para la elaboración de Reglamentos. En concreto, en lo que respecta a la memoria económica estimatoria del coste a que dará lugar la norma, al informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en ella y al preceptivo Dictamen del Consejo de Estado. Ninguno de los tres elementos fue aportado en el procedimiento de elaboración de la Orden ni de su modificación.

b) Cultivos marinos: no existe un derecho subjetivo a la reubicación y cambio de especie de los viveros

En ejercicio de sus competencias en la materia, la Comunidad Autónoma de Galicia ha aprobado diversa normativa sobre cultivos marinos en aguas interiores. Y en ella, entre muchas otras cuestiones, se establece la exigencia de autorización administrativa para explotar

viveros en una determinada cuadrícula; 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. No obstante, como recuerdan las **SSTSJ Galicia 14 y 28 de julio y 15 de septiembre de 2011, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 4206/2010, 4587/2009 y 4202/2010**, no existe un derecho subjetivo del titular de la autorización de explotación al cambio de ubicación y especie, que vendrá permitido cuando se justifique que éstos coadyuvarán a conseguir el óptimo aprovechamiento del potencial productivo de la actividad.

4. MINAS

A) Valoración de las concesiones en los procedimientos expropiatorios. El derecho preferente a solicitar una concesión no puede ser equiparado sin más, al derecho a que efectivamente sea otorgada la concesión. No se puede predicar de forma automática la igualdad de trato a efectos expropiatorios de concesiones potenciales cuyo otorgamiento está en proceso de estudio respecto de las concesiones puestas en marcha

La **STS de 8 de septiembre de 2011 (recurso núm. 5229/2008)** resuelve un recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad CANTERAS REUNIDAS DE ALABASTRO, S.L., contra la Sentencia del TSJ de Aragón de 15 de julio de 2008 dictada en dos recursos contencioso-administrativos acumulados, sobre justiprecio de finca expropiada. La parte recurrida era la Administración General del Estado y el ente público «Administrador de Infraestructuras Ferroviarias» (ADIF), y contra resolución del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Zaragoza, de fecha 26 de enero de 2004, ratificado en reposición por el de septiembre de 2005, por la que se fijó el justiprecio a satisfacer a la sociedad limitada referenciada en la cantidad de 6.353.495,45 euros, por no poder extraer parte de los recursos mineros de alabastro como consecuencia de la ejecución de las obras del proyecto «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa. Tramo V. Subtramo II a».

Son diversas las cuestiones que en orden a la aplicación de la legislación en materia de expropiación forzosa plantea esta sentencia. Ahora bien, la interpretación que se hace de la legislación minera se centra en una cuestión concreta referida al alcance que a efectos expropiatorios se puede derivar del artículo 40.1 de la Ley de Minas.

La recurrente pretendía en relación con una de las concesiones —concesión LA SALADA C)— que no había sido otorgada aún y cuyo procedimiento estaba en tramitación, que en la fijación del justiprecio se valorase la privación que iba a sufrir considerándose como derecho pleno y no como derecho potencial.

El TS rechaza esta pretensión. Considera que no hay razón para admitir una valoración del derecho del recurrente en igualdad de condiciones respecto de concesiones ya otorgadas. Recuerda que la LEF en su artículo 41 establece una serie de reglas para la determinación del justiprecio en las concesiones administrativas, indicando la forma de valorar las concesiones mineras en los puntos segundo y tercero, y distinguiendo dos supuestos:

1. Que las concesiones se hubiesen otorgado en fecha anterior a tres años.
2. Que las concesiones llevasen menos de tres años establecidas o que no estuvieran en funcionamiento por estar todavía dentro del plazo de instalación.

De esta regulación y de lo contemplado en la propia Ley de Minas acerca de la titularidad y régimen jurídico aplicable a los recursos mineros de la sección C), en la que se incluye el alabastro —que sería el mineral extraíble si se otorgase la concesión solicitada— deduce el TS que **para que una concesión sea valorable es exigible que exista previamente el otorgamiento de la concesión de explotación** —lo cual no ocurría en el supuesto de autos—, pues según reconoce la propia recurrente su solicitud se encontraba pendiente de otorgamiento por la Autoridad minera correspondiente. Ello motiva que, sólo en un posicionamiento generoso para la recurrente pueda valorarse el derecho potencial que le correspondería sobre los recursos mineros existentes.

Desde esta perspectiva cabe concluir que la infracción denunciada del artículo 40 de la Ley de Minas no es acogida por el TS. De tal forma que cuando el punto 1.b) de dicho precepto, indica que «El Ministerio de Industria podrá otorgar permisos de exploración, que conferirán a sus titulares los siguientes derechos: Prioridad en la petición de permisos de investigación o concesiones directas de explotación sobre el terreno que, incluido en su perímetro, fuera franco y registrable en el momento de presentarse la solicitud de exploración»; lo que está declarando es que lo que asiste al titular de un permiso de exploración, es la preferencia en la solicitud, en este caso, de concesión directa de explotación sobre un terreno que, además, reúna una serie de requisitos. Sin embargo, este derecho preferente a solicitar la concesión no puede ser equiparado sin más, al derecho a que efectivamente sea otorgada la concesión, ni tampoco supone que, conforme a las prescripciones técnicas que se impongan en la concesión de explotación, ésta pueda desarrollarse de forma plena y efectiva como si la explotación ya estuviera en funcionamiento y cumpliera las condiciones establecidas a tal efecto. Por esta razón, no se puede predicar de forma automática la igualdad de trato a efectos expropiatorios de estas potenciales concesiones respecto de las concesiones puestas en marcha, pues con ello se vulneraría el artículo 36.1 de la Ley de Expropiación, que exige que la valoración de los bienes y derechos expropiados se efectúe al tiempo de iniciarse el expediente y no en atención a hipotéticos rendimientos futuros.

B) Si una norma atribuye a la Administración del Estado la competencia para autorizar, inspeccionar y, en su caso, paralizar la explotación de aprovechamientos de la sección A), las Administraciones Autonómicas —aunque tengan competencias en relación con la minería— no pueden decidir sobre aquellos aprovechamientos, aun cuando consideren que se realizan extracciones ilegales

En el proceso resuelto en la Sentencia del **TSJ de Castilla y León de 21 de julio de 2011 (recurso núm. 1947/2007)** se recurría el acto de 28 de septiembre de 2007 de la Dirección General de Energía y Minas, por el que se había estimado un recurso administrativo de alzada interpuesto por la Unión Temporal de Empresas Aeropuerto de León contra la Resolución de 27 de junio del mismo año que había dictado la Delegación Territorial autonómica en aquella ciudad y que acordaba la inmediata paralización de unos trabajos de extracción de áridos en el ámbito de ejecución de las obras de ampliación del Aeropuerto de León.

La Junta de Castilla y León había acordado la paralización de las actividades extractivas pues consideraba que se estaban llevando a cabo sin autorización alguna, y en atención a ello consideró que debía ejercer sus competencias en materia ambiental y minería.

La Administración autonómica considera que el hecho de que corresponda al Ministerio de Fomento y no a la Junta de Castilla y León la competencia para la autorización e inspección de los aprovechamientos de la sección A) en el caso de las obras de ampliación del Aeropuerto de León, no resta competencia alguna a la Administración Autonómica para paralizar aquellos aprovechamientos en los que se realizan extracciones sin autorización alguna; esto es, en los que se realizan considera extracciones ilegales.

De la capacidad de las Administraciones Locales o Autonómicas de paralizar obras autorizadas por el Estado cuando dichas autorizaciones son manifiestamente ilegales, se pueden citar varias sentencias del TSJ de Castilla y León confirmadas por el Tribunal Supremo, en relación, entre otras, con las obras de ejecución por la empresa Red Eléctrica de España, S.A., de la línea Lada-Velilla, que, incluso, sí estaban autorizadas, no como en este caso, que no cuentan con autorización alguna. El TSJ reconoció en sede cautelar que se debía mantener la ejecutividad de los Decretos de paralización de los Alcaldes, resoluciones confirmadas por el Tribunal Supremo.

Sin embargo, el TSJ de Castilla y León, en el caso de Autos entiende que las competencias en materia de minería de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, derivada de las competencias estatutarias que tiene asumidas, son de desarrollo normativo y de ejecución dentro del marco de la legislación básica del Estado. La Norma estatal aplicable al caso es el Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería, a cuyas prescripciones debe atenerse la Junta de Castilla y León para dictar actos administrativos en el ejercicio de sus competencias propias. En este sentido, el artículo 37.3 del citado Real Decreto reserva para el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (actualmente Ministerio de Fomento) el cumplimiento y la observancia de las prescripciones contenidas en el Título III de aquella norma reglamentaria [regulación de aprovechamientos de recursos de la sección A): artículos 27 a 37] para el caso de obras públicas dirigidas o inspeccionadas por organismos dependientes de aquel ministerio; siendo el supuesto de extracción de áridos litigioso uno de tal índole ya que las obras de ampliación del aeropuerto fueron promovidas por AENA la cual depende del Ministerio de Fomento. Entiende el TSJ que esa reserva competencial a favor del Estado no puede ser soslayada o interferida por la Comunidad Autónoma de Castilla y León al ejercitar sus competencias en materia de minería pues éstas quedan limitadas a lo que prescribe su Estatuto de Autonomía y al contenido de los Reales Decretos de transferencias de funciones y servicios. En esta línea interpretativa se encuentra la Sentencia de la Sala 3.ª y Sección 3.ª del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2004 (fundamento de derecho 2). De acuerdo con todo ello la autorización, la inspección y, en su caso, la paralización de la extracción corresponde al Ministerio de Fomento, el cual deberá adoptar las decisiones precisas en orden a compatibilizar los trabajos de investigación minera y extracción de áridos para la obra de ampliación del aeropuerto de conformidad con lo previsto en el artículo 37 del RD 2857/1978 y demás normas concordantes del mismo y de la Ley 22/1973 de Minas.

5. PATRIMONIO HISTÓRICO

A) La incoación por una Comunidad Autónoma de un procedimiento para la inscripción en el Catálogo General del Patrimonio histórico de un inmueble particular sito en demanio costero, no afecta a la titularidad del Estado sobre el demanio y sus accesiones, ni condiciona el otorgamiento de una concesión relativa al inmueble en dicho demanio, pero hace obligada la coordinación entre las dos Administraciones Públicas que concurren en el ejercicio de sus competencias. El régimen de la disposición transitoria novena del Reglamento de la Ley Costas se aplica a núcleos históricos y no a construcciones aisladas

La **STS de 14 de septiembre de 2011 (recurso núm. 4954/2007)** desestima un recurso extraordinario de casación que trae causa de la oposición de la asociación recurrente (Club Náutico Torre del Mar) a la denegación de su solicitud para ocupar dominio público marítimo terrestre con destino a edificio social, embarcadero deportivo, piscina y pistas deportivas, en el Paseo Marítimo de Torre del Mar, en el término municipal de Vélez-Málaga (Málaga). Dicha asociación había sido titular de una concesión de tales características otorgada el 21 de noviembre de 1969 para un plazo de 15 años, que una vez caducada había sido prorrogada hasta el 31 de diciembre de 1989. Solicitó una nueva concesión o, subsidiariamente, una nueva prórroga de la anterior, esta solicitud fue denegada por Orden Ministerial en octubre de 1989, habiendo sido desestimados los recursos jurisdiccionales interpuestos contra dicha Orden.

En 1999 la Asociación recurrente reitera su solicitud de concesión, que nuevamente se le deniega por Orden Ministerial de 25 de junio de 2004, confirmada por silencio en reposición, que es la que se impugnaba en el proceso que desemboca en este pronunciamiento del TS. La Orden de 2004 impugnada acordaba denegar a los recurrentes la concesión solicitada de ocupación de unos 2.260 metros cuadrados aproximadamente, de terrenos de dominio público marítimo terrestre, con destino al denominado «*Proyecto Básico y Proyecto de explotación de las instalaciones del Club Náutico Torre del Mar*» en el Paseo Marítimo de Torre del Mar, en el término municipal de Vélez-Málaga (Málaga) y se ordena a la demarcación de costas del Ministerio en Málaga que se proceda, en el plazo de tres meses, a la demolición de todas las instalaciones comprendidas en la antigua concesión que, como se ha dicho, estaba ya extinguida.

Pues bien, uno de los motivos invocados por la recurrente en su defensa guarda estrecha relación con el patrimonio histórico-artístico. Denuncia la inaplicación de la disposición transitoria novena.2.3.ª del **Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General para Desarrollo y Ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (en adelante,** Reglamento de la Ley Costas), que señala que en los núcleos que hayan sido objeto de una declaración de conjunto histórico o de otro régimen análogo de especial protección serán de aplicación las medidas de dicho régimen con preferencia a las contenidas en la Ley de Costas.

Se invoca este precepto por cuanto la Dirección General de Bienes Culturales de la Junta de Andalucía había procedido a dictar en 2006 resolución por la que, entre otros edi-

ficios, se inscribía en el Catálogo General del Patrimonio histórico andaluz el edificio del Club Náutico de Torre del Mar (Vélez-Málaga) a que se refiere el litigio.

La recurrente cuestiona la denegación de su solicitud afirmando, pura y simplemente, que cabe dudar del carácter demanial de la zona en que se ubica el Club Náutico del Paseo Marítimo de Torre del Mar. Considera que no se puede sostener con certeza que sus instalaciones se encuentren en demanio público y no en la zona de servidumbre de protección hasta que no se practique un deslinde.

Sin embargo, tanto el Tribunal de instancia como el TS, consideran que la disposición transitoria invocada no es aplicable por cuanto se refiere a las servidumbres de protección y no rige, por tanto, para el caso de una ocupación del dominio público. Además, sobre la base de este planteamiento, ya había expresado el TS en Sentencias como la de 24 de octubre de 2007 o de 28 de enero de 2004, que el contexto y el tenor literal del apartado citado de la disposición transitoria novena del Reglamento de la Ley Costas, se aplica a núcleos y no a construcciones aisladas, como es El Club Náutico en litigio según el plano que obra en la pieza separada de prueba de la parte demandante.

A mayor abundamiento, razona el TS, que este alegato de la recurrente, de una parte, está carente de todo soporte probatorio y, de otra, no puede ser atendido, por un respeto elemental a la doctrina de la vinculación procesal de las partes a sus propios actos. Quien sostiene en un proceso la solicitud de una concesión nueva para ocupar dominio público marítimo terrestre y se apoya para obtenerla, entre otros argumentos, en la existencia de una concesión vieja ya caducada no puede oponer con éxito en el mismo proceso la negación de la naturaleza demanial de los terrenos que pide ocupar.

La incoación sobrevenida el 25 de noviembre de 2005 de un procedimiento de la Dirección General de Bienes Culturales de la Junta de Andalucía para la inscripción colectiva, con carácter genérico, en el Catálogo General del Patrimonio histórico andaluz de cuatro inmuebles del movimiento moderno en la provincia de Málaga, entre ellos el Club Náutico cuya concesión ha sido denegada en la resolución que se impugna, tampoco afecta a la conformidad a Derecho de la resolución impugnada. La resolución autonómica no determina, en modo alguno, la pertinencia del otorgamiento de la concesión ni afecta a la titularidad del Estado sobre el demanio y sus accesiones, como resulta del artículo 9.1 de la Ley de Costas y ha declarado esta Sala en la Sentencia citada de 28 de enero de 2004 (RC 6222/2000).

Esta resolución sobrevenida hará obligada la coordinación entre las dos Administraciones Públicas que concurren en el ejercicio de sus competencias. El artículo 4.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece el principio esencial de que las Administraciones públicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional, con arreglo a los deberes que se explicitan en tal precepto. Cuando dos Administraciones ejercen sus competencias concurriendo sobre un mismo espacio físico, como acontece en el presente caso, es necesaria una armonización de sus actuaciones para evitar la existencia de contradicciones y conflictos.

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

a) Hecho imponible

La definición del hecho imponible de la tarifa de utilización del agua se resuelve con claridad en la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2011 (NR 582/2009).** La demandante, el Canal de Isabel II, tiene una concesión administrativa de aprovechamiento de aguas con destino al abastecimiento de varias poblaciones, pero la cuestión surge con el suministro de un determinado sistema, por la calidad de esas aguas, que supone, al entender de la empresa pública, la imposibilidad de realizar el suministro. Dice la sala que tiene la disponibilidad del agua, pero no puede suministrarla: pero que esa cuestión es ajena a la Confederación Hidrográfica, por lo que desestima el recurso. Había aclarado líneas más atrás que los textos legales, al definir el hecho imponible, hablan de uso o disponibilidad del agua/aprovechamiento o disponibilidad de agua. Pues bien, la conjunción «o» es disyuntiva, de forma que no se exige que concurran ambos requisitos para el devengo de la tarifa, siendo suficiente que exista disponibilidad, aunque no exista uso o aprovechamiento en una campaña determinada.

La **Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2011 (NR 31/2010)** rechaza la pretensión de los demandantes (una ciudad, usuaria para abastecimiento a poblaciones) de que, en un concreto ejercicio, se aplique la tarifa de utilización de agua a un colectivo de regantes por el hecho de haber derivado por el canal parte de sus caudales con carácter provisional para facilitar las obras de encauzamiento del río. Ello no les supone beneficio, fue compensación por la supresión de su toma histórica y se había pactado con la recurrente por permitirle utilizar a su vez un tramo de su tubería por ciertos túneles como conducción para el sistema de emergencia de abastecimiento a la ciudad.

En el caso resuelto por la **Sentencia del TSJ de Aragón de 14 de marzo de 2011 (NR 214/2009)**, la comunidad general de regantes demandante reprochaba que se hubiera otorgado concesión de un aprovechamiento de aguas públicas derivadas de un pozo en la margen del río Arba, siendo, a su entender, que las aguas sobre las que se otorga la concesión tienen su origen en las que la actora tiene la función de vigilar, inspeccionar y distribuir (ya que entiende que las aguas objeto de la concesión provienen de filtraciones no solo del río Arba sino también de los retornos y transminaciones del riego de las tierras limítrofes). Por ello, considera que su consumo debería entrar al cómputo del cupo de disponibilidades como si se tratara de aguas superficiales y pagando, por lo tanto, las tarifas de utilización del agua del Canal de Bardenas y el canon de regulación del Embalse de Yesa, que son los que corresponden a las aguas superficiales referidas. El recurso será desestimado, señalando la sentencia que los datos obrantes apuntan más bien a que se trata de auténticas aguas subterráneas ya que el pozo se sitúa a unos 1.500 metros en la margen derecha del citado río, por tanto fuera de la zona de policía, y tiene una profundidad de 22 metros. Añade la sala que, según las condiciones de la concesión, el beneficiario quedará sujeto al abono del canon de regulación que corresponda y, en su caso, a la tarifa de utilización del agua. Esto que dice la sala puede ser cierto, pero habrá que ver de qué tributos estamos hablando entonces: en tanto en cuanto permita la recarga artificial del acuífero o todo lo más por el beneficio indirecto generado por alguna regulación. En ese sentido, nunca van a ser los mismos cánones y tarifas a los que aludían los demandantes.

b) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación

La **Audiencia Nacional** mantiene su doctrina acerca de la derrama sobre los beneficiarios de las obras hidráulicas del coste de la obra financiado con fondos europeos: a su parecer, es lo que corresponde [*cfr*. **Sentencia de 30 de mayo de 2011 (NR 650/2009)].**

La **Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2011 (NR 31/2010)** confirma la fórmula de distribución de la base imponible que emplea la Administración en la tarifa de utilización de agua del canal de Loaysa, exigiendo un 80 por 100 por el abastecimiento de poblaciones a la ciudad cuyo Ayuntamiento deduce el recurso. El criterio se basa en un reparto proporcional a los volúmenes medios anuales a utilizar por cada parte. El 80 por 100 resultaría de la limitación de lo que pueda destinarse a los usos externos al abastecimiento a un máximo del 20 por 100. Tampoco se acepta la pretensión de la actora de que se incluyan en el reparto todos los potenciales usuarios del agua (lo que puede afectar al canon de regulación, pero no a la tarifa).

c) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa

Se siguen resolviendo recursos relativos al 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.

Se desestiman los recursos planteados por las empresas eléctricas en los casos resueltos por la **Audiencia Nacional, Sentencias de 13 de junio de 2011 (NR 772/2009) o de 11 de julio de 2011 (NR 758/2009).** En el mismo sentido la **Sentencia del TSJ de Aragón de 2 de marzo de 2011 (NR 407/2009).**

Se estima el recurso deducido en el caso de la **Sentencia del TSJ de Madrid de 8 de julio de 2011 (NR 480/2009).** No se sigue una línea distinta de la que presentan otros tribunales como la Audiencia Nacional en cuanto al planteamiento teórico (admite la compatibilidad entre las dos figuras), pero considera que no se ha acreditado suficientemente el beneficio que genera la obra sobre la empresa hidroeléctrica, más cuando, habiendo obtenido la concesión en 1956, se le pretende empezar a cobrar casi cincuenta años después.

d) 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 sentencia que se comenta es algo confusa, pues parece condenar la aprobación de cánones y tarifas realizada en el propio ejercicio, aun cuando en algún lugar de los antecedentes podría leerse que la aprobación se hizo mucho más tarde. Señaló el tribunal, diciendo seguir al Tribunal Supremo: «que lo determinante es que la aprobación de las tarifas y cánones controvertidos se realizó después del devengo, de forma que cuando se produjo no existía la norma a cuyo amparo se practicaron las liquidaciones, lo que claramente significa atribuirle un efecto retroactivo contrario al principio general de nuestro ordenamiento jurídico, que proscribe el artículo 9.3 de la Constitución». Es la **Sentencia del TSJ de Anda-**

lucía, Sevilla, de 25 de marzo de 2011 (NR 180/2009). Sorprenden las contradicciones en las que incurre la sentencia cuando en el mismo fundamento de derecho se apela una vez a la irretroactividad de los actos administrativos y en otro a la irretroactividad de las normas. Lastimosamente, si no nos hemos aclarado todavía acerca de la naturaleza normativa o no de los actos anuales aprobatorios de cánones y tarifas, podemos avanzar bien poco en el desarrollo de las garantías con las que cuentan los sujetos pasivos de estos tributos.

Alrededor de estos debates nos ha parecido interesantísima la **Sentencia del TSJ de Cataluña de 15 de febrero de 2011 (NR 139/2010).** La sala de Barcelona también es partidaria de que las tarifas estén aprobadas antes de que comience el año, no siendo suficiente con que lo estén antes de finalizado el ejercicio. Ahora bien, entiende que habiéndose inobservado este término, la normativa autoriza a girar liquidación sobre la base de la tarifa correspondiente al ejercicio anterior firme y, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de modo definitivo, no provisionalmente ni a cuenta. Con lo que estamos totalmente de acuerdo. Advierte, además, la sala que «no quiere sustraerse a dejar constancia de que la adecuada interpretación del citado artículo 303 (del RDPH) exigiría que sólo cabría acudir al mismo durante el ejercicio inmediatamente siguiente (…) al del valor del canon que finalmente se aplica…». Y se encuentra con la paradoja de que las tarifas del ejercicio anterior también fueron aprobadas durante el ejercicio de la campaña. Resuelve el problema apelando a que dichas tarifas del año anterior devinieron firmes, pues no fueron atacadas y así acaba dando la razón a la Administración.

La **Sentencia del TSJ de Extremadura de 28 de abril de 2011 (NR 1006/2009)** también es anulatoria de cánones y tarifas del ejercicio 2006, aprobados durante el mismo 2006. Nótese que se refiere al acuerdo aprobatorio como *«disposición general»* y lo anula en el marco de lo que llama un recurso indirecto. En el mismo sentido, las Sentencias de la sala de Cáceres **de 24 de mayo de 2011 (NR 1007/2009) y 31 de mayo de 2011 (NR 1030/2009).**

El criterio del **TSJ de Madrid** considera siempre incorrecta la aprobación en el propio año de la campaña [*cfr*. dos **Sentencias de 3 de mayo de 2011 (NR 118 y 128/2009); Sentencia de 25 de mayo de 2011 (NR 44/2009); Sentencia de 9 de junio de 2011 (NR 390/2009).**

En cuanto al **TSJ de Murcia**, dice en su **Sentencia de 30 de enero de 2011 (NR 854/2006),** que en la vía económico-administrativa no se debió autorizar la liquidación del canon de regulación para 1998 sobre la base del último canon firme, el de 1990, por incurrir en retroactividad intolerable. En el mismo sentido, otras **dos de 30 de junio de 2011 (NR 852 y 853/2006), las de 15 de julio de 2011 (NR 670/2006) y 18 de julio de 2011 (NR 36/2007).**

e) Aplicación de los tributos

En el recurso resuelto por la **Audiencia Nacional, en Sentencia de 27 de junio de 2011 (NR 552/2009)** la comunidad de usuarios demandante reprocha, entre otras cuestiones, que se acumulen varios embalses en la liquidación efectuada y no conste una memoria económico-financiera sobre el coste del que se pueda beneficiar la recurrente. Pero se rechaza por el tribunal que el desglose sea insuficiente para poder efectuar el cálculo de los distintos cánones aplicables para cada obra o grupo de obras.

Son numerosos los casos en los que resulta imposible no anular por falta de motivación. Tratándose (al menos) de una segunda liquidación anulada, con frecuencia se solicita de los tribunales expandir una doctrina propia de otros contenidos tributarios, según la cual ya no podía ser dictada una tercera (o ulterior) liquidación. Lo que normalmente no resulta aceptado, como sucede en el caso de la **Sentencia del TSJ de Extremadura de 31 de mayo de 2011 (NR 1030/2009).** Sí acoge la pretensión de la recurrente la **Sentencia del TSJ de Extremadura de 17 de junio de 2011 (NR 909/2009)** en un caso algo escandaloso, análogo a otros ya comentados en números anteriores, en el que se había anulado la liquidación ¡por cuarta vez! El Tribunal estima el recurso «reconociendo que ha precluido el derecho de la Confederación hidrográfica del Guadiana para exigir la tasa».

f) Revisión, reclamaciones y recursos

En el caso resuelto por la **Sentencia del TSJ de Aragón de 7 de abril de 2011 (NR 85/2009)** se desestima la pretensión de la actora de que se le devuelva el importe de cánones y tarifas no recurridos en plazo, a la vista de que ha obtenido sentencia favorable a sus intereses (no sujeción) respecto de otros ejercicios. Apelaba a la prohibición del enriquecimiento injusto.

B) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja

a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: cuantías

La **Sentencia del TSJ de Madrid de 3 de mayo de 2011 (NR 414/2010)** resuelve el recurso contencioso interpuesto por varias urbanizaciones en relación con las tarifas por el abastecimiento de agua autorizadas por un Ayuntamiento para su exacción por una empresa concesionaria, propuestas a la Comunidad Autónoma y aprobadas por ésta. La sentencia desacredita las razones de la actora, en función del cumplimiento por las administraciones intervinientes y empresa de los aspectos formales (estudios económicos) y materiales que constituyen la regla en esta materia. Ha de tenerse en cuenta que la Comunidad de Madrid se dotó de normativa que disciplina estos aspectos, incidiendo, incluso, en los principios a los que deben someterse los precios del agua (unidad, igualdad, progresividad, suficiencia,…). Regulaciones de estas características empiezan a ser frecuentes y, aunque pueda dudarse de la capacidad de las Comunidades Autónomas para incidir en el sistema tributario local (en el caso de autos, ni siquiera estamos hablando de tributos), lo cierto es que son disposiciones que tratan de garantizar el cumplimiento de los principios que obran en la Directiva Marco del Agua, y, además, introducen interesantes garantías de procedimiento que no existen si hablamos de precios intervenidos sometidos al Derecho privado.

Son frecuentes, también, los asuntos motivados por la insatisfacción de las empresas adjudicatarias del servicio con las tarifas autorizadas por, normalmente, los ayuntamientos. Las tarifas autorizadas, caso de ser insuficientes, pueden determinar el desequilibrio económico de la concesión. En puridad, la condena a la Administración habrá de ser a restablecer el equilibrio, por la fórmula que sea. Pero puede que el pliego de condiciones haya fijado el mecanismo y que éste afecte a las tarifas que se deben presentar: es el caso resuelto por la **Sentencia del TSJ de Murcia de 28 de marzo de 2011 (NR 287/2010).**

C) Aguas marítimas

a) Tasas portuarias: reserva de ley

La **Sentencia del TS de 24 de febrero de 2011 (NR 5357/2006)** declara haber lugar al recurso de casación, dando razón al obligado al pago de las liquidaciones giradas en concepto de tasas portuarias. Rechaza el Alto Tribunal que no pueda admitirse el recurso por razón de la cuantía, dado que, en realidad, lo que se plantea es un recurso indirecto contra la norma de creación. Un caso más en que el tribunal consideró que el formato dado a las exacciones no debió ser el de tarifas sometidas al derecho privado, sino el de tasas.

Sobre los mismos temas se había pronunciado la **Sentencia del TS de 1 de febrero de 2011 (NR 329/2007).** En este caso el Alto Tribunal no dará satisfacción a las pretensiones del sujeto pasivo, que exigía una indemnización debida a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador. Todo ello dado que no tenían otras vías de reclamación. Entiende la Sala que el litigio ha de examinarse desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial y del presupuesto básico de existencia de un detrimento patrimonial real y efectivo. La entidad recurrente, mediando el abono de la correspondiente tarifa, accedió a determinada prestación portuaria (uso de dominio público o servicio portuario) obteniendo con ello el correspondiente beneficio que incorporó a su patrimonio. La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Puertos incide en la habilitación para la exigencia de la tarifa, pero no altera la situación patrimonial de la entidad recurrente que resulta del disfrute de aquella prestación, cuya incorporación a su patrimonio no se ve afectada y se mantiene tras la declaración de inconstitucionalidad. Esta declaración podrá propiciar, en su caso, que el interesado ejercite las acciones correspondientes en reclamación de las tarifas satisfechas en aplicación de aquella normativa, lo que, evidentemente, irá en beneficio de su patrimonio, pero desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial no acredita un detrimento patrimonial que pueda calificarse como daño real y efectivo.

En el mismo sentido, otras dos **Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2011 (NR 286/2009) y 20 de junio de 2011 (NR 418/2006).**

b) Tarifas por ocupación del dominio público marítimo-terrestre

La **Sentencia del TS de 17 de mayo de 2011 (NR 1010/2007)** 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 se ajusta al principio de reserva de ley. Aparte de todo ello, zanjado con la consideración de que todo está ajustado a derecho, se discutía sobre la actualización del canon, simbólico en los primeros años, que estimaba abusivo el sujeto pasivo. No se admiten sus tesis, sobre la idea de que la previsión de beneficios, clave en el cálculo, derivó del estudio económico financiero presentado por la propia entidad concesionaria, teniendo en cuenta, además, que la revisión del canon, prevista cada tres años, permitirá corregir una previsión errónea, sin que sea aceptable la pretensión de la empresa de que el empeoramiento de sus beneficios afecte a la resolución de la Dirección

General de Costas por la que se fijaba el canon, pues aceptar dicho planteamiento significaría otorgar efectos retroactivos al empeoramiento de la situación económica.

D) Otro dominio público estatal

a) Tasas por reserva del espacio radioeléctrico

La **Sentencia del TS de 31 de marzo de 2011 (NR 3031/2006),** aborda un nuevo caso referido al canon de reserva del dominio público radioeléctrico, manteniendo sus tesis sobre su sometimiento al principio de reserva de ley y la improcedencia de cuantificación mediante orden ministerial.

En el ámbito de esta tasa encontramos una nueva fricción entre entidades pertenecientes al ámbito estatal. En el mismo sentido que hemos comentado en algún número anterior de esta revista, la exigencia de estas tasas a las Confederaciones Hidrográficas, por los sistemas automáticos de información hidrográfica, no se ve afectada por exención alguna. Y es que la exención a la que se apela estaría condicionada a la ausencia de contrapartida económica directa o indirecta: pero la circunstancia de que los costes de estos sistemas sean susceptibles de inclusión entre los propios a efectos del cálculo del canon de regulación y la tarifa de uso del agua impiden esa catalogación. Incluso aunque en el caso concreto no se haya incluido el importe de la tasa entre los costes considerados para la fijación del canon. Es lo que dice la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2011 (NR 578/2009)**.

E) Dominio público local

a) Tasas por utilización del dominio público local: hecho imponible

La **Sentencia del TC núm. 73/2011, de 19 de mayo**, se ocupa de un viejo tema, al que se le había dado solución desde otras perspectivas, pero que llega hasta el Tribunal Constitucional por la vía de una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el TSJ. En el listado de ocupaciones demaniales susceptibles de ser gravadas mediante tasas figura la relativa a la instalación de vallas publicitarias. Pues bien, se previó durante algún tiempo el gravamen cuando se instalasen en terrenos privados «visibles desde carreteras, caminos vecinales y demás vías públicas». Es un caso absurdo, pues el hecho imponible de la tasa precisa de un presupuesto básico: la ocupación de un bien demanial que aquí no existía. La cuestión tenía, no obstante, que engancharse con algún precepto de la Constitución o de su bloque presuntamente vulnerado, y esto es lo que hizo la sala, en cuanto a los artículos 31.1, 133.1 y 133.2 de la Constitución Española. Para el Tribunal Constitucional, no pudiendo hablarse, en realidad, de una tasa, la verdadera naturaleza de la prestación es la de impuesto. Y en tal caso se observa una notable falta de precisión del hecho imponible que determina el incumplimiento de las exigencias del principio de reserva de ley. Recuérdese que el Tribunal Constitucional siempre ha partido de las relatividades de la reserva de ley, predicándola con mucha más fuerza sobre los impuestos que sobre las tasas.

Por lo demás, téngase en cuenta que el legislador ya había reaccionado a las críticas doctrinales y había derogado el inciso ahora anulado.

F) Impuesto sobre Bienes Inmuebles

a) Bienes afectos a la defensa nacional

La **Sentencia del TS de 27 de mayo de 2011 (NR 17/2010)** resuelve a favor de la exención en el impuesto, por tratarse de bienes afectos a la defensa nacional, la titularidad de los derechos sobre inmuebles propiedad del Estado cedidos temporalmente a una empresa constructora de buques militares (una antigua empresa nacional), en tanto en cuanto no se proceda a su enajenación con la extensión objetiva y el precio que acuerde el Gobierno. Dice el Alto Tribunal que la exigencia de que el inmueble propiedad del Estado esté afecto a la Defensa Nacional ha de ser interpretada con criterio amplio. La evolución legislativa nos lleva a entenderlo así, pues la afección a los intereses de la Defensa Nacional ya no tiene que producirse «directamente» como imponía la redacción original del precepto que articulaba la exención. Estudia los antecedentes parlamentarios de la Ley que eliminó esa exigencia y dedujo que, a partir de su entrada en vigor, la exención se extendería a todos los bienes en que tal afectación exista, independientemente de que ésta pueda considerarse de mayor o menor intensidad. En este sentido la infraestructura industrial que se ubica en estas instalaciones es una de las que se integran en la coordinación de los recursos de la Nación, necesarios para lograr los objetivos fijados en la política de defensa. Y no hay incompatibilidad entre la naturaleza de estos terrenos, propiedad del Estado y de interés para la Defensa Nacional, y la circunstancia de que la empresa realice actividades que por su propia naturaleza persigan un fin de lucro. Finalmente, aclara que ese estatus jurídico debe prevalecer hasta tanto no se enajenen, con la extensión objetiva y el precio que acuerde el Gobierno, las factorías, fábricas, terrenos e instalaciones que se encuentren cedidos temporalmente a la referida empresa, a la vista de la legislación sectorial que dispone su régimen jurídico.

b) Aeropuertos

Se comenta brevemente el contenido de la **Sentencia de la AN de 14 de junio de 2011 (NR 251/2010).** La brevedad obedece al contenido eminentemente económico y técnico de sus apreciaciones. Sin perjuicio de ello, creemos que al lector le interesa conocer que estos conflictos se están produciendo y en qué términos. Se trataba de la ponencia de valores correspondiente al aeropuerto de Logroño-Agoncillo, recurrida por AENA, en un pleito que no deja de ser entre dos entes que forman parte del sector público estatal: AENA y el Catastro. Se discute uno a uno cada aspecto de la valoración. No obstante lo cual, la desestimación del recurso es absoluta.

ELOY COLOM PIAZUELO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE

SUMARIO

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

   A) Evaluación de impacto ambiental. Concepto de «acto legislativo nacional específico» y requisitos que debe cumplir. Acceso a la justicia en materia de medio ambiente y el alcance del derecho al recurso en el ámbito judicial. Directiva 85/337/CEE y Convenio de Aarhus.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

   A) Derecho al respeto de los bienes. Imposición de restricciones a la edificabilidad de un terreno por su inclusión en una zona de protección medioambiental con posterioridad a la adquisición de la propiedad del mismo. Respeto del equilibrio entre interés público y privado en caso de injerencias en el derecho a disponer de los bienes.

   B) Derecho de propiedad. Clasificación como de dominio forestal de unos terrenos, con posterioridad a la adquisición de la propiedad sobre los mismos por los demandantes.

   a) Inscripción en el registro de bienes raíces como prueba incontestable del derecho de propiedad.

   b) Legitimidad del título de propiedad adquirido confiando en las informaciones de los registros públicos.

   c) Anulación de título de propiedad sin indemnización.

   C) Derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar. El derecho al respeto del domicilio no sólo incluye el derecho a un simple espacio físico sino también a su disfrute con plena tranquilidad. Obligaciones positivas de las autoridades públicas en relación con el derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar. Necesidad de sobrepasar el umbral mínimo de gravedad en las perturbaciones para considerar que existe violación del derecho.

3. AGUAS CONTINENTALES.

   A) Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en la transferencia de concesiones para aprovechamientos hidroeléctricos. Anulación de la resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte por no haber oído a la Comunidad Autónoma correspondiente.

4. ENERGÍA NUCLEAR.

A) Una Orden ministerial que decreta el cierre de una central nuclear es manifestación de la política energética del Gobierno, y, por lo tanto, incluye ámbitos de discrecionalidad. No se requiere Evaluación de Impacto Ambiental para adoptar dicha decisión. Los derechos de información y participación pública no juegan, al no tratarse de una disposición, plan o programa.

5. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.

A) El principio de precaución hace recaer la carga de la prueba de inocuidad sobre la entidad que pretende una acción con un posible impacto negativo en el medio ambiente. Las pruebas periciales aportadas no consiguen desvirtuar las apreciaciones de la Evaluación de Impacto Ambiental seguida por la Administración al denegar una concesión de utilización de aguas.

6. RESIDUOS.

A) Los Planes Regionales de residuos industriales deben establecer la localización específica de las instalaciones de los centros de tratamiento de residuos. Esto es acorde tanto con la normativa española de residuos como con la comunitaria. La gestión de aceites industriales usados exige, como mínimo, que un 65 por 100 de éstos se recupere, valorice o regenere.

7. MONTES.

A) El uso agrícola, parcelación y expropiación de una parte para construcción de viales no constituye una pérdida de las características por las que un Monte fue catalogado como de utilidad pública, y, por lo tanto, no procede su descatalogación.

8. MINAS.

A) Anulación del acto mediante el que se otorga la concesión minera, por haberse omitido en el procedimiento la realización de la evaluación ambiental preceptiva.

B) Desestimación del recurso de lesividad formulado por una Administración contra la resolución de uno de sus órganos que otorgaba a una entidad la ampliación de la autorización de explotación de recursos mineros de la Sección A), áridos, de una cantera por entenderse que la indicación errónea en el período de información pública de la Evaluación de Impacto Ambiental del ámbito que abarcaría la cantera no se ha demostrado que fuese lesivo para el interés público.

9. FISCALIDAD AMBIENTAL.

A) Tributos estatales en materia de aguas.

a) Canon de control de vertido: relaciones con los tributos autonómicos sobre depuración.

b) Canon de control de vertido: sujetos pasivos.

c) Canon de control de vertido: cuantificación.

d) Canon de control de vertidos: revisión, reclamaciones y recursos.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas.

a) Constitucionalidad del tributo.
b) Doble imposición interna: relaciones con el canon de control de vertidos de la Ley de Aguas estatal.
c) Hecho imponible.
d) Sujetos pasivos y repercusión.
e) Cuantificación.
f) Comprobación administrativa.
g) Impuestos específicos sobre vertidos al litoral.

C) Tributos locales en materia de agua.

a) Tasa municipal por alcantarillado.

D) Impuestos sobre el transporte.

a) Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica.

E) Tributos sobre residuos.

a) Tasas municipales por recogida de basuras.

F) Otros impuestos autonómicos ambientales.

a) Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente.
b) Impuestos sobre emisiones de gases a la atmósfera.

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Evaluación de impacto ambiental. Concepto de «acto legislativo nacional específico» y requisitos que debe cumplir. Acceso a la justicia en materia de medio ambiente y el alcance del derecho al recurso en el ámbito judicial. Directiva 85/337/CEE y Convenio de Aarhus

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 18 de octubre de 2011, recaída en los asuntos acumulados C- 128/09 a C 131/09, C134/09 y C-135/09** resuelve una decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por el Conseil d'Etat (Bélgica) mediante resoluciones de 27 y 31 de marzo de 2009, recibidas en el Tribunal de Justicia el 6 y el 9 de abril de 2009 en los procedimientos planteados entre distintas distintos particulares y la Región Valona y en los que participan, también, una serie de empresas interesadas.

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

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

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

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

— cuando un proyecto que esté comprendido en el ámbito de aplicación de estas disposiciones (se refiere al artículo 9.2 del Convenio de Aarhus y el artículo 10 bis de la Directiva 85/337/CEE que tratan del acceso a la justicia ambiental) se adopte mediante un acto legislativo, la cuestión de si dicho acto legislativo responde a los requisitos establecidos en el artículo 1 apartado 5 de la citada Directiva (esto es, un error cometido por la sentencia y es, justamente, lo contrario, el artículo 5.1) debe poder someterse, con arreglo a las normas de procedimiento nacionales, a un órgano jurisdiccional o a un órgano independiente e imparcial establecido por la ley;

— en el supuesto de que contra dicho acto no existiese recurso alguno de la naturaleza y alcance indicados, correspondería a cualquier órgano jurisdiccional que en el marco de su competencia conociese del asunto ejercer el control descrito en el apartado anterior y sacar las conclusiones oportunas, dejando, en su caso, sin aplicación dicho acto legislativo.

Lo cual constituye una expresa invitación al Conseil d'Etat belga, suscitador de la cuestión prejudicial, a que opere en ese sentido.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Derecho al respeto de los bienes. Imposición de restricciones a la edificabilidad de un terreno por su inclusión en una zona de protección medioambiental con posterioridad a la adquisición de la propiedad del mismo. Respeto del equilibrio entre interés público y privado en caso de injerencias en el derecho a disponer de los bienes

La **Sentencia de 19 de julio de 2011**, en el asunto *Varfis contra Grecia*, resuelve la demanda presentada por un ciudadano de ese Estado propietario de un terreno posteriormente incluido en una zona de protección medioambiental en la que únicamente es posible construir edificios destinados al ocio y a los deportes. Tras instar sin éxito el levantamiento de esas restricciones a la edificabilidad de su propiedad ante los tribunales nacionales, plantea ante el Tribunal de Estrasburgo que la imposición de éstas sin el pago de una indemnización vulneran su derecho al respeto de sus bienes, tal como se establece en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 de la Convención de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

El Tribunal, tras constatar que no existe contestación por el Gobierno demandado de la existencia de una injerencia en el derecho del demandante a disponer de sus bienes, se limita a examinar la justificación de dicha injerencia desde la perspectiva del segundo párágrafo del artículo 1 del Protocolo núm. 1. En ese sentido advierte del margen de maniobra de los Estados en un ámbito tan complejo como el de la ordenación del territorio y afirma que la injerencia analizada responde a las exigencias del interés general. No obstante, añade que por legítimo que sea el objetivo de proteger el patrimonio natural o cultural, eso no dispensa al Estado de su obligación de indemnizar a los interesados cuando el daño a su derecho de propiedad es excesivo. Eso lleva a verificar si en este caso se ha preservado el equilibrio debido con el derecho del demandante al respeto de sus bienes.

El Tribunal considera excesivamente riguroso el argumento utilizado por el Consejo de Estado griego para rechazar el recurso del demandante, consistente en considerar que las restricciones impuestas a la propiedad litigiosa respondían a criterios objetivos favorables al interés general y que no inutilizaban a la propiedad ya que el fin de ésta era la explotación agrícola y silvícola, así como la diversión del público y no la construcción o la explotación turística. Al parecer del Tribunal esa asimilación de cualquier terreno situado fuera de la zona urbana con el destino a fines agrícolas, silvícolas o de diversión introduce una presunción irrefutable que desconoce las características de cada terreno que pueda encontrarse en esa situación. En concreto, la ambigüedad del término *destino* de un terreno no permite al juez interno tener en cuenta el Derecho que de forma concreta rige su explotación con anterioridad a la imposición de las restricciones objeto del recurso. A este respecto se afirma que si la legislación pertinente no prevé más que la explotación agrícola el destino del terreno no puede ser otro que la agricultura, pero si el Derecho interno recoge expresamente la edificabilidad de un terreno el juez interno no podría desco-

nocer este elemento acudiendo simplemente al destino de cualquier terreno situado fuera de la zona urbana. En este caso considera que ciertos elementos del dossier apuntan a la tesis del demandante según la cual el destino de la propiedad en litigio no era únicamente la explotación agrícola y silvícola, ya que en el momento en que el demandante adquirió la propiedad ya se habían construido casas en los terrenos colindantes. Por todo ello el Tribunal considera que el criterio utilizado por el Consejo de Estado rompe con el justo equilibrio que debe reinar, en materia de reglamentación del uso de los bienes, entre el interés público y el privado. Por lo que se declara que existe violación del artículo 1 del protocolo núm. 1.

B) Derecho de propiedad. Clasificación como de dominio forestal de unos terrenos, con posterioridad a la adquisición de la propiedad sobre los mismos por los demandantes

a) Inscripción en el registro de bienes raíces como prueba incontestable del derecho de propiedad

La **Sentencia de 13 de septiembre de 2011**, en el asunto *Ali Kilic y otros contra Turquía*, resuelve la demanda interpuesta por tres ciudadanos de ese Estado que consideran vulnerado su derecho al respeto de sus bienes conforme al artículo 1 del Protocolo núm. 1. Dicha violación se produce como consecuencia de la clasificación de unos terrenos como dominio forestal, con posterioridad a la adquisición de la propiedad sobre los mismos por los demandantes. De hecho, este pronunciamiento del Tribunal se inscribe en la jurisprudencia por él adoptada en casos similares en relación con este Estado, a la que se acude en esta sentencia tanto respecto al fondo como para rechazar la inadmisibilidad de la demanda planteada por el Gobierno en base al no agotamiento de los recursos internos por no haber solicitado los demandantes la reparación de la pérdida de sus bienes tal como les permite el Código de obligaciones.

Respecto al fondo el Tribunal rechaza la tesis del Gobierno conforme a la cual los demandantes no tenían ni un *bien actual* ni una *esperanza legítima* de ver concretado un crédito actual y exigible en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 a la Convención europea de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Para ello el Gobierno se apoya en la decisión de los tribunales nacionales de anular el título de propiedad de los demandantes considerando que había perdido su valor jurídico. Esa conclusión se basa, a su vez, en el informe de un ingeniero forestal elaborado a partir de documentación (mapas y plan de ordenación forestal) anterior a la adquisición de la propiedad por los demandantes, de la que resulta que los terrenos en litigio formaban parte del dominio forestal. El Tribunal se remite a su jurisprudencia anterior en la materia al afirmar que en este caso los demandantes, hasta la sentencia de anulación de su título de propiedad, se creían legítimamente en situación de seguridad jurídica en cuanto a la validez de sus títulos de propiedad inscritos en el registro de bienes raíces, que, en opinión del Tribunal, constituye la prueba incontestable del derecho de propiedad. A ello añade que, si bien es cierto que existen disposiciones constitucionales y legislativas que prohíben de forma absoluta la apropiación de terrenos que forman parte del dominio forestal, también lo es que otras disposiciones protegen el derecho de propiedad de las personas que poseen títulos

establecidos en buena y debida forma, que continúan siendo válidos hasta su anulación, de donde resulta la obligación de las autoridades competentes de invalidarlos mediante sentencia definitiva. En cuanto a la pretensión del Gobierno de que en caso de que el Tribunal estimase que existe una violación del derecho de propiedad de los demandantes, ésta perseguiría un fin legítimo como el de la protección del medio ambiente y sería proporcionada al mismo, la sentencia recuerda que ya se han examinado demandas idénticas contra ese Estado anteriormente y se ha concluido la violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al no existir indemnización por la transferencia de la propiedad de los bienes del demandante al Tesoro Público, por lo que al no presentar el Gobierno ningún argumento convincente para poder llegar a una conclusión distinta se considera que existe violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

b) Legitimidad del título de propiedad adquirido confiando en las informaciones de los registros públicos

Por la **Sentencia de 13 de septiembre de 2011**, en el asunto *Malhas y otros contra Turquía*, el Tribunal resuelve la demanda planteada por cuatro ciudadanos de ese Estado por violación de su derecho de propiedad conforme al artículo 1 del Protocolo núm. 1. Los demandantes adquieren la propiedad de un terreno que previamente había sido clasificado como dominio forestal, recibiendo el correspondiente título del que no existe mención alguna en el registro de bienes raíces. El Tribunal comienza por rechazar la excepción de inadmisibilidad planteada por el Gobierno en el sentido de que no se han agotado las vías de recurso interno ya que los demandantes debían haber planteado los correspondientes recursos administrativos y judiciales contra los procesos verbales seguidos por el catastro. El Tribunal considera que la excepción no es admisible por dos razones: porque no se ha demostrado que los demandantes hubieran recibido notificación adecuada de las conclusiones de esos procesos y porque, mientras que el tribunal de primera instancia rechaza las acciones planteadas por el entonces propietario de esos terrenos, el tribunal de casación confirma la decisión del tribunal de primera instancia pero realiza una motivación completamente diferente ya que examina el fondo de los asuntos. Además, el Tribunal rechaza el argumento del Gobierno en relación con la posibilidad de que los demandantes hubieran podido solicitar una indemnización o intentar una acción de reparación del daño causado por la anulación de sus títulos de propiedad. El Tribunal se remite a su jurisprudencia ya adoptada en ese sentido en relación con este mismo Estado, sin que exista en este caso nada que permita llegar a una conclusión distinta.

En cuanto al fondo, el Tribunal examina las demandas separándolas en dos grupos. Respecto de las reclamaciones del primer grupo considera que la posesión por el demandante de un *bien* en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 no se presta a controversia al estar apoyada por un título de propiedad. A continuación constata que la calificación de dominio forestal atribuida al terreno en cuestión en perjuicio del título de propiedad del que el demandante era titular constituye una injerencia en el ejercicio de su derecho al respeto de sus bienes, teniendo como consecuencia una reducción importante de su posibilidad de disfrutar de ese bien. En concreto, el Tribunal afirma que esa clasificación del terreno vacía de todo contenido el derecho de propiedad del interesado. Por esa razón el Tribunal estima que su función en el caso es determinar si esa medida en litigio respeta

el justo equilibrio entre el interés público y los derechos del demandante, en particular si no hace recaer sobre éste una carga desproporcionada, para lo que deben tomarse en consideración las modalidades de indemnización previstas por la legislación interna. A este respecto la sentencia señala que el Derecho nacional no ofrece vías de recurso efectivo en esta materia. Por otra parte se apunta que el Gobierno no ha invocado ninguna circunstancia excepcional que justifique la ausencia total de indemnización en este caso, y que no ha utilizado ningún argumento convincente que permita llegar a una conclusión distinta a la que llegó el Tribunal en sentencias anteriores respecto de la misma cuestión y el mismo Estado. Por todo ello, y en vista de las circunstancias del caso (el carácter definitivo de la delimitación, el obstáculo al pleno disfrute del derecho de propiedad, la falta de indemnización y la ausencia de recurso efectivo susceptible de remediar la situación), concluye que el demandante ha debido soportar una carga especial y exorbitante que rompe el justo equilibrio que debe reinar entre las exigencias del interés general y la salvaguarda de su derecho al respeto de los bienes.

En cuanto a las demandas del segundo grupo el Gobierno apunta que cuando el demandante adquirió la propiedad del terreno ya figuraba en los registros de bienes raíces la referencia a que se trataba de un terreno de dominio forestal, por lo que el demandante no actuó de buena fe. En opinión del Tribunal la buena fe del demandante no se puede cuestionar ya que realizó la adquisición confiando en las informaciones que figuraban en el registro de bienes raíces, en las que se recogía la propiedad privada de esos terrenos, además de pagar los gastos correspondientes. Hasta la fecha de la anulación de su título de propiedad el demandante fue el propietario legítimo del bien, con todas las consecuencias que de ello derivan en el Derecho interno y se encontraba en una situación de seguridad jurídica en cuanto a la validez de su título de propiedad inscrito en el registro de bienes raíces, que es la prueba incontestable del derecho de propiedad. A eso añade el Tribunal que ya ha examinado quejas idénticas en relación con este Estado concluyendo que la ausencia de indemnización a los demandantes por la transferencia de propiedad de su bien al Tesoro Público había conllevado la violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1, sin que el Gobierno haya presentado ningún hecho o argumento convincente que lleve a una conclusión distinta en este caso.

c) Anulación de título de propiedad sin indemnización

Las Sentencias de 13 de septiembre, en el asunto *Sarisoy contra Turquía*, de 27 de septiembre, en el asunto *Tongün contra Turquía*, y de 4 de octubre de 2011, en el asunto *Kayaci y otros contra Turquía*, se inscriben plenamente, al igual que las anteriores, en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en relación con ese Estado en asuntos en los que se priva de su título de propiedad a los demandantes como consecuencia de la clasificación de sus terrenos como de dominio forestal sin recibir indemnización alguna, considerándose por ello violado su derecho de propiedad conforme al artículo 1 del Protocolo núm. 1 de la Convención europea para la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Si bien en estos asuntos la argumentación recogida en las sentencias en relación con esta cuestión se limita a la remisión a la jurisprudencia anterior.

C) Derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar. El derecho al respeto del domicilio no sólo incluye el derecho a un simple espacio físico sino también a su disfrute con plena tranquilidad. Obligaciones positivas de las autoridades públicas en relación con el derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar. Necesidad de sobrepasar el umbral mínimo de gravedad en las perturbaciones para considerar que existe violación del derecho

El Tribunal en su **Sentencia de 18 de octubre de 2011**, en el asunto *Martínez Martínez contra España*, profundiza en su jurisprudencia consolidada relativa a la interpretación amplia del concepto de domicilio, y por extensión del derecho a la protección del mismo conforme al artículo 8 de la Convención europea para la salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En este caso un ciudadano español plantea la demanda alegando que las molestias sonoras provocadas por un bar musical situado a pocos metros de su domicilio atenta contra su derecho a la vida privada y familiar y a la protección de la integridad física y psicológica, por lo que invoca el artículo 3 de la Convención (prohibición de la tortura o de penas o tratos inhumanos o degradantes) combinado con el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia). El Tribunal, sin embargo, reorienta la demanda al considerar más apropiado su examen únicamente desde el ángulo del artículo 8 de la Convención.

La sentencia advierte del sentido amplio del derecho al respeto del domicilio con el que se debe interpretar el mencionado artículo 8, que no sólo incluye el derecho a un simple espacio físico sino también a su disfrute con plena tranquilidad. Por ello los atentados a este derecho pueden ser no sólo materiales o corporales, como la entrada no autorizada de una persona en el domicilio, sino también inmateriales, como los ocasionados por ruidos, emisiones, olores,…, en aquellos casos en los que con ellos se impide el disfrute del domicilio. El Tribunal recuerda diversas situaciones en las que se ha constatado esa violación del derecho al respeto del domicilio, incluyendo casos de contaminación acústica (*Powell y Rayner contra Reino Unido* o *Moreno Gómez contra España*) en los que se había concluido que las molestias provocadas por el ruido tenían incidencia negativa en el disfrute por los demandantes de su vida privada y de su domicilio, implicando, por ello, una vulneración del artículo 8 de la Convención. A continuación, la sentencia se remite a la existencia de obligaciones positivas que el mencionado artículo 8 impone a los poderes públicos; conforme a las cuales éstos no sólo deben abstenerse de llevar a cabo injerencias en la vida privada y familiar y en el domicilio de los particulares sino que han de adoptar medidas razonables y adecuadas para impedir que esa injerencia se lleve a cabo por otros. En ese sentido, el Tribunal concluye que, tanto desde la perspectiva de las obligaciones positivas como desde la de las negativas, la cuestión es garantizar el justo equilibrio entre los intereses del individuo y los de la sociedad en su conjunto, para lo cual apunta que los objetivos recogidos en el parágrafo 2.º del artículo 8 tienen un papel destacado.

Aplicando esos argumentos al caso el Tribunal recuerda que se trata de un supuesto de obligación positiva del Estado, refiriéndose a la inactividad de las autoridades en cuanto a hacer cesar los atentados causados por terceros al derecho invocado por el demandante. En ese sentido recuerda que en pronunciamientos anteriores (*Hatton y otros contra Reino Unido*, *Ruano Morcuende contra España* o *Galev contra Bulgaria*) había concluido la

ausencia de perturbaciones incompatibles con el artículo 8 de la Convención, bien sea por que el nivel de perturbaciones sonoras no había sobrepasado los límites aceptables, porque los demandantes no habían logrado demostrar que habían sufrido perjuicio o por que no se había efectuado ninguna constatación seria de las molestias sonoras. Sin embargo, este caso se aproxima más al del asunto *Moreno Gómez* en el que sí se constató la vulneración de los derechos protegidos en el artículo 8. En efecto, el Tribunal, considerando indiscutible que los niveles de ruido que se registran en el domicilio del demandante perturban su vida cotidiana, examina si se sobrepasa el umbral mínimo de gravedad en esa perturbación para considerar que existe violación del artículo 8, para lo cual se debe prestar atención a diversos factores como la intensidad y duración de las molestias y de sus efectos físicos y psicológicos. A este respecto recuerda que los organismos oficiales (SEPRONA) han verificado, al menos en dos ocasiones, que el nivel de decibelios en el domicilio del demandante era ampliamente superior al permitido por la legislación aplicable a los horarios nocturnos, sin que exista razón alguna para dudar de esas mediciones que, por otra parte, no han sido contestadas por las jurisdicciones internas, que simplemente las han ignorado durante el procedimiento, ni por el Gobierno. A eso se añade que, sobre la base de los informes de los expertos y los informes médicos aportados al caso, puede estimarse que existe un nexo de causalidad entre el ruido y las afecciones que sufren el demandante, su esposa, y, en especial, su hija, enferma crónica.

Por todo lo anterior el Tribunal afirma que es suficiente con investigar si las autoridades competentes han adoptado las medidas necesarias para proteger el derecho del demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar. En este punto se constata que el Ayuntamiento no ha tomado ninguna medida respecto al ruido provocado por el bar. Incluso se apunta que el informe del Servicio de Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de 5 de julio de 2002, constatando que el local no podía disponer de música en la terraza, fue posteriormente contradicho por otro posterior del Consejero municipal de medio ambiente. A eso se añade que el Ayuntamiento recurrió la decisión del juez contencioso-administrativo que anulaba, por vicios del procedimiento, la licencia otorgada al local. Por último, si bien es cierto que el Ayuntamiento procedió al cierre de la parte interior del local por falta de instalación de insonorización en la entrada, también lo es que permitió la continuidad de las actividades en la terraza. Por otra parte, la sentencia constata que tanto el juez contencioso-administrativo como el tribunal de apelación han omitido pronunciarse sobre un elemento esencial de este tipo de asuntos, como es el relativo a si los niveles sonoros emitidos podían considerarse perjudiciales para la salud del demandante y de su familia, ello a pesar de que éste los haya planteado expresamente en los correspondientes recursos.

En cuanto a la alegación del Ayuntamiento de que el domicilio del demandante estaba construido ilegalmente sin licencia y en un terreno no destinado al uso residencial, lo que le privaría de la protección exigible en un medio ambiente distinto, el Tribunal concluye que el Gobierno no aporta ningún elemento que pruebe esas afirmaciones. Por otra parte, dado que esta cuestión no ha sido examinada por las jurisdicciones internas no puede considerarse que deba serlo en el presente asunto.

El Tribunal concluye que los interesados han debido sufrir durante diez años las molestias causadas por el bar musical instalado en la terraza del local, sin que dichas molestias

hayan cesado a día de hoy. Dado el nivel de intensidad de esas molestias —de carácter nocturno y sobrepasando ampliamente los niveles autorizados— y su repetición durante varios años el Tribunal estima que el Estado demandado no ha cumplido la obligación positiva de garantizar el derecho del demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar que le impone el artículo 8 de la Convención, por lo que se considera violada esta disposición.

Por lo que respecta a la violación del artículo 6 de la Convención alegada por el demandante, el Tribunal concluye que ésta está ligada a la del artículo 8 y que no hay lugar a un examen separado. En cuanto a la violación del artículo 14 de la Convención el Tribunal afirma que no existe ninguna apariencia de vulneración de ese derecho, por lo que considera que esta parte de la demanda está mal fundada y debe ser rechazada conforme al artículo 35 de la Convención.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en la transferencia de concesiones para aprovechamientos hidroeléctricos. Anulación de la resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte por no haber oído a la Comunidad Autónoma correspondiente

La **STS de 22 de junio de 2011 (NR 702/2008)** estima el recurso de casación contra una previa Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 20 de diciembre de 2007 en la que este órgano había rechazado el recurso de Unión Fenosa Generación contra la resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte de 5 de abril de 2005 que acordaba requerir a la recurrente un proyecto para establecer un dispositivo de paso de peces.

El TS, para la estimación, se basa en las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de pesca fluvial y de medio ambiente en virtud de lo dispuesto en distintos preceptos del Estatuto de Autonomía (27.15 y 30) y lo hace con fundamento en jurisprudencia del TC y declarando expresamente que no le es aplicable lo establecido en la STC 30/2011, de 16 de marzo (comentada en el número 52 de esta Revista) dado que esta última sentencia se refiere a las competencias en materia de aguas, y no de pesca y medio ambiente como en el supuesto que nos ocupa.

La articulación y coordinación de las respectivas competencias en este caso hubiera debido determinar, dice el TS, que antes de adoptar resolución sobre la transferencia de concesión solicitada por la empresa recurrente, se debía haber escuchado en trámite de audiencia a la Comunidad Autónoma para que ésta pudiera decir lo procedente en materia de su competencia. La conclusión es que «ha de estimarse, por tanto, el presente recurso de casación, pues con la sentencia de instancia, como ha señalado la entidad recurrente, se han desconocido las competencias que en materia de medio ambiente y de pesca fluvial tiene la Comunidad Autónoma de Galicia, toda vez que no puede imponerse unilateralmente por la CHN la obligación de la construcción de un dispositivo de paso en los saltos de que se trata sin haber oído previamente a la Administración de esa Comunidad Autónoma, máxime cuando del "pacto ambiental" aportado por la recurrente con la demanda [se

trata de un documento suscrito por esta empresa con la Administración gallega] no resultaba la exigencia de ese dispositivo de paso. Esto también comporta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95.2 de la LRJCA, se anule la obligación que se impone a la recurrente en la Resolución impugnada de la Confederación Hidrográfica del Norte de 5 de abril de 2005 para que presente un proyecto de dispositivo de paso en el aprovechamiento hidroeléctrico al que se refiere, al no respetar con la imposición unilateral de esa obligación las competencias que en materia de medio ambiente y pesca fluvial tiene la Comunidad Autónoma de Galicia».

En el mismo sentido pueden verse las SSTS de 29 de junio de 2011 (NR 703/2008) y 15 de julio de 2011 (NR 4781/2008).

4. ENERGÍA NUCLEAR

A) Una Orden ministerial que decreta el cierre de una central nuclear es manifestación de la política energética del Gobierno, y, por lo tanto, incluye ámbitos de discrecionalidad. No se requiere Evaluación de Impacto Ambiental para adoptar dicha decisión. Los derechos de información y participación pública no juegan, al no tratarse de una disposición, plan o programa

En la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.ª) de 22 de junio de 2011 (rec. núm. 0000628/2009), se resuelve un recurso de Ecologistas en Acción-CODA, Greenpeace España, NUCLENOR y otros recurrentes contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/1785/2009, de 3 de julio, por la que se acuerda como fecha de cese definitivo de la explotación de la Central Nuclear de Santa María de Garoña el día 6 de julio de 2013 y se autoriza su explotación hasta dicha fecha.

La citada orden también preveía que el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, previo informe del Consejo de Seguridad Nuclear, establecería las condiciones a las que se deben ajustar las actividades de la Central hasta la obtención de la autorización de desmantelamiento, que requeriría Declaración de Impacto Ambiental. Y que NUCLENOR debía presentar al citado Ministerio un programa preliminar de las actuaciones a llevar a cabo con ese fin.

Los recurrentes esgrimen diferentes pretensiones. Resumidamente, las asociaciones ecologistas solicitan la clausura de la central nuclear de Santa María de Garoña y la entidad Centrales Nucleares del Norte S.A. (NUCLENOR) solicita que se reconozca su derecho a continuar en la explotación de la central, al menos, hasta el 6 de julio de 2019 con posibilidad de renovación.

La AN resume las pretensiones de los recurrentes y pasa a analizarlas una por una.

En primer lugar, se pronuncia sobre la alegada **incompetencia del Secretario de Estado y/o Ministro de Industria, Turismo y Comercio para dictar la Orden impugnada**, por entenderse que no cabe la delegación del Ministro en el Secretario de Estado sobre esta materia. La AN constata que la delegación de la concesión de la autorización de explotación sí está regulada en la disposición adicional única del RD 1038/2009, por el que se

desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio**,** apartado 1.e), y que, por tanto, ha de entenderse que su denegación también lo está, en la medida en que el artículo 5 del Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas (RINR) prevé el mismo procedimiento para la renovación que para la concesión.

Asimismo, la competencia no debería ser del Consejo de Ministros, como también se alega, ya que no estamos ante una decisión de política energética del Gobierno, sino ante un determinado pronunciamiento respecto de una solicitud de renovación del permiso de explotación de una central nuclear, para el que es competente el Ministro, que puede delegar dicha competencia en el Secretario de Estado, de manera que el motivo es desestimado (FJ 4).

En segundo lugar, se pronuncia la AN sobre el alegado **incumplimiento por el Ministerio de Industria del artículo 64 Estatuto de los Trabajadores.** Dicho artículo exige un Informe del Comité de empresa o representante sindical con carácter previo a la ejecución de decisiones que supongan el cese total de la plantilla.

La AN indica que el Estatuto de los Trabajadores regula los derechos de los trabajadores con relación al empresario, pero, en este caso, el Ministerio ha actuado como Administración en el ejercicio legítimo de su potestad de autorización. Es, por tanto, el empresario quien deberá asumir todos los deberes y obligaciones del Estatuto de los Trabajadores en el momento en que se produzca dicho cese definitivo de la plantilla, por lo que el motivo es desestimado (FJ 5).

En tercer lugar, se examina la posible **infracción de los trámites esenciales del procedimiento para declarar la renovación de la autorización de explotación de la central y el cese definitivo de la misma**, y, en particular, la necesidad de audiencia de la Comunidad Autónoma. Considera el demandante (la Junta de Castilla y León) que se ha omitido el trámite de audiencia a ésta al tenor del artículo 28 de la Ley de Energía Nuclear, en relación con los artículos 4.2 y 12.3 del RINR, trámite que ha de llevarse a cabo tras el informe del Consejo de Seguridad Nuclear (CSN).

La AN valora la remisión a la Presidencia del Gobierno Vasco, la Junta de Castilla y León y el Gobierno de La Rioja de la documentación relativa a la solicitud de autorización, a fin de que dichas CCAA formularan alegaciones, cosa que sólo hizo La Rioja, pero no la Junta de Castilla y León, demandante. Constata la AN, también, que no se exige la remisión a la Comunidad Autónoma del Informe del CSN ni tampoco precepto alguno obliga a dar audiencia a las CCAA con posterioridad a dicho informe, por lo que se desestima dicho motivo (FJ 6).

A continuación, la AN se pronuncia sobre el **carácter vinculante del Informe del Consejo de Seguridad Nuclear**, concluyendo que dicho carácter es, conforme al artículo 6.4 RINR, preceptivo en todo caso y vinculante de ser negativo, por lo que, lógicamente, de ser positivo, como sucedió en este caso, no debía ser vinculante. La AN, por lo tanto, establece la no vinculatoriedad de los informes del Consejo de Seguridad Nuclear cuando son positivos, a excepción de las condiciones de la autorización fijadas en ellos (FJ 7).

El siguiente problema a tratar es el **incumplimiento de los permisos y autorizaciones previas**. La central venía funcionando sin licencia de actividad o licencia ambiental, y no adjuntó en la solicitud de autorización la licencia de obra para la construcción de la central, la licencia de apertura y la licencia urbanística de actividad clasificada, así como Declara-

ción de impacto ambiental y licencias de apertura de cada una de las tres modificaciones que NUCLENOR llevó a cabo en la central. Se alega que ello debió suponer la denegación de solicitud de prórroga.

La AN recuerda una jurisprudencia ya sentada (SAN de 18 de enero de 2001), según la cual no corresponde a las autoridades municipales conceder la autorización para la construcción y funcionamiento de una central nuclear, competencia reservada al Ministerio de Industria, sin perjuicio de las competencias municipales sobre licencia de obras y actividad. Sigue aquella sentencia diciendo que estas licencias no resultan de aplicación a la concesión de prórrogas de permiso de explotación provisional, dado que se otorgan bajo un régimen normativo distinto y porque, en este caso, la prórroga ya ha sido concedida con anterioridad. La AN recuerda, también, que en la propia Orden se establece que su validez lo es sin perjuicio de otras autorizaciones complementarias que corresponda otorgar a otros Ministerios y Organismos de diferentes Administraciones Públicas, en particular, aquellas de carácter medioambiental. Por lo que el motivo tampoco puede prosperar (FJ 9).

El siguiente problema es **la necesidad de someter la renovación de la autorización de explotación y la declaración de cese definitivo al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental**. Se alega que una EIA era necesaria, tanto conforme al Anexo 1, Grupo 3, ap. B.2 y c.2 del RD-Legislativo 1/2008, de Evaluación de Impacto Ambiental, como en su normativa autonómica homóloga. Además, el hecho de que la autorización caducara con el cumplimiento del plazo señalado (artículo 32 LEN) implicaba la necesaria tramitación de la nueva autorización como una autorización inicial y, por ello, evaluada ambientalmente, teniendo, además, en cuenta que la renovación suponía un incremento de la capacidad productiva, el combustible gastado y los residuos generados (FJ 10).

La AN recuerda su Sentencia de 18 de enero de 2001 sobre renovación de la autorización de la misma central de Santa María de Garoña. En ella, razonó sobre la inexigibilidad de EIA a esta autorización, afirmando la competencia única del Consejo de Seguridad Nuclear sobre seguridad nuclear y protección radiológica. Sin embargo, en el presente caso, la AN matiza su posición teniendo en cuenta el enorme desarrollo de la legislación ambiental en los últimos diez años y, sobre todo, la actual vigencia de la disposición adicional cuarta del RINR, que incardina el procedimiento y la legislación de EIA en los procedimientos sustantivos de autorizaciones relativas a instalaciones nucleares.

Sin embargo, la AN termina diciendo que la renovación no exige procedimiento de EIA porque éste se refiere a «proyectos», y, en este caso, no hay ningún documento técnico que pueda constituir un proyecto, sino tan solo una renovación de la autorización de explotación. De manera que indica que la EIA es sólo exigible para la autorización previa o de emplazamiento, pero no para la autorización de explotación ni sus renovaciones (FJ 11). La misma solución cabe deducir de la legislación de EIA autonómica (Castilla y León) (FJ 12).

Se analiza también el posible **incumplimiento de los derechos de información y participación ciudadana previstos en la Ley 27/2006 y en el Convenio de Aarhus**. La AN constata que Greenpeace y CODA ejercieron su derecho de acceso a la información ambiental y que el Consejo de Seguridad Nuclear incumplió sus obligaciones derivadas de la Ley 27/2006, al no dar respuesta alguna a dicha petición de información. Sin embargo, al no haber recurrido las citadas asociaciones la omisión del CSN, la AN considera apropiado rechazar esta alegación (FJ 14).

Respecto a la participación del público en la elaboración de la Orden recurrida, la AN considera que como no se trata de un plan, programa o disposición general, no está subsumida en el ámbito de aplicación de la Ley 27/2006, y, por lo tanto, dicha participación ciudadana no es exigible (FJ 15).

La AN pasa a continuación a pronunciarse sobre **el carácter reglado de las autorizaciones de explotación y de sus prórrogas**, que es el principal argumento impugnatorio alegado por la mayoría de los demandantes. NUCLENOR afirma el carácter reglado de esta autorización si se reconoce la seguridad de la instalación y la protección radiológica y física, y que, por ello, el informe del CSN es vinculante. Por otro lado, se afirma que esto es contradictorio con la Ley del Sector Eléctrico (artículo 21), que atribuye una potestad discrecional a la Administración para el otorgamiento de autorizaciones nucleares.

La AN reconoce la existencia de elementos reglados dentro de la potestad para autorizar la renovación de la autorización de explotación, pero también reconoce que estos no son los únicos elementos a tener en cuenta para ello. En definitiva, reconduce esta potestad a la dirección de la actividad económica que los artículos 98.2 y 149.13 CE atribuyen al Gobierno de la Nación, que ha decidido, a través de la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España, cargar la demanda eléctrica sobre energías renovables. Esto determina el carácter no reglado del pronunciamiento contenido en la Orden recurrida y, por tanto, la legitimidad de la valoración del Ministerio, según la cual se decreta la clausura de la central de Santa María de Garoña para el 6 de julio de 2013 (FFJJ 16, 17 y 18). Por la misma razón, la AN deniega la existencia de **desviación de poder** en dicha Orden, que había sido alegada en conexión con el argumento del carácter reglado de la autorización de renovación (FJ 19).

También se trata la alegación sobre la **carente y/o insuficiente motivación de la Orden** impugnada, lo que daría lugar a arbitrariedad. La AN constata la existencia de catorce consideraciones en dicho documento, que explican las razones que han llevado al Ministerio a alcanzar el contenido de su decisión, así como la existencia de un Anexo de tres páginas donde se describen los límites y condiciones sobre seguridad nuclear y protección radiológica asociados a la autorización de explotación. Tras analizar dichas consideraciones, la AN concluye que nos encontramos ante una fundamentación razonable y suficientemente extensa que ha permitido a los interesados conocer las razones de la decisión en términos suficientes para hacer posible la defensa de sus derechos e intereses, por lo que desestima también este motivo (FJ 20).

A continuación, se examina la posible **infracción de los derechos constitucionales de igualdad del artículo 14 CE y de libertad de empresa del artículo 38 CE**. Se alega vulneración del artículo 14 CE por haberse concedido la autorización sólo por 4 años, a diferencia de las autorizaciones concedidas en las demás centrales nucleares españolas, que viene siendo de 10 años. La AN recuerda que la igualdad se aplica entre supuestos homogéneos, y que, en este caso, la central de Santa María de Garoña no es homogénea con el resto de centrales, al no cumplir suficientemente las condiciones de seguridad (FJ 21).

Respecto a la posible vulneración del artículo 38 CE, se alega que la Orden Ministerial, como acto administrativo singular, vulnera el libre ejercicio de una actividad empresarial no prohibida por el Ordenamiento. La AN recuerda que el derecho a la libertad de empresa puede ser limitado por exigencias de interés general, en este caso, por la planificación energética del Gobierno, que centra su política en las energías renovables (FJ 22).

Por último, se examina el posible **derecho de NUCLENOR a obtener una indemnización**. La AN desestima este motivo indicando que la recurrente no tiene un derecho indefinido y temporalmente ilimitado a continuar explotando la central que pueda ser objeto de indemnización por haber sido vulnerado (FJ 23).

Por todo ello, la AN desestima todas las demandas planteadas contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/1785/2009, de 3 de julio, por la que se acuerda la fecha de cese definitivo de la explotación de la Central Nuclear de Santa María de Garoña.

La sentencia contiene un **voto particular**, formulado por el magistrado José Guerrero Zaplana, que discrepa en dos puntos del razonamiento mayoritario de la Sala. En primer lugar, indica que tuvo que haberse dado traslado del expediente a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por considerar que una renovación por tiempo definido tiene la misma naturaleza que el cierre de la central. El traslado se produjo antes de que la citada CA supiera que la autorización de renovación implicaría el cierre de la central.

En segundo lugar, disiente de la sentencia mayoritaria en cuanto al cumplimiento de las exigencias derivadas de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Interpretando dicha norma conforme a su espíritu, dice el magistrado que no puede sostenerse que la única participación pública que prevea sea respecto a disposiciones y planes y programas. Indica que el derecho a la participación tiene también que ser promovido por la propia Administración y que lo que se recurre en este caso (una Orden), no puede ser calificado como un simple acto administrativo, ya que tiene un contenido complejo que desborda el concepto simple de acto administrativo y que tiene mucho que ver con la política energética del Gobierno, integrándose de alguna forma como un elemento esencial ejecutivo del Plan de Energías Renovables 2005-2010. Dice que tanto la Ley como el Convenio de Aarhus hablan de una participación real y efectiva, que en este caso no se produjo, lo que supuso, asimismo, una infracción del procedimiento claramente encuadrable en el artículo 62.e) de la Ley 30/1992, puesto que genera indefensión a todos aquellos que tenían derecho a participar y que no pudieron.

En conclusión, dice que el fallo de la sentencia debía haber anulado la Orden, sin que ello conllevara más consecuencias que la simple anulación y la necesidad de que el Gobierno, tras cumplir con los trámites correspondientes, adoptara el acuerdo que considerara más conveniente.

5. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

A) El principio de precaución hace recaer la carga de la prueba de inocuidad sobre la entidad que pretende una acción con un posible impacto negativo en el medio ambiente. Las pruebas periciales aportadas no consiguen desvirtuar las apreciaciones de la Evaluación de Impacto Ambiental seguida por la Administración al denegar una concesión de utilización de aguas

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), de 15 de julio de 2011 (rec. núm. 3796/2007)**, se resuelve un recurso de casa-

ción interpuesto por «Producciones eléctricas S.A. (Proelsa)» contra la Sentencia del TSJ de Asturias de 30 de mayo de 2007, que estimaba un recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte de 17 de mayo de 2002, que denegaba a la recurrente la concesión de un caudal de 2.500 litros de agua a derivar del arroyo Viejo en Vega de Liébana (Cantabria) para la producción de 5.000 Kw de energía eléctrica.

El demandante sostuvo ante el TSJ que la denegación de la concesión había sido precipitada y arbitraria, al fundarse únicamente en un informe desfavorable de la Dirección General de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio del Gobierno de Cantabria emitido solo 16 días después de la recepción de la Evaluación de Impacto Ambiental negativa del proyecto. Asimismo, el demandante proporcionó informes periciales que demostraban la posibilidad de establecer medidas correctoras, en lugar de una denegación absoluta.

En la sentencia de instancia se desestimó el recurso haciendo referencia a la naturaleza discrecional de la concesión de uso de aguas públicas y al carácter negativo de la Evaluación de Impacto Ambiental realizada, que acreditaba que el enclave donde se pretendía desarrollar el proyecto es una de las zonas de mayor valor ecológico y paisajístico de la región de Cantabria, propuesto para la lista de lugares de importancia comunitaria de la Directiva Hábitats 92/43 CEE. En la Evaluación, se acreditaban riesgos para diversas especies, como el oso pardo de Cantabria o bosques de hayas centenarios.

En el recurso de casación, Proelsa alega indefensión por falta de valoración de las pruebas que aportó.

El TS comienza por examinar las modalidades de protección ambiental, la protección *ex-post* mediante la reparación de daños ya producidos, la protección preventiva frente a amenazas conocidas y la protección precautoria, en condiciones de incertidumbre científica (FJ 3). Indica que en el caso concreto es aplicable el principio de precaución, reconocido por la jurisprudencia de la Unión Europea y recogido en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Conforme al TS, este principio hace recaer sobre la entidad que pretende una acción con impacto negativo en el medio ambiente la carga de la prueba para demostrar la compatibilidad de dicha intervención con el mismo. Indica literalmente que «cuando la intervención afecta, como en el presente caso, a especies protegidas y en peligro de extinción, dichos principios sirven a una actitud de respeto al entorno natural que implica el abandono del principio de arrogancia de los seres humanos en relación con el desarrollo sostenible de su entorno».

Respecto a los informes aportados por la recurrente, el TS reconoce la falta de valoración expresa de dichas pruebas en la sentencia de instancia, lo cual es causa de indefensión conforme a la jurisprudencia constitucional (por ejemplo, la STC 314/2005, de 12 de diciembre), y es causa de casación de la sentencia de instancia (FJ 3).

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza de dichas pruebas aportadas por la recurrente, el TS no considera que no logren contrarrestar la apreciación de la Dirección General cántabra al denegar la concesión de utilización de aguas (FJ 5). Considera que el proyecto se sitúa en un área de certeza negativa, por poseer un claro impacto nocivo para el medio ambiente aun con las medidas correctoras propuestas, por lo que «la carga de abandonar esa área negativa de certeza y probar, en cambio, la compatibilidad del proyecto con el medio

ambiente recae sobre la entidad que lo promueve, siendo a partir de ese momento —al que no se ha llegado— cuando sería posible entrar a valorar qué medidas correctoras debería aplicar la Administración» (FJ 5).

El TS valora los informes periciales aportados por la recurrente indicando que en ningún momento sus consideraciones son suficientes para desvirtuar la apreciación original del elevado impacto ambiental del proyecto, que comportaría daños medioambientales irreversibles. En consecuencia, conforme a los principios de cautela y precaución, desestima la demanda y declara la conformidad a Derecho de la resolución impugnada.

El TS, por tanto, anula la sentencia del TSJ de Asturias y, en su lugar, desestima el recurso contencioso-administrativo sin imponer costas, dada la ausencia de temeridad o mala fe que exige el artículo 139 LJCA (FJ 6).

6. RESIDUOS

A) Los Planes Regionales de residuos industriales deben establecer la localización específica de las instalaciones de los centros de tratamiento de residuos. Esto es acorde tanto con la normativa española de residuos como con la comunitaria. La gestión de aceites industriales usados exige como mínimo que un 65 por 100 de éstos se recupere, valorice o regenere

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), de 18 de octubre de 2011 (rec. núm. 4908/2007)**, se resuelve un recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la Sentencia del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 22 de junio de 2007, que resolvía un anterior recurso de Ecologistas en Acción contra el Real Decreto número 48/2006, de 13 de julio, por el que se aprueba el Plan Regional de Ámbito Sectorial de Residuos Industriales de Castilla y León 2006-2010.

En la sentencia de instancia se estimaba en parte el recurso, declarando nulo de pleno derecho el apartado 9.2.1 de la citada norma por no establecer la ubicación de los centros de tratamiento de residuos proyectados, así como el apartado 8.2.2, que establecía un objetivo de regeneración de solo el 40 por 100 de los aceites de automoción recogidos en el 2010. Se fundamentó la nulidad del apartado 9.2.1 en la vulneración del artículo 5.4 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, según la cual «los planes autonómicos de residuos contendrán (…) los lugares e instalaciones apropiados para la eliminación de los residuos» y la vulneración del artículo 23.2 de la Ley 10/1998, de 5 de diciembre, de Ordenación del Territorio de la Comunidad de Castilla y León, que establecía la misma obligación para los planes regionales de ámbito sectorial. El Plan no preveía específicamente ninguna localización.

En su primer motivo de casación, la Comunidad Autónoma de Castilla y León alega cumplimiento de las exigencias de las Directivas de la Unión Europea conforme a la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia (concretamente, la STJUE de 1 de abril de 2004) y, por tanto, legalidad del Plan.

El TS interpreta el artículo 5.4 de la Ley de Residuos del 98, aplicable al caso aunque hoy haya sido sustituida por la Ley 22/2011, de 28 de julio. Indica el TS que dicha interpretación ha de hacerse conforme a las normas del Derecho de la UE, de las que trae causa, por lo que examina el artículo 7 de la Directiva 91/156/CEE, del Consejo de 18 de marzo de 1991, que es la que establece que los planes de residuos deben referirse en particular a «los lugares o instalaciones apropiados para la eliminación», comprobando el tenor literal de la transposición española. Analiza también la STJUE de 1 de abril de 2004, concluyendo que de su lectura no puede concluirse que el Plan en cuestión sea conforme a Derecho, ya que el Tribunal dice que los planes deben prever criterios de localización espacial o geográfica de los lugares de eliminación de residuos, por lo que deben incluir un mapa que señale el emplazamiento concreto que se dará a dichos lugares o unos criterios de localización suficientemente precisos para que la autoridad competente para expedir una autorización pueda determinar si el lugar o la instalación está incluido en el marco de la gestión prevista por el plan. Requisitos que no se cumplen en el Plan en cuestión, que sólo contiene una serie de áreas de localización preferente a tener en cuenta, cuya amplitud es, a juicio del TS, desmesurada, y, además, admite que se puedan autorizar instalaciones fuera de ellas. Por ello, el TS desestima este motivo (FJ 2).

Respecto al apartado 8.2.2 del Plan, que fijaba unos objetivos de regeneración de aceites de automoción del 40 por 100, indica el TS que esto es contrario a la previsión de la Ley 10/1998, de 21 de abril, en relación con el artículo 8 del RD 679/2006, de 2 de junio, por el que se regula la gestión de los aceites industriales usados, que fija la obligación de alcanzar, como mínimo, los objetivos de recuperación, valorización y regeneración de un 65 por 100 de aceites usados recuperados a partir del 1 de enero de 2008. Por tanto, desestima el segundo motivo de casación (FJ 3).

De forma que el TS desestima el recurso de casación imponiendo sus costas a la parte recurrente conforme al artículo 139.1 LJCA, con el límite de 4.000 € (FJ 4).

7. MONTES

A) El uso agrícola, parcelación y expropiación de una parte para construcción de viales no constituye una pérdida de las características por las que un Monte fue catalogado como de utilidad pública, y, por lo tanto, no procede su descatalogación

En la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), de 20 de octubre de 2011 (rec. núm. 4745/2008)**, se resuelve un recurso de casación interpuesto por la Junta Vecinal de Lamadrid (Cantabria) contra la Sentencia del TSJ de Cantabria de 29 de julio de 2008, por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Dirección General de Montes de 5 de septiembre de 2006, por la que se denegaba la solicitud de descatalogación de una parte del monte catalogado de utilidad pública núm. 342.

Los demandantes venían utilizando privativamente el monte a través de un consorcio de repoblación forestal, estaba parcelado y cercado existiendo edificaciones y parte había

sido expropiada para el cruce de dos ejes viarios. Los demandantes alegaban que el monte ya no reunía las características que en su día motivaron su declaración de utilidad pública y, por ello, su inclusión en el Catálogo de Montes. La Administración demandada se oponía alegando que la descatalogación de un monte es una medida excepcional en razón al interés público, y que dicho monte era compatible con el uso agrícola, y que sólo por dedicarse zonas o parcelas al uso eucaliptol, no por ello se pierde el carácter de monte ni se dificulta su explotación. La sentencia de instancia confirmó la denegación de descatalogación.

El TS comienza analizando la alegación de infracción del artículo 16.4 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, que trata la exclusión de un monte del Catálogo de Montes de Utilidad Pública, reconociendo en él tres requisitos para que pueda procederse a la descatalogación: que se trate de una parte de monte «no significativa», que suponga una mejor definición de la superficie del monte o una mejora para su gestión y conservación y que haya perdido las características por las que fue catalogado.

Indica que en la sentencia de instancia se justificó suficientemente, conforme a la valoración de las pruebas periciales (Informe del Jefe de Servicio de Montes y Perito que intervino en el proceso), que estos requisitos no se daban, tratándose de una parte significativa del monte que no ha perdido las características por las que fue catalogado ni su naturaleza forestal por el hecho de que en él se realicen aprovechamientos agrícolas (FJ 2).

De la misma forma, el TS desestima la alegación de valoración ilógica de la prueba pericial conforme a los artículos 335 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que ésta fue, si bien poco clara y precisa, coherente al fin y al cabo con las pruebas presentadas (FJ 3).

Por todo ello, el TS desestima el recurso de casación e impone las costas procesales a la parte recurrente por valor de 1.200 €.

8. MINAS

A) Anulación del acto mediante el que se otorga la concesión minera, por haberse omitido en el procedimiento la realización de la evaluación ambiental preceptiva

La **STS de 18 de julio de 2011 (recurso núm.** 5789/2008) resuelve un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre contra la sentencia dictada con fecha 9 de julio de 2008 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga sobre una concesión minera a cielo abierto que había sido otorgada sin haber sido sometida a la previa evaluación de impacto ambiental. En este proceso, partes recurridas fueron la Junta de Andalucía y la entidad «Áridos y reforestación, S.A.», beneficiaria de la concesión minera sobre la que versaba el objeto del recurso.

El principal motivo impugnatorio planteado por la recurrente en casación es la infracción del artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, así como del Reglamento que lo desarrolla, aprobado por Real Decreto 1131/1988. Asimismo, el Ayuntamiento recurrente consideraba que la Sala de instancia había infringido el artículo 11 de la Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental de Andalucía, en relación con el apartado 19 del anexo primero, pero tal censura no la acoge el TS pues recuerda que no cabe invocar ante él, como fundamento del recurso de casación, la vulneración de normas

emanadas de las Comunidades Autónomas. Así pues, centra la atención en la vulneración de la normativa estatal. En este sentido, el TS estima el recurso de la recurrente, para lo cual lo primero que examina es si era obligatorio que la explotación minera a cielo abierto cuya concesión se otorgaba fuera sometida a la previa evaluación de impacto ambiental. Recuerda que el sometimiento a evaluación ambiental del proyecto extractivo había provocado ya determinadas dudas en la propia Administración autonómica, según queda reflejado en el expediente administrativo. Consta en él cómo la Delegación provincial se había dirigido a la Agencia de Medio Ambiente andaluza para que dictaminase si debía presentarse un Estudio de Impacto Ambiental, existiendo discrepancia al respecto entre la citada Agencia y la Delegación Provincial, que tras varios meses de conversaciones y reuniones para decidir sobre el tema sin llegar a un acuerdo, habían intentado resolver la duda planteando una consulta a la Dirección General de Calidad Ambiental en Sevilla, quien, tras consultar con su Departamento de Impactos Ambientales, expresó que al proyecto no le era de aplicación el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, en tanto que no se cumplía ninguno de los requisitos contemplados en el punto 12 del Anexo núm. 2 del citado Real Decreto.

Ahora bien, considera el TS que tal resolución no se atenía al precepto reglamentario que decía aplicar pues, tratándose de un espacio natural protegido, era preceptiva la evaluación de impacto ambiental. En efecto, el Real Decreto-Legislativo 1302/1986, de 28 de junio (hoy sustituido por el **Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos)** sometía, al igual que hoy hace la norma que lo sustituye, a evaluación del impacto ambiental la *«extracción a cielo abierto de hulla, lignito u otros minerales»* (apartado doce de su Anexo único) si bien su desarrollo reglamentario se hizo en términos que contribuyeron a delimitar el alcance de las obras, instalaciones y actividades sujetas a la citada obligación. El Anexo 2 del *Real Decreto 1131/1988* exigía la evaluación de impacto ambiental a las explotaciones a cielo abierto de yacimientos minerales y demás recursos geológicos de las Secciones A, B, C y D cuyo aprovechamiento estuviera regulado por la Ley de Minas y la normativa complementaria cuando se diera alguna de las circunstancias siguientes:

> «Explotaciones que tengan un movimiento total de tierras superior a 200.000 metros cúbicos/año. (…) Explotaciones situadas en espacios naturales protegidos o en un área que pueda visualizarse desde cualquiera de sus límites establecidos, o que supongan un menoscabo a sus valores naturales».

Pues bien, los sucesivos informes emitidos por el Departamento de Impacto Ambiental de la Dirección Provincial de la Agencia de Medio Ambiente ponían de relieve cómo el proyecto extractivo «(…) puede alterar gravemente los valores ecológicos de la sierra, así como causar un elevado impacto ambiental» y subrayaban, además, que la zona para la explotación se encontraba catalogada «entre los espacios protegidos del Plan Especial de Protección del Medio Físico, bajo la tipología de Complejo Serrano de interés ambiental CS-3, denominada Sierra de Mijas», además de figurar en el catálogo de Montes de Utilidad Pública. Por si fuera poco, uno de aquellos informes reconocía que «el impacto ambiental añadido a los ya existentes en la Sierra de Mijas puede alterar gravemente los valores ecológicos y medioambientales de la zona».

Tratándose, pues, de una extracción de minerales a cielo abierto sobre un espacio natural protegido, cuya realización podía suponer un menoscabo a sus valores naturales, la actividad proyectada debió haber sido sometida al procedimiento de evaluación ambiental exigido por el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental. Solución que se reafirma si se tiene en cuenta que según el documento presentado por la propia solicitante («memoria resumen del proyecto de estudio y evaluación del impacto ambiental», de 2 de octubre de 1989), la producción media anual aproximada implicaba un «volumen total extraído y manipulado de 400.000 Tm/año».

Las consideraciones anteriores abocan tanto a la estimación del primer motivo casacional como al correlativo de la demanda y a la subsiguiente anulación del acto mediante el que se otorga la concesión minera. La ausencia del procedimiento de evaluación ambiental, cuando fuera preceptivo, genera la nulidad del acto mediante el que se autoriza el proyecto que debió someterse a aquél.

B) Desestimación del recurso de lesividad formulado por una Administración contra la resolución de uno de sus órganos que otorgaba a una entidad la ampliación de la autorización de explotación de recursos mineros de la Sección A), áridos, de una cantera por entenderse que la indicación errónea en el período de información pública de la Evaluación de Impacto Ambiental del ámbito que abarcaría la cantera no se ha demostrado que fuese lesivo para el interés público

En la **STSJ Illes Balears, de 20 de julio de 2011 (recurso núm. 740/2010)**, se desestima el recurso de lesividad que formula la Administración de la Comunidad Autónoma de Illes Balears contra la resolución del Director General de Industria, de fecha 28 de junio de 2007, por medio de la cual se había otorgado a la entidad Gravera Sa Torre, S.L., la ampliación de la autorización de la explotación de los recursos mineros de la Sección A), áridos, de la cantera «Sa Torre» situada en el término municipal de Manacor.

La pretendida declaración judicial de anulabilidad del citado acuerdo se fundamenta en que durante la tramitación administrativa que daría lugar a autorizar la ampliación de la explotación, se tramitó el preceptivo expediente de evaluación de impacto ambiental y en el edicto publicado en el BOIB destinado a dar a dar a conocer que se sometía a información pública dicha EIA, se indicó —erróneamente— que la cantera afectada se emplazaba en el Polígono 34, parcela 552, cuando en realidad el emplazamiento lo era no sólo en esta parcela y polígono, sino también en otras 5 parcelas del mismo polígono. Se considera —y por ello se declara lesivo— que dicha omisión u error pudiera haber causado en la ciudadanía en general y a los propietarios de las parcelas limítrofes a aquellas comprendidas en el proyecto de ampliación, en particular, un error al no permitirles un cabal y completo conocimiento del alcance del proyecto, que de este modo no han podido conocer los posibles efectos sobre sus propiedades ni, consecuentemente, formular alegaciones como afectados. Este hecho, se entiende, trae consigo la anulabilidad de la posterior autorización otorgada por el Director General de Industria.

Para afrontar el estudio del argumento, el TSJ repasa la regulación de la declaración de lesividad del artículo 103 de la Ley 30/1992 y del artículo 43 de la Ley 29/1998. Conforme

al artículo 43 de la LRJCA 29/1998 cuando la propia Administración pretenda demandar la anulación de un acto ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público. Por su parte, el artículo 103 de la Ley 30/1992 señala que las Administraciones Públicas podrán declarar lesivo para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme al artículo 63 de la misma Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

No obstante, no basta con que el acto favorable esté afectado por vicio de anulabilidad para que de modo automático opere la declaración de lesividad y consiguiente revisión judicial posterior del mismo, sino que la aplicación de los principios de la buena fe, el principio de confianza legítima, la seguridad jurídica y la doctrina de los actos propios imponen límites a la revisión de los actos administrativos.

La afirmación anterior encuentra su previsión legal en el artículo 106 de la Ley 30/1992 que bajo el título «límites a la revisión» indica que «las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

Cuando, como en el caso, se está ante un supuesto de revisión de actos favorables a los interesados, los límites a la revisión del artículo 106 se proyectan con mayor intensidad por cuanto queda afectado el principio de seguridad jurídica. Al respecto, la STSJ recuerda que ha señalado el TS en su Sentencia de 23 de octubre de 2000 que:

> «La seguridad jurídica exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia. Ello no quiere decir que la acción de nulidad no pueda ejercitarse contra los actos firmes de la Administración. Puede promoverse contra actos firmes, pero su ejercicio es improcedente cuando con ello se vulneran las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto a los derechos de los particulares, expresamente mencionado por el artículo 112 de la LPA, EDL1958/101, como límite al ejercicio de la potestad revisora de la Administración establecida en el artículo 109» (ahora artículo 106 de la Ley 30/1992).

Por tanto, el principio constitucional de seguridad jurídica, en su vertiente de protección de la confianza, constituye una modulación de la facultad de revisión que habrá de considerarse en el caso en concreto.

Además de lo anterior, y a pesar de que la Ley 29/1998 no exige la doble lesión, jurídica y económica, que sí exigía la anterior Ley Jurisdiccional, no es menos cierto que es necesario algo más que la simple constatación de su antijuridicidad. Se requiere que el acto anulable, además de serlo, sea también «lesivo para el interés público», y con una intensidad tal que justifique quebrar el efecto favorable del acto y la confianza legítima que derivó en el ciudadano.

En definitiva, los principios de seguridad jurídica, buena fe, doctrina de los actos propios y el propio privilegio que disfruta la Administración de la autotutela determinan que

el concepto de lesivo para los intereses públicos lo sea de una entidad importante, extremo que corresponde a la Administración justificarlo y acreditarlo

Aplicando al caso que nos ocupa la enunciada tensión entre el principio de legalidad y el de seguridad jurídica, el TSJ de las Islas Baleares entiende que la posible anulabilidad del acto no se presenta con la intensidad y relevancia que postula la administración, como tampoco se advierte que el interés público quede gravemente afectado. Ello es así por las siguientes razones:

1.ª) Dudosamente el acto declarado lesivo estaría viciado de anulabilidad ya que si se fundamenta la ilegalidad de la autorización para la ampliación de la explotación minera en una omisión contenida en la publicación del edicto anunciando que se somete a trámite de información pública el Estudio de Impacto Ambiental, será preciso que la omisión sea de tal entidad que pueda afirmarse que en realidad no hubo anuncio o el anuncio no podía producir sus efectos.

Pero la omisión —referida al número de las parcelas afectadas— no impedía la finalidad pretendida con el anuncio, ya que en él se indicaban otros datos de localización suficientes. En concreto se indicaba que la actividad extractiva afectaba a la cantera «Sa Torre» ya en explotación y, por tanto, de conocida ubicación. Se indicaba que se encontraba en el paraje «Son Coletes» del término municipal de Manacor (Mallorca) y, además, se indicaba que afectaba a la parcela 552 del Polígono 34 de Manacor, por lo que se daban datos de localización suficientes de la actividad para que por cualquier interesado «pueda ser examinado el Documento de Síntesis correspondiente al Plan de Restauración en la Dirección General de Industria de la Consellería de Economía, Comercio e Industria, sita en Gran Vía Asima núm. 2, planta 8, y formular, en duplicado ejemplar, las reclamaciones que se consideren oportunas en el plazo de quince días, contados a partir del siguiente al de la publicación de este anuncio».

El Decreto 4/1986, de 23 de enero, de implantación y regulación de los estudios de impacto ambiental, exige que se ofrezca información del estudio, lo que naturalmente implica identificar la localización del proyecto, pero no exige que se identifique la parcela catastral afectada. Partiendo de la premisa de que es un simple «anuncio» de modo que la toma de conocimiento e información conlleva examen particularizado en las oficinas administrativas, sin duda para la generalidad de los ciudadanos es más identificativo de la ubicación concreta la cita del nombre de la cantera, con indicación del nombre de la finca afectada de determinado término municipal, que la simple enumeración de unos datos catastrales que precisan de una previa comprobación e investigación para poder averiguar dónde se pretende ampliar una cantera.

Es decir, entiende el Tribunal que la simple mención de los datos de identificación catastral —que la Administración considera ahora imprescindibles— sin los demás datos identificativos (paraje, nombre de la cantera) aportarían menos información para los ciudadanos que los realmente utilizados en el anuncio y despreciados ahora por la Administración. Si el número identificativo de las parcelas catastrales lo era para así permitir la localización de la cantera a ampliar, resulta que en el mismo anuncio había otros datos identificativos de la ubicación suficientes como para que los destinatarios de este anuncio pudiesen conocer dónde se había proyectado la ampliación. O, lo que es lo mismo, los defectos en el anuncio no impedían al acto conseguir su finalidad propia.

Como bien se afirma en la demanda «cualquier persona con propiedades o intereses en el paraje de Son Coletes que realmente hubiera estado interesado en saber las parcelas catastrales concretas de la ubicación del proyecto, tuvo la oportunidad de conocer ese detalle, aprovechando el trámite de información pública que se le brindó, como de hecho hizo el propio denunciante (único denunciante)».

Los efectos de la deficiencia hubiesen sido otros si el EIA (no sólo el anuncio) lo fuese sobre una sola parcela, pero la autorización luego se proyectase sobre todas. No es el caso, el EIA contemplaba todas las parcelas.

2.ª) No consta que la descripción parcial de las parcelas catastrales afectadas y consiguiente deficiencia parcial en el anuncio causara indefensión a los ciudadanos. En concreto, entendiendo como interesados por los efectos de la omisión los vecinos colindantes de la cantera que hipotéticamente pudieran verse confundidos al creer que —por lo indicado en el anuncio— la ampliación únicamente afectaba a una de las parcelas, resulta que la Administración no acredita queja o alegación alguna de posible vecino afectado.

El denunciante, que presentó escrito interesando que se dejase sin efecto la autorización de fecha 28 de junio de 2007, no consta como vecino ni tampoco como afectado por la ampliación y menos que se viese perjudicado por el error de identificación. Esta ausencia de posibles afectados es relevante cuando, como en el caso, se está en una pretensión de anulación de acto favorable por ser «lesivo al interés público» ya que el principio de equidad (artículo 106 de la Ley 30/1992) exige que el sacrificio del interesado que cuenta con acto favorable esté compensado con la necesidad de satisfacer el interés de otros ciudadanos afectados o del interés de la Administración Pública, pero en nuestro caso la Administración no ha identificado ningún ciudadano afectado o perjudicado por la omisión parcial del anuncio, ni concreta en qué perjudica a la Administración Pública la citada omisión.

Con ello considera el TSJ que tal vez la resolución del pleito podría haber sido otra distinta en el caso de que uno o unos afectados por la ampliación hubiesen comparecido en fase administrativa o jurisdiccional invocando los perjuicios que les causó el desconocimiento del proyecto por causa del error en el edicto.

3.ª) El artículo 106 de la Ley 30/1992 indica que «las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad» y en el caso ocurre que la declaración de lesividad acordada el 18 de octubre de 2010, pese a proyectarse sobre el acuerdo autorizando la ampliación de fecha 28 de junio de 2007 —y, por tanto, sin que hayan pasado los cuatro años de prescripción de acción—, en realidad lo es por deficiencia ocurrida en el anuncio de 01 de marzo de 2001, es decir, por una omisión en un anuncio publicado hace casi diez años. Se está en el caso de que «el tiempo transcurrido» ofrece un efecto paliativo de la deficiencia, de modo que es contrario al principio de equidad decidir en 2010 el cierre de una cantera en explotación porque en 2001 se cometió una deficiencia —no sustancial— en un anuncio de información pública y sin que se acredite que ello hubiera causado indefensión a ignorados interesados.

4.ª) Una vez que el TSJ ha concluido que no basta que el acto sea anulable sino que, además, debe ser lesivo para el interés publico, resulta que la Administración fundamenta la lesividad en que el anuncio sería defectuoso. Pero, en realidad, este argumento sólo nos lleva al punto primero, es decir, que podría ser anulable.

Sólo en el Fundamento Jurídico 11.b) de la resolución de 18 de octubre de 2010 se intenta explicar esta lesión a los intereses públicos con la explicación de que los artículos 9 y 45 de la Constitución exigen que se garantice la participación de los ciudadanos e interesados en materia de protección del medio ambiente, pero, para el supuesto de autos, falta concretar que el error se haya traducido en una real afectación del derecho de participación de unos ignorados y no identificados hipotéticos afectados, único modo en que se afecta al interés público con el acto que se pretende anular.

Por todo lo expuesto, el TSJ falla la desestimación del recurso.

9. FISCALIDAD AMBIENTAL

A) Tributos estatales en materia de aguas

a) 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». El **TSJ de Asturias** ha tenido que desestimar la demanda interpuesta por el sujeto pasivo que pretendía la minoración del importe de la tasa en la cuantía correspondiente al canon de saneamiento regional. El precepto señalado enmarca y cubre la posibilidad de que se suscriban esos convenios, pero, en el ámbito de aplicación de ambos tributos, no se ha materializado esa posibilidad **(Sentencia de 31 de mayo de 2011, NR 1158/2009).**

b) Canon de control de vertido: sujetos pasivos

Las peculiares condiciones del abastecimiento (y el tratamiento) de agua en muchos municipios conducen a que éstos se opongan al canon, con fundamento en que no se puede decir que son los Ayuntamientos los que llevan a cabo el vertido. Es el caso resuelto por la **Sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 10 de marzo de 2011 (NR 46/2007).** El Ayuntamiento demuestra que no produce vertidos, sino que el agua es transportada hasta su recepción por una comunidad de regantes.

c) Canon de control de vertido: cuantificación

Para tratar cuestiones propias de la cuantificación de este tributo siempre conviene introducir una explicación mínima acerca de las reglas de cálculo de éste. El importe se alcanza multiplicando el volumen de vertido autorizado por el precio unitario de control de verti-

do. Este precio unitario se calcula multiplicando el precio básico por metro cúbico por un coeficiente de mayoración o minoración. Así pues, los elementos a considerar son tres: el volumen de vertido; el precio básico de control de vertido por metro cúbico; y el coeficiente de mayoración o minoración.

El precio básico por metro cúbico se fija en 0,01202 euros para el agua residual urbana y en 0,03005 euros para el agua residual industrial. Estos precios básicos podrán revisarse periódicamente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

El coeficiente de mayoración o minoración se establece en función de la naturaleza, características y grado de contaminación del vertido, así como por la mayor calidad ambiental del medio físico en que se vierte. El coeficiente de mayoración del precio básico, que no podrá ser superior a 4, queda determinado en el anexo IV del RDPH. El cálculo se obtiene, para cada uno de los dos tipos de vertido previstos (agua residual urbana o industrial) del resultado de multiplicar tres factores correspondientes a los tres datos siguientes: características del vertido (de 1 a 1,28); grado de contaminación del vertido (de 0,5 a 2,5) y calidad ambiental del medio receptor (de 1 a 1,25). En el propio anexo se incluyen una serie de instrucciones operativas.

La **Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de junio de 2011 (NR 783/2009)** desestima la demanda interpuesta por la empresa municipal en relación con el canon correspondiente a la estación depuradora: la cuantificación de la tasa arranca del volumen de vertido autorizado, no del vertido real efectuado.

La **Sentencia del TSJ de Asturias de 13 de julio de 2011 (NR 1755/2009)** desestima la reclamación interpuesta por un Ayuntamiento que efectúa un vertido autorizado desde su EDAR en la que se incluyen aguas de la industria que suponen más de la mitad de las concedidas. El Ayuntamiento impugnaba que se le aplicara precisamente el coeficiente de los residuos industriales, señalando que sufrían estos vertidos un grado de depuración «privada» que los equiparaba a los urbanos. No se acepta su alegato a la vista de los parámetros del vertido declarado, que lo sitúan donde lo había ubicado la Confederación.

El TSJ de Murcia se sigue mostrando exigente con la Confederación del Segura, continuando una línea jurisprudencial con abundantes anulaciones por causa de las deficiencias en la motivación de las liquidaciones. Es el caso de la **Sentencia del TSJ de Murcia de 25 de julio de 2011 (NR 32/2007)**. Se le reprocha que la liquidación girada no encuentra motivación, ni en su propio contenido, ni en el expediente, ni en cuanto al volumen anual de agua tenido en cuenta, ni en cuanto al factor K en función del índice de contaminación de las aguas vertidas, y ello por la sencilla razón de que no constan las tomas de muestras de aguas, ni los análisis de éstas que sirvieron de base para calcular dichos datos. En sentido parecido la **Sentencia del TSJ de Valencia de 20 de mayo de 2011 (NR 3466/2011).**

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2011 (NR 5830/2007)** aborda algún aspecto particular de la cuantificación del antecedente del actual canon de control de vertidos, esto es, el canon de vertido, vigente hasta 2002. Se trataba de determinar si en el caso de autos podía aplicarse en cuanto al factor K de contaminación el llamado procedimiento de interpolación, que permitía en algunos casos fijar coeficientes intermedios más reducidos cuando se daban ciertas circunstancias como las que acontecían en dicho caso. Como en aguas de refrigeración que empleaban gran caudal, pero luego poco modificado.

Tres **Sentencias del TSJ de Andalucía de 13 de enero de 2011 (NR 712 a 714/2010)** también resuelven un asunto correspondiente al anterior canon de vertidos, vinculado a la consideración del coeficiente K en su máximo en función de la falta de tratamiento de las aguas residuales.

d) Canon de control de vertidos: revisión, reclamaciones y recursos

El **TSJ de Murcia** reconoce la posibilidad de que la Administración gire una nueva liquidación, una vez que se estimó la demanda, a la vista de la falta de motivación de la primera liquidación. Todo ello, a la vista de la naturaleza de los vicios detectados, que determinan la anulabilidad del acto administrativo y no la nulidad radical. Es la **Sentencia de 20 de mayo de 2011 (NR 870/2006).**

B) Tributos autonómicos en materia de aguas

a) Constitucionalidad del tributo

El **TSJ de Galicia** sostiene una vez más la constitucionalidad del canon de saneamiento de Galicia, rechazando el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Aunque son varios los ejes sobre los que se sostiene la sentencia, destaca el estudio que efectúa la sala sobre el cumplimiento del principio de reserva de ley en el conjunto de apoderamientos realizados al Gobierno de Galicia para el desarrollo reglamentario. Es la **Sentencia de 26 de mayo de 2011 (NR 15438/2010).**

b) Doble imposición interna: relaciones con el canon de control de vertidos de la Ley de Aguas estatal

De nuevo ha llegado hasta el **Tribunal Supremo** un caso relativo a un canon de saneamiento autonómico, en esta ocasión el de Cantabria, a través de la impugnación directa del reglamento de desarrollo de la ley de creación. Como en otros conflictos referidos a otras comunidades autónomas, el núcleo del recurso lo constituía la pretendida infracción del artículo 6.2 de la LOFCA, por invadir el hecho imponible reservado al canon de control de vertidos. Y, nuevamente, se desestimará. En la demanda aparecen algunos razonamientos secundarios, si bien ninguno de ellos será considerado por el Alto Tribunal: la imposibilidad de exigir el tributo sin un previo Plan de Saneamiento; la vulneración de la prohibición comunitaria de establecer otros impuestos sobre el volumen de negocios, o ciertas deficiencias en el hecho imponible y en la cuantificación del tributo debido a que se configuraba un impuesto sobre el consumo y no sobre el vertido. Es la **Sentencia de 29 de junio de 2011 (NR 5101/2007).**

c) Hecho imponible

El **TSJ de La Rioja** rechaza en sus **Sentencias de 22 de junio de 2011 (NR 307/2010), 28 de junio de 2011 (NR 308/2010) y 6 de julio de 2011 (NR 309/2010)** que no se haya realizado el hecho imponible por un sujeto pasivo que forma parte, según su escritura de constitución, de la Depuradora del área en la que opera.

d) Sujetos pasivos y repercusión

El asunto resuelto por la **Sentencia del TSJ de Baleares de 31 de mayo de 2011 (NR 794/2011)** trata de la posición subjetiva de un Ayuntamiento que decidió gestionar a partir de un momento determinado de forma directa el servicio de abastecimiento de agua potable a dos urbanizaciones, adquiriendo las infraestructuras necesarias de la anterior concesionaria. Se le imputó responsabilidad por las deudas que mantenía la empresa con la Comunidad Autónoma en concepto de canon de saneamiento, sobre la base de la Ley General Tributaria (LGT). El caso es que la sala estimará en parte el recurso, teniendo en cuenta que la Comunidad Autónoma aplicó indebidamente la LGT de 2003, cuando correspondía la anterior de 1963. De acuerdo con la normativa aplicable la responsabilidad en que incurriría el Ayuntamiento por sucesión empresarial es incontestable, pero es meramente subsidiaria, no solidaria, de manera que no se puede ejecutar sin previamente haber reclamando las deudas a otros responsables solidarios, como los administradores de aquella sociedad.

En la **Sentencia del TSJ de Murcia de 29 de abril de 2011 (NR 759/2006),** la sala reconoce la capacidad de liquidar sobre el contribuyente la cuota tributaria correcta por el canon de saneamiento de la Región de Murcia, sin que sea relevante la circunstancia de que el sustituto (en esta ocasión, el Ayuntamiento suministrador) repercutiera de manera errónea una cantidad inferior.

e) Cuantificación

El **Tribunal Supremo** declara haber lugar al recurso de casación deducido por el sujeto pasivo del canon de saneamiento de Valencia, por cuanto el Reglamento del tributo no desarrolló (de manera ilegal) la deducción del importe correspondiente a primas por propia declaración. Es la **Sentencia de 21 de septiembre de 2011 (NR 2251/2007).**

La **Sentencia del TSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2011 (NR 152/2009)** trata sobre la fijación de la cuantía del canon del agua catalán sobre un sujeto pasivo industrial que efectuaba sus vertidos al litoral. En particular se discutía la aplicación de dos coeficientes que inciden en la cuota final: en ambos casos el TSJ dará la razón a la administración autonómica. El primero era el Ka o coeficiente de vertido a sistema, con relación a los vertidos efectuados a redes de alcantarillado, colectores generales y emisarios correspondientes a sistemas públicos de saneamiento. Dice la sala que si, como es el caso, el vertido a un emisario submarino se hace previa la depuración a cargo del interesado y en depuradora privada suya, el coeficiente Ka se aplica en relación con la carga contaminante posterior a esa depuración, pero tal depuración no supone la inaplicación del coeficiente. El segundo era el Kd, o coeficiente de dilución, aplicable a los vertidos al mar efectuados mediante instalaciones de saneamiento privado, atendiendo a los diferentes parámetros de contaminación especificados en la normativa. No cabe la inaplicación del coeficiente Kd porque los valores interesados queden por debajo de los propios del agua del Mediterráneo occidental, sino que hay que estar a lo que dice la norma.

La **Sentencia del TSJ de La Rioja de 13 de abril de 2011 (NR 252/2010)** no acepta lo aducido por la demandante en el sentido de que el vertido involuntario que provocó parámetros de vertido más altos fue circunstancial, puntual y debido a un accidente aje-

no a ella, en orden a aceptar la improcedencia de la liquidación complementaria dictada por la administración regional. La misma sala en sus **Sentencias de 22 de junio de 2011 (NR 307/2010), 28 de junio de 2011 (NR 308/2010) y 6 de julio de 2011 (NR 309/2010)** admite la corrección de los cálculos efectuados por la administración autonómica tanto para el consumo de agua como para el cálculo de la carga contaminante (media aritmética de las analíticas tenidas en cuenta), todo ello en función del sistema de estimación indirecta.

f) Comprobación administrativa

El **TSJ de Cataluña** ha dictado varias sentencias referidas a un mismo sujeto pasivo en el que estudia las relaciones entre la presentación de declaraciones de uso y contaminación de agua y la comprobación administrativa de la contaminación. Todo ello en el ámbito del canon del agua de Cataluña. Como puede cotejarse, en función de las circunstancias temporales de cada caso las sentencias tendrán signo favorable o desfavorable a los intereses del sujeto pasivo. Son las **Sentencias de 31 de marzo de 2011 (NR 25/2009), de 27 de abril de 2011 (NR 13/2009) y de 16 de junio de 2011 (NR 159/2010).**

Sobre las condiciones exigibles a la comprobación administrativa de la contaminación en el ámbito del canon de saneamiento de Galicia puede consultarse la **Sentencia del TSJ de Galicia de 15 de abril de 2011 (NR 15211/2009).**

g) Impuestos específicos sobre vertidos al litoral

La **Sentencia del TS de 22 de junio de 2011 (NR 2707/2007),** resuelve un asunto referido al antiguo Canon por autorización de vertidos de Andalucía, que más tarde se redenominó como impuesto sobre vertidos al litoral. El Alto Tribunal desestimará un recurso fundamentado en la pretendida vulneración del principio de reserva de ley, dada la insuficiente delimitación de su importe en la ley, con una supuesta libertad absoluta del reglamento. Rechaza en particular el argumento de que la legislación que la sustituyó fue mucho más detallada.

C) Tributos locales en materia de agua

a) Tasa municipal por alcantarillado

Tres **Sentencias del TSJ de La Rioja, dos de 19 de abril de 2011 (NR 61 y 62/2010) y otra de 9 de mayo de 2011 (NR 60/2011)** abordan varias cuestiones referidas a la tasa municipal de alcantarillado. De una parte, rechaza la pretensión de las demandantes, empresas conserveras, de que no se producía el hecho imponible, por cuanto no utilizaban la red municipal de alcantarillado. Pero la prueba obrante lleva a la conclusión contraria, ya que se demuestra que utilizan una parte de la tubería que en su día formó parte de la red de alcantarillado y que tiene conexión con el servicio de alcantarillado. En cuanto a su cuantía, la sala de Logroño respalda que la Ordenanza prevea fórmulas de actualización automática sobre la base del incremento de los precios de consumo.

D) Impuestos sobre el transporte

a) Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica

La **Sentencia del TSJ de Cataluña de 7 abril 2011 (NR 153/2009)** se ocupa de la aplicación de la exención a la flota de autobuses de la titularidad de una mercantil que prestaban el servicio de transporte colectivo de viajeros. En definitiva, si les era aplicable la exención prevista para los autobuses que se encuentran «*destinados o adscritos al servicio de transporte público urbano*». El Ayuntamiento sostiene que por transporte urbano sólo puede entenderse, a estos efectos, el que circule o transcurra dentro de un mismo término municipal. El caso es que la concesión la otorgaba la Entitat Metropolitana del Transport o Corporació Metropolitana de Barcelona y autorizaba a realizar la actividad de transporte entre dos municipios diferentes, lo que con interpretación literal conduciría a la inaplicación de la exención. No va a ser ésta, sino la contraria, la solución que dará la sala de Barcelona. Se basará en la legislación sectorial que viene a indicar que dada la continuidad de los núcleos urbanos u otras circunstancias que aconsejen una gestión unitaria, el Consejo Metropolitano podrá establecer áreas que agrupen más de un término municipal para prestar conjuntamente el servicio de transporte, el cual se considerará urbano si transcurre íntegramente por dicha área. En el caso de autos, «la masa de edificación de ambos núcleos se entremezcla, hasta el punto de que una persona desconocedora de la división administrativa no podría precisar si se encuentra en uno u en otro municipio». Ello comporta la naturaleza de urbano de este transporte y exige reinterpretar el TRLHL, desconectado del fenómeno metropolitano, no a la vista de un concepto vulgar de transporte urbano, sino de acuerdo con un concepto jurídico, que es el que se extrae de la legislación catalana de transportes. No se da vulneración alguna ni de la reserva estatal en el establecimiento de exenciones tributarias municipales, ni tampoco del principio de igualdad, ni, finalmente, aplicación analógica; por el contrario, ante la continuidad de núcleos urbanos, la norma legal competente establece la consideración del transporte como urbano, consideración que ha de tenerse presente a la hora de aplicar el citado precepto del TRLHL, sin que exista ni analogía ni circunstancias idénticas que permitan apreciar ninguna desigualdad discriminatoria. Concluye el tribunal: «En suma, cuando estamos, como es el caso, ante una aglomeración urbana intermunicipal, el transporte intermunicipal interno dentro de tal aglomeración, ha de ser calificado como urbano a los fines que aquí interesan y, desde luego, nunca como interurbano».

Finalmente, la **Sentencia del TSJ de Galicia de 2 de junio de 2011 (NR 15008/2011),** considera ilegal el planteamiento de la Ordenanza Fiscal que condiciona la exención a favor de las personas con minusvalía a que la minusvalía que padezcan determine una dificultad en su movilidad que les impida la utilización de transporte colectivo. Al entender del TSJ, ello «introduce *ex novo* un límite al reconocimiento de la exención que no guarda relación con el destino del vehículo».

E) Tributos sobre residuos

a) Tasas municipales por recogida de basuras

La **Sentencia del TSJ de Baleares de 14 de abril de 2011 (NR 50/2011)** trata de una eventualidad propia de estas tasas y en realidad de muchas otras. Si, una vez modificadas

las cuantías, deben ser objeto de notificación fehaciente e individualizada a los sujetos pasivos. La sala de Palma de Mallorca dará una interpretación flexible de las exigencias del artículo 102 de la LGT, evitando las anulaciones que pedía la demandante.

La **Sentencia del TSJ de Valencia de 2 de junio de 2011 (NR 319/2009)** también se refiere a la tasa de basuras. Aparte de un estudio convincente de la complitud de la memoria económica-financiera trata de dos asuntos bastante interesantes. Uno es el de la relación de esta tasa con el IBI, habida cuenta de que muchas veces se ha justificado el tipo de ese impuesto o su aumento en el sostenimiento del servicio de recogida de basuras. Lo cierto es que el TRLHL permite aumentar el tipo del IBI sobre el máximo en función de la asunción de ciertos servicios por el Ayuntamiento y, ello, en algunos casos, podría tener alguna implicación jurídica. En este caso se ha creado la tasa sin la «paralela» disminución del tipo del IBI. Pero las implicaciones no pueden pasar de las políticas. La sala de Valencia no comparte la alegación de doble imposición, y considera que «el mantenimiento de la cuota de IBI no obedece a razones exclusivas y vinculadas al propio tributo». Otro debate de interés que plantea el caso es el de si se puede zonificar el área municipal creando dos tipos de gravamen diferenciados, uno para cada zona. La sala considera que la diferenciación se razona y justifica en razones de menor capacidad económica de los habitantes de una de las dos zonas (coincidente con el casco histórico) evidenciada en el «menor grado de generación de residuos sólidos» motivado por razones socio-económicas, a lo que se une —y a sí lo expresa el informe del Técnico Municipal— la menor calidad técnica y frecuencia del servicio y el menor beneficio a dichos usuarios. Dice el tribunal: «No en vano la zona 2 se halla, según el informe técnico-municipal, constituida por el conjunto de barrios recayentes a la montaña, de difícil orografía, con calles de máxima pendiente, trama urbana tortuosa y estrecha; viales de acceso peatonales y pendientes prohibitivas para la ubicación de contenedores y para el tránsito de vehículos recolectores-compactadores y limpiadores de contenedores. Ello determina la obligación de desplazamiento de sus habitantes, con transporte de los residuos a las calles llanas existentes, habiéndose evidenciado ya de antiguo que el coste del servicio aquí era notoriamente inferior. Informa también el técnico municipal que la zona 1, llana por excelencia y con posibilidad incluso de instalación de técnicas más avanzadas (contendores subterráneos de elevación hidráulica, por ej.), cuenta con numerosas urbanizaciones y, por tanto, concentra residuos de limpieza de zonas verdes e incluso de la playa, realizándose en la misma tareas de limpieza viaria casi diaria, mientras en la zona 2 lo es un máximo de 3 días por semana». En definitiva, la sala no sólo apuesta por la aplicación del principio de capacidad económica, sino, además, por la zonificación del área de intervención cuando los costes no son iguales en todos los espacios. Este argumento, empleado a veces por Ayuntamientos y defendido por tribunales, permite muchas posibilidades creativas a las ordenanzas fiscales.

F) Otros impuestos autonómicos ambientales

a) Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente

El **Tribunal Supremo**, mediante **Sentencia de 27 de mayo de 2011 (NR 1472/2007)**, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por una conocida empresa del sector

energético, con el que se pretendía la solicitud de revisión de oficio y de responsabilidad patrimonial instada por la recurrente en relación con una liquidación practicada por el Impuesto balear sobre las Instalaciones que inciden en el medio ambiente, correspondiente al ejercicio de 1998. Se recordará que este impuesto fue declarado inconstitucional, pero el Tribunal Constitucional acotó, como ha hecho tantas veces, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, de manera que no puede ordenarse la revisión de las liquidaciones practicadas.

b) Impuestos sobre emisiones de gases a la atmósfera

La **Sentencia del TSJ de Murcia de18 de julio de 2011 (NR 524/2006)** resuelve un recurso planteado contra el impuesto murciano en toda su extensión, aprovechando la aprobación de una Orden Ministerial y efectuando un recurso directo. El recurso es estimado, a la vista de los vicios, digamos que de tipo formal, en los que había incurrido la Comunidad Autónoma, de manera que la sala se evita analizar eventuales incumplimientos de la Constitución y de la LOFCA por la Ley que le da cobertura a la Orden, y así plantear cuestión de inconstitucionalidad.

JAVIER DOMPER FERRANDO
ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
SERGIO SALINAS ALCEGA
BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

SUMARIO

1. NOTA PRELIMINAR.
2. COMERCIO INTERIOR.
   - **A) Regulación de las modalidades de venta.**
   - **B) Horarios comerciales.**

     Establecimiento en un Real Decreto-ley.

     a) STC 31/2011, de 17 de marzo.
     b) STC 140/2011, de 14 de septiembre.
     c) Impugnación de orden autonómica de fijación de los horarios comerciales.
3. ENERGÍA.
   - **A) Adaptación del régimen jurídico en materia de energía y minas al libre acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio**
   - **B) Retribución de determinadas actividades reguladas del sector gasista.**
   - **C) Conflicto competencial.**
4. FOMENTO.
5. SECTOR FINANCIERO: CAJAS DE AHORROS.
6. SECTOR INMOBILIARIO: ADOPCIÓN DE MEDIDAS MEDIANTE DECRETO-LEY.
7. TELECOMUNICACIONES. CESE DE LAS EMISIONES DE TELEVISIÓN LOCAL.
8. TRANSPORTES.

1. NOTA PRELIMINAR

En este número se recogen las sentencias del Tribunal Constitucional de enero a septiembre de 2011, y las del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos Aranzadi números 10 a 13 de 2011.

2. COMERCIO INTERIOR

A) Regulación de las modalidades de venta

STC 4/2011, de 14 de febrero. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 7559-2006, planteada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto del artículo 34.1 del Decreto legislativo de la Generalitat de Cataluña 1/1993, de 9 de marzo, sobre comercio interior, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de la Ley 1/1983, de 18 de febrero, y la Ley 23/1991, de 29 de noviembre.

La cuestión se plantea en relación con la definición que hace el legislador catalán de la venta en rebajas como aquella modalidad de venta en la que se ofertan artículos al público a un precio inferior al fijado antes de su venta «o unas condiciones especiales de estos que supongan su aminoración en relación con los precios practicados habitualmente» (art. 34.1 Decreto legislativo 1/1993). Para resolverla, el TC acude a la doctrina sentada en la STC 157/2004, de 23 de septiembre, en relación con un precepto de otra Ley autonómica (el inciso final del art. 46.1 de la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio en Navarra), que presenta prácticamente la misma redacción, y que fue declarado inconstitucional y nulo por entender que invadía la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6 CE).

En concreto, la Sentencia considera que dicha previsión legal puede incurrir en infracción de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Ley estatal 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, que establece que «[s]e entiende que existe venta en rebajas cuando los artículos objeto de la misma se ofertan, en el mismo establecimiento en el que se ejerce habitualmente la actividad comercial, a un precio inferior al fijado antes de dicha venta». Y ello porque la definición comentada supone regular las relaciones contractuales en un aspecto tan central como es el precio de los productos que se someten a esta modalidad de venta, cuando la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el artículo 149.1.6 CE faculta al Estado para «la determinación de las relaciones contractuales propias de los diferentes tipos de ventas desarrolladas por los comerciantes». Por otra parte, la «minoración» en el precio no es asimilable, en términos conceptuales y en el preciso y estricto significado propio de esta expresión, a la oferta de condiciones complementarias que supongan, de hecho, una minoración en aquél, por lo que la regulación autonómica va también más allá de lo previsto en la regulación estatal para esta modalidad de contrato y vulnera las competencias del Estado en materia de legislación mercantil.

B) Horarios comerciales

Establecimiento en un Real Decreto-ley

a) STC 31/2011, de 17 de marzo

Recurso de inconstitucionalidad núm. 4989-2000 interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra el art. 43 y el párrafo octavo de la disposición final segunda del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

La pretensión impugnatoria cuestiona la existencia del presupuesto de hecho habilitante para aprobar el régimen de los horarios comerciales a través de la figura del decreto-ley; concretamente, el reproche se dirige esencialmente a su artículo 43, ya que la impugnación del párrafo octavo de la disposición final segunda tiene un carácter formal en tanto la misma se limita a hacer referencia a los títulos competenciales que darían cobertura al citado precepto legal.

Sobre el control constitucional de este instrumento normativo en supuestos de uso abusivo o arbitrario, el TC considera que su función es rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada. No le corresponde en cambio discutir acerca de la «bondad técnica», la «oportunidad» o la «eficacia» de las medidas impugnadas, sino que debe limitarse a examinar la correspondencia entre las mismas y la situación que se pretende afrontar y que constituye el presupuesto para el dictado de la norma. A estos efectos, deben considerarse las razones deducidas tanto de la exposición de motivos de la norma cuestionada como del debate parlamentario de convalidación.

Entrando ya en el examen de la primera de las razones apuntadas, relacionada con el impulso de la liberalización e incremento de la competencia en la economía española, única a la que hace referencia el preámbulo del Real Decreto-ley 6/2000, la Sentencia considera que éste no explicita la justificación de la urgencia, más allá de afirmar que «introduce algunas reformas en el sector de la distribución comercial, flexibilizando los horarios comerciales». Tampoco en el debate parlamentario se aportan más detalles respecto a la relación entre esta concreta regulación en materia de horarios comerciales y los objetivos de consolidación de la continuidad y la profundización de los resultados de la favorable situación económica que el Gobierno perseguía con su adopción.

En cuanto a la necesaria conexión de sentido entre la medida concretamente impugnada y la situación de urgencia explicitada por el Gobierno, el TC examina la alegada necesidad de dar cumplimiento al mandato de la Ley Orgánica 2/1996 respecto de la regulación de los horarios comerciales. Como resulta del propio tenor literal del artículo 3 de la Ley Orgánica 2/1996, vigente en el momento en que se adopta la legislación de urgencia que ahora se cuestiona, el establecimiento de un régimen de libertad absoluta de horarios cuya implantación pretende posponerse mediante la aprobación del artículo 43, ahora impugnado, quedaba condicionado al acuerdo del Gobierno con el de cada una de las Comunidades Autónomas, sin que tal régimen pudiera establecerse, en ningún caso, antes del 1 de enero de 2001. En este contexto no se produce ningún vacío normativo ya que el citado artículo 3 era de aplicación hasta que procediera su sustitución por el régimen de libertad horaria, conforme a las formalidades previstas en el referido precepto legal y en cualquier momento posterior al 1 de enero de 2001. Por otra parte, la efectividad de la anunciada libertad de horarios —expresiva de la flexibilización a la que el Gobierno aludía en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2000— queda diferida, al menos, hasta el año 2005, lo que supone, en sí mismo, una contradicción con el uso del decreto-ley para establecer esa libertad. En el presente caso, la medida fue tomada seis meses antes de que acabara el plazo, teniendo el legislador en su mano el procedimiento legislativo ordinario para realizar con tiempo suficiente el cambio normativo sobre horarios comerciales que estimase oportuno. Desde el punto de vista de la necesidad de introducir una innovación normativa efectiva, tampoco se aprecia la nota de imprevisibilidad que define la existencia de una necesidad extraordinaria a la que ha de hacerse frente en un plazo más breve del que requeriría la tramitación urgente de una eventual reforma legislativa.

En conclusión, el TC considera que la utilización de la figura del Decreto-ley para regular, en los términos antes expuestos, los horarios comerciales, constituye un supuesto de uso abusivo y arbitrario de la misma. Por lo demás, en ningún momento se ha justificado cuáles serían los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos en materia de horarios comerciales, se seguirían de la tramitación de esta medida por el procedimiento legislativo parlamentario, sin que puedan ser tomados en consideración los argumentos a este respecto aducidos por el Abogado del Estado relativos al cambio de legislatura o a la tramitación preferente de los Presupuestos Generales del Estado.

b) STC 140/2011, de 14 de septiembre

Recurso de inconstitucionalidad núm. 2045-2005 interpuesto por el Consejo de Gobierno de las Illes Balears contra los apartados 1 y 4 del artículo 5 y la disposición final primera de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales.

El objeto del recurso es la regulación de los horarios comerciales, concretamente el carácter básico del régimen de «plena libertad para determinar los días y horas en que permanecerán abiertos al público en todo el territorio nacional» los establecimientos dedicados «principalmente a la venta de pastelería y repostería, pan, platos preparados, prensa, combustibles y carburantes, floristerías y plantas y las denominadas tiendas de conveniencia», previsto en el artículo 5.1 de la Ley 1/2004, siendo estas últimas las que se definen en el apartado 4 del mismo artículo.

Como es habitual, el TC encuadra esta materia competencial en la más amplia de comercio interior, y señala que la atribución competencial autonómica es la vigente en el momento del examen jurisdiccional y, por tanto, la del artículo 30.42 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, que atribuye a dicha Comunidad Autónoma competencias exclusivas en materia de comercio interior, incluyendo la «regulación de los calendarios y horarios comerciales con respeto al principio de unidad de mercado». En cuanto al alcance de esta exclusividad, la Sentencia, reiterando pronunciamientos anteriores, recuerda que, conforme al criterio recogido por el propio texto estatutario e igualmente destacado por la doctrina constitucional, las competencias autonómicas no pueden dejar de atemperarse, según prevé el propio Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, a la disciplina establecida por el Estado en el ejercicio de sus competencias propias.

Dicho lo anterior, la cuestión que considera el TC que debe resolver es si el Estado, al dictar las dos reglas sustantivas controvertidas con el carácter de normas básicas, se ha atenido a un ejercicio adecuado de las competencias que le atribuye el artículo 149.1.13 CE o, por el contrario, ha incurrido en un exceso competencial vulnerador de las competencias autonómicas en la materia.

En lo que respecta a la vertiente material de las bases, la Sentencia recuerda que el ámbito de lo básico incluye las determinaciones que aseguran un mínimo común normativo en el sector material de que se trate y, con ello, una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera en cada momento aspectos esenciales de dicho sector material. De acuerdo con este criterio, las disposiciones que establecen un régimen especial de plena libertad de horarios para determinados establecimientos (venta de pastelería, pan, platos preparados, prensa, combustibles y carburantes,

floristerías y tiendas de conveniencia), por la naturaleza de los productos que expenden, presentan una demanda por parte de sus potenciales consumidores que es susceptible de proyectarse durante amplios horarios. Resulta, pues, legítimo que el Estado establezca un régimen homogéneo de libertad para todo el territorio nacional. Por otra parte, el TC entiende que dicha legitimidad no resulta enervada porque en este caso, a diferencia de otras regulaciones de la misma Ley, no quepa intervención normativa de desarrollo de las comunidades autónomas. En este sentido, insiste en que en otros supuestos similares, la doctrina constitucional ha admitido que, por excepción, puede ser calificada de norma básica *ex* artículo 149.1.13 CE una regulación estatal que posibilite la libertad de los establecimientos comerciales para determinar su régimen de horarios, sin ulteriores desarrollos legislativos, ni intervenciones administrativas. Y ello porque, debido a su naturaleza, el establecimiento de un régimen de libertad de horarios comerciales entraña, necesariamente, una desregulación legal en esta materia, pues el legislador deja a la libre voluntad de las empresas la elección de los días y horas de apertura de los establecimientos que les resulten más convenientes. Por los motivos aludidos, el TC considera constitucional las previsiones estatales impugnadas.

c) Impugnación de orden autonómica de fijación de los horarios comerciales

La Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas de Distribución, ANGED, se ha opuesto a diversas normas autonómicas que reducen el número de domingos y festivos en los que pueden abrir los centros comerciales. La ley básica estatal 1/2004, de 21 de diciembre, estableció un mínimo de 12 domingos y festivos en los que los comercios podrían permanecer abiertos, pero permitió a las Comunidades Autónomas fijar estas fechas y reducir este número en atención a la concurrencia de determinadas «necesidades comerciales».

Impugnada la Orden del gobierno de Castilla-La Mancha de 20 de diciembre de 2004, por la que se fijan los ocho días de apertura de los comercios, coincidiendo con domingos y otros festivos, el Tribunal Supremo rechazó el recurso casacional en la sentencia de 22 de marzo de 2010, rec. 3925/2008.

En la citada sentencia el Tribunal Supremo reitera la doctrina de las sentencias de 15 de octubre de 2008 (relativa a los horarios comerciales de La Rioja) y de 28 de mayo de 2009 (de horarios de Castilla y León) y desestima el recurso.

El núcleo del debate jurídico se centra en todos estos casos en analizar el alcance de la competencia autonómica para establecer cuántos días festivos y qué días en concreto podrán abrir los comercios de la Comunidad Autónoma. Para la parte recurrente la Orden impugnada carece de motivación suficiente, y no constan los respectivos estudios económicos que puedan servir de base a la decisión administrativa. Frente a estos argumentos, y como hemos dicho en base a la propia doctrina del Tribunal Supremo elaborada anteriormente en casos muy similares, la sentencia ahora comentada afirma que la Orden impugnada cumplió la exigencia de motivación. En este sentido se señala que consta en el expediente que la administración regional requirió a las distintas Cámaras de Comercio e Industria, Confederaciones de empresarios y sindicatos de ámbito autonómico para que formularan sus propuestas de horarios comerciales (también a la recurrente). Asimismo consta que se celebró una reunión con todos los agentes interesados con el fin de consensuar los ocho domingos y festivos en que los comercios podrían abrir.

Por lo que se refiere a la falta de estudios, el Tribunal manifiesta que «… sin negar la conveniencia de tales estudios, su omisión no debe determinar la consecuencia de nulidad de la orden por motivos formales cuando la apreciación de las necesidades comerciales de la Comunidad Autónoma se ha llevado a cabo en el seno de un proceso de participación e intento de consenso entre todos los sectores afectados, que son quienes mejor conocen aquellas, la disconformidad de una asociación de comerciantes con la Orden en que se precisan los días que corresponden a las citadas necesidades requiere que sea precisamente el demandante quien pruebe en el proceso la inadecuación de lo finalmente acordado a las que, en su opinión, sean las necesidades comerciales de la Comunidad Autónoma distintas de las apreciadas por ésta. La adición de estudios e informes de uno u otro signo puede, sin duda, contribuir a la toma de postura y a la formación del acuerdo pero no es una exigencia ineludible cuya falta determine la nulidad del resultado final».

Por todo ello el Tribunal Supremo concluye que la orden impugnada es conforme a derecho al adecuarse de modo suficiente y razonable a los criterios legales establecidos en el artículo cuatro de la ley estatal 1/2004.

3. ENERGÍA

A) Adaptación del régimen jurídico en materia de energía y minas al libre acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio

El **Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de marzo de 2011,** desestima el recurso contencioso-administrativo número 232/2010 (Az. RJ 2011/2684), que el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Telecomunicaciones interpuso contra el Real Decreto 249/2010, de 5 de marzo, de adaptación de determinadas disposiciones en materia de energía y minas a lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

En concreto, del Real Decreto en cuestión se impugna el apartado 20 del artículo 2, en el punto en que se modifica el artículo 42.3 del Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, que aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios, por considerar el Colegio oficial recurrente que la nueva regulación no se ajusta a derecho.

La correcta comprensión del supuesto de hecho requiere reproducir las dos versiones del precepto discutido. En la versión anterior, aprobada por Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, el artículo 42 del mencionado Reglamento de Instalaciones Térmicas indicaba:

> «Artículo 42.—1. Para obtener el carné profesional de instalaciones térmicas en edificios, las personas físicas deben acreditar, ante la Comunidad Autónoma donde radique el interesado, las siguientes condiciones: (…)
>
> 3. Los técnicos titulados competentes, con atribuciones específicas en materias reguladas por este RITE, podrán obtener directamente el carné, mediante solicitud ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma y sin tener que cumplir los requisitos enumerados en los apartados b) y c), bastando con la presentación de una copia compulsada del título académico».

La modificación del apartado 3, aprobada por el Real Decreto 249/2010, de 5 de marzo, da una nueva redacción, en el sentido siguiente:

> «3. Los técnicos que dispongan de un título universitario cuyo plan de estudios cubra las materias objeto del Reglamento, podrán obtener directamente el carné, mediante solicitud ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma y sin tener que cumplir los requisitos enumerados en los apartados b) y c), bastando con la presentación de una copia compulsada del título académico».

La primera cuestión que plantea la entidad recurrente es la vulneración del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, según lo establecido en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Afirma en particular que a lo largo del expediente no hay ninguna referencia que justifique la modificación operada, porque faltan los estudios o informes que garanticen la oportunidad de su reforma. Añade que se han vulnerado los trámites esenciales del procedimiento, dado que no se ha tramitado audiencia a las entidades interesadas.

El Tribunal Supremo no acoge esta argumentación. Ante todo recuerda su jurisprudencia acerca de que una de las manifestaciones características de la discrecionalidad administrativa es la reglamentaria, pero que en cualquier caso la motivación, por la que se exponen las razones de la ordenación, constituye una garantía de la propia legalidad.

En aplicación de este criterio, la Sala acude al Preámbulo del Real Decreto impugnado, y a partir del mismo concluye que se cumple con la exigencia de justificar la necesidad y oportunidad de la reforma introducida en el Reglamento de Instalaciones Térmicas. En efecto, en el citado Preámbulo se indica que las novedades responden a la necesidad de adaptar el Reglamento a los principios de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

Añade la Sala del Tribunal Supremo que cada una de las modificaciones, introducidas con la nueva redacción del Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios, se justifica concretamente, y refleja de manera suficiente las razones que han conducido a tal reforma. Se trata de mejorar la regulación del sector servicios, eliminando las trabas injustificadas y desproporcionadas al ejercicio de una actividad de servicios, para garantizar el libre acceso de actividades de servicios y su ejercicio en territorio español.

En particular, el Tribunal Supremo se refiere al artículo 11.d) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que prevé que el acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio no estará supeditada a requisitos distintos de los exigidos para el acceso a las profesiones reguladas, contemplados en la Directiva 2003/36/CE de Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005.

Por otra parte, y en cuanto a una supuesta omisión del trámite de audiencia de los interesados, la Sala del Tribunal Supremo constata que la entidad recurrente no desarrolla esta alegación, y en cualquier caso se comprueba que constan en el expediente las intervenciones de las diversas entidades consultadas, precisamente sobre el carné profesional de referencia, entre otros aspectos.

Por todo ello, el Alto Tribunal desestima esta primera alegación del colegio oficial recurrente. Igual camino desestimatorio sigue la segunda cuestión planteada por dicha entidad recurrente, en torno a una posible vulneración del principio de legalidad.

Señala la parte recurrente que el nuevo texto del artículo 42, en su apartado 3, del Reglamento de Instalaciones Térmicas resulta en exceso indeterminado, pues la remisión que el nuevo precepto efectúa a «un título universitario cuyo plan de estudios cubra las materias del reglamento» tiene como consecuencia que los ingenieros de telecomunicaciones podrán encontrarse que no pueden acceder al carné profesional, puesto que se precisa la comprobación previa del número de materias, créditos y demás aspectos de cada Plan de estudios universitarios, que, afirma, son cambiantes. En cambio, prosigue la entidad recurrente, con la versión anterior los ingenieros de telecomunicaciones podían acceder directamente al carné profesional de instalaciones térmicas en edificios.

El Tribunal Supremo rechaza esta alegación, porque la supresión a «las atribuciones» específicas en la materia de los técnicos titulados y su sustitución por los «planes de estudios de los títulos universitarios» es coherente con los principios de la Ley, consistente en ampliar los profesionales que pueden acceder a dichas actividades contempladas en el Reglamento de Instalaciones Térmicas de Edificios. Señala igualmente el Alto Tribunal que, dada su específica formación, el nuevo tenor literal del artículo 42.3 no incide ni limita el acceso de los ingenieros de telecomunicaciones. De este modo, la Sala del Tribunal Supremo recoge la tesis expuesta por el abogado del Estado, en el sentido de que el derecho de estos titulados en ingeniería de telecomunicaciones se basa en sus facultades técnicas y en su concreta formación, que abarca las materias objeto del Reglamento de Instalaciones Térmicas.

B) Retribución de determinadas actividades reguladas del sector gasista

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011** desestima el recurso contencioso-administrativo número 85/2009 (Az. RJ 2011/2657), interpuesto por una entidad societaria contra la Disposición adicional segunda de la Orden ITC/3863/2007, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas para el año 2008 y se actualizan determinados aspectos relativos a la retribución de las actividades reguladas del sector gasista.

El Tribunal Supremo constata que en su reciente Sentencia de 23 de diciembre de 2010 ha desestimado el recurso número 27/2010 (que correspondía al 126/2007 de la Sala de la Audiencia Nacional, una vez declinada la competencia a favor de la del Tribunal Supremo), en el que la misma sociedad recurrente impugnaba la Orden ITC/3993/2006, y donde se planteaban las mismas alegaciones, por lo que el Tribunal Supremo reproduce la mencionada Sentencia de 23 de diciembre de 2010.

En primer lugar, alegaba la entidad demandante que la previsión de reducción de la retribución contemplada en el artículo 30 de la disposición impugnada carecía de cobertura jurídica superior, por varios motivos. Ante todo, porque ni la Ley del Sector de Hidrocarburos en su artículo 92, ni el Real Decreto 949/2001, en su artículo 20.1, contemplarían el régimen de las acometidas como factor a tener en cuenta en la remuneración de la actividad de distribución. Además, tal previsión supondría una alteración del reparto de derechos y obligaciones entre distribuidores y usuarios previstos en la legislación vigente. Afirma también la entidad recurrente que no existiría ninguna norma que obligue a los distribuidores a construir redes de presión según parámetros determinados.

El Tribunal Supremo rechaza esta alegación porque la Ley del Sector de Hidrocarburos, en su artículo 92, contempla una serie de principios generales que deben regir la previsión de las tarifas, peajes y cánones, y entre tales principios está el de determinar el sistema de los costes de forma que se incentive una gestión eficaz y una mejora de la productividad. La Orden impugnada se dirige hacia esta finalidad. Añade la Sala que no resulta posible valorar aisladamente uno de los elementos constitutivos del sistema retributivo de las actividades reguladas, dada la complejidad de dicho sistema, que incluye factores favorables y desfavorables a los distintos sujetos afectados. La aplicación de ello al presente asunto conduce a concluir que no es posible valorar el significado real del incentivo litigioso. No hay, por lo tanto, una infracción del principio de jerarquía normativa.

En segundo lugar, la entidad recurrente defiende que la medida que se discute en el presente proceso impondría injustamente una sanción administrativa por conductas que no están tipificadas. La Sala del Tribunal Supremo rechaza de plano este alegato. Vuelve a recordar la complejidad del sistema de retribución en las actividades reguladas, que impide valorar de forma individualizada uno de los elementos o criterios configuradores de tal retribución.

Y, en cualquier caso, el Tribunal Supremo indica que en ningún momento es posible ni remotamente concebir uno de tales criterios (en el presente supuesto, la penalización por la distribución a presión igual o menor a 4 bar) como una sanción, por el hecho de que a un determinado sujeto le suponga una desventaja. La Sala insiste que este criterio es un incentivo de la actividad de suministro con mayor eficiencia. En consecuencia, la previsión impugnada no tiene nada que ver con el derecho administrativo sancionador, y los principios que informan éste.

En tercer lugar, la entidad societaria recurrente alega que la penalización conculcaría el principio de proporcionalidad, porque a su entender no sería idónea para conseguir el objetivo propuesto, y porque además habría medidas más moderadas para la consecución del citado objetivo con igual eficacia y acordes con el régimen de derechos y obligaciones instaurado en la legislación del sector de hidrocarburos. En concreto, sostiene que si la finalidad es que los consumidores industriales de gran consumo se conecten a presiones superiores a 4 bar, las medidas deberían dirigirse a ellos.

El Tribunal Supremo también rechaza esta otra alegación, porque la medida objeto de discusión aparece como perfectamente idónea y proporcionada, y en ningún caso cabe tacharla de arbitraria, atendida la libertad de configuración del sistema retributivo de la actividad de distribución configurado por el legislador.

La entidad actora mantiene en último lugar que se habría vulnerado el principio de interdicción de la arbitrariedad, debido a la falta de motivación de la medida impugnada en la exposición de motivos, o bien en el articulado de la disposición recurrida. Para el Tribunal Supremo, tampoco esta crítica puede prosperar, porque no se puede exigir el mismo grado de motivación a un acto administrativo que a una disposición de carácter general: en esta última hay tal multiplicidad de factores, especialmente en la materia de retribución de las actividades reguladas del sector del gas, que no resulta posible motivarlos todos.

La Sala del Tribunal Supremo añade que es la propia Ley, en su artículo 92.1.c), así como también el Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, quienes establecen el criterio de

propiciar una gestión eficaz de las actividades reguladas. A ello debe sumarse que se trata de una medida que viene de años atrás, y ha sido abiertamente expuesta y justificada por la Administración de manera reiterada. Finalmente, la Sala acoge el argumento del representante de la Administración, que ha puesto de manifiesto la diversidad de informes presentes en el expediente administrativo, que explican la medida, tanto del propio Ministerio de Industria como de la Comisión Nacional de Energía.

C) Conflicto competencial

STC 18/2011, de 3 de marzo. Recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 838-1998, 867-1998 y 997-1998, promovidos, respectivamente, por el Parlamento de Canarias, contra los artículos 3.1.a), 4.1 y 2, 10.2 y 3, 12.1, 39.3 y 41.3, la disposición transitoria decimoquinta y la disposición final primera, apartado 1, de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico; por el Gobierno de Canarias, contra los artículos 3, 4.1, 10.2, 39.3 y 41.3, la disposición transitoria decimoquinta y la disposición final primera, apartado 1, de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico; y por el Presidente del Gobierno, contra los artículos 2.3 y 2.11, 6, 9.7, 11, 12.2 y 12.3 y 13.b) y la disposición transitoria segunda de la Ley del Parlamento de Canarias 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario.

Antes de entrar en el fondo del asunto de estos tres recursos acumulados, el TC pone de manifiesto que las leyes impugnadas han experimentado diversas reformas posteriores. En particular, destaca la citada Ley 17/2007, de 4 de julio, que modifica la Ley del sector eléctrico (la LSE) para adaptarla a la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, la cual insiste en la necesidad de realizar la separación en relación con los gestores de las redes de transporte y los operadores del sistema, al mismo tiempo que reforma la configuración de la actividad de distribución. A partir del 1 de enero de 2009, el suministro a tarifa es sustituido por la denominada tarifa de último recurso (precios máximos fijados por la Administración para determinados consumidores para quienes se concibe el suministro eléctrico como servicio universal) y pasa a ser realizado en su totalidad por los comercializadores en libre competencia, siendo los consumidores de electricidad quienes eligen libremente a su comercializador. Una vez examinadas las consecuencias de las modificaciones introducidas en las normas objeto del conflicto, el TC considera subsistente la controversia en su integridad, salvo en lo que se refiere a la disposición transitoria segunda de la Ley del sector eléctrico canario.

Tras encuadrar la controversia competencial, la Sentencia analiza la concurrencia en el sector eléctrico de las competencias estatales *ex* artículo 149.1.13 y 25 CE. En ese sentido considera trasladables la consideraciones que en su día efectuó sobre el sector petrolero (principalmente STC 197/1996, de 28 de noviembre), para concluir que el sector eléctrico es un sector estratégico que representa una parte muy importante dentro del conjunto de la economía nacional, y que es clave como factor de producción esencial para la práctica totalidad de los restantes sectores económicos, condicionando de manera determinante en muchos casos su competitividad (además de ser indispensable para la vida cotidiana de los ciudadanos).

a) El primer grupo de preceptos impugnados tiene por objeto la planificación eléctrica (arts. 3, 4.1 y 2 LSE). Entre ellos destaca el artículo 3.3 LSE, que el TC declara inconstitucional porque establece un listado de las competencias que corresponden a las comunidades autónomas, situándose en una posición propia del poder constituyente e incidiendo en la delimitación competencial entre el Estado y aquéllas sin una expresa previsión constitucional y estatutaria, no formulada en materia energética. Por tanto, si bien el reparto constitucional en una determinada materia ha de concretarse de forma expresa por la norma, legal o reglamentaria, que, referida a su ámbito competencial dicte el legislador, estatal o autonómico, ello no puede suponer una ordenación general que incluya las distintas actividades sujetas a intervención de las administraciones públicas, estatal y autonómicas. En cuanto al resto de los preceptos, sobre diversos aspectos de la planificación estatal en el sector eléctrico, desestima la impugnación en base al argumento principal de que la atribución de competencias exclusivas a las comunidades autónomas en subsectores económicos no excluye la competencia estatal para establecer las bases y la coordinación de ese subsector a través de medidas cuyo fin responda efectivamente a un objetivo de planificación económica. Así, considera que la planificación energética satisface los requisitos que exige la doctrina constitucional para la normativa básica, tanto desde el punto de vista formal como material. Desde esta última perspectiva, porque tiene como finalidad asegurar el correcto funcionamiento del sistema eléctrico nacional a través de una planificación indicativa que pretende ilustrar las actuaciones de las administraciones públicas y las de los operadores económicos, y que es acorde con la progresiva liberalización del sector eléctrico. No obstante, la propia naturaleza indicativa de esta planificación excluye por principio una planificación de detalle que margine las competencias autonómicas en materia de planificación eléctrica.

Otro bloque de impugnaciones se refiere al principio de garantía del suministro eléctrico, a partir del cual la LSE atribuye una serie de funciones al Gobierno (art. 10). Sobre este particular, el TC declara que se trata de un principio básico, ya que el aseguramiento del suministro eléctrico a todos los consumidores y la garantía de su calidad son dos de los grandes objetivos esenciales de la LSE. Por este motivo, la Sentencia entiende que en esta materia el Estado puede adoptar las medidas necesarias de carácter básico para garantizar el suministro, ya sean normativas o ejecutivas y, más aún, cuando se trate de situaciones de excepcionalidad para solucionar emergencias, evitando o paliando los daños que la situación de crisis energética pueda causar. Dichas medidas han de permitir a la comunidad autónoma su desarrollo legislativo y ejecución, así como la puesta en práctica de sus propias medidas para garantizar el suministro.

En cuanto a la habilitación reglamentaria para regular las singularidades de las actividades eléctricas en los territorios insulares y extrapeninsulares (art. 12.1 LSE), el TC considera que no se vulnera la reserva de ley del artículo 38 CE. En este sentido, se trata de una reglamentación complementaria de la regulación legal que tiene como objeto integrar dichas singularidades derivadas del carácter aislado y reducido tamaño de los territorios afectados, evitando así disfunciones en el sistema eléctrico nacional. Dicho esto, acepta su carácter materialmente básico porque responde a la finalidad de garantizar en dichos territorios un suministro eléctrico en condiciones de calidad, fiabilidad y seguridad al menor coste posible.

Sobre la fijación de los criterios de distribución de la energía eléctrica por parte de un órgano ministerial, previo acuerdo de las comunidades autónomas afectadas (art. 39.3 LSE, actual 39.4), la Sentencia admite que corresponda al Estado por la vinculación de la actividad de distribución con la seguridad y la calidad del suministro tanto para los usuarios individuales como para el funcionamiento de los diferentes sectores económicos y, en definitiva, el desarrollo de la economía nacional. La competencia estatal no se agota aquí, sino que comprende además la coordinación *ex* artículo 149.1.13 CE, que alcanza al sistema en su conjunto, tanto al territorio peninsular como a los territorios extrapeninsulares. Así, la referencia del artículo 39.4 LSE al «previo acuerdo con las Comunidades Autónomas afectadas» no ha de entenderse en el sentido de que la posición de éstas sea vinculante para el Estado, ya que supondría un condicionamiento constitucionalmente inadmisible de la competencia estatal. Al contrario, siguiendo este razonamiento, se enmarca en el principio de la colaboración, que se encuentra implícito en la propia esencia de la actual organización territorial del Estado español, pues resulta imprescindible para el buen funcionamiento del Estado de las Autonomías, de manera señalada en los casos en que las actuaciones sectoriales del Estado tienen incidencia sobre una competencia autonómica. Finalmente, el TC concluye que, en todo caso, la fijación por el Estado de dichos criterios, en colaboración con las comunidades autónomas, no puede agotar la competencia normativa de desarrollo de los mismos, competencia autonómica que tampoco puede resultar vaciada. Por su carácter materialmente básico y su vinculación con la garantía del suministro, la Sentencia admite que también sea competencia estatal la decisión sobre el sistema de designación del gestor o gestores de la red (art. 41.3 LSE).

Respecto de la existencia de diferentes mecanismos de transición para la compensación de los «costes del sistema» en los territorios insulares y extrapeninsulares (disposición transitoria decimoquinta LSE), el TC considera que no vulnera el principio de igualdad (art. 14 CE). En ese sentido, después de recordar su doctrina sobre el alcance de dicho principio constitucional, concluye que la existencia de ese régimen transitorio específico de naturaleza territorial resulta razonable y justificado por el aislamiento y dimensión de los territorios a los que se aplica. Asimismo, entiende que no vulnera la igualdad de los españoles en el ejercicio de la libertad de empresa (art. 38 CE) pues ésta no se ve resquebrajada por la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado. Finalmente, por parecidas razones entiende que tampoco vulnera el artículo 139.2 CE, que permite la adopción de medidas diversas para distintas partes del país, siempre que resulten proporcionadas al objeto legítimo que persiguen. Por lo que se refiere a la vulneración del principio de exclusión de monopolios inherente al régimen económico y fiscal canario (disposición adicional tercera CE y art. 46.1 EACan.), el TC recuerda que la competencia sobre dicho régimen, que no está cubierto por una garantía institucional, tiene un sentido instrumental y un carácter profundamente evolutivo, corresponde en exclusiva al Estado, por aplicación de los artículos 133.1 y 149.1.10, 13, y 14 CE. Por tanto, son las autoridades estatales las que determinan de qué forma y en qué momento procede llevar a cabo la liberalización eléctrica, en atención a las distintas situaciones de hecho planteadas, derivadas del tamaño y del carácter aislado de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares (art. 149.1.13 y 25 CE).

b) En lo relativo a la impugnación de algunos preceptos de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario, por contradecir la normativa estatal

básica contenida en la LSE, el TC declara que se trata de una inconstitucionalidad mediata que exige verificar previamente si la citada normativa es realmente básica. El primer grupo de preceptos de la Ley canaria [art. 2.3 y 2.11, en relación con el 9.1.b)] sobre la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, entraría en contradicción con las bases estatales en esta materia (art. 27 LSE). En este sentido, la regulación estatal básica de los aspectos esenciales de la actividad de producción eléctrica en régimen especial se justifica por la importancia que ésta tiene para el suministro y la generación de electricidad. Así, la norma autonómica contradice en este extremo a la estatal básica, pues define de forma más amplia los sujetos en régimen de producción eléctrica especial que en el resto del territorio estatal, con los correlativos incrementos de costes. Por otro lado, la técnica utilizada por la norma autonómica, consistente en reproducir sólo parcialmente la norma básica y omitir lo esencial de la misma, en un ámbito en el que la Comunidad Autónoma no tiene competencias, determina también en este caso la invalidez de la norma.

Otra materia objeto de impugnación es la regulación que hace el legislador canario de la planificación eléctrica a largo plazo (art. 6 Ley 11/1997). El TC establece que el Estado tiene competencia tanto para decidir la liberalización del sector eléctrico y los términos materiales, espaciales y temporales en los que se va a proceder a hacer efectiva la libertad de iniciativa empresarial, como para proceder a una planificación energética acorde con dicha política liberalizadora. En este contexto, la previsión relativa al reconocimiento de la libre iniciativa empresarial (art. 2 LSE), así como la referida al establecimiento de una planificación eléctrica indicativa, salvo en materia de transporte (art. 4.1 LSE), tienen una indudable naturaleza básica en la medida en que constituyen un común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental en el sistema eléctrico nacional. Por este motivo, la previsión de la legislación canaria de una planificación eléctrica autonómica vinculante a largo plazo en relación con la generación, el transporte y la distribución eléctrica, contradice la idea de planificación plasmada en la normativa básica estatal y es inconstitucional. También, por contravenir las bases estatales, es inconstitucional la que define la potencia que han de tener las instalaciones eléctricas para poder ser consideradas redes de transporte (art. 11 Ley 11/1997). La disparidad en dicha definición comporta diferentes efectos, ya que, según la legislación básica, por tener esa condición, son objeto de planificación obligatoria, además de que el régimen jurídico al que está sometido el otorgamiento de las autorizaciones de transporte es sensiblemente más complejo que el de las redes de distribución.

En las autorizaciones para la construcción, explotación, cambio de titularidad y cierre de las redes de transporte (art. 12.2 y 12.3 Ley 11/1997), que exigen informe previo de la Administración General del Estado, el TC examina el grado de intervención de esta última y declara inconstitucional la calificación del citado informe como no vinculante. Para ello, rememora la doctrina según la cual, en los supuestos en los que se exige un informe vinculante, el otorgamiento de la autorización se convierte en un acto complejo en el que han de concurrir dos voluntades distintas, la de la comunidad autónoma y la de la Administración General del Estado, siendo esa concurrencia admisible constitucionalmente cuando ambas voluntades resuelven asuntos de su propia competencia. Así, la conformidad de la Administración del Estado sólo será exigible cuando afecte a espacios o enclaves físicos sobre los que se proyecte una competencia estatal concurrente y a fin de garantizar la integridad de su competencia. En concreto, en el caso objeto de impugnación el Estado puede

legítimamente intervenir con carácter previo, preceptivo y vinculante, en el procedimiento de otorgamiento por las comunidades autónomas de las autorizaciones relativas a instalaciones de transporte de energía eléctrica en función de sus competencias sobre régimen económico (art. 149.1.13 CE). Y ello, por la necesidad de valorar el estado de las redes de transporte de electricidad en todo el territorio estatal, a fin de poder determinar con una perspectiva global qué nuevos proyectos deben rechazarse por su impacto negativo para el régimen económico en su conjunto.

A diferente conclusión llega el TC respecto de la regulación sobre las autorizaciones a las sociedades mercantiles para efectuar instalaciones de transporte de energía eléctrica en territorio canario (art. 12.3 Ley 11/1997). La argumentación de la Sentencia es que el precepto impugnado resulta acorde con el régimen general de libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio en todo el territorio español por prestadores de servicios establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro introducido por la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre y la legislación básica que la incorpora (Leyes 17/2009, de 23 de noviembre y 25/2009, de 22 de diciembre), en la medida en que para otorgar las mencionadas autorizaciones no exige a las empresas comunitarias que tengan establecimiento permanente en Canarias.

Finalmente, se declara inconstitucional la regulación autonómica del régimen específico de resolución de conflictos que puedan plantearse por el uso de las redes de transporte entre los sujetos autorizados [art. 13.b) Ley 11/1997]. Al respecto el TC recuerda que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de un procedimiento heterocompositivo, que comportan un «equivalente jurisdiccional» es materia específica y propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia (art. 149.1.5 y 6 CE). Otra cosa hubiera sido que el legislador canario hubiese previsto un instrumento de autocomposición extrajudicial, como la conciliación o la composición, que no ofrecería ninguna objeción.

4. FOMENTO

Denegación de subvención

El Misterio de Economía y Hacienda denegó la concesión de subvención en concepto de incentivos regionales para un proyecto de construcción de un campo de golf de 18 hoyos en el municipio de San Bartolomé de Tirajana. Impugnado el acto denegatorio ante la Audiencia Nacional este Tribunal confirmó la validez del acto impugnado. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de abril de 2011, rec. 5581/2008, desestima el recurso de casación.

La recurrente fundó su recurso alegando que la petición de subvención cumplía los requisitos establecidos en el Real Decreto 569/1988 para otener su concesión, aduciendo asimismo que la dengación vulneraba el principio de seguridad jurídica.

El Tribunal Supremo, confirmando la doctrina de la Audiencia Nacional, afirma que aun cuando pudieran concurrir los requisitos reglamentariamente previstos para la concesión de los incentivos regionales, de ello no se deriva el derecho a obtener la ayuda solicitada. Lo que la norma establece en este caso es que la administración «podrá» otorgar la subvención, pero ello supone de hecho reconocer un amplio poder discrecional a la Administración otorgante. Al haberse justificado la denegación por el hecho de preverse la

inversión en una zona turística saturada, la decisión administrativa se entiende motivada y no arbitraria, ya que se hizo un uso correcto del poder discrecional. Por tanto, se confirma el acto impugnado.

Por otro lado el Tribunal Supremo añade que la parte actora nada dice para contradecir o desvirtuar los argumentos de la Administración, por lo que se refuerza la justificación del acto recurrido y su distinción respecto de otros supuestos similares en los que sí se otorgó la ayuda.

5. SECTOR FINANCIERO: CAJAS DE AHORROS

STC 118/2011, de 5 de julio. Recurso de inconstitucionalidad núm. 488-2003, interpuesto por el Parlamento de Andalucía contra el artículo 8, apartados 1, 2, 4, 5, 6, 9, 10, 11, 12, 14, 15 y 17; las disposiciones transitorias décima y undécima y la disposición final primera de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero.

La controversia competencial planteada se centra en el alcance de la competencia estatal para establecer las bases sobre determinados aspectos de la organización interna de las cajas de ahorro. Durante la pendencia del proceso entra en vigor el nuevo Estatuto de autonomía de Andalucía y, más concretamente, el artículo 75, que atribuye a esta Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre la regulación de la organización de las cajas de ahorro con domicilio en Andalucía. Respecto de este precepto estatutario, que enumera una serie de materias que, «en todo caso», se incluyen en dicha competencia, el TC recuerda que los estatutos de autonomía son normas subordinadas a la Constitución y que, por este motivo, las competencias autonómicas en materia de cajas de ahorro no excluyen la proyección de las competencias estatales; en este caso, las bases de ordenación del crédito y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.11 y 13 CE). Asimismo, entiende que la mencionada cláusula competencial tiene un alcance meramente descriptivo que no impide el pleno ejercicio de las competenciales estatales.

A continuación, la Sentencia proyecta una consolidada doctrina referida al alcance material de las bases estatales sobre el sector material objeto del pronunciamiento para concluir que compete al legislador estatal regular los aspectos que garanticen el modelo básico de las cajas de ahorro. En este caso, los relacionados con la estructura y la organización de estas entidades, que actúen de garantía de los principios democrático y de exigencia de profesionalidad en su gestión. Y ello, sin producir un vaciamiento de las competencias autonómicas, que conduzca a una uniformidad organizativa de las cajas de ahorro, teniendo en cuenta que no puede establecerse una separación radical entre la normas básicas relativas a la organización y a la actividad externa de las cajas. Dentro de este marco estatal de carácter básico se encuentran las prescripciones estatales impugnadas, que garantizan la participación efectiva en los órganos de gobierno de las cajas de las diferentes administraciones públicas o entidades o corporaciones públicas y los grupos de impositores y empleados. Con mayor motivo, si se establecen de forma no rígida, a modo de porcentajes de representación máximos y mínimos, que dejan un margen para que el legislador autonómico introduzca sus propias opciones de concreción. Por estas razones, el TC desestima la impugnación del artículo 2.3 de la Ley de órganos rectores de las cajas de ahorros (LORCA), en la redacción dada por el artículo 8.2 de la Ley 44/2002.

En cuanto a otros aspectos organizativos, como la duración de los mandatos legales de los consejeros generales, sus posibilidades de reelección o sus causas de cese, el parámetro aplicado por la Sentencia es el mismo que el anterior. Así, a fin de garantizar el propósito democratizador de la ley, reconoce al Estado la competencia básica para establecer un plazo prudencial de duración en el cargo. Desde esta perspectiva, sin embargo, no considera justificada la regulación referida a las condiciones de reelección y limitación temporal del mandato de los vocales del consejo de administración. Finalmente, el carácter irrevocable del mandato y el establecimiento de unas causas legales de cese, que pueden ser concretadas por el legislador autonómico (con suma cautela y teniendo en cuenta la función que cumple la regla general de la irrevocabilidad del mandato), también tiene carácter básico por constituir una garantía de la profesionalización e independencia del gobierno y la gestión de la entidad. Por las razones apuntadas, el TC desestima la impugnación de la nueva redacción de los artículos 9.1, 10, 17.1 y 18 LORCA dada por el artículo 8, apartados 5, 6, 10 y 11 de la Ley 44/2002. Por el contrario, considera inconstitucionales los incisos «por otro período igual» y «el cómputo del período de reelección será aplicado aun cuando entre el cese y el nuevo nombramiento hayan transcurrido varios años» del primer párrafo así como la totalidad del párrafo segundo del art. 9.1 LORCA en la redacción dada por el artículo 8.5 de la Ley 44/2002; los párrafos segundo, tercero (en cuanto hace referencia a que la duración del mandato no puede superar los doce años), y cuarto del artículo 17.1 LORCA en la redacción dada a los mismos por el artículo 8.10 de la Ley 44/2002, y el segundo párrafo de la disposición transitoria décima de esta última.

Otra cuestión impugnada es la norma básica que prescribe que los vocales del consejo de administración deberán ser menores de 70 años, salvo que la legislación de desarrollo establezca un límite de edad distinto. Al respecto, el TC admite que la previsión estatal básica de una edad máxima puede justificarse por razones de eficacia en la gestión, aunque no habría motivo alguno para que no la fijase la legislación autonómica. Pero el tema examinado es diferente porque desde el momento en que se permite excepcionar el límite de edad establecido como máximo no puede tener la condición de norma «básica», pues por principio lo básico es lo que no puede ser cambiado por la legislación de desarrollo. Si se entiende como derecho supletorio tampoco es admisible, porque no es cometido de la legislación básica crear derecho supletorio. Visto lo anterior, el artículo 15 LORCA, en la redacción dada por el artículo 8.9 Ley 44/2002, no es norma básica.

En cambio, no ofrece objeción alguna la regulación del primer y tercer párrafos de la disposición transitoria décima de la Ley 44/2002, en cuanto son básicas las normas que establecen los plazos de adaptación de las cajas de ahorro a la nueva situación derivada de la modificación de la LORCA. Como tampoco la ofrecen las previsiones básicas de los artículos 19.2 y 31.5 LORCA, en la redacción dada por los artículos 8.12 y 14 Ley 44/2002, sobre los acuerdos de colaboración o cooperación de estas entidades financieras con otras, que se reconducen a su actividad externa (art. 149.1.11 CE) y que, además, tal y como están redactadas, no imponen ninguna fórmula orgánica o funcional predeterminada.

Por último, la Sentencia examina algunos aspectos de las cajas de ahorros cuyos estatutos recojan como entidad fundadora a la Iglesia Católica. No obstante, la impugnación basada en la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) ha perdido parte de su objeto, ya que el TC interpreta que, con la nueva redacción del 2002, el régimen organi-

zativo de estas cajas ya no presenta especificidades y debe atenerse a lo establecido por la legislación básica estatal y las normas de desarrollo de las comunidades autónomas, sin que haya distinción entre las cajas por razón de su fundador (salvo que se trate de aspectos sometidos a las reglas propias de adopción de la voluntad de los acuerdos, de entidades que no sean de derecho público, como sería el caso de los nombramientos de sus representantes por las entidades financieras).

En cuanto a la discusión competencial sobre si el legislador estatal puede, en su caso, establecer un régimen diferenciado en algunos aspectos, debe acudirse al sistema interno de distribución competencial y no a la circunstancia de que este tipo de cajas presente una dimensión internacional por la necesidad de garantizar el cumplimiento de los acuerdos internacionales entre el Estado Español y la Santa Sede. En relación con este tema, la Sentencia reitera la doctrina constitucional a tenor de la cual la dimensión exterior de un asunto no permite efectuar una interpretación extensiva de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.3 CE, de suerte que la ejecución de los tratados internacionales corresponde a quien ostente la competencia material. Finalmente, aunque la modificación experimentada por el texto impugnado hace imposible la declaración de inconstitucionalidad, el TC declara que la Comunidad recurrente es la competente en materia de organización interna de las cajas de ahorro fundadas por la Iglesia Católica que tengan domicilio en Andalucía, sometida a lo dispuesto en la legislación básica estatal.

Contra los mismos preceptos y la disposición final primera de esta Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, se han interpuesto los recursos de inconstitucionalidad núm. 845-2003 y 893-2003, por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados y por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, respectivamente, que el Tribunal resuelve en las **SSTC 138 y 139/2011, de 14 de septiembre**, en el mismo sentido y con los mismos argumentos empleados en la anteriormente expuesta STC 118/2011. Asimismo, a partir de esta doctrina, la **STC 151/2011, de 29 de septiembre**, resuelve en el mismo sentito la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6250-2003, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Córdoba, en relación el artículo 8, apartado 15, de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, que modifica 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.

6. SECTOR INMOBILIARIO: ADOPCIÓN DE MEDIDAS MEDIANTE DECRETO-LEY

STC 137/2011, de 14 de septiembre. Recurso de inconstitucionalidad núm. 5023-2000, interpuesto por 91 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso contra el artículo 1 del Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes.

La cuestión que dilucida esta Sentencia es si concurren en el artículo 1 del Real Decreto-ley 4/2000 los requisitos establecidos por el artículo 86.1 CE para legitimar la aprobación por el Gobierno de este tipo de normas. Para resolverla, el TC expone en primer lugar cuál es el alcance de este precepto constitucional que, según reiterada doctrina, habilita al Gobierno

para dictar normas con fuerza de ley, pero en la medida en que ello supone una sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa. Y, como tal, sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de todos los presupuestos circunstanciales y materiales enunciados en dicho precepto constitucional. Respecto del presupuesto habilitante, esto es, una situación «de extraordinaria y urgente necesidad», el TC considera que la Constitución ha adoptado una solución flexible y matizada ya que, por una parte, no proscribe completamente el uso del decreto-ley en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes, ni se limita a permitirlo de una forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, sino que permite su utilización para resolver situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes. En este contexto, corresponde a la jurisdicción constitucional ejecer un control externo o de verificación de la concurrencia de esta «extraordinaria y urgente necesidad», pero no efectuar un juicio político o de oportunidad, que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados.

En el caso enjuiciado, el precepto del Real decreto-ley impugnado (art. 1) recoge una serie de medidas referidas al sector inmobiliario, que pretenden corregir las rigideces del mercado derivadas del incremento de la demanda, así como el efecto que la escasez de suelo urbanizable tiene en el precio de los productos inmobiliarios y, en definitiva, aumentar la oferta de suelo. La Sentencia argumenta que se trata de una previsión normativa de carácter estructural y no coyuntural, siendo esta última más propia de este instrumento normativo gubernamental. Este carácter estructural no determina la inconstitucionalidad de la norma, pero el TC exige que se acredite la concurrencia de las notas de excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad que determinen la necesidad de una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes.

Para decidir si se ha acreditado suficientemente esta concurrencia, la Sentencia toma en consideración las razones que alega la exposición de motivos del Real Decreto-ley, la intervención del Ministro de Fomento en el debate parlamentario del trámite de convalidación de esta norma y el propio expediente de elaboración. A partir de este análisis concluye que el Gobierno no ha ofrecido explicación o justificación alguna sobre ninguno de tales extremos, esto es, la gravedad, la imprevisibilidad o la excepcionalidad de la situación diagnosticada del sector inmobiliario ni sobre la posible quiebra de la efectividad de las medidas con las que se pretende afrontar dicha situación en el supuesto de que se hubiera acudido al procedimiento legislativo. Por añadidura, los precedentes normativos inmediatos (Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio; Ley 7/1997, de 14 de abril; Ley 6/1998, de 13 de abril) ya se referían a la situación de rigidez del mercado inmobiliario y al objetivo de aumentar la oferta del suelo. Finalmente, la estereotipada fórmula que aparece en el último párrafo del Real Decreto-ley 4/2002, de carácter genérico y abstracto, tampoco satisface la exigencia de una fundamentación explícita y razonada de los motivos que llevan al Gobierno al optar por el uso de esta fuente del Derecho.

A la STC 137/2011 acompaña el **voto particular** formulado por los magistrados Javier Delgado Barrio y Manuel Aragón Reyes, que se divide en dos partes: una primera dedicada a refutar los argumentos en que se ha basado la Sentencia para declarar la inconstitucionalidad

y nulidad del artículo 1 del Real decreto-ley 4/2000, por vulneración del artículo 86.1 CE. En este sentido, utiliza el mismo esquema argumental para llegar a la conclusión contraria; es decir, que el Gobierno ofrece de forma explícita y razonada una doble justificación, general y específica, para la adopción de las medidas del sector inmobiliario, antes descritas. Asimismo, por ejemplo, entienden que «imprevisibilidad» no está reñido con la posibilidad de que la situación extraordinaria se haya producido en el pasado y vuelva a presentarse. O que no existe el más mínimo fundamento en la Constitución para sostener una correlación obligada entre coyuntura/decreto-ley frente a estructura/ley ordinaria, y que la predicada «excepcionalidad» de este instrumento normativo no es tal, ya que no constituye una norma de excepción, sino que es una disposición legislativa provisional extraordinaria, que puede dictar el Gobierno en los casos y en los límites establecidos en el artículo 86.1 CE.

Y una segunda parte, que examina dicho precepto desde la perspectiva de la distribución constitucional y estatutaria de competencias. Para este cometido, sin embargo, dedica una extensa y previa exposición a delimitar lo que el voto considera que es el «correcto entendimiento del modelo constitucional de distribución de competencias», dentro del cual alude a la competencia «universal» del Estado por contraposición a las competencias «por atribución» de las comunidades autónomas. Rememora también pasajes de la STC 31/2010, de 28 de junio, e incluso declara que el TC ha perdido en esta Sentencia la oportunidad de revisar la doctrina que sobre la distribución de competencias en materia de urbanismo contiene la STC 61/1997, de 20 de marzo, que consideran desafortunada en muchos puntos. En este contexto, el voto hace doctrina propia sobre la supletoriedad del Derecho del Estado o sobre el alcance de las competencias exclusivas autonómicas en materia urbanística, a fin de reconocer al Estado una competencia para legislar en materia de urbanismo, en virtud de la cual dictó la Ley 8/1990, que le fue reducida drásticamente por la citada STC 61/1997. A partir de estas premisas, analiza las diversas medidas adoptadas por el artículo 1 del Real Decreto-ley 4/2000 (que modifican los correspondientes preceptos de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones) para concluir que todas han sido dictadas por el Estado legítimamente al amparo de sus competencias exclusivas (art. 149.1.1, 13 y 18 CE).

7. TELECOMUNICACIONES. CESE DE LAS EMISIONES DE TELEVISIÓN LOCAL

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011 declara que no ha lugar al recurso de casación número 4603/2008 (Az. RJ 2011/2656), interpuesto por una entidad mercantil contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de julio de 2008, que recayó en un proceso en el que se discutía la legalidad de los requerimientos de cese inmediato de emisiones de televisión local.

La ahora entidad recurrente, que también lo fue en el proceso de instancia, emitía por televisión desde el año 2000, sin título habilitante de clase alguna, y a través de uno de los canales UHF de Madrid, con tecnología analógica. La Resolución del Secretario General del Consejo de Gobierno, de 6 de mayo de 2005, requirió a la entidad recurrente para que, con carácter inmediato, procediera al cese de las emisiones de televisión local. La citada entidad interpuso recurso de alzada, el cual fue desestimado por Orden del Vicepresidente Primero y Portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid, de 23 de junio de 2005. Frente a esta Orden, la entidad presentó recurso contencioso-administrativo, que fue igualmente desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Cabe precisar que la resolución recurrida en vía administrativa, mediante el recurso de alzada, y posteriormente en vía judicial, era reiteración del requerimiento inicial de 16 de febrero de 2005, no impugnado. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid destacó que no declaraba la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, puesto que la mencionada causa de inadmisibilidad no había sido apreciada por la Comunidad de Madrid.

En cuanto al fondo del asunto planteado, el Tribunal de instancia tomó como punto de partida el Preámbulo de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, que establece que en nuestro ordenamiento jurídico, y en los términos del artículo 128 de la Constitución, la televisión es un servicio público esencial, cuya titularidad corresponde al Estado. Ello no implica un régimen de exclusividad o de monopolio, puesto que la gestión del servicio puede ser realizada en forma directa, por el propio Estado, y de una manera indirecta, por los particulares que obtengan la correspondiente concesión administrativa.

La Sala de instancia también puso de manifiesto que la Ley está abierta a futuros cambios o innovaciones tecnológicas. Frente a la alegación de la actora, según la cual emitía en analógico y consideraba que ya no le era aplicable la Ley 41/1995, la Sala respondió con base en el artículo 1 de esta última norma legal, que, en su redacción originaria, proclamaba que tiene por objeto «la regulación del régimen jurídico del servicio de televisión local por ondas terrestres».

El Tribunal de instancia siguió con el examen de las alegaciones de la entidad recurrente, destacando las diversas modificaciones legislativas del régimen jurídico de la televisión, las cuales afectaron, por lo que aquí interesa, al artículo 1 de la Ley 41/1995, cuyo objeto pasó a ser «la regulación del régimen jurídico del servicio de televisión local por ondas terrestres. Se entiende por tal exclusivamente a los efectos de Ley aquella modalidad de televisión consistente en la emisión o transmisión, con tecnología digital, de imágenes no permanentes dirigidas al público sin contraprestación económica directa por medio de ondas electromagnéticas propagadas por una estación transmisora terrenal en el ámbito territorial señalado en el art. 3 de esta Ley».

La Sala de instancia declaró que tales modificaciones no alteraron la situación de los que venían emitiendo con anterioridad al 1 de enero de 1995, dado que aquélla fue mantenida en su integridad, pero quienes, como la recurrente, empezaron a emitir después de dicha fecha no quedaban ya amparados por el régimen de tolerancia del período de vacío legislativo, pues éste se había colmado con la citada Ley 41/1995, si bien la Sala reconocía que hasta que se dictó el Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, de aprobación del Plan Técnico Nacional de la televisión digital local, no existía el desarrollo reglamentario imprescindible para la obtención de los títulos habilitantes. La Sentencia de instancia concluyó con una referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1995, de 6 de junio, que proclamó que los cambios en los condicionamientos técnicos y en los valores sociales pueden suponer una revisión de la justificación y límites de la *publicatio*.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia desestimó todas las pretensiones de la entidad actora, que interpuso el presente recurso de casación con base en cuatro motivos que son analizados por el Tribunal Supremo y, como hemos avanzado, desestimados.

La Sala del Tribunal Supremo examina ante todo el segundo motivo de casación, de acuerdo con un orden de lógica procesal. La entidad recurrente alega que la Sala habría incu-

rrido en el vicio procesal de incongruencia omisiva o *ex silentio*, y en déficit de motivación. Tras hacer un recordatorio de su jurisprudencia sobre el principio de congruencia, el Alto Tribunal desestima el motivo planteado por la actora, puesto que constata que, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida, se dio respuesta a la tesis propugnada por la entidad mercantil acerca de que en el expediente administrativo se contiene solamente la transcripción de la Orden 225/2005, de 23 de junio, del Vicepresidente Primero y Portavoz del Gobierno de Madrid, que realiza el Secretario General Técnico para proceder a su notificación.

De igual modo, en ese mismo fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia hubo un pronunciamiento de la Sala sobre la alegación de la falta de competencia de la Comunidad de Madrid para decretar el cese de las emisiones de televisión por un canal de UHF, en tecnología analógica.

En lo relativo al primer motivo de casación, alega la entidad mercantil recurrente que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid habría infringido los artículos 53, 55 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Este motivo de casación no puede prosperar, porque el Tribunal Supremo señala que carece de fundamento la tesis de que la Orden 225/2005, de 23 de junio, es inexistente, en la medida en que consta en el expediente administrativo la transcripción del referido acto administrativo a efectos de su notificación, y añade la Sala que no cabe apreciar que la administración autonómica haya prescindido de los requisitos formales exigidos en las invocadas disposiciones legales de carácter procedimental.

En cuanto al tercer motivo de casación, la entidad recurrente en casación sostiene que la Sala de instancia habría incurrido en infracción del artículo 26 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada. A estos efectos, se indica en el recurso de casación que esta Ley es una norma estatal que regula exclusivamente las concesiones para la gestión indirecta del servicio de televisión cuya titularidad corresponde al Estado, y no puede ser compartida por las Comunidades Autónomas. Para el Tribunal Supremo, dicha alegación no puede ser aceptada, pues olvida que las Comunidades Autónomas asumen las facultades de carácter accesorio o instrumental de inspección y policía, en relación con el otorgamiento de las concesiones del servicio de televisión de ámbito autonómico o local, al amparo de lo previsto en la disposición adicional 44.ª, apartado 4, de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y el artículo 9 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión local por ondas terrestres.

En este sentido, la Sala del Tribunal Supremo destaca que la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, si bien no contempla todas las modalidades posibles de televisión privada, ni la televisión de ámbito local o autonómico, ello no impide su aplicación por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, al amparo de los títulos competenciales del artículo 149.1, apartados 21 y 27, de la Constitución, con base a su vez en lo argumentado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/1994, de 5 de mayo, acerca de la delimitación del ámbito competencial estatal y autonómico respecto al régimen jurídico de la televisión privada.

Y, finalmente, la entidad recurrente alega en su cuarto motivo de casación que la Sala de instancia infringiría el artículo 9 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, puesto que ha admitido que la Comunidad Autónoma de Madrid tenga competencia para aplicar tal norma legal a una estación radioeléctrica desde la que se emiten señales de televisión con

tecnología analógica, que estaría excluida de su ámbito de aplicación, por lo que ninguna medida de restablecimiento de la legalidad puede ampararse en esta Ley 41/1995.

El Tribunal Supremo desestima este último motivo de casación, con el argumento de que no cabe negar, en razón de la evolución legislativa y la redacción originaria de dicho artículo 9 de la Ley 41/1995, la competencia de la Comunidad Autónoma de Madrid para ejercer las facultades de naturaleza ejecutiva en materia de concesiones del servicio público de televisión de ámbito local, con independencia del soporte tecnológico, analógico o digital, utilizado para realizar las emisiones. El Alto Tribunal refuerza este criterio con la remisión a sus Sentencias de 2 de junio de 1997 y de 30 de enero de 2008, que sostuvieron que no resulta aceptable la autoatribución de frecuencias del espectro radioeléctrico para realizar emisiones de televisión local.

8. TRANSPORTES

Trazado de la línea AVE. Intervención municipal en dicho procedimiento

Dentro del procedimiento administrativo para decidir el trazado de la línea de alta velocidad Madrid-Castilla La Mancha-Comunidad Valenciana-Región de Murcia se llevó a cabo el correspondiente trámite de información pública y posteriormente se aprobó definitivamente el estudio informativo del citado proyecto.

Frente a dicho acuerdo se interpuso recurso por un determinado Ayuntamiento al entender que no se había dado respuesta específica a sus alegaciones, que la opción adoptada no era la más recomendable, y que debió haberse tramitado un estudio complementario conforme a las pretensiones del Ayuntamiento.

El recurso de casación se centra en el examen de los aspectos procedimentales del acuerdo adoptado, para concluir que dentro del procedimiento se consideró de modo suficiente la alternativa municipal propuesta y que no era necesario llevar a cabo un estudio complementario diferenciado respecto a lo pedido en la propuesta municipal.

Para llegar a su decisión el Tribunal Supremo, en la sentencia de 20 de abril de 2011, rec. 5192/2008, recurre a su propia doctrina contenida en las sentencias anteriores de 5 de noviembre de 2008, 3 de julio de 2007 y 8 de abril de 2008. El Tribunal Supremo afirma que la normativa aplicable no exige que se incoen procedimientos específicos complementarios al estudio informativo general para atender a las solicitudes de cada parte interesada. Si se ha cumplido con el trámite de información pública basta con analizar si la solución adoptada es razonable y no arbitraria.

Si bien la doctrina jurisprudencial a la que se remite la sentencia se refiere al trazado de autopistas y no del tren de alta velocidad, AVE, el Tribunal Supremo entiende que la misma es plenamente aplicable al caso enjuiciado y en base a ella desestima el recurso de casación al interpuesto.

ÁNGELES ARRONIZ MORERA DE LA VALL
RICARD GRACIA RETORTILLO
JOSEP MOLLEVI I BORTOLO
JOAQUÍN TORNOS MAS
MARC VILALTA REIXACH

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD

SUMARIO

1. CONSUMO.

   A) Piensos modificados genéticamente.

   B) Prohibición general y absoluta de venta por Internet de productos cosméticos y de higiene corporal impuesta por el proveedor a los distribuidores autorizados.

2. DEPORTE.

   A) Incompatibilidad para ser nombrado vocal del Comité de Apelación de la Real Federación Española de Fútbol para un Magistrado de Tribunal Superior de Justicia.

   B) Conflicto de competencia frente subvenciones del CSD para universidades privadas con programas de ayudas a deportistas de alto nivel.

3. EDUCACIÓN.

   A) No universitaria.

      a) Insuficiencia de medios para atender a menores con necesidad específica.

   B) Universitaria.

      a) Legalidad de la previsión por la que el profesorado perteneciente a cuerpos docentes universitarios está cualificado automáticamente para ser contratado laboral.

      b) Compatibilidad con la docencia universitaria.

4. EXTRANJEROS.

   A) Permisos y visados.

   B) Denegación de entrada y expulsión.

   C) Asilo y condición de refugiado.

   D) Nacionalidad.

5. JUEGO.

   A) Régimen de exclusividad de las apuestas hípicas fuera de los hipódromos en favor de un operador único sin ánimo de lucro.

6. SANIDAD.

A) Patentabilidad de las invenciones biotecnológicas.

B) Consentimiento informado.

C) Legalidad del reglamento sobre disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales.

---

1. CONSUMO

A) Piensos modificados genéticamente

La **STJ de 8 de septiembre de 2011**, en los asuntos acumulados C-58/10 a C-68/10, responde a múltiples cuestiones prejudiciales planteadas desde Francia, correspondientes a once litigios, que tienen por objeto la interpretación de los artículos 12 y 23 de la Directiva 2001/18/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE, de los artículos 20 y 34 del Reglamento 1829/2003, de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente, y de los artículos 53 y 54 del Reglamento 178/2002, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria.

Al efecto el Tribunal de Justicia señala que los organismos modificados genéticamente como el maíz MON 810 cuyo uso estaba autorizado, como semillas destinadas al cultivo con arreglo a la Directiva 90/220/CEE, cuando con posterioridad a la sustitución de la Directiva se solicita la renovación de la autorización, no puede ser objeto de medidas de suspensión o prohibición temporal de su utilización o comercialización con arreglo al artículo 23 de la Directiva 2001/18, si bien tales medidas pueden adoptarse conforme al artículo 34 del Reglamento 1829/2003. En concreto este art. 34 del Reglamento 1829/2003 sólo autoriza a los Estados miembros a adoptar medidas de emergencia si cumplen los requisitos procedimentales establecidos en el artículo 54 del Reglamento 178/2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria. A efectos de la adopción de tales medidas de emergencia, el citado art. 34 del Reglamento 1829/2003 impone a los Estados miembros la obligación de demostrar que concurre, además de la emergencia, una situación que puede presentar un riesgo importante que ponga en peligro de manera manifiesta la salud humana, la sanidad animal o el medio ambiente.

B) Prohibición general y absoluta de venta por Internet de productos cosméticos y de higiene corporal impuesta por el proveedor a los distribuidores autorizados

La STJ de 13 de octubre de 2011, en el asunto C-439/09, tiene por objeto la respuesta a una cuestión prejudicial planteada desde Francia, en relación con contratos de distribución selectiva que estipulan que las ventas de los productos cosméticos y de higiene corporal de determinadas marcas deben efectuarse en un espacio físico, cuyas características se

definen con precisión, y obligatoriamente en presencia de un licenciado en farmacia. Por lo tanto, según el órgano judicial remitente, la exigencia de la presencia obligatoria de un licenciado en farmacia en un espacio de venta físico prohíbe *de facto* a los distribuidores autorizados cualquier forma de venta por Internet.

Al efecto el Tribunal de Justicia entiende que el artículo 101 TFUE, apartado 1, no da cobertura a tal cláusula contractual de distribución selectiva, si, tras un examen individual y concreto del tenor y del objeto de dicha cláusula contractual y del contexto jurídico y económico en el que se inscribe, resulta que, habida cuenta de las propiedades de los productos de que se trata, dicha cláusula no se justifica objetivamente por la necesaria venta de tales productos por licenciados en farmacia, teniendo en cuenta que el objetivo de proteger la imagen de prestigio de una marca no puede constituir un objetivo legítimo para restringir la competencia y la venta exclusiva de determinados productos de forma exclusiva por licenciados en farmacia.

2. DEPORTE

A) Incompatibilidad para ser nombrado vocal del Comité de Apelación de la Real Federación Española de Fútbol para un Magistrado de Tribunal Superior de Justicia

La **STS de 31 de marzo de 2011**, Ar. 2822, desestima el recurso contencioso-administrativo deducido contra Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, que niega la compatibilidad a un magistrado para ser nombrado vocal del Comité de apelación de la RFEF. Al efecto el Tribunal Supremo analiza las funciones del órgano federativo y resalta que se insertan en un ámbito jurídico-público, y no jurídico-privado, como sostiene el recurrente, y ello aunque sus resoluciones no sean directamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien se sitúan en una vía previa, legalmente obligada, para poder acceder, en su caso, ante dicha jurisdicción.

Asimismo, el TS indica que la potestad disciplinaria en el ámbito deportivo es una pura función administrativa, en la que se inserta el Comité de Apelación de la Real Federación Española de Futbol. Lo relevante para su caracterización jurídica es que se trata de un órgano que participa en el ejercicio de una función pública de carácter administrativo (art. 30.2 L. 10/1990) delegada a dicha federación, y que lo hace conociendo un recurso de apelación contra resoluciones de los órganos de instancia, aplicando toda la normativa jurídica-administrativa. En otros términos, se trata de un órgano llamado a resolver controversias mediante la aplicación de normas jurídicas. Por lo demás, el TS no considera adecuada la afirmación del recurrente de que el concepto de jurisdicción no forma parte de la Ley del Deporte, ni puede inferirse de su contenido.

Por todo ello, la idea que refleja la enumeración de las diversas causas de incompatibilidad establecidas en el art. 389 LOPJ es la del establecimiento de un régimen muy estricto de incompatibilidades, específicamente con todas aquellas situaciones que impliquen el ejercicio de una actividad jurídica, salvo la docencia o investigación. De los nueve supuestos de incompatibilidad que se enumeran, cuatro de ellos persiguen ese fin de impedir

conciliar la propia actividad jurisdiccional «stricto sensu», con «el ejercicio de cualquier jurisdicción ajena a la del Poder Judicial», «con los empleos de todas clases en los Tribunales y Juzgados de cualquier orden jurisdiccional», «con el ejercicio de la Abogacía y la Procuradoría» y «con todo tipo de asesoramiento jurídico, sea o no retribuido». Se trata de agotar la salvaguarda de la independencia o imparcialidad del juez, cerrándole el paso al ejercicio de actividades jurídicas, que, bien de modo inmediato, bien en sus eventuales repercusiones ulteriores o en su apariencia externa, puedan ponerlas en riesgo o empañarlas. En esta relación sistemática de los distintos supuestos de incompatibilidad no tendría sentido afirmar que el mero asesoramiento jurídico les está vedado a los Jueces, y sin embargo se permita que puedan resolver, aplicando normas de Derecho, las controversias administrativas previas a las jurisdiccionales, en las que se les veda poder asesorar. Por todo ello considera el TS que la resolución impugnada, impidiendo la compatibilidad dictada por el CGPJ, es totalmente conforme a Derecho.

B) Conflicto de competencia frente a subvenciones del CSD para universidades privadas con programas de ayudas a deportistas de alto nivel

La **STC 156/2011, de 18 octubre,** resuelve el conflicto positivo de competencia, promovido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña frente a la Resolución de 8-11-1999, del Consejo Superior de Deportes, por la que se convocan subvenciones a Universidades privadas con programas de ayudas a deportistas universitarios de alto nivel para facilitar su integración en el sistema educativo universitario. Para el Letrado de la Generalitat de Cataluña, dicha Resolución vulnera las competencias en materia de enseñanza y deporte. Por el contrario, el Abogado del Estado aduce que la Resolución se sustenta en las competencias del Estado en materia de enseñanza y cultura y de modo más mediato en el interés estatal y supracomunitario sobre el deporte de alto nivel.

Como se sabe, 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. Al efecto, la mayoría del pleno del TC entiende que la Resolución impugnada tiene como objeto y finalidad ayudar a «la total integración de estos deportistas [de alto nivel] en el sistema educativo universitario». Por tanto, las materias «deporte» y «enseñanza» son las directamente concernidas por la regulación subvencional, estándolo en menor medida la materia «cultura». Se descarta que estas subvenciones puedan encuadrarse en la materia «deporte» como consecuencia de la conexión existente entre el interés general del Estado y el deporte de alto nivel y, también, que proceda igual encuadramiento por la relevancia supracomunitaria de este deporte. De otro lado, se aprecia que la Resolución impugnada no se dirige a propiciar la práctica del deporte de alto nivel mediante el establecimiento de estímulos orientados a este fin, ni siquiera contiene un apoyo financiero a los deportistas para que puedan ejercer la correspondiente actividad deportiva, sino que promueve que las Universidades privadas, beneficiarias directas de las subvenciones (apartado tercero), establezcan programas específicamente educativos dirigidos a los deportistas de alto nivel, pues incluyen contenidos de esta naturaleza (tutorías, fechas de exámenes, apoyos docentes, becas o créditos), como acredita el mismo apartado tercero. Se trata, por tanto, de apoyar a las

Universidades para que éstas elaboren programas de enseñanza que permitan que los deportistas de alto nivel realicen y culminen estudios universitarios, lo que convierte a la materia de «enseñanza» en la más específicamente afectada por la resolución controvertida.

Desde el punto de vista material, ninguna duda existe acerca del carácter básico de los requisitos y criterios que ordenan el objeto de las subvenciones, estableciendo sus destinatarios —las Universidades privadas— y los requisitos de los proyectos que dichas Universidades privadas deben establecer para posibilitar a los deportistas de alto nivel el acceso, el seguimiento y la finalización de los estudios universitarios, pues todo ello concuerda con el carácter ordenador de las políticas públicas que caracteriza a la legislación básica. Por su parte desde la perspectiva formal, hay que partir de que en las materias de competencia compartida corresponde al Estado el establecimiento de las normas básicas y a las Comunidades Autónomas el desarrollo normativo y la ejecución de dichas bases, la instrumentación de los programas subvencionales debe hacerse con el soporte de la Ley formal siempre que sea posible, o, en todo caso, a través de norma reglamentaria del Gobierno que regule los aspectos centrales del régimen jurídico de las subvenciones, que debe comprender, al menos, el objeto y finalidad de las ayudas, su modalidad o modalidades técnicas, los sujetos beneficiarios y los requisitos esenciales de acceso. Es obvio, de acuerdo con todo lo expuesto, que la Resolución de 8 de septiembre de 1999 del Consejo Superior de Deportes no satisface los requisitos exigibles a la normativa básica en la materia de enseñanza en que se encuadran las subvenciones que regula. En efecto, la débil cobertura legal que le otorga la Ley 10/1990 no tiene el complemento normativo necesario, esto es, una norma reglamentaria del Gobierno reguladora del marco subvencional mínimamente exigible, lo que determina que la resolución controvertida, por su notoria insuficiencia de rango, no pueda ser calificada de norma básica, vulnerando por tal razón las competencias de la Generalitat de Cataluña.

Por su parte, cuatro magistrados emiten voto particular discrepante señalando que «en el presente caso creemos que el título prevalente es el de "deporte"». Lo relevante del encuadramiento para este conflicto es que la calificación del título competencial prevalente es decisiva para concretar el régimen jurídico de las ayudas. En efecto, tratándose de la materia «universidades» (art. 149.1.30 CE), según la mayoría, debe aplicarse un régimen de gestión por parte del Estado atendiendo a las categorías de la STC 13/1992, mientras que, de considerarse el título prevalente el «deporte», de titularidad autonómica (STC 148/2000, F. 4), se estaría en el supuesto a) de la clasificación de esa misma Sentencia, lo que comportaría que las ayudas que el Estado decidiese convocar habrían de territorializarse en su gestión.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Insuficiencia de medios para atender a menores con necesidad específica

La **STS de 9 de mayo de 2011**, Ar. 4100, declara probado que en un determinado colegio público la dotación de medios para atender a menores con «trastorno de espectro autis-

ta», en el Aula de Comunicación y Lenguaje, era claramente insuficiente y, tras declarar infringido su derecho a la educación, reconoce a los recurrentes el derecho a que por la Administración educativa autonómica «se subsanen sin demora las insuficiencias» de la mencionada Aula.

B) Universitaria

a) Legalidad de la previsión por la que el profesorado perteneciente a cuerpos docentes universitarios está cualificado automáticamente para ser contratado laboral

Así lo reconoce la **STS de 22 de febrero de 2011**, Ar. 1258, basándose en el reconocimiento hecho en la LOU respecto a su plena capacidad docente y, en su caso, investigadora.

b) Compatibilidad con la docencia universitaria

La **STS de 28 de abril de 2011**, Ar. 3770, reitera su doctrina (establecida para el mismo recurrente y contenida en una Sentencia de 12 de julio de 2010, que ya mencionamos con detalle en la Crónica anterior) con respecto a la compatibilidad que se le ha de reconocer a un Magistrado, en situación de servicios especiales con destino en el Gabinete Técnico de Información y Documentación, para el ejercicio de la docencia a tiempo parcial como profesor universitario.

4. EXTRANJEROS

A) Permisos y visados

En relación con los *visados de entrada*, la **STS de 14 de junio de 2011**, Ar. 5319, interpreta que, «como no es posible saber con certeza (más allá de suposiciones), ni a través de la lectura de la resolución ni mediante la integración de dicha resolución con los datos del expediente, cuál fue la *ratio decidenci* de la denegación del visado» de entrada, se debe ratificar la anulación de la misma con retroacción de las actuaciones para que se dicte otra debidamente motivada.

Por su parte, la **STS de 14 de junio de 2011**, Ar. 5320, analiza las potestades que le reconoce la Ley a la Administración en este ámbito del visado de entrada y concluye: «no apreciamos la quiebra de estos preceptos que atribuyen a la Administración un margen de discrecionalidad en la concesión o denegación de los visados con arreglo a los criterios orientadores de política exterior que allí se prevén. La Abogacía del Estado se limita a invocar de forma genérica sus potestades discrecionales en la concesión o denegación de visados, pero admitiendo dicho margen de apreciación derivado de dichos compromisos internacionales o políticas que pueden tomarse en consideración en la decisión, es lo cierto que en sede jurisdiccional la Administración no argumenta suficientemente que su resolución denegatoria responda a algún compromiso internacional o a algún criterio de política exterior o pública española o de la Unión Europea, que en el caso analizado aconsejara la denegación del visado a la solicitante».

Con respecto a un *visado de estudios*, la **STS de 29 de junio de 2011**, Ar. 5610, aprecia de oficio el cambio jurídico operado (con posterioridad a la solicitud, incluso) por la

entrada de Rumania en la Unión Europea y ratifica su otorgamiento (frente al recurso de la Abogacía del Estado).

Y lo mismo hace, con respecto a un *visado de trabajo*, la **STS de 29 de junio de 2011**, Ar. 5605.

B) Denegación de entrada y expulsión

La STC 145/2011, de 26 de septiembre, anula en amparo una resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, consistente en la expulsión del territorio nacional (en lugar de la multa, prevista con carácter general en la Ley), porque tal medida se fundó, precisamente, en nuevos datos incorporados a la propuesta de resolución —que 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 a favor de la expulsión frente a la multa—, que no fue notificada al interesado, por lo que éste no pudo alegar al respecto, produciéndosele por ello una lesión de su derecho a la defensa.

C) Asilo y condición de refugiado

Con respecto al *asilo*, la **STS de 1 de abril de 2011**, Ar. 2832, interpreta la previsión legal de asistencia jurídica al solicitante de la siguiente manera: «el solicitante de asilo debe ser informado de manera real y efectiva, esto es, de forma que le resulte comprensible, de que tiene derecho a recibir asistencia jurídica gratuita a lo largo de todo el procedimiento. Asimismo, es también preciso excluir que el solicitante de asilo pueda sufrir indefensión efectiva, pero sin que pueda deducirse de manera automática que la circunstancia de no haber sido asistido por un abogado durante todo o parte del procedimiento implique por sí sola que se haya sufrido tal indefensión».

Por su parte, la **STS de 17 de mayo de 2011**, Ar. 4431, anula la resolución denegatoria y ordena retrotraer las actuaciones por habérsele negado al solicitante de asilo, indebidamente, una entrevista con el instructor, relevante para contrastar la coherencia del relato de persecución alegado.

La **STS de 30 de junio de 2011**, Ar. 5643, no otorga el asilo pero sí atiende la petición subsidiaria de que se le reconozca a la recurrente el derecho a permanecer en España por razones humanitarias (como permite el art. 17.2 de la Ley de Asilo). Interesa ahora su interpretación al respecto: «Situados en la perspectiva de análisis que resulta de estos datos, es cierto que la posibilidad de permanecer en España por razones humanitarias contemplada en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo no es proyectable sobre cualesquiera razones de humanitarismo, pero es que en el caso aquí examinado concurren todos los presupuestos lógicos y jurídicos que permiten aplicar dicho precepto de acuerdo con su espíritu y finalidad en el contexto de la norma en que el mismo se inserta. La recurrente procede de un país sometido a una intensa actuación de bandas de delincuentes y organizaciones terroristas, y ha sufrido esa situación no de forma potencial como cualquier ciudadano, sino de forma real, directa y singularizada, con un hecho tan traumático para una mujer como la violación que sufrió. Si se ponen estos datos en relación con el hecho de que han recibido atención sociosanitaria desde su llegada a España, (que le ha permitido superar de alguna manera los traumas asociados a los sufrimientos padecidos), ha colaborado con los organismos

estatales pertinentes, y se han integrado positivamente en nuestro país, entendemos que su regreso a su lugar de procedencia podría afectar muy negativamente a su salud y estabilidad emocional, y que, en definitiva, concurren todas las circunstancias que justifican la estimación del recurso en este concreto punto, reconociendo su derecho a la permanencia en España por razones humanitarias de acuerdo con la posibilidad legal autorizada por el tan citado artículo 17.2 (derecho que por razones que no precisan de especial explicación hacemos extensivo a sus hijos, en cuyo nombre ha actuado en este litigio)».

Presenta también destacado interés la **STS de 15 de junio de 2011**, Ar. 5365, referido a la concesión de asilo a una nigeriana, donde podemos leer, en primer lugar, que «la reforma de la Ley española de asilo, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, permite identificar como sujetos protegibles a aquellas personas pertenecientes al género femenino que sufren violaciones de sus derechos humanos inderogables, y, concretamente, a aquellas que padecen una grave discriminación en sus países de origen, derivada del reconocimiento de un estatuto legal de subordinación, contrario al principio de igualdad de mujeres y hombres, y que no gozan de protección jurídica eficaz frente a actos graves de violencia sexual o de violencia doméstica, atentatorios contra la dignidad y la integridad física y moral»; lo que, aplicado al caso, le lleva a la siguiente conclusión: «una vez que se ha acreditado que fue forzada a casarse con su esposo, por un acuerdo familiar, y ha sido objeto de continuas agresiones y vejaciones caracterizables de continuos malos tratos físicos y psíquicos, que ha repercutido en los hijos, víctimas también de malos tratos, lo que no es controvertido por la Administración, y, teniendo en cuenta que las autoridades del país de origen, en este supuesto, no les han dispensado tutela jurídica ante las denuncias formuladas, se revela la necesidad de protegerla de forma efectiva del fundado temor y el riesgo real de continuar padeciendo tratos degradantes, no siendo por ello suficiente, en estos términos, la decisión del Ministerio del Interior de autorizar la permanencia en España por razones humanitarias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo».

Con respecto al reconocimiento del *estatuto de apátrida*, y en línea con otros pronunciamientos recogidos en anteriores crónicas, sendas sentencias lo reconocen para saharauis a los que se les niega la renovación del pasaporte argelino (se trata de las **SSTS de 20 de junio de 2011**, Ar. 5469, y de **22 de junio de 2011**, Ar. 5524).

Sin embargo, la **STS de 22 de junio de 2011**, Ar. 5526, lo deniega para otro solicitante, con fundamento en que: «la mera alegación de que la recurrente no tiene nacionalidad resulta insuficiente cuando, como aquí sucede, los datos reflejados en la única documentación personal de la recurrente de que disponemos, no corroboran su manifestación sobre su nacimiento en Polonia, más bien la contradicen, al resultar de esa documentación que nació en Bielorrusia y que ha sido documentada anteriormente con esa nacionalidad. Por lo demás, como también apunta la sentencia de instancia, en el curso del proceso no se ha acreditado de forma suficiente que la República de Bielorrusia no la reconozca al día de hoy como nacional de ese país o se niegue a darle la documentación pertinente».

D) 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 inmigratorio 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 sobreseídos 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 15 de febrero de 2011**, Ar. 1471, de **4 de abril de 2011**, Ar. 2925, de **29 de abril de 2011**, Ar. 3786, de **23 de mayo de 2011**, Ar. 4583, de **30 de mayo de 2011**, Ar. 4823, de **13 de junio de 2011**, Ar. 5260).

Tampoco lo impiden los informes del CESID o de la Comisaría General de Extranjería que sean excesivamente vagos (**SSTS de 4 de marzo de 2011**, Ar. 1923, de **14 de abril de 2011**, Ar. 3521).

Sin embargo, está bien denegada la concesión ante la existencia de una actitud de rebeldía e imposible localización judicial (**STS de 25 de febrero de 2011**, Ar. 1662); el estar involucrado en hechos de trascendencia penal próximos en el tiempo a su solicitud y sin que hubiera otros datos positivos (**SSTS de 29 de marzo de 2011**, Ar. 2678, y de **29 de abril de 2011**, Ar. 3788); una condena penal sin el contrapeso de otros datos positivos (**SSTS de 29 de abril de 2011**, Ar. 3785, de **30 de mayo de 2011**, Ar. 4821, de 15 de junio de 2011, Ar. 5383).

También está bien denegada la concesión cuando queda acreditado (por informe del CESID) que el solicitante había colaborado, en territorio español, con los servicios de la inteligencia marroquí (**STS de 20 de junio de 2011**, Ar. 5482).

Procede la denegación, por no haberse acreditado suficiente grado de integración en la sociedad española, en el caso de una solicitante en régimen de poligamia: «Tal situación no puede obviarse por la sola circunstancia de que el matrimonio de la solicitante de hecho permanezca monógamo durante el tiempo que viene residiendo en España, pues también es un hecho que la misma sigue manteniendo legalmente el régimen de poligamia sin que haya llevado a cabo actuación alguna para adecuar su régimen a la normativa española que refleja los valores de la nuestra sociedad al respecto. En otras palabras, las intenciones de la recurrente a las que se refiere la sentencia recurrida, no han impedido que la misma, libre ya de los posibles obstáculos que pudiera haber tenido en su país de origen, mantenga su régimen de matrimonio y no han tenido reflejo en la adecuación del mismo a la legalidad española, de manera que el hecho de que no se hayan transgredido durante su residencia en España las normas por las que se rige nuestra sociedad no puede convertirse, sin más, en un elemento de integración que, por su propia naturaleza, supone una actitud positiva de armonización y acomodación a los principios y valores sociales españoles, como se ha indicado antes, que en este caso no ha tenido lugar» (**STS de 13 de junio de 2011**, Ar. 5259).

También con respecto al necesario grado de integración, en forma de conocimiento del idioma español, según las circunstancias concretas del caso, tenemos pronunciamientos favorables a la concesión de la nacionalidad (**SSTS de 24 de enero de 2011**, Ar. 339, de

11 de febrero de 2011, Ar. 1383, y de **4 de abril de 2011**, Ar. 2922) y desfavorables a la misma (**SSTS de 14 de enero de 2011**, Ar. 74, de **16 de marzo de 2011**, Ar. 2177, y de **14 de abril de 2011**, Ar. 3523).

5. JUEGO

A) Régimen de exclusividad de las apuestas hípicas fuera de los hipódromos en favor de un operador único sin ánimo de lucro

La **STJ de 30 de junio de 2011**, en el asunto C-212/08, tiene por objeto la respuesta a una cuestión prejudicial planteada desde Francia, en relación con si una sociedad que presta servicios de apuestas hípicas en Internet, con autorización expedida en Malta, puede recibir apuestas sobre carreras hípicas francesas a partir de su sitio de Internet. Teniendo en cuenta que en Francia las apuestas hípicas se gestionan en régimen de monopolio fuera de los hipódromos, y que el Ministerio correspondiente no responde a la solicitud de la empresa con autorización maltesa, que recurre contra el silencio administrativo denegatorio a su solicitud de actividad en Francia.

Al efecto el TJ responde que un Estado que aspira a garantizar en el sector de los juegos de azar un nivel de protección de los consumidores particularmente elevado puede legítimamente considerar que tan sólo la concesión de derechos exclusivos a un organismo único que esté sometido a una estrecha supervisión por parte de los poderes públicos permite controlar los riesgos inherentes a dicho 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. Aunque incumbe al órgano jurisdiccional estatal comprobar si: las autoridades nacionales se proponían verdaderamente garantizar un nivel de protección particularmente elevado y si, a la vista de ese nivel de protección al que se aspiraba, podía considerarse que, efectivamente, era necesario establecer un monopolio, y también si los controles estatales —a los que en principio están sometidas las actividades del organismo que disfruta de los derechos exclusivos— han sido aplicados efectivamente de un modo coherente y sistemático para alcanzar los objetivos encomendados a dicho organismo.

Además, para ser coherente con los objetivos de lucha contra las prácticas delictivas y de reducción de las oportunidades de juego, toda normativa nacional que establezca un monopolio en materia de juegos de azar deberá: basarse 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 afectado, un problema que puede resolverse mediante la expansión de las actividades autorizadas y reguladas, y permitir únicamente una publicidad moderada y que se limite a lo estrictamente necesario para orientar a los consumidores hacia las redes de juego autorizadas.

Por último, para apreciar la vulneración de la libre prestación de servicios por un sistema que establece un régimen de exclusividad en materia de organización de apuestas hípicas, los tribunales nacionales deberán tener en cuenta en su conjunto los canales sustituibles de comercialización de dichas apuestas, salvo cuando la utilización de Internet tenga como consecuencia agravar los riesgos inherentes a los juegos de azar en comparación con los riesgos que existen en el caso de los juegos comercializados a través de canales

tradicionales. Ante una normativa nacional que se aplica de idéntica manera a la oferta de apuestas *on line* y a la realizada a través de canales tradicionales, procederá apreciar la vulneración de la libre prestación de servicios desde el punto de vista de las restricciones impuestas al sector de que se trata en su conjunto.

6. SANIDAD

A) Patentabilidad de las invenciones biotecnológicas

La **STJUE de 18 de octubre de 2011**, *as. Brüstle*, C-34/10, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Alemania en relación con la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la *protección jurídica de las invenciones biotecnológicas*. De la interpretación que realiza el Tribunal de Luxemburgo (en formación de Gran Sala), lo más destacado es lo siguiente:

> «1) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, debe interpretarse en el sentido de que:
>
> — Constituye un "embrión humano" todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis.
>
> — Corresponde al juez nacional determinar, a la luz de los avances de la ciencia, si una célula madre obtenida a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto constituye un "embrión humano" en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44.
>
> 2) La exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 también se refiere a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil.
>
> 3) El artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva 98/44 excluye la patentabilidad de una invención cuando la información técnica objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos».

B) Consentimiento informado

Siempre en el marco de recursos por responsabilidad patrimonial, en esta Crónica también podemos citar algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el necesario consentimiento informado.

Así, tenemos la **STS de 7 de marzo de 2011**, Ar. 1996, donde considera no satisfecha la exigencia legal del adecuado consentimiento informado. Igual sucede en la **STS de 22**

de marzo de 2011, Ar. 2413, donde se refiere a un formulario «impreso —y por tanto ciclostilado—» como deficiente información. La **STS de 23 de marzo de 2011**, Ar. 2512, hace aplicación por primera vez (salvo error) no ya del art. 10 LGS sino del art. 4 de la Ley de la Autonomía del Paciente, señalando que «se omitió la obligada información a la paciente acerca de las características de la intervención que se le iba a practicar y las previsibles consecuencias de la misma y complicaciones que de ella podían derivar».

En sentido contrario, la **STS de 23 de marzo de 2011**, Ar. 2530, considera suficiente la información facilitada a la interesada al prestar su consentimiento ya que se aludía a los riesgos y complicaciones existentes, entre los cuales se incluía, precisamente, la hemorragia que ella padeció. También la **STS de 24 de mayo de 2011**, Ar. 4677, reconoce la suficiencia de la información aportada, sin que pudiera deducirse que se podía haber optado razonablemente por una alternativa quirúrgica con mayores riesgos.

C) Legalidad del reglamento sobre disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales

La **STS de 15 de febrero de 2011**, Ar. 1486, declara la conformidad a Derecho (incluido el de la Unión Europea) del Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, que regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales (conocidas también con la expresión de «uso compasivo» de los mismos). A estos efectos, la Sentencia dirá:

> «El artículo 24 apartado 3 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, tiene su origen en el hecho de que existen algunas circunstancias en las que los datos clínicos que avalan un determinado uso terapéutico para un medicamento ya autorizado, no se encuentran recogidos en la ficha técnica del medicamento. Ello puede ser especialmente relevante en áreas terapéuticas en las que la actividad investigadora es muy intensa y el ritmo de evolución del conocimiento científico puede preceder a los trámites necesarios para incorporar dichos cambios en la ficha técnica del medicamento. También existen condiciones de uso establecidas en la práctica clínica, pero no contempladas en la autorización del medicamento, a menudo por ausencia de interés comercial para la realización de los estudios necesarios para obtener la autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.
>
> Estos usos excepcionales de medicamentos en condiciones diferentes de las autorizadas caen dentro de la esfera de la práctica clínica, y por tanto, en el ámbito de responsabilidad del médico prescriptor, no requiriéndose una autorización caso por caso. No obstante, existen ciertas situaciones en las que es recomendable que la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios emita una recomendación basada en la evidencia disponible en materia de eficacia y seguridad».

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

A) Competencia.

a) El Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo conoce del recurso relativo a una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a una Confederación Hidrográfica por unas obras.

b) El Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo conoce del recurso relativo a sanciones impuestas por el Secretario General de Transportes confirmatoria en alzada de resolución del Director General de Aviación Civil.

c) El Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo conoce del recurso relativo a una resolución del Director General de Tráfico estimatoria del recurso de alzada interpuesto contra resolución sancionadora del Delegado de Gobierno.

B) Sujetos: legitimación.

a) La situación de colindancia con el ámbito territorial del PAI evidencia una relación directa con el objeto del recurso.

b) Las Comunidades de regantes se integran en la Administración corporativa, administraciones o corporaciones de derecho público integradas en las Confederaciones Hidrográficas, pero, al mismo tiempo, junto a las funciones públicas, presentan intereses netamente privados.

c) Carece de legitimación el denunciante de posibles irregularidades merecedoras de sanción a los titulares de los órganos judiciales.

d) Una Federación de Familias Numerosas ostenta legitimación para impugnar una Orden Ministerial de revisión de las tarifas eléctricas.

e) Las Autoridades Portuarias carecen de legitimación para impugnar una Orden Ministerial aprobatoria del deslinde de costas.

C) Objeto: los Colegios de Registradores de la Propiedad y los Colegios Notariales presentan una naturaleza jurídica distinta de la de otros Colegios Profesionales.

D) Motivos: las causas de nulidad deben ser previamente denunciadas a través de los recursos administrativos.

E) Procedimiento.

a) Plazo.

a') En caso del ejercicio de una acción de revisión entablada entre dos Administraciones, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo debe considerarse aplicando la LJCA.

b') El plazo de dos meses es exigible también para los recursos en los que se impugna un acto al que se imputa la nulidad de pleno derecho.

c') La rehabilitación de plazos de la demanda es más conforme con el principio de tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24 CE.

b) Publicidad de actuaciones judiciales: hay que distinguir entre la publicidad de las actuaciones procesales ya finalizadas y la de las que se encuentran en trámite.

c) Sentencia: adolece de falta de motivación la sentencia que se limita a reproducir, sin análisis alguno, los argumentos de la demanda.

d) Extensión de efectos.

a') La falta de impugnación de una nómina no impide cuestionar las posteriores.

b') La identidad de situación jurídica debe entenderse referida a la pretensión que se formula y a los hechos que la sustentan, con independencia de la situación procesal.

2. RECURSO DE CASACIÓN.

A) Admisión: situaciones en las que el recurso de casación contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia fundado esencialmente en la infracción del derecho autonómico resulta viable.

B) Motivos.

a) No es posible un nuevo examen ilimitado de la valoración de la prueba y de la calificación jurídica realizada por el Tribunal de instancia, salvo que se haya incurrido en arbitrariedad.

b) No es posible la formulación de dos o más motivos simultáneamente.

3. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY.

A) Inadmisión: debe admitirse el recurso cuando no se formule con claridad y precisión la doctrina legal que se propugna, ni se persiga la correcta interpretación de normas emanadas del Estado que hayan sido determinantes del fallo recurrido.

4. RECURSO DE REVISIÓN.

A) Doctrina sobre la recuperación de documentos decisivos.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el 1 de febrero de 2011 al 1 de mayo de 2011, entre los que merecen ser destacados los relativos a la legitimación en el recurso contencioso-administrativo.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Competencia

a) El Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo conoce del recurso relativo a una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a una Confederación Hidrográfica por unas obras

La **STS de 7 de abril de 2011 (recurso núm. 107/2010)** resuelve una cuestión de competencia negativa suscitada entre un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a una Confederación Hidrográfica por unas obras. Producido el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas, se plantea si es competente a este respecto la Agencia Autonómica del Agua. Pues bien, los traspasos en materia de aguas de la cuenca del Río no se hicieron efectivos hasta enero de 2009, por lo que las competencias sobre dicha materia no habían sido transferidas de forma efectiva a la Comunidad Autónoma, resultando por ello competente el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo en cuestión, sin perjuicio de que, al tener el proceso un objeto en el que pueden verse involucrados los intereses legítimos de la Agencia Autonómica del Agua, ésta deba ser llamada al proceso en defensa de los mismos.

b) El Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo conoce del recurso relativo a sanciones impuestas por el Secretario General de Transportes confirmatoria en alzada de resolución del Director General de Aviación Civil

La **STS de 24 de marzo de 2011 (recurso núm. 102/2010)** resuelve la cuestión negativa de competencia, planteada entre un Juzgado Central y un TSJ en relación con una Resolución del Secretario General de Transportes confirmatoria en alzada de resolución del Director General de Aviación Civil por la que se imponía a la entidad recurrente sanciones de 3.000 euros por cada una de las ochenta infracciones cometidas. Estima que la competencia corresponde al Juzgado Central al proceder el acto originariamente impugnado de un órgano central de la Administración del Estado que impone sanciones inferiores cada una de ellas a 60.000 euros, si bien matiza que, aunque las sanciones se hayan impuesto en un solo acto administrativo nos encontramos ante un supuesto de acumulación de pretensiones, lo que determina que la cuantía a tener en cuenta a efectos de determinar la competencia ha de ser la correspondiente a cada una de las sanciones acumuladas.

c) El Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo conoce del recurso relativo a una resolución del Director General de Tráfico estimatoria del recurso de alzada interpuesto contra resolución sancionadora del Delegado de Gobierno

La **STS de 24 de marzo de 2011 (recurso núm. 109/2010)** resuelve la cuestión negativa de competencia planteada entre un Juzgado de lo Contencioso-administrativo y un Juzgado Central en relación con una resolución del Director General de Tráfico, en uso de facul-

tades delegadas por el Ministro del Interior, estimatoria del recurso de alzada interpuesto contra resolución sancionadora del Delegado de Gobierno, y decide que la competencia le corresponde al Juzgado Central al tratarse de una infracción sancionada por la Dirección General de Tráfico, actuando por delegación del Ministro, por lo que debe entenderse dictada por el órgano delegante, rectificando en vía de recurso la originaria, y porque, además, se trata de una sanción impuesta por un órgano central de la Administración General del Estado en materia de tráfico, circulación y seguridad vial.

B) Sujetos: legitimación

a) La situación de colindancia con el ámbito territorial del PAI evidencia una relación directa con el objeto del recurso

La **STS de 28 de abril de 2011 (recurso núm. 1463/2008)** revisa en casación una sentencia que declaró la inadmisión del recurso interpuesto por una empresa concesionaria de autopistas contra la aprobación de un PAI. La sociedad recurrente solicita que se incluyan como Sistema General adscrito, los terrenos de la autopista en el ámbito del PAI colindante que se impugna, y que se le conceda el aprovechamiento urbanístico que le corresponde.

El Tribunal Supremo considera que la legitimación activa deriva de la especial consideración que la ley otorga a las personas que ostentan una relación determinada con el objeto del litigio. En este caso, tiene interés legítimo quien ejercita la doble pretensión, de nulidad del plan y el reconocimiento de una situación individualizada. Concretamente, la situación de colindancia con el ámbito territorial del PAI demuestra, por sí sola, la existencia de una relación directa con el objeto del recurso. El Tribunal Supremo ordena retrotraer las actuaciones y admitir el recurso, pero sin pronunciarse sobre el fondo, debido a que se constata que no se emplazó a una de las partes interesadas (Administración General del Estado).

b) Las Comunidades de regantes se integran en la Administración corporativa, administraciones o corporaciones de derecho público integradas en las Confederaciones Hidrográficas, pero, al mismo tiempo, junto a las funciones públicas, presentan intereses netamente privados

La **STS de 1 de febrero de 2011 (recurso núm. 5670/2006)** resuelve un recurso de casación interpuesto contra una sentencia que inadmitió el recurso, por falta de legitimación activa de la Comunidad de regantes, contra un acto de la Confederación hidrográfica sobre derechos de aprovechamiento de aguas a otra Comunidad de regantes. La sentencia de instancia sostiene que no cabe interponer el recurso por un órgano (Comunidad de regantes) perteneciente a una misma Administración Pública (Confederación Hidrográfica).

El Tribunal Supremo resume la doctrina sobre la naturaleza de las Comunidades de regantes como Administración corporativa, administraciones o corporaciones de derecho público integradas en las Confederaciones Hidrográficas, pero, al mismo tiempo, destaca, también, junto a las funciones públicas, la existencia de intereses netamente privados. Se trata, por tanto, de una naturaleza mixta público-privada, que impide incardinarla en la actividad de una administración pública superior (Confederación). En el presente caso, los intereses de la Comunidad de Regantes que se intentan defender son estrictamente

privados, frente a otra Comunidad de Regantes, por lo que se debe conceder legitimación para recurrir. Tampoco puede negarse legitimación a los propietarios que recurren como personas físicas a título particular.

Este interés legítimo se halla tutelado por el artículo 24.1 de la Constitución que configura el derecho de acceso a la jurisdicción como un derecho público de naturaleza constitucional reconocido a «todas las personas» y, por tanto, sometido al principio de igualdad del artículo 14 del mismo Texto Fundamental, excluyente de distinciones entre ellas por razón de su carácter público o de ostentar la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativos. La jurisprudencia tiene reiteradamente declarado (Sentencia de 15 de diciembre de 1986, 9 de marzo de 1987, 15 de abril de 1988, 16 de febrero de 1990 y 19 de abril de 1993) en línea con el Tribunal Constitucional (Sentencias 160/1985, de 28 de noviembre, y 32/1991, de 14 de febrero) que los obstáculos que podrían surgir del citado precepto en relación con el artículo 39.1 de la misma Ley deben entenderse removidos por el artículo 24.1 en relación con la disposición derogatoria tercera, ambos de la Constitución.

La única salvedad que el alto Tribunal ha apreciado respecto de esta legitimación general de las Comunidades de Regantes es la relativa a la legitimación para interponer recurso de casación en interés de ley, que se ha negado en las SSTS de 21 de noviembre de 2003 (RC Interés de Ley 3434/2000) y de 25 de enero de 2005 (RC Interés de Ley 103/2002), si bien con la salvedad de que, ante la naturaleza mixta de estas Comunidades en función de que actúan fines de interés general o particular, la falta de legitimación únicamente opera cuando se defienden intereses privados y no cuando ejercitan potestades públicas. En particular, en esta última se declaró que teniendo las Comunidades de Usuarios el carácter de Corporaciones de Derecho Público, adscritas a los Organismos de Cuenca, según establecía el artículo 74.1 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, «tal consideración es mera consecuencia de su origen, que está en la ley, a diferencia de lo que acontece con las asociaciones y las sociedades en general, que nacen por un acuerdo de sus miembros. Tal consideración, sin embargo, se presenta como insuficiente para acudir legítimamente a este recurso, que por otro lado no está concebido en defensa de los intereses de los usuarios, que son claramente intereses privados. Por ello la mencionadas Comunidades de Usuarios están legitimadas para interponer el recurso de casación en interés de la Ley cuando lo que intentan rebatir es el correcto ejercicio de aquellas funciones públicas que les han sido atribuidas por el ordenamiento o delegadas expresamente por la Administración, para el buen orden del aprovechamiento del agua, lo cual no ocurre cuando lo que se discute afecta al cobro de las deudas de la Comunidad por gastos de conservación, limpieza y mejora, contempladas en el núm. 4 del artículo 75 de la Ley de Aguas , a pesar de que las mismas graven la finca o industria en cuyo favor se realizaron, y, de que la Comunidad de Usuarios pueda exigir su importe por la vía administrativa de apremio. Con independencia de la naturaleza de tales facultades, lo cierto es que con el ejercicio de las mismas lo que se protege es el patrimonio de la Comunidad de Usuarios, pero no el interés general del aprovechamiento del aguas para lo que fueron constituidas; esto es, la actuación de la Comunidad dirigida al cobro de las deudas de los usuarios, no afectan sino al ámbito estrictamente privado de administración de la Comunidad, sin implicar ejercicio de funciones administrativas conferidas por la Ley o delegadas por la Administración pública».

No obstante lo anterior, ésta es la primera vez que el Tribunal Supremo se enfrenta a un recurso de casación en que la Sala de instancia declaró la inadmisión del recurso contencioso administrativo interpuesto por una Comunidad de Regantes contra acto de una Confederación Hidrográfica con base en lo dispuesto en el artículo 20.c) de la Ley Jurisdiccional, en que la ratio decicendi de la sentencia para declarar la inadmisión del recurso se funda en la interpretación que se realiza por la Sala respecto de la naturaleza jurídica de las Comunidades de Regantes prevista en la Ley de Aguas, a las que considera Entidades de Derecho Público integradas en una misma entidad pública, esto es, la Confederación Hidrográfica (artículo 82.1 de la vigente Ley de Aguas, Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio), careciendo de legitimación la Comunidad de Regantes actora —según se expresa en la sentencia de instancia— en virtud de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 20 de la Ley Jurisdiccional para impugnar los actos del Organismo de Cuenca por tratarse de un órgano superior jerárquico perteneciente a la misma Administración.

El examen sobre la naturaleza jurídica de las Comunidades de Regantes deberá partir del artículo 82 de la vigente Ley de Aguas que, al regular la naturaleza y régimen jurídico de las comunidades de usuarios —género del que forma parte la clase de Comunidades de regantes, artículo 81.1—, indica que tienen el carácter de corporaciones de derecho público, adscritas al Organismo de Cuenca, que velará por el cumplimiento de sus estatutos u ordenanzas y por el buen orden del aprovechamiento, y que actuarán conforme a los procedimientos establecidos en la presente Ley, en sus reglamentos y en sus estatutos y ordenanzas, de acuerdo con lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, añadiendo el artículo 81 que los estatutos u ordenanzas, que redactarán y aprobarán los propios usuarios, y deberán ser sometidos, para su aprobación administrativa, al Organismo de Cuenca, regularán la organización de las comunidades de usuarios, así como la explotación en régimen de autonomía interna de los bienes hidráulicos inherentes al aprovechamiento.

Siendo la función pública primordial de las Comunidades de Regantes administrar y distribuir entre sus miembros los aprovechamientos colectivos de aguas públicas concedidas, en el ejercicio de tal función están investidas de una serie de potestades, de las que cabe destacar: 1) La potestad organizativa y normativa, por medio de tales Estatutos y Ordenanzas, teniendo en cuenta los contenidos organizativos mínimos relativos a la equidad para contribuir a los gastos, la garantía de los derechos políticos de sus miembros y el funcionamiento democrático de sus miembros (artículo 82.2); 2) La ejecutividad de sus actos, en los términos previstos en la Ley 30/1992 (artículo 84.5); 3) La utilización de la ejecución sustitutoria para actos que impongan a los usuarios una obligación de hacer de carácter no personalísimo (artículo 83.1); 4) La utilización de la vía de apremio para el cobro de sus deudas liquidas, devengadas con motivo de gastos de conservación, limpieza y mejoras y por la administración y distribución de las aguas, con motivo de ejecución subsidiaria o deudas provenientes de multas e indemnizaciones impuestas por los Tribunales o Jurados de Riego (artículo 83.1 y 4); 5) La potestad de dirimir las controversias de hecho que se susciten entre los usuarios, así como de imponer multas por las infracciones previstas en las Ordenanzas e indemnizaciones (artículo 84.6); y, 6) El carácter de beneficiarias de la expropiación forzosa y de la imposición de servidumbres (artículo 83.2).

Pues bien, las potestades indicadas justifican que la Ley de Aguas someta su ejercicio a la tutela por el Organismo de Cuenca, que la ejercerá por dos vías: 1) A través de la aprobación de sus Estatutos y Ordenanzas y sus modificaciones, con la salvedad de que no podrá denegar la aprobación de los estatutos y ordenanzas, ni introducir variantes en ellos, sin previo dictamen del Consejo de Estado (artículo 81.1); y, 2) A través del recurso de alzada contra Acuerdos de la Junta General y la Junta de Gobierno.

Su naturaleza de Corporación de Derecho Público también ha sido reseñada por el Tribunal Constitucional en su STC 227/1988, declarando en su Fundamento de Derecho 24 que «Las comunidades de usuarios que regula la Ley son, como se indica expresamente en el artículo 74.1 de la misma, Corporaciones de Derecho público, adscritas al Organismo de cuenca (o a la Administración hidráulica autonómica correspondiente, de acuerdo con la disposición adicional cuarta), por lo que el Estado es competente para regular las bases de su régimen jurídico. Tratándose de Corporaciones de Derecho público, como es el caso de las comunidades de usuarios de aguas públicas, cuya finalidad no es otra que la gestión autónoma de los bienes hidráulicos necesarios para los aprovechamientos colectivos de los mismos, en régimen de participación por los interesados».

Sin embargo, junto a esta función pública, en las Comunidades de Regantes no cabe desconocer la existencia de un interés netamente privado, de carácter profesional, que estuvo presente en sus orígenes históricos, como agrupaciones de agricultores para la autogestión y distribución del agua del riego de un modo eficaz, ordenado y equitativo, carácter que pervive en la actualidad, por más que la evolución histórica de estas agrupaciones se haya caracterizado por una tendencia a acentuar sus funciones públicas, aunque sin llegar a desnaturalizar o eliminar su carácter de agrupación privada para satisfacer los intereses de los comuneros. Por ello, caber concluir que las Comunidades de Regantes forman parte de la denominada Administración Corporativa, caracterizados por ser entes dotados de personalidad jurídica a los que la Ley les atribuye la gestión de fines públicos, lo que les convierte en Administraciones Públicas, pero que a la vez que satisfacen los intereses privados de sus miembros, siendo pues de naturaleza mixta pública-privada, al igual que otro tipo de entidades asociativas previstas en nuestro ordenamiento como son los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y las extinguidas Cámaras de la Propiedad Urbana.

c) Carece de legitimación el denunciante de posibles irregularidades merecedoras de sanción a los titulares de los órganos judiciales

La **STS de 29 de abril de 2011 (recurso núm. 279/2009)** aprecia falta de legitimación del denunciante en el recurso contencioso administrativo para recurrir el archivo de la queja por él presentada, según lo acordado por la Comisión Disciplinaria del CGPJ, por entender ésta que los hechos denunciados no eran susceptibles de responsabilidad disciplinaria, pues el recurrente no pretende en su escrito de demanda la realización de ninguna actividad de investigación adicional a las ya realizadas por parte del Consejo General del Poder Judicial, sino simplemente la imposición de una sanción a los titulares de los órganos denunciados, conclusión que aparece, asimismo, reforzada por la expresa petición del suplico de la demanda. El éxito de esa pretensión de la demanda no produciría, en principio, ningún efecto favorable en su esfera jurídica en el proceso ni tampoco en las actuaciones jurisdiccionales a las que se refiere la denuncia presentada ante el Consejo General del Po-

der Judicial, pues la eventual sanción que pudiera ser impuesta, por sí sola, no le originaría ventaja alguna ni le eliminaría ninguna carga o inconveniente.

d) Una Federación de Familias Numerosas ostenta legitimación para impugnar una Orden Ministerial de revisión de las tarifas eléctricas

En la **Sentencia de esta Sala de 13 de noviembre de 2007 (RC 8719/2004)** se dijo que el concepto de interés legítimo, base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 LJCA, que debe interpretarse a la luz del principio *pro actione* que tutela el artículo 24 de la Constitución (STC 45/2004, de 23 de marzo), equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta. Sabido es que el Tribunal Supremo reiteradamente ha declarado, según se refiere en las Sentencias de 7 de abril de 2005 (RC 5572/2002) con cita de las Sentencias de 29 de octubre de 1986, 18 de junio de 1997 y de 22 de noviembre de 2001 (RC 2134/1999), «que el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación *ad processum* y la legitimación *ad causam*». Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, lo que «es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos».

Pero distinta de la anterior es la legitimación *ad causam* que, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor o, como dice la sentencia antes citada, consiste en la legitimación propiamente dicha e «implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito»; añadiendo la doctrina científica que «esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo a discutir en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal». Y es, precisamente, el Tribunal Constitucional quien en el Fundamento Jurídico 5 de su Sentencia de 11 de noviembre de 1991, ha dicho que «la legitimación [se refiere a la legitimación *ad causam*], en puridad, no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso. Antes bien, es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto».

Pues bien, la **STS de 14 de febrero de 2011 (recurso núm. 111/2009)** reconoce la legitimación de la Federación de Familias Numerosas para impugnar una Orden Ministerial de revisión de las tarifas eléctricas, dada la relación entre las pretensiones ejercitadas en el recurso y los derechos e intereses colectivos cuya defensa asume según sus Estatutos.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 19.1.a) y b), en relación con el artículo 69.b) LJCA, aprecia la Sala del alto Tribunal la legitimación activa de la entidad recurrente, que asume, en virtud de sus Estatutos, la defensa de derechos e intereses colectivos que pueden resultar afectados por la Orden Ministerial por la que se revisan las tarifas eléctricas, en la medida en que existe un vínculo entre la Federación accionante y las pretensiones que delimitan el objeto del proceso contencioso- administrativo. Para llegar a esta conclusión

nos recuerda que la legitimación, que constituye un presupuesto inexcusable del proceso, según se deduce de la doctrina de la Sala [SSTS de 14 de octubre de 2003 (R 56/2000), de 7 de noviembre de 2005 (R 64/2003) y de 13 de diciembre de 2005 (R 120/2004)], así como de la jurisprudencia constitucional (STC 65/94), implica, en el proceso contencioso-administrativo, la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto (SSTC 105/1995, de 3 de julio, F 2; 122/1998, de 15 de junio, F 4 y 1/2000, de 17 de enero, F 4).

e) Las Autoridades Portuarias carecen de legitimación para impugnar una Orden Ministerial aprobatoria del deslinde de costas

La **STS de 6 de abril de 2011 (recurso núm. 1676/2007)** analiza un supuesto en el que una Autoridad Portuaria impugnó ante la Audiencia Nacional una Orden del Ministerio de Medio Ambiente aprobatoria del deslinde del dominio público marítimo terrestre de un tramo de costa.

La Sala de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo en la sentencia aquí impugnada que es confirmada en casación por el Tribunal Supremo tras considerar que la referida Autoridad Portuaria (Puerto de interés general del Estado), aunque ostenta personalidad jurídica propia y patrimonio independiente, es un órgano de la Administración del Estado, por lo que carece de legitimación para impugnar resoluciones de dicha Administración, como es la Orden Ministerial aprobatoria del deslinde de costas aquí recurrida. Además, en los puertos, cualquiera que sea su titularidad, el deslinde de dominio público marítimo terrestre se practicará por la Administración del Estado con sujeción a lo establecido en la Ley de Costas y su Reglamento, sea o no coincidente con la delimitación de la zona de servicio portuaria.

La naturaleza jurídica que tanto el Ente Público Puertos del Estado como las Autoridades Portuarias ostentan, por más que sean Entes o Entidades de derecho Público con personalidad jurídica y patrimonio propios independientes de los del Estado y con plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines y sujeción al ordenamiento jurídico privado, no es óbice a su carácter de Administración General del Estado cuando ejercen funciones propias del Poder Público, de manera que el artículo 25 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, dispone que las competencias de Puertos del Estado se ejercen bajo la dependencia y supervisión del Ministerio de Fomento, y, a su vez, el artículo 26, relativo a las funciones del Ente Público Puertos del Estado, establece el control que le compete sobre las Autoridades Portuarias, ostentando también la representación de la Administración del Estado en materia portuaria cuando no sea asumida por el Ministerio de Fomento. Tal régimen jurídico del Ente Público Puertos del Estado y el que seguidamente establecen los artículos 35 a 52 de la misma Ley para las Autoridades Portuarias lleva al Alto Tribunal a concluir que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 40.5.p) de la propia Ley 27/1992, de 24 de noviembre, acerca del ejercicio de acciones y recursos que corresponden a las Autoridades Portuarias en defensa de sus intereses ante las Administraciones Públicas y Tribunales de Justicia, no les confiere, sin embargo, acción para impugnar una Orden Ministerial de deslinde del dominio público marítimo terrestre, en la que la

Administración General del Estado ejerce una indiscutible potestad pública para determinar y proteger el demanio marítimo terrestre y especialmente la ribera del mar, conforme a lo establecido en los artículos 1 a 13 de la Ley de Costas y 1 a 18 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, cuyo artículo 18.3, en contra del parecer de la representación procesal de la Autoridad Portuaria recurrente, no vulnera el principio de jerarquía normativa sino que desarrolla estrictamente lo establecido por el artículo 4.11 de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, en plena armonía con lo dispuesto en el Título II (artículos 53 a 73) de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante 27/1992, de 24 de noviembre, sobre la gestión del dominio público portuario, que no cabe confundir con la potestad de deslinde del demanio marítimo terrestre como atribución propia y exclusiva de la Administración del Estado (artículo 132.2 de la Constitución y 11 de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio), razón por la que no es que, como admite la propia Autoridad Portuaria, se haya visto forzada a vulnerar el principio de lealtad institucional previsto en el artículo 4.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino que ha ejercitado una acción impugnatoria de una Orden Ministerial de aprobación de deslinde del dominio público marítimo terrestre para lo que carecía de legitimación, a pesar de lo cual se ha sustanciado el proceso en la instancia sin que se haya denunciado tal deficiencia impeditiva del ejercicio de dicha acción.

C) Objeto: los Colegios de Registradores de la Propiedad y los Colegios Notariales presentan una naturaleza jurídica distinta de la de otros Colegios Profesionales

La **STS de 11 de febrero de 2011 (recurso núm. 6228/2007)** afirma que los Colegios de Registradores de la Propiedad y los Colegios Notariales presentan una naturaleza jurídica distinta de la de otros Colegios Profesionales, derivada del carácter de funcionarios públicos del Estado que tienen los profesionales pertenecientes a los mismos.

El criterio que el Tribunal Supremo viene manteniendo sobre la naturaleza jurídica de los Colegios de Registradores de la Propiedad y los Colegios Notariales, así como del régimen de recursos de sus actos, por razón de la distinta dimensión que ofrecen respecto de otros Colegios profesionales, impuesta principalmente por el carácter de funcionarios públicos del Estado que tienen los profesionales pertenecientes a los mismos y por su integración en el sistema organizativo y jerarquizado de la función pública estatal, circunstancias que imponen que la finalidad principal de estos Colegios sea la colaboración en el desarrollo de la función pública que tienen atribuida sus colegiados antes que la defensa de sus intereses privados, criterio que impide, a su vez, la traslación automática de los criterios delimitadores que se recogen en la sentencia de instancia sobre la extensión y límites de esta Jurisdicción en relación con dichos Colegios Profesionales (por todas las sentencias de esta Sala de 11 de noviembre de 2008, dictadas en los recursos 76/2007 y 104/2007, en lo referido a la naturaleza jurídica de los Colegios Profesionales de Registradores de la Propiedad y Notariales).

D) Motivos: las causas de nulidad deben ser previamente denunciadas a través de los recursos administrativos

La **STS de 28 de abril de 2011 (recurso núm. 2309/2007)** analiza una sentencia que desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la inadmisión de la so-

licitud de revisión de oficio de la aprobación de un deslinde de montes. La sentencia de instancia considera que la Administración puede declarar la inadmisión de la solicitud porque el tiempo transcurrido desde el acto que se pretende revisar y los términos en que se plantea la pretendida nulidad del deslinde determinan el fracaso de la pretensión. El Tribunal Supremo confirma la sentencia y señala que la solicitud cita de manera genérica la ausencia total y absoluta del procedimiento, pero resulta que en ella se hace referencia expresa a numerosos trámites de deslinde, con lo que no existe el vicio denunciado, es decir, la solicitud de revisión de oficio no se diferencia de un recurso ordinario en el que se denuncian vicios de anulabilidad. El Tribunal Supremo reitera su doctrina y advierte que las causas de nulidad que se invocan debieron ser denunciadas a través de los recursos administrativos, pues la acción de nulidad no está concebida para canalizar cualquier infracción del ordenamiento, sino únicamente aquellas que constituyen supuestos de nulidad absoluta.

E) Procedimiento

a) Plazo

a') En caso del ejercicio de una acción de revisión entablada entre dos Administraciones, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo debe considerarse aplicando la LJCA

La **STS de 14 de febrero de 2011 (recurso núm. 61/2009)** resuelve un recurso de casación en interés de ley en el que la sentencia desestimó el recurso de apelación contra el auto del Juzgado que declaró inadmisible por extemporáneo el recurso interpuesto por la comunidad autónoma contra la denegación de la solicitud de revisión de una licencia.

El auto que declara la inadmisión del recurso deja claro que se ejercita una acción de revisión de oficio, no un requerimiento previo de la LRBRL y considera que en los litigios entre Administraciones, el plazo para recurrir será siempre de dos meses, no siendo aplicable el plazo de seis meses que prevé la Ley para los supuestos de actos presuntos, pues no puede olvidarse que la ley procesal contempla un plazo específico para los recursos entre administraciones, que excepcionan la regla general. El Tribunal Supremo cuestiona que sin haber formalizado un requerimiento previo, sino habiendo solicitado una revisión, se pueda luego aplicar el precepto que se refiere a los casos en que se hubiera ejercitado el requerimiento previo.

Así pues, no distinguiendo al referirse a los litigios entre Administraciones, y no habiendo Ley que establezca otro plazo para el cómputo de la interposición del recurso, el plazo se computa desde la desestimación presunta del requerimiento, siendo evidente en el caso analizado que la interposición del recurso contencioso-administrativo es extemporánea pues se han superado los plazos que señala el artículo 44 LJCA, en relación con el artículo 46.6 del mismo cuerpo legal. Podrá reprocharse que inadmitir el recurso conduce al absurdo de que la Administración hiciese un nuevo requerimiento y contra su desestimación expresa o presunta volviese a iniciar el proceso judicial, con la consiguiente quiebra del principio de eficacia que ha de presidir el funcionamiento de las Administraciones públicas. Sin embargo, como una manifestación del principio de seguridad jurídica consagrado en la parte dogmática de la Constitución española (artículo

9.3), conviene recordar que los plazos son una cuestión de orden público, directamente relacionada, cuya importancia está recogida a nivel legal en el artículo 47 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

b') El plazo de dos meses es exigible también para los recursos en los que se impugna un acto al que se imputa la nulidad de pleno derecho

En la **STS de 14 de abril de 2011 (recurso núm. 1092/2000)** se recurre en casación una sentencia que estima el recurso presentado por el Abogado del Estado frente a la aprobación definitiva de una modificación puntual del PGOU por parte de un Ayuntamiento. La sentencia de instancia consideró que el recurso, pese a estar presentado más allá del plazo de dos meses, debía admitirse porque se denuncia un vicio de nulidad absoluta o de pleno derecho, para el que no existe plazo de prescripción. El Tribunal Supremo, sin embargo, estima el recurso de casación y declara inadmisible el recurso de instancia por extemporáneo, pues, aun repasando la jurisprudencia contradictoria, es mayoritaria la que considera que el plazo de dos meses es exigible también para los recursos en los que se impugna un acto considerado nulo de pleno derecho.

La cuestión que nos plantea esta casación, como se infiere de lo expuesto hasta ahora, es si cuando se invoca una causa de nulidad plena del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 resulta de aplicación, o no, el plazo de interposición del recurso contencioso administrativo de dos meses previsto en el artículo 46.1 LJCA. Dicho de otro modo, qué relación guarda que la acción de nulidad prevista en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992 no esté sujeta a plazo para su ejercicio, al poder invocarse «en cualquier momento», con el plazo procesal de dos meses para demandar justicia ante esta Jurisdicción. Esta cuestión ha sido abundantemente tratada por la jurisprudencia y aunque inicialmente se dictaron sentencias que consideraban que la invocación y concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho impedía la aplicación del plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso administrativo, la jurisprudencia mayoritaria y más reciente apuesta decididamente por considerar que el plazo procesal de dos meses previsto en el artículo 46.1 de la LJCA resulta de aplicación incluso cuando se invoca una causa de nulidad plena. En este sentido, la dispensa de plazo afecta a la acción de nulidad en vía administrativa, *ex* artículo 102.1 de la Ley 30/1992, pero no a su impugnación ante esta jurisdicción del acto de aprobación cuya legalidad se cuestiona. Es más, cuando se deduce un recurso contencioso administrativo que se fundamente sobre la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, ya sea después de haber entablado una acción de nulidad en vía administrativa, o ya sea al presentar directamente un recurso ante esta jurisdicción, en ambos casos está sujeto al plazo de dos meses del artículo 46.1 de tanta cita, por elementales razones de seguridad jurídica.

Constituye un exponente de esa doctrina jurisprudencial minoritaria, ya superada, la Sentencia de 24 de octubre de 1994 (recurso de apelación núm. 5103/1991) cuando declara que «En este proceso se han impugnado los actos de aplicación concreta de unas normas por considerar que éstas son nulas de pleno derecho, lo que acarrearía la nulidad radical de los actos administrativos producidos a su amparo, si bien el recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto fuera del plazo legalmente establecido de dos meses, y, en consecuencia, de una aplicación estricta de la doctrina jurisprudencial expuesta, se derivaría la declaración de inadmisibilidad de dicho recurso sin examinar siquiera si concurre

la causa invocada de nulidad radical». Partiendo de tal supuesto de hecho se concluye que «acreditada, por las razones indicadas, la nulidad radical de los actos administrativos, a que se contrae el presente recurso contencioso-administrativo, por haberse declarado nulas de pleno derecho las normas que los amparaban, ni el principio de seguridad jurídica ni el discutible carácter revisor de esta Jurisdicción pueden constituir razón suficiente para atender la causa de inadmisibilidad, alegada por el Abogado del Estado, fundada en lo dispuesto por el artículo 82.f) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en relación con el artículo 58 de esta misma Ley, por extemporaneidad en la interposición del recurso, ya que ha de prevalecer, en este caso, el principio general de ineficacia insubsanable de los actos nulos de pleno derecho».

No obstante, como antes se adelantó, resulta mayoritaria la jurisprudencia que sujeta al plazo de dos meses la interposición del recurso jurisdiccional, aunque el mismo se funde sobre la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho. El citado presupuesto procesal temporal rige no sólo cuando se invoca ante la jurisdicción una causa de nulidad absoluta, sino también cuando se interpone una vez invocada la nulidad en vía administrativa, ex artículo 102.1 de la Ley 30/1992. En resumen, no pueden confundirse los diferentes plazos en atención a su propia naturaleza, de manera que la dispensa de plazo administrativo para el ejercicio de la acción de nulidad, no se trasmite al plazo procesal para accionar ante los órganos jurisdiccionales. El primer plazo, inspirado en razones de estricta justicia es proyección del tradicional principio en derecho privado de la imprescriptibilidad de las acciones declarativas de nulidad radical, ante la gravedad del vicio invocado. Sin embargo, el segundo es un presupuesto procesal que es preciso observar, por razones de seguridad jurídica, para tener por válidamente constituida la relación procesal.

c') La rehabilitación de plazos de la demanda es más conforme con el principio de tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24 CE

La **STS de 7 de abril de 2011 (recurso núm. 5772/2006)** analiza un supuesto en que, bajo la vigencia de la anterior LJCA de 1956, se presentó demanda en el día en que caducó el derecho a su interposición.

El artículo 121.1 de aquella Ley y el artículo 128 de la actual LJCA prevén, como norma general, la rehabilitación de los plazos procesales, pero no son coincidentes en cuanto al trámite de formalización de la demanda. En concreto, el artículo 67.2 de la LJCA de 1956 establecía una norma específica que parecía excluir el mecanismo de la rehabilitación de la demanda por razón de su especialidad, y el artículo 128.1 de la LJCA vigente prevé que se admitirá el escrito de demanda y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique el auto.

Para el Alto Tribunal procederá la admisión de la demanda por varios motivos: porque pudo aplicarse como criterio interpretativo la redacción de la nueva LJCA, ya que la Ley de 1956, como la actual, sólo excluía expresamente a los recursos; porque no era unánime la jurisprudencia que excluía la posibilidad de rehabilitación del trámite para formalizar demanda, siendo la rehabilitación más conforme con el principio de tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24 CE; y porque si la Ley de 1956 no había distinguido entre trámites a

los efectos de la rehabilitación, la duda debió resolverse siempre en el sentido más favorable al ejercicio de la acción y evitar que, por un requisito de forma, no se examinara el fondo.

Más concretamente, aun siendo aplicable con carácter general la Ley de 1956 por razón de la fecha de inicio del proceso (mayo de 1998), atendida la disposición transitoria segunda de la Ley 29/1998, pudo perfectamente aplicarse como criterio interpretativo del artículo 67.2 lo establecido en el nuevo artículo 52.2, teniendo en cuenta que aquel precepto ni incluía ni excluía expresamente la posibilidad de rehabilitación del plazo para formalizar demanda. Aun existiendo una corriente jurisprudencial que excluía la posibilidad de rehabilitación del trámite para formalizar demanda, lo cierto es que dicha jurisprudencia en modo alguno era unánime como pone de manifiesto la lectura de la STS de 5 de febrero de 1986 donde se considera la posibilidad de la rehabilitación de este trámite como más conforme con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Si la Ley de 1956 no había distinguido entre unos trámites y otros a los efectos de la rehabilitación la duda debió resolverse siempre en el sentido más favorable al ejercicio de la acción para evitar que, con formalismos no previstos en la Ley, se impida que el proceso cumpla con la finalidad que se espera de él, que no es otra que buscar la justicia del caso concreto. Finalmente, la Sala de instancia actuó injustificadamente contra sus propios actos ya que ella misma, en la providencia de 30 de enero de 2006, dictada seis meses después de la presentación de la demanda, la tuvo por formalizada, lo que sólo tiene sentido si previamente tuvo por rehabilitado el plazo concedido para la formalización, pues otra conclusión resultaría incompatible con el mandato de improrrogabilidad de los plazos procesales contenido tanto en el artículo 121.1 de la Ley de 1956 como en el artículo 128.1 de la Ley de 1998.

En definitiva, tanto si es aplicable la previsión contenida en el artículo 121.1 LJCA de 1956 por razón del momento del inicio del proceso vigente dicha Ley, como si es de aplicación el artículo 128 de la actual LJCA, el resultado debe ser el mismo pues en ambos preceptos se prevé la rehabilitación de los plazos procesales.

b) Publicidad de actuaciones judiciales: hay que distinguir entre la publicidad de las actuaciones procesales ya finalizadas y la de las que se encuentran en trámite

La **STS de 29 de abril de 2011 (recurso núm. 545/2008)** reitera la doctrina de la Sala en materia de publicidad de actuaciones judiciales que distingue entre la publicidad procesal en su vertiente de derecho a la información y el acceso a las actuaciones procesales ya finalizadas, incluidas las sentencias, integradas en libros, archivos o registros judiciales que requiere, por parte de quien la invoca y ejercita, la concurrencia de la condición de «interesado» y la publicidad de las actuaciones procesales que se encuentran en trámite o, lo que es igual, que no han finalizado y, por tanto, no se hallan incorporadas en un archivo o registro judicial, publicidad que se solicita en el curso de un proceso y por quien es parte procesal en él.

Se destaca la función de expedir testimonio de las actuaciones judiciales, y, por consiguiente, su simplificación, a través de la entrega de fotocopias, es una función que corresponde al Secretario Judicial o, en su caso, personal competente, que (en cuanto función de certificar) forma parte del ejercicio de la fe pública judicial. Finalmente, recuerda que no es susceptible de recurso gubernativo ante órganos no jurisdiccionales, como el Consejo General del Poder Judicial, que también es, sin duda, de carácter administrativo por ser

órgano de Gobierno de los Jueces y, evidentemente, no jurisdiccional, según lo que innumerables sentencias del TS han venido recogiendo sobre su incompetencia para resolver cuestiones jurisdiccionales.

c) Sentencia: adolece de falta de motivación la sentencia que se limita a reproducir, sin análisis alguno, los argumentos de la demanda

La **STS de 5 de abril de 2011 (recurso núm. 4965/2008)** considera indebidamente motivada una sentencia que se limita a reproducir los argumentos de la demanda prescindiendo del análisis de las excepciones opuestas por las demandadas, de la apreciación del material probatorio y de la consideración de las conclusiones de las partes. Para el alto Tribunal no se ha dado respuesta razonada a la controversia procesal ya que los Alegatos de una de las partes no pueden sustituir a los criterios que fundamentan la decisión judicial, que ha de surgir de la consideración y valoración de lo alegado por las diversas partes en el proceso. Ello obliga a anular la sentencia de instancia, retrotrayendo las actuaciones a fin de que la Sala *a quo* motive adecuadamente su decisión.

Para optar por esta solución la sala recuerda que, conforme reiterada jurisprudencia constitucional, el deber de motivación que se inserta en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) exige que la decisión judicial sea la expresión de un razonamiento fundado en Derecho, para lo cual ha de comprobarse que la resolución judicial exterioriza los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, siendo importante no olvidar que esta exigencia constitucional no puede entenderse cumplida con cualquier fundamentación, pues, ya que el artículo 24.1 CE garantiza la obtención de una resolución judicial fundada en Derecho, cuando la aplicación judicial de legalidad fuese arbitraria o manifiestamente irrazonable, o bien patentemente errónea, no estaríamos en tales supuestos, sino ante una mera apariencia de aplicación de la legalidad. Y, como se dijo en la STC 158/2002, de 16 de septiembre, fundamento jurídico sexto, si bien en puridad no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que, por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad deban tenerse por inexistentes, y no sean motivadas y razonadas aquellas que se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas. Igualmente trae a colación que la doctrina constitucional ha considerado aceptable desde las exigencias de motivación del artículo 24.1 CE la que tiene lugar por remisión o motivación *aliunde* (STC 171/2002, de 30 de septiembre, entre otras), así como —pese a las reservas que suscita— el que la respuesta judicial esté integrada por un modelo estereotipado, pues tal circunstancia «no implica necesariamente una falta o insuficiencia de motivación» (STC 8/2002, de 14 de enero), dado que lo relevante es que puedan conocerse las razones o criterios jurídicos que fundamentaron la decisión.

Con arreglo a estas pautas constitucionales anteriormente expuestas, es evidente que en la sentencia impugnada se advierte el déficit de motivación que se denuncia, ya que se limita a transcribir el escrito de demanda de dicha entidad entonces actora y, con dicha argumentación, concluye sobre la anulación del acto administrativo impugnado. Para justificar tal modo de proceder, se dice en la propia sentencia que se reproducen los razonamientos

de la demanda por ser «impecables y se bastan por sí solos para estimar el recurso», a lo que añade que el planteamiento de la demanda se trata de «un análisis que goza de gran solidez jurídica y conceptual, absolutamente convincente y adecuado como solución justa del caso... de ahí que baste para hacer propias la totalidad de las consideraciones plasmadas en la demanda para estimar la impugnación examinada». Pues bien, el alto Tribunal considera que la sola trascripción de los argumentos de la demanda, sin el correspondiente análisis jurídico de la contestación de las partes demandadas, de los elementos de prueba y de los argumentos expuestos en conclusiones no constituye, ciertamente, una motivación fundada en Derecho, pues se trata de la simple asunción acrítica de la posición de la parte que insta el proceso, desconociendo las alegaciones y elementos aportados por las contrapartes que, tras proporcionar los elementos jurídicos correspondientes en defensa de sus intereses, no conocen la causa del rechazo de sus razones esgrimidas para rebatir los razonamientos que sustentaban las pretensiones deducidas.

El pronunciamiento judicial emitido no puede considerarse una respuesta motivada a las cuestiones sometidas a su consideración, pues ni responde razonadamente a las mismas —tras la correspondiente confrontación de los argumentos de una y otra parte— ni es coherente con el debate jurídico desarrollado en el proceso, que se obvia e ignora completamente, al remitirse, sin más consideraciones, al escrito inicial de parte que se asume en su integridad. La sentencia elude el necesario examen de la controversia procesal, y prescinde del material fáctico y jurídico aportado por ambas demandadas en el litigio que no obtienen una contestación del órgano judicial a la concreta posición defendida en el proceso. En la medida que en la sentencia no se analiza la controversia suscitada ha de considerarse que ni formal ni materialmente cumple las exigencias constitucionales de motivación, en la medida que no incorpora criterios válidos que fundamenten la decisión estimatoria. No cabe aceptar la fundamentación jurídica de la sentencia que reproduce literalmente el texto de la demanda sin incorporar ninguna otra argumentación, pues las razones expuestas por una de las partes en sustento de su pretensión no pueden utilizarse para una motivación válida de la decisión judicial que cumpla la finalidad que le es propia. Los alegatos de la actora no pueden sustituir los criterios esenciales que fundamentan la decisión judicial, pues claro está, estos criterios sólo pueden adoptarse en atención y tras la valoración de lo manifestado por las partes en el desarrollo del proceso.

d) Extensión de efectos

a') La falta de impugnación de una nómina no impide cuestionar las posteriores

La **STS de 20 de abril de 2011 (recurso núm. 3299/2010)** desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra unos autos del TSJ que extendieron los efectos de una sentencia y reconocieron el derecho a percibir el complemento de productividad. El recurso no prospera, en lo que se interesa, porque concurre en el caso de la solicitante de la extensión de efectos la identidad necesaria con la situación de los recurrentes que obtuvieron sentencia a su favor, siendo que la falta de impugnación de una de las nóminas no impide cuestionar las posteriores según constante jurisprudencia que, por conocida, no es preciso citar. Esa circunstancia excluye la aplicación al caso de la excepción prevista en el artículo 110.5 de la Ley de la Jurisdicción.

b') La identidad de situación jurídica debe entenderse referida a la pretensión que se formula y a los hechos que la sustentan, con independencia de la situación procesal

La **STS de 18 de abril de 2011 (recurso núm. 4731/2010)** nos recuerda los requisitos que deben darse para proceder a la extensión de efectos de una sentencia: que los solicitantes no hayan reclamado o planteado su solicitud previamente en vía administrativa, porque si lo han hecho, se les ha denegado y no interponen recurso contencioso-administrativo supone la existencia de un acto consentido y firme en vía administrativa; si recurren en vía contenciosa-administrativa la denegación realizada por la Administración, el incidente de extensión de efectos debe inadmitirse o desestimarse por litispendencia; y si recurrida la denegación administrativa en vía contencioso-administrativa se hubiera dictado sentencia firme, el incidente de extensión de efectos debería desestimarse por existir cosa juzgada. Además, la identidad de situación jurídica debe entenderse referida a la pretensión que se formula y a los hechos que la sustentan con independencia de la situación procesal.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Admisión: situaciones en las que el recurso de casación contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia fundado esencialmente en la infracción del derecho autonómico resulta viable

La **STS de 5 de abril de 2011 (recurso núm. 4965/2008)** nos recuerda cómo en la STS (Pleno) de 30 de noviembre de 2007 (RC 7638/2002) afirmó que, de lo expuesto en los artículos 86.4 y 89.2 LJCA se desprende que las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo son recurribles en casación cuando el recurso pretende fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubiesen sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Luego, a sensu contrario, cuando el recurso se funde en infracción de normas de Derecho autonómico, la sentencia no será susceptible de recurso de casación.

Ambos preceptos tienen inmediato antecedente en los artículos 93.4 y 96.2 LJCA de 1956, modificada por Ley 10/1992, de 30 de abril, que, a su vez, venían precedidos por lo que, antes de la introducción del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, disponía, respecto de los recursos de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el artículo 58 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial. De estos preceptos, interpretados en conexión con lo establecido en los artículos 152.1 párrafo segundo y tercero de la CE y 70 de la LOPJ, se desprende el propósito legislativo de encomendar, en el orden contencioso-administrativo, a las Salas correspondientes de los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas CCAA, la determinación de la interpretación última del derecho de procedencia autonómica. En coherencia con tal planteamiento, los artículos 99.1 y 101.2 de la LJCA atribuyen el conocimiento de los recursos de casación para unificación de doctrina fundados en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma y del recurso de casación en interés de la Ley en que se enjuicie la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas de

las CCAA que hayan sido determinantes del fallo recurrido, a órganos jurisdiccionales que no son la Sala Tercera del Tribunal Supremo sino las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia constituidas con la composición prevista, respectivamente, en los artículos 99.3 y 101.3 LJCA.

Pues bien, interpretando la doctrina transcrita [reproducida después por otras sentencias de esta Sala, como las de 30 de enero de 2008 (casación 6555/04); 4 de marzo de 2009 (casación 117/07); 9 de marzo de 2009 (casación 5254/06); y 3 de julio de 2009 (casación 1589/06)], en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 3 de mayo de 2010 (RC 576/2005) hemos distinguido dos situaciones en las que el recurso de casación contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia fundado esencialmente en la infracción del derecho autonómico resulta viable.

En primer lugar, cuando el derecho autonómico reproduzca derecho estatal de carácter básico. Así se desprende del fundamento jurídico segundo del Auto de 8 de julio de 2004 (recurso de queja 15/04), en el que se señala: «En el presente caso, el recurso de queja debe ser estimado pues, aunque esta Sala ha declarado (Sentencias de 10 de febrero y 27 de junio de 2001, entre otras) que el ejercicio por una Comunidad Autónoma de sus potestades legislativas en materias sobre las que le han sido transferidas las correspondientes competencias determina que el derecho resultante haya de imputarse a esa Comunidad, sin que pierda su naturaleza de Derecho autonómico porque el contenido material de algún precepto coincida con el Derecho estatal, con la consecuencia de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 86.4 LJ, no quepa invocar ese derecho en un motivo de casación, sin embargo, como también se señala en la Sentencia de esta Sala de 19 de julio de 2002, la solución no puede ser la misma cuando el contenido del Derecho autonómico coincide con el del Derecho estatal, pero éste tiene naturaleza de legislación básica, como sucede con el artículo 251.1 del Decreto legislativo de Cataluña 1/1990 que corresponde al artículo 245.1 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 (LS/92) y al artículo 181 LS/76. En estos casos, la asunción por una Comunidad Autónoma como propio del derecho estatal no priva a éste de su naturaleza de legislación básica que puede ser invocada en un recurso de casación». El mismo pronunciamiento se reitera en el Auto de 22 de marzo de 2007 (casación 2215/06, FJ 4). La tesis expuesta no es incompatible con la contenida en la Sentencia de 5 de febrero de 2007 (casación 6336/01) que, en su fundamento de derecho quinto, dice que «no resulta aceptable que mediante una determinada interpretación de una norma autonómica que no es, desde luego, la única posible, se llegue a una conclusión que resulta incompatible con el contenido de una norma estatal de carácter básico» [pronunciamiento que se reitera en la Sentencia de 22 de enero de 2008 (casación 10391/03), FJ 6].

En segundo lugar, cabe recurso de casación contra una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia fundada en derecho autonómico cuando se invoque la vulneración de la jurisprudencia recaída sobre un precepto de derecho estatal, aunque no tenga carácter básico, cuyo contenido sea idéntico al del derecho autonómico, puesto que el valor de complementar el ordenamiento jurídico que el artículo 1.6 del Código Civil otorga a la jurisprudencia no desaparece por la existencia del derecho autonómico; luego, si las normas autonómicas transcriben normas estatales, la vulneración de la jurisprudencia recaída sobre estas últimas también podrá ser invocada como motivo de casación. Así lo pone de

manifiesto la Sentencia de 24 de mayo de 2004 (casación 5487/01), FJ 2, al señalar: «... la Sala de instancia aplica un precepto de Derecho Autonómico de idéntico contenido a otro de Derecho Estatal y la parte recurrente alega que la sentencia recurrida ha infringido doctrina legal existente en interpretación de este último. Dicha doctrina no desaparece por la existencia del Derecho Autonómico ni pierde su valor de complementar el ordenamiento jurídico que le otorga el artículo 1.1 del Código Civil, por lo que ha de ser tenida en cuenta como criterio de interpretación de las normas de Derecho Autonómico que se hayan limitado a transcribir, como con frecuencia sucede, otras normas preexistentes de Derecho Estatal, y su infracción puede ser invocada en un motivo de casación». En términos semejantes, la Sentencia de 31 de mayo de 2005 (rec. cas. núm. 3924/2002), FD quinto, afirma: «si el contenido de un precepto de derecho autonómico es idéntico al de un precepto de derecho estatal, puede invocarse como motivo de casación la infracción de la jurisprudencia recaída en interpretación de este último, pues tal jurisprudencia sigue desplegando el valor o la función de complementar el ordenamiento jurídico que le atribuye el artículo 1.6 del Código Civil y debe, por ende, ser tenida en cuenta como criterio de interpretación de las normas autonómicas que se hayan limitado a recibir en su seno otras preexistentes estatales».

B) Motivos

a) No es posible un nuevo examen ilimitado de la valoración de la prueba y de la calificación jurídica realizada por el Tribunal de instancia, salvo que se haya incurrido en arbitrariedad

La **STS de 1 de abril de 2011 (recurso núm. 5259/2006)** reitera la doctrina que establece que la naturaleza del recurso de casación obliga a la observancia de los requisitos formales que la Ley establece para su viabilidad, requisitos que no constituyen un prurito de rigor formal sino una clara exigencia del carácter de recurso extraordinario que aquél ostenta, solo viable, en consecuencia, por motivos tasados, y cuya finalidad no es otra que la de depurar la aplicación del derecho, tanto en el aspecto sustantivo como procesal, que haya realizado la sentencia de instancia, contribuyendo con ello a la satisfacción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación del ordenamiento mediante la doctrina que, de modo reiterado, establezca este Tribunal al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho, artículo 1.6 del Código Civil. No es, por consiguiente, un recurso ordinario, como el de apelación, que permite un nuevo total examen del tema controvertido desde los puntos de vista fáctico y jurídico, sino un recurso que solo indirectamente, a través del control de la aplicación del derecho que haya realizado el Tribunal *a quo*, resuelve el concreto caso controvertido. No puede ser, pues, suficiente el vencimiento para abrir la entrada a un recurso de casación como sucede en el ámbito de otros medios de impugnación de resoluciones judiciales, en concreto en la apelación.

Se concluye así que en el recurso de casación no cabe el examen de nuevo, sin limitación alguna, como si de una segunda instancia se tratara, de la valoración de la prueba y la calificación jurídica derivada de los hechos que consideró probados el Tribunal de instancia, las cuales son intangibles para este Tribunal, salvo en los supuestos en que se

hubieran realizado de modo arbitrario. En casación se trata de revisar una sentencia, bien por lo que ha dicho, bien por lo que no ha dicho estando obligada a decirlo, pero a través de los motivos previstos para cada caso.

b) No es posible la formulación de dos o más motivos simultáneamente

El recurso de casación presenta una naturaleza extraordinaria que tiene por finalidad depurar la aplicación del Derecho, tanto sustantivo como procesal, que haya realizado la resolución impugnada, haciendo efectivos los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico mediante la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley.

La **STS de 11 de febrero de 2011 (recurso núm. 6228/2007)** declara, en aplicación de la anterior doctrina, no haber lugar al recurso de casación interpuesto, ya que la exigencia de unos requisitos formales, entre los que figura el de dar cauce a las infracciones del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia por alguno de los motivos recogidos en el artículo 88.1 LRJCA, impide que sea posible la formulación de dos o más motivos simultáneamente, que es precisamente lo ocurrido en este caso, pues al ser el fundamento de cada uno de ellos diferente tal forma de proceder se apartaría de la exigencia legalmente impuesta (*ex* artículo 92.1 LJCA) de expresar razonadamente el motivo o motivos en que venga amparado el recurso, razonabilidad que obliga *prima facie* a respetar las exigencias formales que la ley establece para hacer valer los distintos motivos de impugnación, pues en otro caso difícilmente podría hacerse efectiva la tarea unificadora que tiene encomendada la jurisprudencia al expresar los criterios interpretativos de la Ley (*ius constitutionis*).

Como quiera que el recurrente trata de dar cauce a la infracción de los artículos 5 y 69.a) de la Ley de la Jurisdicción simultáneamente por el apartado a) del artículo 88.1 —abuso, exceso o defecto de jurisdicción— y por el apartado d) —infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la Jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate—, e, implícitamente, también a través del apartado c) —infracción de las normas reguladoras de la sentencia— al invocar en su desarrollo la incongruencia omisiva, está vulnerando las exigencias de formalidad y rigor propias del recurso de casación, lo que hace inviable que pueda prosperar este motivo.

Sirva de ejemplo a lo dicho la invocación simultánea de defecto de jurisdicción [artículo 88.1.a)] e incongruencia [artículo 88.1.c)] en un único motivo casacional, cuando según reiterada jurisprudencia una cosa es la falta de pronunciamiento sobre alguna de las cuestiones planteadas por las partes [vicio de incongruencia, incardinable en la letra c)] y otra la negativa a conocer y resolver sobre un asunto del propio orden jurisdiccional [defecto de jurisdicción, incardinable en la letra a) del artículo 88.1]. Dicho en otros términos, el defecto de jurisdicción sólo puede entenderse que existe en aquellos supuestos en que la sentencia demuestre que el Tribunal al decidir se había negado a ejercer la jurisdicción dentro del marco que delimita su ámbito de conocimiento jurisdiccional, en tanto que la incongruencia existe cuando, habiendo conocido del asunto litigioso el Tribunal, se produce un desencuentro entre lo planteado por las partes y lo resuelto por la sentencia. En este sentido, Sentencias de 11 de octubre de 2004 (rec. 757/1999) y de 22 de marzo de 2005 (rec. 2921/2002).

3. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY

A) Inadmisión: debe admitirse el recurso cuando no se formule con claridad y precisión la doctrina legal que se propugna, ni se persiga la correcta interpretación de normas emanadas del Estado que hayan sido determinantes del fallo recurrido

La **STS de 14 de febrero de 2011 (recurso núm. 61/2009)** nos recuerda que el recurso extraordinario de casación en interés de la Ley que se regula en el artículo 100 LJCA está dirigido exclusivamente a fijar doctrina legal —de ahí que no pueda afectar a la situación particular derivada de la sentencia recurrida— cuando quien está legitimado para su interposición estime gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada. Pueden verse en este sentido las Sentencias de 14 de julio de 2008 (casación en interés de ley núm. 31/2005), 22 de septiembre de 2008 (casación en interés de ley núm. 69/2005), así como las de la Sección 2.ª de 22 de enero de 2005 (casación en interés de ley núm. 19/2003) y las que en ella se citan de 22 de enero, 12 de febrero, 10, 12 y 27 de diciembre de 1997, 28 de abril y 23 de junio de 2003, entre otras.

Se trata, por tanto, de un remedio excepcional y subsidiario, sólo viable cuando la sentencia impugnada tenga carácter de firme por no caber contra ella recurso de casación ordinario ni para unificación de doctrina, y cuya única finalidad es la corrección de la doctrina errónea contenida en la sentencia recurrida mediante la formación de una «doctrina legal» que para el futuro evite que se incida en el error jurídico corregido. Siendo ello así, además de la observancia de los requisitos formales y procesales exigidos en el artículo 100.1 y 3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción —legitimación e interposición dentro de plazo acompañada de la certificación de la sentencia que se impugna—, el recurso de casación en interés de la Ley requiere ineludiblemente que la doctrina sentada por la sentencia de instancia sea gravemente dañosa para el interés general, en cuanto interpreta o aplica incorrectamente la normativa legal de carácter estatal, y que se proponga con la necesaria claridad y exactitud la doctrina legal que se postule —sentencias de la Sección 7.ª de esta Sala de 12 de febrero y 28 de mayo de 2007 (recursos de casación en interés de ley 1/2005 y 10/2006)—.

En fin, como se declara en Sentencia de la misma Sección 7.ª de 8 de junio de 2005 (casación en interés de ley núm. 21/2004), y luego se reitera en Sentencia de 21 de diciembre de 2006 (casación en interés de ley 8/2005): «a través del recurso de casación en interés de la ley no se revisa la sentencia del Tribunal *a quo* sustituyéndola por otro pronunciamiento más ajustado a derecho, incidiendo sobre la situación jurídica debatida, lo que se hace es delimitar para el futuro la correcta interpretación de normas jurídicas, cuando esa interpretación ha sido erróneamente realizada y de ella se derivan o pueden derivar daños para el interés general».

Pues bien, trasladando al caso que analizamos, se concluye que el recurso debe ser inadmitido al no concurrir los requisitos exigidos para su viabilidad. Y ello porque en el escrito de la Administración recurrente no se formula con claridad y precisión la doctrina legal que se propugna; y tampoco cabe afirmar que con ella se persiga la correcta interpretación de normas emanadas del Estado que hayan sido determinantes del fallo recurrido, que es la finalidad que se asigna a este recurso en el artículo 100.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, sino que lo que se pretende es la fijación como doctrina de una serie de

consideraciones o propuestas de solución a diversos aspectos de la controversia entablada. Así, más que la fijación de una determinada doctrina o interpretación de preceptos legales, lo que en realidad se pretende es que se dé a las diversas cuestiones debatidas una respuesta o solución distinta a la contenida en la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia.

4. RECURSO DE REVISIÓN

A) Doctrina sobre la recuperación de documentos decisivos

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 ella. 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.

La doctrina jurisprudencial ha fijado como requisitos determinantes de la viabilidad del motivo de revisión invocado (dentro del marco y alcance interpretativo restrictivo del recurso de tal naturaleza y nunca susceptible de conformar una tercera instancia o de querer ser un modo subrepticio de reiniciar y reiterar el debate ya finiquitado mediante una sentencia firme) los siguientes: 1.º) 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; 2.º) que tal documento «sea anterior» a la data 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 3.º) 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 tendría distinto sentido—.

Con base en ello, la STS de 28 de abril de 2011 (recurso núm. 32/2009) expone la doctrina acerca de la recuperación de documentos decisivos. En este caso, el recurrente ya conocía el documento aportado en el recurso de revisión antes de que se dictara la sentencia de apelación objeto del presente recurso, y si lo estimaba trascendente o decisivo para el adecuado enjuiciamiento del mencionado recurso de apelación lo debió aportar entonces. No ha existido, pues, según la Sala, «recuperación» del aludido documento con posterioridad a la sentencia impugnada en este recurso de revisión, pues hasta el momento mismo de dictarse dicha sentencia no había precluido la posibilidad de aportarlo al proceso en la segunda instancia. Además, el documento, formalmente, no tiene incidencia para la debida resolución del expediente de expulsión, que desembocó en la vía jurisdiccional, en cuyo marco se dictó la sentencia cuya revisión impropiamente se postula.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Revista de Derecho Administrativo
Justicia Administrativa

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)

La Administración instrumental en el proceso
BOTO ALEJANDRA, A.
Reus, Madrid, 2011

EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN

[Profesora titular de derecho administrativo. Universidad de Oviedo]

Con la llegada del otoño, la editorial Reus ha publicado en su colección de Derecho Administrativo, adaptada y actualizada, la que fuera la memoria de Tesis Doctoral de Alejandra BOTO ÁLVAREZ, leída y defendida en su modalidad de Doctorado Europeo en enero de 2010 en la Universidad de Oviedo. Se trata de una monografía que analiza y estudia una dimensión particular de la llamada Administración instrumental: categoría clásica y original de la Administración pública española. En concreto, se expone una visión de conjunto sobre el papel de los entes instrumentales en el litigio.

El primer escollo con el que topa la autora es la carencia de una definición subjetiva adecuada de la categoría misma que constituye la Administración instrumental. De ahí que comience su estudio con una primera parte de delimitación conceptual y sólo una vez que el sujeto queda acotado se adentra en la investigación de su comportamiento procesal.

Por ello, esta obra está estructurada en dos partes diferenciadas. En la primera se analizan los orígenes históricos de la Administración instrumental española y su contraste con algunos ejemplos de Derecho comparado, no en vano existe en la actualidad un movimiento de transformación de la Administración pública, de corte estructural, institucional y procedimental, ligado a las teorías del *New Public Management*, que la autora explora con acierto en su análisis del fenómeno instrumental en países tan dispares como Italia y Canadá. A partir de esta reconstrucción se afronta después el reto de proponer un nuevo concepto de la Administración instrumental, se analiza la tipología de entes a él reconducibles y se proponen varias sugerencias de *lege ferenda* en base a la problemática observada y a la constatación de las técnicas utilizadas en otros sistemas.

La segunda parte del trabajo se adentra en el estudio de las especificidades que rodean a la Administración instrumental como parte procesal. La exposición se articula en torno a los tres grandes pilares de la disciplina procesal subjetiva: legitimación, postulación y posición procesal, sin perder la útil referencia del Derecho comparado. Comienza, así, estudiando la problemática del acceso a la jurisdicción por parte de los entes instrumentales, centrándose, fundamentalmente, en la definición de sus intereses y medios procesales, así como en su aptitud para interponer la acción. Se analiza la legitimación de las entidades instrumentales y su capacidad procesal tanto ante la jurisdicción ordinaria como ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y se presta especial atención a los procesos interadministrativos. La autora constata que, por mucho que se haya querido desligar, la posición pública procesal de un ente está mediatizada por la figura de su defensor, y ello no sólo en España. Por eso, antes de estudiar cuál es la concreta posición procesal de los entes instrumentales en el litigio, y de qué privilegios de la Administración participan, se detiene en las particularidades de su régimen de asistencia jurídica y en el rol de los Abogados del Estado en nuestro sistema, de la italiana *Avvocatura dello Stato* y de los *Juristes de l'État* en Quebec. Finalmente, se afronta el análisis de las diferentes dimensiones en que los entes instrumentales participan de los privilegios procesales de la Administración, con especial referencia a instituciones tan tradicionales como controvertidas: la reclamación administrativa previa a la vía judicial, el fuero territorial, el régimen especial de costas o la exención de depósitos y cauciones.

Con un sólido apoyo doctrinal y jurisprudencial, nacional y comparado, esta obra constituye una fundada reflexión crítica sobre un fenómeno que por naturaleza resulta movedizo y confuso, como acertadamente señala el prologuista y Director del estudio doctoral, el catedrático Tolivar Alas.

Urbanismo y contratación pública
GÓMEZ MANRESA, M.ª Fuensanta
(Prólogo de Martín Bassols Coma)
Aranzadi, Cizur Menor, 2010

EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN
[Profesora titular de derecho administrativo. Universidad de Oviedo]

La monografía *Urbanismo y contratación pública* constituye una obra pionera que realiza un estudio riguroso del régimen jurídico contractual aplicable a la obra pública ordinaria y a las distintas fases vinculadas a la gestión del planeamiento urbanístico, ya sean preparatorias o propiamente ejecutoras. De este modo, son objeto de análisis tanto la legislación urbanística como las disposiciones comunes a las distintas categorías contractuales y las específicas de los contratos típicos de obras, de servicios y de colaboración entre el sector público y el privado. Asimismo, se abordan los convenios urbanísticos, y determinados supuestos presentes en el urbanismo ajenos al contrato, a los efectos de su deslinde de las distintas figuras contractuales. En definitiva, esta obra examina en profundidad la Ley de Contratos del Sector Público, su normativa de desarrollo y la legislación de urbanismo, con determinación expresa de la calificación jurídica que ha de darse a la actividad urbanística que se realiza. Finalmente, se ha de resaltar el hecho de que se haya dedicado un capítulo específico a la utilización de los medios electrónicos, telemáticos e informáticos en los sectores contractual y urbanístico.

Curso de Derecho Administrativo
MORAND-DEVILLER, Jacqueline
(traducción a la 10.ª edición por Zoraida Rincón Ardila y Juan C. Peláez Gutiérrez)
Universidad Externado de Colombia,
2010, 962 páginas

JESÚS DEL OLMO ALONSO
[Universidad de Alcalá]

A través de su autora, la Profesora Emérita de la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne) Jacqueline MORAND-DEVILLER, he tenido conocimiento de la traducción al castellano de su *Curso de Derecho Administrativo*, obra a la que considero no se le ha dado hasta ahora la necesaria publicidad en nuestro país.

Se trata de una obra fundamentalmente dirigida a estudiantes y opositores, aunque también es útil para investigadores y profesionales del Derecho Público. Cada capítulo teórico, donde los conceptos fundamentales vienen explicados con gran claridad, se acompaña de unos «temas de reflexión» y de «comentarios de fallos», apartados prácticos que ayudan a adquirir con rigor los conocimientos. Cuenta además con resúmenes y esquemas que facilitan su comprensión.

Las materias abordadas, por este orden, son: la Jurisdicción Administrativa (evolución histórica, organización y funcionamiento), la Administración Central, la Administración Local, el principio de legalidad (fuentes y control de la discrecionalidad), los actos administrativos unilaterales (actos y reglamentos), los contratos de la Administración, el servicio público (noción, clasificación y empresas públicas), la policía administrativa (noción de orden público, autoridades competentes y límites), las intervenciones del Juez ordinario en el control de la acción de la Administración (actos de Gobierno, actividad administrativa sometida a su conocimiento, interpretación y apreciación de la legalidad de los actos administrativos y el Tribunal de Conflictos), el contencioso-administrativo (procedimiento, tipos de recursos y el recurso por exceso de poder —acción de nulidad—) y la responsabilidad de la Administración. Se añade al final un útil glosario de términos, un índice alfabético de materias y un índice de decisiones jurisdiccionales.

En el momento de redactar esta breve nota acabo de recibir la 12.ª edición de la versión francesa de este Manual que ha sido convenientemente actualizada y cuya referencia bibliográfica cito a continuación:

Droit Administratif (cours, thèmes de réflexion et commentaires d'arrêts avec corrigés)

MORAND-DEVILLER, Jacqueline
Montchrestien, Lextenso éditions, 12.ª edición
París, 2011, 774 páginas

Nos encontramos ante una obra completa y trabajada que resulta imprescindible para el buen conocimiento de las bases del Derecho Administrativo en Francia y que viene avalada por el prestigio de su autora.

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 recensiones 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 con 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, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenece.

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.