

DIRECTOR: MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá de Henares

Nº 53

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

© Lex Nova 2011

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 todas las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos que el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) distribuye a las empresas reutilizadoras de información pública. Esta nota se incluye en cumplimiento de las condiciones generales de reutilización establecidas por el artículo 3.6 del Reglamento 3/2010, sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales.

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 de Henares

SECRETARÍA TÉCNICA

MARGARITA BELADIEZ ROJO

Universidad Complutense de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva

ANTONIO EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid

JAVIER GARCÍA ROCA

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

Magistrado del Tribunal Constitucional

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha

MANUEL REBOLLO PUIG

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

JOAQUÍN TORNOS MAS

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO (de los artículos enviados)

ESTANISLAO ARANA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

LUIS ARROYO

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

XABIER AROZ

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

RAFAEL BUSTOS

Profesor Titular de Derecho Público. Universidad de Salamanca

MIGUEL CASINO

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid

FEDERICO CASTILLO BLANCO

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

EDORTA COBREROS

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

ELOY COLOM PIAZUELO

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

ALFREDO GALÁN

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

ROBERTO GALÁN VIOQUE

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

AGUSTÍN GARCÍA URETA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

FELIPE IGLESIAS

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

IÑAKI LASAGABASTER

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

ORIOI MIR

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

ENCARNACIÓN MONTOYA

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

OCTAVIO SALAZAR

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Córdoba

BEATRIZ SETUAIN

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

ÍNDICE GENERAL

Página

ARTÍCULOS DOCTRINALES

PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO FRENTE A LA DEMOLICIÓN DEL EDIFICIO ILEGAL.

Celia Martínez Escribano 7

LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y OTRAS FORMAS DE DIÁLOGO CON EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. LA SINGULAR PARTICIPACIÓN DE LOS JUECES ESPAÑOLES.

Antonio Bueno Armijo y Nuria Magaldi Mendaña 41

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. 75

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. 99

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. 105

IV. FUENTES DEL DERECHO

Menéndez Rexach, A. (coord.); De Marcos Fernández, A.; Díez Sastre, S. 127

V. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y PROCEDIMIENTO 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. 141

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA	
<i>Sánchez Morón, M. (coord.); Del Olmo Alonso, J.; Rodríguez Ayala, V.; Casino Rubio, M.</i>	159
VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	
<i>Rebollo Puig, M. (coord.); Alarcón Sotomayor, L.; Bueno Armijo, A.; Rodríguez Portugés, M.A.</i>	173
VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA	
<i>López Menudo, F. (coord.); Carrillo Donaire, J.A.; Guichot Reina, E.</i>	199
IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	
<i>López Menudo, F. (coord.); Guichot Reina, E.; Carrillo Donaire, J.A.</i>	209
X. FUNCIÓN PÚBLICA	
<i>Sánchez Morón, M. (coord.); Marina Jalvo, B.; Cantero Martínez, J.; Desdentado Daroca, E.</i>	217
XI. URBANISMO	
<i>Ortega Álvarez, L. (coord.); Alonso García, C.; Delgado Piqueras, F.; Serrano Lozano, R.; Villanueva Cuevas, A.</i>	231
XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL	
<i>Embid Irujo, A. (coord.); Colom Piazuelo, E.; Jiménez Compaired, I.; Setuain Mendiá, B.; Valcárcel, P.</i>	243
XIII. MEDIO AMBIENTE	
<i>Embid Irujo, A. (coord.); Domper Ferrando, J.; Embid Tello, A.E.; Jiménez Compaired, I.; Salinas Alcega, S.; Setuain Mendiá, B.; Valcárcel, P.</i>	273
XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO	
<i>Tornos Mas, J. (coord.); Mollevi i Bortolo, J.; Gracia Retortillo, R.; Vilalta Reixach, M. ..</i>	299
XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD	
<i>Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (coord.); Cobreros, E.</i>	307
XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES	
<i>Fernández Farreres, G. (coord.); Alcantarilla Hidalgo, F.J.</i>	317

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS

<i>Menéndez Sebastián, E.M. (coord.)</i>	339
---	-----

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

ARTÍCULOS DOCTRINALES

PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO FRENTE A LA DEMOLICIÓN DEL EDIFICIO ILEGAL

CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid*

RESUMEN

Protección del tercero hipotecario frente a la demolición del edificio ilegal

Resumen: La concesión de licencias ilegales para la construcción de edificios origina problemas de gran calado que exceden del ámbito puramente urbanístico y alcanzan al ámbito civil. Los propietarios de los edificios tienen que soportar en muchos casos la demolición como medida necesaria para el restablecimiento de la legalidad urbanística, pero ello supone al mismo tiempo un atentado contra su derecho de propiedad. La situación resulta especialmente llamativa desde el punto de vista civil cuando el propietario es un adquirente de buena fe que ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad confiando en la publicidad registral, que alcanza incluso a la propia licencia. La postura del Derecho urbanístico en estos casos choca frontalmente con los planteamientos del Derecho civil y muy en particular del Derecho registral, y se hace preciso buscar alguna vía de conciliación de ambas posturas, hoy en día manifiestamente contradictorias.

De acuerdo con estas ideas, el propósito de este trabajo es ahondar en la problemática reseñada y tratar de ofrecer una visión de la materia que contribuya a acercar dos posiciones jurídicas que recaen sobre una misma realidad.

Palabras clave: Construcción de edificios. Licencias. Demolición. Legalidad urbanística. Derechos de propiedad.

ABSTRACT

Protection of the third party mortgage holder vs. the demolition of the illegal building

The awarding of illegal licenses for the construction of buildings brings about some problems of great significance that go beyond the mere land planning sphere and reach the civil field. The owners of the buildings have to bear the demolition in many cases as a necessary measure for the reestablishment of the land planning legality, but at the same time it means an attack against their property rights. From a civil point of view, the situation is specially striking when the owner is a fair dealing acquirer who has registered his right in the Property Registry trusting the commercial register that even reaches the license itself. In these cases, the stance of land planning law comes up totally against the positions of civil law and particularly with the Registry law, and it becomes necessary to look for some road of reconciliation of both positions, nowadays professedly contradictory.

In accordance with these ideas, the purpose of this work is to deepen in the pointed out problem and offering a vision of the matter that contributes to reduce the gap between two legal positions that are about the same reality.

Key words: Construction of buildings. Licenses. Demolition. Land Planning Legality. Property rights.

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.
- II. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.
- III. LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL PROBLEMA.
 1. La Unión Europea y el informe Auken.
 2. La jurisprudencia del TEDH.

IV. LA INSATISFACCIÓN DESDE EL DERECHO CIVIL. PROPUESTAS CONCILIADORAS.

1. **Revisión de los pronunciamientos de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo.**
2. **La resolución del contrato y la indemnización: alternativas insatisfactorias.**
3. **El problema desde la perspectiva registral y la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.**
 - A) La función del Registro de la Propiedad en el Derecho español.
 - B) El Registro de la Propiedad y la legalidad urbanística.
 - C) El art. 34 LH y las licencias ilegales: obstáculos y soluciones.
 - D) El derecho a la indemnización en este nuevo contexto.

V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En los últimos tiempos hemos asistido a un endurecimiento de la postura del orden jurisdiccional contencioso-administrativo frente a las construcciones ilegales, ordenando en todo caso su demolición como fórmula necesaria para conseguir el restablecimiento de la legalidad urbanística. De este modo, el derribo del edificio se ha impuesto como solución necesaria, removiendo los posibles obstáculos jurídicos que se pudieran esgrimir por parte de propietarios y Ayuntamientos para evitar la demolición. No obstante, y a pesar del loable fin perseguido por los tribunales contencioso-administrativos, las circunstancias que pueden concurrir en estos casos de demolición son de muy variada índole, y en algunos supuestos se produce una compleja colisión de intereses cuya solución, adelantamos ya, no se adivina como sencilla.

Así, por ejemplo, hay supuestos en que se ordena la demolición de una edificación para la que no se solicitó licencia, mientras que en otros supuestos ésta se concedió aun en contra de la legalidad urbanística, pero su otorgamiento genera una apariencia de legalidad. Quien construye sin licencia o adquiere un inmueble que no está inscrito en el Registro de la Propiedad por carecer de licencia urbanística no cabe duda de que es o puede ser conocedor de la ilegalidad de la edificación. Y aquel promotor que obtiene una licencia para llevar a cabo la construcción de un inmueble puede saber perfectamente los términos en que se concede la licencia y, con ello, sospechar al menos la eventual ilegalidad del edificio. Pero un tercero adquirente de una vivienda inscrita en el Registro y con licencia se encuentra en una situación muy distinta a las anteriores y si posteriormente la licencia se declara ilegal, un trato homogéneo con todos los supuestos anteriores sin atender a las distintas circunstancias concurrentes podría conducir a resultados injustos.

En aquellos casos en que se ordena la demolición de viviendas para las que se concedió una licencia urbanística posteriormente declarada ilegal y cuyos propietarios reúnen los requisitos del tercero hipotecario, no puede ignorarse el hecho de que nos encontramos ante un adquirente de buena fe, a título oneroso, que inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad, beneficiándose de los efectos de la fe pública registral. No hay que olvidar, en este sentido, que la obtención de la licencia tiene reflejo registral, generando una apariencia de legalidad urbanística, mientras que las posibles incidencias relacionadas con su po-

sible ilegalidad no accedían al Registro hasta la modificación de la Ley del Suelo operada por el Real Decreto-ley 8/2011 porque el art. 51 del texto refundido sólo preveía su reflejo registral de forma potestativa y no obligatoria. De modo que el tercero adquirente que, tal y como se postula desde el Derecho civil, ha confiado en la publicidad registral, ve frustrada posteriormente esta confianza en el sistema cuando se proceda a la demolición de su vivienda en base a una ilegalidad de la licencia urbanística que en modo alguno pudo llegar a imaginar a partir de su consulta al Registro porque, como decimos, hasta fechas muy recientes no era preceptivo el reflejo registral de las incidencias relacionadas con la posible ilegalidad de la licencia. Su situación se agrava en la mayoría de los casos porque además de perder el inmueble, tiene que seguir haciendo frente al pago de las cuotas del préstamo hipotecario que solicitó para adquirirlo, ya que el derribo del edificio extingue la hipoteca pero no su responsabilidad patrimonial por la deuda, que se reconduce a los términos del art. 1911 CC. La orden de demolición resulta en estos casos difícilmente conciliable con los intereses privados del tráfico jurídico inmobiliario, generando una profunda insatisfacción desde la perspectiva jurídico-civil y una inseguridad jurídica que es preciso superar de algún modo. La unidad del ordenamiento jurídico exige, en este sentido, que la solución que se adopte ante este tipo de problemas resulte satisfactoria desde todos los ángulos del Derecho, y no sólo desde una perspectiva, prescindiendo de las demás.

Habida cuenta de la problemática planteada, el propósito de este trabajo consiste en tratar de ofrecer alguna solución que, sin menoscabar la protección de la legalidad urbanística dispensada desde el Derecho administrativo, contemple y satisfaga, además, la protección civil de tráfico jurídico inmobiliario a través de la seguridad jurídica en las transacciones que se lleven a cabo en este ámbito. En este sentido, la reciente reforma del art. 51 de la Ley del Suelo operada por el Real Decreto-ley 8/2011 parece facilitar la búsqueda de una alternativa conciliadora, tal y como trataremos de exponer en páginas sucesivas.

II. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

A lo largo de las últimas décadas, y muy especialmente durante los años en que se ha desarrollado en España el llamado «boom inmobiliario», hemos asistido a una desmedida edificación del territorio que, en muchos casos, ha ido unida a una flagrante vulneración de la legalidad urbanística que nos ha hecho merecedores de claras críticas a nivel internacional⁽¹⁾. El enriquecimiento económico se ha convertido así en el único motor de ciertas personas físicas y jurídicas vinculadas al ámbito de la construcción, dando lugar a un panorama en ocasiones bastante lamentable desde el punto de vista urbano y paisajístico. Y lo más grave es que no sólo han estado implicados en este proceso sujetos privados, sino que en ocasiones han contado incluso con la colaboración de los Ayuntamientos, obteniendo de éstos licencias ilegales que han permitido amparar su actuación y conseguir que los

(1) El informe del Parlamento Europeo sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas (2008/2248 (INI)), también conocido como Informe Auken, de 20 de febrero de 2009, es buena muestra de ello. Puede consultarse en <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2009-0082+0+DOC+XML+V0//ES>>.

edificios así construidos accedan al Registro de la Propiedad, generando una apariencia de legalidad. En cualquier caso, y con independencia del mayor o menor conocimiento de los Ayuntamientos sobre la ilegalidad urbanística, que no es objeto de este estudio, lo cierto es que aquellos casos en que el edificio se lleva a cabo con una licencia posteriormente declarada ilegal, el conflicto que surge a nivel jurídico resulta mucho más complejo que en los supuestos de edificios construidos sin licencia, como ya hemos apuntado. En estos últimos casos no cabe duda de que la ausencia de licencia convierte necesariamente al propietario y a los sucesivos adquirentes en conocedores de la ilegalidad de la vivienda, y se veda a ésta el acceso al Registro de la Propiedad y a la protección registral.

No obstante, cuando el edificio ilegal obtuvo, sin embargo, una licencia urbanística que permite, a su vez, la inscripción registral, se genera una apariencia de legalidad para los terceros adquirentes y puede que incluso para el propietario inicial del edificio —aunque en ocasiones éste puede ser conocedor de la ilegalidad de su licencia—. La posterior declaración de ilegalidad de la licencia truncará las expectativas y la confianza en el tráfico jurídico para estos particulares y la orden de demolición supondrá, desde su punto de vista, una clara vulneración de sus intereses privados, si nada ha hecho pensar a partir de la publicidad registral que el edificio pudiera ser ilegal.

Sin embargo, y al margen de la perspectiva de estos propietarios, desde el Derecho administrativo se considera una exigencia ineludible que a la sentencia que declare la ilegalidad de la licencia le siga la demolición del edificio, incluso en aquellos casos en que no se ordene expresamente el derribo⁽²⁾. Y esto es así porque la demolición es la única vía a través de la cual se puede lograr el restablecimiento de la legalidad urbanística. En este sentido, se insiste desde diferentes ámbitos en la idea de que el derribo no tiene la naturaleza de una sanción, sino que únicamente es la consecuencia lógica de la declaración de ilegalidad de la licencia y como forma de restaurar la legalidad infringida⁽³⁾, de manera que las sentencias en este ámbito han de ejecutarse en sus propios términos⁽⁴⁾. Hasta tal punto cobra importancia la demolición, que se considera imprescindible para superar el desconrol urbanístico generalizado⁽⁵⁾.

Pero es también una realidad que los Ayuntamientos, a quienes corresponde la ejecución de las sentencias que ordenan la demolición, se muestran reacios a seguir los dictados de la resolución judicial⁽⁶⁾, básicamente por el considerable coste político y económico que comporta una actuación de esta índole. En este sentido, es de destacar que en el plano económico el coste no sólo viene dado por la propia demolición, sino que ésta, a su

(2) Por ejemplo, las SSTs, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 4 de febrero de 2009 (La Ley 14506/2009) y de 29 de abril de 2009 (La Ley 58399/2009). En la doctrina, FERNÁNDEZ VALVERDE, R., «La ejecución de las sentencias en el ámbito urbanístico» (primera parte), *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 20, 2009, pp. 20 y ss., y en particular, la jurisprudencia del TS que cita sobre esta cuestión.

(3) En este sentido, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., «Demolición de obras ilegales, restablecimiento de la legalidad y tutela judicial efectiva. Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009, de 26 de marzo», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 22, 2009, pp. 12 y ss. y p. 26.

(4) En esta línea, la STS, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 9 de julio de 2007 (La Ley 79397/2007) y toda la jurisprudencia que en ella se cita.

(5) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., cit., p. 40.

(6) Como ya ha apuntado, entre otros, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., cit., p. 17.

vez, desencadenará la reclamación de responsabilidad civil extracontractual frente a la Administración que concedió una licencia ilegal, y ello como consecuencia de la confianza legítima que ha generado al autorizar las obras ilícitas, y que no procederá cuando la construcción ilegal carezca de licencia⁽⁷⁾. Tal actitud de pasividad por parte de las Administraciones locales desemboca habitualmente en la ejecución forzosa de las sentencias por parte del órgano judicial. En este sentido, se insiste en la importancia y necesidad de ejecutar las sentencias por cuanto la ejecución constituye parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE, y se vincula directamente con los arts. 117.3 y 118 CE⁽⁸⁾. Por este motivo, tal y como se desprende de los arts. 103 y 104 LJCA, si la Administración no cumple voluntariamente la sentencia, ésta deberá ejecutarse forzosamente por jueces y tribunales; en otro caso, es decir, si estas sentencias no se llegaran a ejecutar, las normas urbanísticas devendrían ineficaces.

No obstante, y si bien es cierto que la demolición es en estos casos la única vía para restablecer la legalidad urbanística, también lo es que el derribo es una consecuencia grave y drástica, y que los afectados por esta medida —propietarios y Ayuntamientos que han concedido la licencia ilegal y ahora tienen que proceder a la demolición— han esgrimido diferentes argumentos para tratar de evitar el derribo. Tal vez podrían tratar de paliarse estas gravosas consecuencias de algún modo y, en este sentido, la ejecución de las sentencias no necesariamente ha de llevarse a cabo en sus propios términos, sino que también caben otras formas de ejecución en forma sustitutoria —indemnización—, y ésta podría tener lugar cuando haya motivos que así lo justifiquen⁽⁹⁾.

La ejecución de las sentencias es una cuestión que, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), si bien ha declarado de manera reiterada que «el derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo»⁽¹⁰⁾. Y la propia Sala 3.^a del Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta doctrina jurisprudencial, si bien en un ámbito distinto del Derecho urbanístico, y así, en la STS (Sala 3.^a, Sección 7.^a) de 19 de mayo de 2003⁽¹¹⁾ llega a afirmar que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación».

Básicamente, en el ámbito que nos ocupa, se han argüido como causas de imposibilidad que fundamentarían la ejecución de la sentencia en forma sustitutoria el principio de proporcionalidad y la imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia en sus

(7) Entre otras, la STS, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 6 de febrero de 2007 (La Ley 1589/2007). En la doctrina, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., cit., p. 16.

(8) En este sentido, CABELLO MARTÍNEZ, G. y GARCÍA SANZ, F.J., «La ejecución de sentencias en materia urbanística: una visión de conjunto», *Práctica Urbanística*, núm. 91, marzo 2010, La Ley 683/2010.

(9) REVUELTA PÉREZ, I. y NARBÓN LAINEZ, E., «Ejecución de sentencias en materia urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe. El caso de la anulación de licencias», *RCDI*, núm. 720, pp. 1599 y ss.

(10) STC 73/2000, de 14 de marzo (La Ley 4515/2000) y las sentencias que en ella se citan.

(11) La Ley 13452/2003.

propios términos⁽¹²⁾, esta última contemplada en el art. 105 LJCA, correspondiendo al órgano judicial decidir y, en su caso, adoptar las medidas necesarias para asegurar la mayor efectividad de la ejecución y fijar, si procede, la indemnización en la parte en que no pueda darse cumplimiento pleno a la sentencia. Anteriormente, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo se mostraba más flexible para admitir en estos casos la inejecución de la sentencia. Pero en los últimos tiempos, y movida quizá por la necesidad de atajar los excesos urbanísticos que se han venido produciendo en España, ha endurecido su postura⁽¹³⁾.

En cuanto al principio de proporcionalidad, la jurisprudencia no lo aplica en el ámbito que nos ocupa porque sólo tiene cabida cuando hay varios medios de ejecución, lo que no es posible en materia de restablecimiento de la legalidad urbanística, y así, se viene entendiendo que sólo cuando la ilegalidad sea insignificante, el principio de proporcionalidad podría servir para evitar la demolición⁽¹⁴⁾.

La imposibilidad material de ejecutar la sentencia tampoco suele acogerse en relación con la demolición de edificios, dado que los medios técnicos que existen en la actualidad impiden que esta causa de inejecución pueda darse en la realidad⁽¹⁵⁾. No obstante, en algunos supuestos excepcionales, los órganos judiciales contencioso-administrativos sí que han apreciado imposibilidad material, tal vez en un intento por buscar fórmulas de protección a los terceros adquirentes. Así, por ejemplo, en la STSJ del Principado de Asturias de 11 de enero de 2008⁽¹⁶⁾ se acordó la imposibilidad material de ejecutar una sentencia de demolición sustituyéndola por una indemnización a favor de los propietarios del edificio vecino, que eran quienes resultaban perjudicados por la infracción urbanística. En este caso, en el momento de ejecutarse la sentencia las viviendas ya habían sido entregadas a los compradores, que esgrimieron su condición de terceros de buena fe protegidos por el Registro. Aunque tal pretensión no fue amparada por el Tribunal, éste trató de tutelar a los adquirentes por otra vía, a través del criterio de la mayor o menor lesividad de la ejecución de la sentencia para el interés público y para los derechos de los sujetos afectados. En este caso, no era posible una demolición parcial por razones de complejidad y peligrosidad, y a la vista de la desproporción que supondría la demolición completa del edificio, se busca una fórmula sustitutiva de ejecución de la sentencia⁽¹⁷⁾.

(12) Sobre estos extremos, *cfr.* más ampliamente FERNÁNDEZ VALVERDE, R., «La ejecución de las sentencias en el ámbito urbanístico» (segunda parte), *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010, pp. 18 y ss.; CABELLO MARTÍNEZ, G. y GARCÍA SANZ, F.J., *cit.*, pp. 4 y ss.

(13) En este sentido, la abundante jurisprudencia recogida en RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., «Tutela judicial efectiva e imposibilidad legal de ejecución de sentencias en materia de urbanismo», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2009, BIB 2009/570, pp. 8 y ss.

(14) Así, han rechazado la aplicación del principio de proporcionalidad, entre otras, las SSTs, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 26 septiembre 2006 (La Ley 119633/2006), de 29 abril 2009 (La Ley 58399/2009), las SSTSJ de Andalucía de Granada, Sección 3.^a, de 18 de mayo de 2009 (La Ley 181970/2009) y de 30 de junio de 2009 (La Ley 210012/2009) y la STSJ de Castilla y León de Burgos, Sección 1.^a, de 29 de mayo de 2008 (La Ley 80315/2008). Por su parte, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *cit.*, pp. 22 y 23, y en pp. 40 y ss. reproduce la jurisprudencia constitucional que rechaza el principio de proporcionalidad para amparar la inejecución de la sentencia.

(15) Así, la STS, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 9 de julio de 2007 (La Ley 79397/2007).

(16) La Ley 2855/2008.

(17) Sobre esta sentencia, ALONSO CLEMENTE, A., «Ejecución de sentencia que condena a la demolición parcial de un edificio», *Práctica Urbanística*, núm. 91, marzo 2010, La Ley 690/2010.

Por lo que se refiere a la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia en sus propios términos, una de las causas que se ha venido argumentando es la aprobación de un nuevo planeamiento, conforme al cual, la licencia que fue ilegal en el momento en que se concedió resultaría ahora legal por ajustarse al nuevo planeamiento⁽¹⁸⁾. Últimamente, la admisión de esta causa de imposibilidad legal de ejecución se ha restringido sensiblemente, y así, no basta con que el nuevo planeamiento se encuentre en trámites de aprobación y exista, por tanto, la mera probabilidad de que la licencia ilegal resulte conforme al mismo, sino que ha de tratarse de una situación ya existente, real⁽¹⁹⁾. Incluso el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 22/2009, de 26 de enero⁽²⁰⁾, ha entendido que no concurre en este caso un supuesto de imposibilidad legal de ejecución, porque nos encontramos ante una mera expectativa de futuro cambio normativo, y entender lo contrario vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE⁽²¹⁾. En este sentido, la sentencia insiste en que el principio general es la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y «sólo de forma excepcional, cuando, en los términos previstos legalmente, concurren circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificadas, cabe inejecutar o suspender su cumplimiento». Con ello, el Tribunal Constitucional pone fin a la práctica de algunos tribunales contencioso-administrativos que eludían su obligación de ejecutar la sentencia cuando existía tan sólo una simple expectativa de futura modificación del planeamiento⁽²²⁾. Por otra parte, tampoco se admite esta causa en los casos en que el nuevo Plan General de Ordenación Urbana se apruebe con la única finalidad de evitar la demolición, lo que constituye una desviación de poder⁽²³⁾.

Otra de las causas de imposibilidad legal de ejecución que se han esgrimido, entroncando por otra parte con el objeto principal de este estudio, es el hecho de que los actuales propietarios del edificio sean terceros adquirentes de buena fe, a título oneroso, inscritos en el Registro de la Propiedad y protegidos por la fe pública registral del art. 34 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH). Sin embargo, este argumento es sistemáticamente desestimado por la Sala 3.ª del Tribunal Supremo⁽²⁴⁾ entendiendo que la protección del art. 34 LH no alcanza a la ilegalidad urbanística, con apoyo además en el principio de subrogación ur-

(18) Incluso el Tribunal Constitucional ha admitido esta causa como un supuesto de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia en sus propios términos, *cf.*: STC 73/2000, de 14 de marzo (La Ley 4515/2000).

(19) En este sentido, las SSTS, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 4 de febrero de 2009 (La Ley 14506/2009), de 29 de abril de 2009 (58399/2009) y de 18 de mayo de 2009 (La Ley 181970/2009). Estas sentencias y otras, además, han rechazado esta causa de imposibilidad de ejecución de las sentencias por motivos procedimentales, al ser preciso instar la legalización de la obra ante el Ayuntamiento previamente a acudir a la vía judicial.

(20) La Ley 1145/2009.

(21) RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., *cit.*, pp. 4 y ss., recuerda que si bien la jurisprudencia constitucional reconoce la imposibilidad de ejecutar una sentencia por cambio normativo respecto del que fue aplicado por el órgano judicial, sin que ello suponga una lesión del art. 24 CE, no se resuelve del mismo modo en la STC 22/2009 por encontrarnos ante una mera expectativa de cambio normativo. Del mismo modo, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo se muestra reacia a apreciar la imposibilidad de ejecución por modificación sobrevenida del planeamiento urbanístico.

(22) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *cit.*, pp. 32 y ss.

(23) Así, la STS, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 10 de julio de 2007, y también RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *cit.*, pp. 17 y 18.

(24) En este sentido, las SSTS, Sala 3.ª, Sección 5.ª, de 12 de mayo de 2006 (La Ley 57549/2006), de 26 de septiembre de 2006 (La Ley 119633/2006), de 9 de noviembre de 2006 (La Ley 160607/2006), de 6 de febrero de 2007 (La Ley 1589/2007), de 9 de julio de 2007 (La Ley 79397/2007), de 4 de febrero de 2009 (La Ley 14506/2009), de 29 de abril de 2009 (La Ley 58399/2009), de 29 de diciembre de 2010 (La Ley 217776/2010). No obstante, en otros

banística, ordenando en estos casos la demolición. El derecho de propiedad, en definitiva, queda supeditado a la legalidad urbanística, que ha de restablecerse mediante el derribo del edificio, y los problemas jurídico-civiles que puedan plantearse en relación con los adquirentes de viviendas y locales habrán de resolverse mediante la resolución de los contratos y las indemnizaciones que resulten pertinentes.

En cualquier caso, si llegara a apreciarse una causa de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia de demolición —aunque ya vemos que en la práctica esto no suele ocurrir—, habría de procederse a la ejecución por equivalente, que en un principio se traduciría en una indemnización de daños y perjuicios. No obstante, lo cierto es que esta indemnización no parece que tenga sentido en todos los casos. Habrá supuestos en que la ilegalidad urbanística perjudique de manera directa a un sujeto concreto, como puede ser el propietario del inmueble colindante, pero cuando el perjuicio afecte únicamente al interés general, no parece fácil articular la indemnización.

A modo de conclusión, puede decirse⁽²⁵⁾ que los planteamientos actuales en relación con la demolición de los edificios construidos con una licencia ilegal parece ir dirigido fundamentalmente a poner coto al descontrol y los excesos que se vienen produciendo en el ámbito del Derecho urbanístico, haciendo que sus normas adquieran un mayor grado de eficacia. Este enfoque carece de un matiz sancionador, pues únicamente persigue el restablecimiento de la legalidad urbanística, sin interferir en las medidas resarcitorias que puedan adoptarse en el ámbito civil. Sin embargo, esta protección indiscriminada de la legalidad urbanística por encima del art. 34 LH pone en peligro la seguridad jurídica del sistema y la defensa de los derechos reales⁽²⁶⁾. El problema radica ahora en encontrar una solución que, al tiempo que responda a las exigencias del Derecho urbanístico, resulte satisfactoria desde el punto de vista civil, cuestión que trataremos en páginas posteriores, y a la que tal vez, el Real Decreto-ley 8/2011 pueda contribuir en alguna medida.

III. LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL PROBLEMA

La demolición de edificios como consecuencia de una ilegalidad urbanística ha adquirido una proyección internacional que merece ser tenida en cuenta en este trabajo. Por una parte, en el ámbito de la Unión Europea se ha elaborado un informe que critica duramente la situación española por la desprotección de los adquirentes de viviendas que, tras seguir el procedimiento legalmente establecido para convertirse en propietarios, tienen que soportar el derribo de lo construido por resultar ilegal la licencia que en su día se concedió, y sin verse indemnizados por ello. Por otra parte, el TEDH se ha referido en varias ocasiones a la problemática de la demolición por ilegalidad urbanística en el ámbito europeo, dando

tiempos cuando había un tercer adquirente de buena fe se eludía la ejecución de la sentencia en sus propios términos. Cfr: REVUELTA PÉREZ, I. y NARBÓN LAINEZ, E., cit., p. 1604.

(25) Siguiendo la idea apuntada por RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., cit., p. 46.

(26) Así lo ha apuntado expresamente GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «El Registro español y el principio de fe pública: la incidencia de las sentencias de las Salas 1.ª y 3.ª del Tribunal Supremo sobre su funcionalidad», pendiente de publicación.

lugar a una serie de pronunciamientos que han de ser tenidos en cuenta en este estudio. A ambos extremos nos referimos seguidamente.

1. La Unión Europea y el informe Auken

La privación de las viviendas adquiridas por terceros que inscriben su derecho en el Registro de la Propiedad no sólo afecta a los nacionales españoles. Además, muchos ciudadanos de la Unión Europea han padecido esta situación en los últimos años. No olvidemos que frecuentemente son ellos quienes adquieren viviendas en la costa de España y que es precisamente en el ámbito costero donde la ilegalidad de las licencias de edificación ha tenido una mayor presencia, por no mencionar la corrupción de algunos Ayuntamientos de estas zonas con relación a este tema.

La privación del derecho de propiedad sobre la vivienda como consecuencia de la demolición del edificio resulta tan grave cuando el propietario es español como cuando es extranjero. Pero el hecho de que otros ciudadanos europeos padezcan esta situación da una dimensión internacional al problema que además empaña la imagen de nuestro país en el exterior, generando un sentimiento de inseguridad jurídica en las transacciones inmobiliarias que perjudica seriamente las inversiones extranjeras en el territorio español. Y en un momento de crisis económica como el actual estas inversiones juegan un papel relevante para la recuperación de la economía española.

Además del factor económico, la insatisfactoria situación en que nos encontramos ha trascendido también en el plano jurídico en el ámbito de la Unión Europea, como consecuencia de las numerosas reclamaciones de extranjeros que se han visto privados de sus propiedades inmobiliarias mediante su demolición al amparo de la Ley de Costas. Tales reclamaciones han dado lugar al Informe Auken⁽²⁷⁾, que analiza el problema inmobiliario español desde el punto de vista de la legalidad urbanística y critica la Ley de Costas porque, según entiende, afecta de manera desproporcionada a los propietarios particulares de bienes, cuyos derechos deberían verse plenamente respetados, y no tiene un impacto suficiente en los auténticos autores de la destrucción costera, que son los responsables de los desarrollos urbanísticos excesivos en las costas.

El referido informe destaca «la magnitud de los abusos de los derechos legítimos de los ciudadanos de la UE sobre sus bienes legalmente adquiridos en España» y destaca «las deficiencias en el control de los procesos de urbanización por parte de las autoridades de comunidades autónomas y locales en España», así como los «muchos casos en que todas las administraciones, central, autonómicas y locales han sido responsables de haber puesto en marcha un modelo de desarrollo insostenible, que ha tenido gravísimas consecuencias, por supuesto medioambientales y, además, sociales y económicas». Y aunque destaca los esfuerzos de las autoridades judiciales españolas frente a la urbanización excesiva, critica la lentitud desmedida de los procedimientos incoados y que las sentencias en muchos casos no pueden ejecutarse en forma que compensen a las víctimas de tales abusos. Apunta además que «esta actividad extendida que respaldan las autoridades locales y regionales irres-

(27) <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2009-0082+0+DOC+XML+V0/ES>>.

ponsables a través de una legislación inadecuada y en ocasiones injustificada (...) ha dañado considerablemente la imagen de España y de los amplios intereses económicos y políticos que tiene en Europa». Consecuencia de todo ello son «los abusos a los que están sometidos miles de ciudadanos de la UE, quienes, como consecuencia de los planes elaborados por los agentes urbanizadores, no sólo han perdido sus bienes legítimamente adquiridos, sino que se han visto obligados a pagar el coste arbitrario de proyectos de infraestructuras a menudo no deseadas e innecesarias que afectaban directamente a sus derechos a la propiedad y que han acabado en catástrofe financiera y emocional para muchas familias», así como que «muchos miles de ciudadanos europeos, en diferentes circunstancias, han adquirido propiedades en España de buena fe, actuando conjuntamente con abogados locales, urbanistas y arquitectos, sólo para descubrir más adelante que han sido víctimas de abusos urbanísticos cometidos por autoridades locales poco escrupulosas y que, en consecuencia, sus propiedades se enfrentan a la demolición porque se ha descubierto que han sido edificadas ilegalmente y, por lo tanto, no tienen valor y no pueden venderse», al tiempo que destaca los daños medioambientales y en los bienes culturales, producidos con los excesos urbanísticos, que también tienen consecuencias negativas en el sector turístico.

A la luz de todas las consideraciones anteriores, el informe Auken, entre otros extremos, «pide al Gobierno de España y de las comunidades autónomas implicadas que lleven a cabo una profunda revisión de toda la legislación que afecta a los derechos de los propietarios particulares de bienes como resultado de una urbanización masiva, con objeto de poner fin a los abusos de los derechos y las obligaciones consagrados en el Tratado CE, en la Carta de los Derechos Fundamentales, en el CEDH y en las directivas europeas pertinentes, así como en otros convenios de los que la UE forma parte».

Por otra parte, «considera alarmante la falta de confianza generalizada que los peticionarios parecen mostrar frente al sistema judicial español como un medio eficaz para obtener reparación y justicia»; además, «opina que las personas que hayan adquirido de buena fe una propiedad en España y se hayan encontrado con que ha sido declarada ilegal deben tener derecho a obtener una indemnización adecuada a través de los órganos jurisdiccionales españoles», y «considera que si los particulares que adquirieron una propiedad en España a sabiendas de la probable ilegalidad de la transacción realizada pueden ser obligados a soportar los costes del riesgo que asumieron, con más razón debe aplicarse por analogía este mismo razonamiento a los profesionales del sector; por consiguiente, los promotores que celebraron contratos de cuya ilegalidad deberían haber tenido conocimiento no deben tener derecho a compensación por el abandono de unos proyectos debido a la falta de conformidad con la legislación nacional y comunitaria, ni deben tampoco gozar de un derecho de recuperación automática de los pagos ya abonados a los municipios». Junto a todo ello, «cree que la falta de claridad, precisión y certidumbre respecto a los derechos de propiedad individual contemplados en la legislación en vigor y la falta de aplicación adecuada y sistemática de la legislación en materia de medio ambiente son la primera causa de muchos problemas relacionados con la urbanización, y que esto, combinado con cierta laxitud en los procesos judiciales, no sólo ha complicado el problema, sino que también ha generado una forma endémica de corrupción».

Finalmente, «hace hincapié en que, en los casos en que pueda exigirse indemnización por la pérdida de propiedad, debería concederse a un tipo apropiado y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», y

«recuerda que la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, obliga a todos los Estados miembros a proporcionar a los consumidores que han sido víctimas de tales prácticas medios adecuados para obtener una tutela judicial efectiva y a garantizar el establecimiento de sanciones adecuadas contra dichas prácticas».

El problema, no obstante, no sólo afecta a los nacionales de otros Estados miembros de la UE, sino a los propios ciudadanos españoles, como reconoce la propia Exposición de Motivos del informe, que además insiste en la necesidad de respetar los derechos legítimos de propiedad y que haya una mayor seguridad jurídica, así como que se restaure la confianza en el sistema judicial español. «Nadie debería perder sus tierras o sus viviendas sin las debidas garantías procesales y una indemnización justa y apropiada, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Por este motivo, «la comisión pide a las autoridades españolas competentes que revisen y modifiquen, cuando proceda, la legislación, a fin de garantizar los derechos contenidos en el Tratado en relación con los propietarios».

Lo cierto es que este informe se refiere principalmente a supuestos en que la demolición se ha llevado a cabo al amparo de la Ley de Costas. Éstos son los supuestos de ilegalidad urbanística más graves, en los que se producen claros daños medioambientales. Otras veces, la ilegalidad urbanística también existe, pero no llega a adquirir estas dimensiones. Pues bien, si aun en los primeros casos el informe Auken se pronuncia en unos términos tan radicales y críticos ante la necesidad de proteger a los adquirentes de viviendas, con igual o mayor motivo pueden hacerse extensivas las críticas cuando la infracción urbanística no llega a revestir tanta gravedad y la privación del derecho de propiedad se produce en los mismos términos que en los casos anteriores.

En cualquier caso, y por lo que se refiere al valor vinculante que pueda tener este informe, hay que decir que la Opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre el Fundamento Jurídico del informe apunta que la supuesta violación del derecho de propiedad no muestra conexión alguna con el Derecho comunitario y que «en cualquier caso, la adquisición de bienes inmuebles en España se realiza de conformidad con la legislación nacional y cualquier supuesta infracción de esta legislación debe resolverse ante las autoridades judiciales españolas competentes (...). Sólo en última instancia, una vez agotadas las vías de recurso nacionales, será posible presentar el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». No obstante, no por ello las manifestaciones vertidas en el informe resultan ser menos ciertas y constituyen una dura crítica que ensombrece la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario español y retrae las inversiones en este ámbito.

2. La jurisprudencia del TEDH

El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones con relación a supuestos en los que se ha decretado la demolición de un edificio por infringir la legalidad urbanística. El hecho en sí de que se ordene demoler una edificación no ha suscitado críticas por parte de este Tribunal, pues se limita a respetar en este punto lo que se establezca en el ordenamiento jurídico de cada Estado para los casos de ilegalidad urbanística. No obstante, y a pesar de este respeto a los ordenamientos nacionales, el TEDH exige en los supuestos de demolición de edificaciones ilegales que «toda injerencia en la propiedad debe también satisfacer el requisito de proporcionalidad. Como el Tribunal ha afirmado en repetidas

ocasiones, se debe mantener un equilibrio justo entre las exigencias del interés general de la comunidad y los requisitos de protección de los derechos fundamentales de la persona (...) El requisito de equilibrio no se mantiene cuando la persona afectada soporta una carga excesiva (...) Además, la cuestión de si se ha mantenido un equilibrio justo «es relevante únicamente cuando se ha establecido que la injerencia en cuestión satisfacía el requisito de legalidad y no era arbitraria»⁽²⁸⁾. Sin embargo, los tribunales españoles del orden contencioso-administrativo rechazan la aplicación del principio de proporcionalidad en este ámbito, como ya hemos visto en páginas anteriores.

Pero, fundamentalmente, las sentencias dictadas en este ámbito se han centrado en los aspectos procesales que rodean a estos supuestos y de manera muy particular el derecho a obtener la ejecución de una sentencia, que se entiende vulnerado cuando los Estados no ejecutan las sentencias de demolición, generalmente por el coste político y económico que ello supone para las personas que están a la cabeza de los órganos públicos que deben ejecutar la sentencia. Tal actuación constituye una violación del art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El TEDH considera en este sentido que «el derecho de acceso a un Tribunal sería ilusorio si el orden jurídico interno de un Estado Contratante permitiera que una sentencia definitiva y obligatoria quedara inoperante en detrimento de una parte. La ejecución de una decisión o sentencia, de la jurisdicción que fuere, debe ser, por tanto, considerada como parte integrante del «proceso» en el sentido del artículo 6»⁽²⁹⁾. Y añade en la misma sentencia que «estas afirmaciones revisten todavía más importancia en el contexto Contencioso-Administrativo, con motivo de una discrepancia cuyo resultado es determinante para los derechos civiles del justiciable (...) la protección efectiva del justiciable y el restablecimiento de la legalidad implican la obligación para la Administración de someterse a una decisión o sentencia pronunciada por dicha jurisdicción».

Pero también afirma el TEDH que el modo en que ha de repararse la violación puede variar de acuerdo con la libertad de elección que existe en este ámbito para los Estados. Concretamente, en la STEDH (Sección 1.^a), *caso Assymomitis contra Grecia*, de 14 de oc-

(28) STEDH (Sección 4.^a), *caso Saliba contra Malta*, de 8 de noviembre de 2005 (TEDH 2005, 120). De acuerdo con estos planteamientos, el TEDH entendió en este caso que «la orden de derribo tenía como finalidad restablecer la norma de Derecho derribando una construcción abusiva e ilegal (...) perseguía el fin legítimo de conservar el medio ambiente y garantizar el cumplimiento de las normas de urbanismo con vistas a establecer un desarrollo ordenado de las zonas rurales. Esto corresponde al interés general de la comunidad». En sentido parecido, la STEDH (Sección 1.^a), *caso Assymomitis contra Grecia*, de 14 de octubre de 2004 (TEDH 2004, 78).

(29) Así lo apunta, con cita además de otras sentencias, la Sentencia del TEDH (Sección 3.^a) *caso Vidal Escoll y Guillán González contra Andorra*, de 29 de julio de 2008 (TEDH 2008, 54). El caso se plantea tras una sentencia que ordena la demolición de parte de un edificio con una altura total de 21,50 metros porque, de acuerdo con la normativa, la altura máxima era de 10,50 metros cuando, como sucedía en este caso, la anchura de la carretera era inferior a 8 metros. El Consejo municipal consideraba especialmente dura la sentencia porque ordenaba la demolición «por el mero hecho de que a la carretera, en dos o tres lugares concretos, le faltan algunos centímetros para tener la anchura de ocho metros», así que inició un proceso de expropiación de las propiedades que estaban al otro lado de la carretera para ampliar la vía de acceso a la urbanización que habría que demoler. Son los propietarios de estas fincas quienes demandan recurriendo la decisión de expropiación y exigiendo la ejecución de la sentencia de demolición.

Respecto de la necesidad de ejecutar las sentencias, se pronuncian en términos parecidos la STEDH (Sección 1.^a), *caso Kyratos contra Grecia*, de 22 de mayo de 2003 (TEDH 2003, 25) y la STEDH (Sección 2.^a), *caso Paudicio contra Italia*, de 24 de mayo de 2007.

tubre de 2004⁽³⁰⁾, se dice lo siguiente: «Los Estados Contratantes partes en un asunto son, en principio, libres de elegir los medios que utilizarán para ejecutar la sentencia que constate una violación. Este poder de apreciación, en cuanto a las modalidades de ejecución de una sentencia, refleja la libertad de elección con que se completa la obligación primordial impuesta por el Convenio a los Estados Contratantes: asegurar el respeto de los derechos y libertades garantizados. Si la naturaleza de la violación permite una *restitutio in integrum*, es el Estado demandado quien debe llevarla a cabo, ya que el Tribunal no tiene ni la competencia ni la posibilidad práctica de realizarla. Si por el contrario el derecho interno no permite o permite de manera imperfecta eliminar las consecuencias de la violación, el art. 41 habilita al Tribunal para conceder a la parte perjudicada, si procede, la indemnización que le parezca apropiada».

También se ha apreciado violación del mencionado art. 6.1 del Convenio cuando los procesos en que se decide sobre la ilegalidad urbanística y la demolición de lo construido se dilatan excesivamente en el tiempo. El carácter razonable de la duración de un procedimiento se determina, a juicio del Tribunal, en función de la complejidad del asunto, el comportamiento del litigante y del órgano judicial, de lo que en él arriesga el demandante y de las circunstancias de la causa, que exigen una evaluación global. De acuerdo con esto, en la STEDH (Sección 1.^a), *caso Assymomitis contra Grecia*, de 14 de octubre de 2004 (TEDH 2004, 78), se apreció violación del art. 6.1 del Convenio porque el procedimiento duró nueve años, diez meses y diez días para uno solo grado de jurisdicción. Y en la STEDH (Sección 1.^a), *caso Kyratos contra Grecia*, de 22 de mayo de 2003 (TEDH 2003, 25) se estimó la violación del mismo precepto porque el procedimiento había durado más de doce años en dos instancias de jurisdicción.

En relación con las garantías procesales, es interesante destacar, en relación con el tema que nos ocupa, la Decisión del TEDH (Sección 3.^a) sobre el *caso Juan E. Garcés-Ramón contra España*, de 24 de noviembre de 2009 (TEDH 2009, 130). En este caso, el demandante alegó falta de protección de su derecho de propiedad porque al no haberle sido notificado el procedimiento en que se ventilaba la demolición de las obras, no pudo concurrir al proceso. Sin embargo, el Tribunal desestimó su petición porque el propietario no había inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad y, por tanto, no se podía conocer su titularidad sobre el inmueble; la falta de participación en el proceso se debió a su propia negligencia en la inscripción en el Registro de la Propiedad. De acuerdo con este razonamiento, y en una interpretación *contrario sensu*, podemos afirmar que cuando el propietario está inscrito y no se le notifica el procedimiento, se produciría una violación de las garantías procesales. Esto es importante porque una de las principales críticas a la actual situación en los procesos que se ventilan en España y que ordenan la demolición de una edificación porque la licencia resulta ser ilegal, es la falta de intervención en el procedimiento de los propietarios inscritos y su total indefensión, que, indirectamente, podría quedar corroborada a través de esta sentencia del TEDH.

Por lo que se refiere a la protección a los terceros adquirentes, se trata de una cuestión que cada Estado resuelve de un modo distinto y el TEDH parece mostrar respeto a las diferentes soluciones por las que se pueda optar en cada uno de los ordenamientos nacionales. Así, en la STEDH (Sección 4.^a), *caso Saliba contra Malta*, de 8 de noviembre de 2005

(30) TEDH 2004/78.

(TEDH 2005, 120), que acordó el derribo de una construcción ilegal, se concluye que la medida no fue desproporcionada al fin legítimo perseguido y que «resolver lo contrario sería equivalente a obligar a las autoridades nacionales a tolerar construcciones ilegales cada vez que su propiedad fuera transferida a un tercero *bona fidei* de las partes». Por tanto, parece que la medida se impone con independencia de que existan terceros adquirentes de buena fe. Sin embargo, y en sentido contrario, la STEDH (Sección 1.^a), *caso Kyrtatos contra Grecia*, de 22 de mayo de 2003 (TEDH 2003, 25), se hace eco de la normativa nacional, según la cual la demolición de un edificio construido en base a una licencia de construcción que hubiera sido posteriormente revocada por alguna razón debe ser suspendida si el propietario del edificio actuó de buena fe. No obstante, en el caso concreto no se resolvió en atención a esta norma, sino a la excesiva duración del procedimiento y la falta de ejecución de las sentencias por parte de las autoridades nacionales.

Ocurre, además, que las sentencias a las que nos estamos refiriendo afectan a Estados en los que no existe fe pública registral, y como el TEDH se muestra respetuoso con el Derecho de cada Estado, el hecho de que se prive de protección al propietario bajo el entendimiento de que en la colisión entre intereses generales y derechos individuales priman los primeros ha de entenderse en ese concreto contexto. Pero en un Estado con registro de derechos y fe pública registral tal vez hubiera que concluir, manteniendo los mismos planteamientos del TEDH, que prime el derecho inscrito en el Registro, que atiende a los intereses individuales del titular registral, pero también a los intereses generales, por cuanto la fe pública registral va dirigida a garantizar la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario. Trataremos esta cuestión posteriormente, al referirnos al problema del Derecho español.

IV. LA INSATISFACCIÓN DESDE EL DERECHO CIVIL. PROPUESTAS CONCILIADORAS

Como ya ha quedado esbozado en páginas anteriores, la solución que ofrece la jurisdicción contencioso-administrativa para los casos de declaración de ilegalidad de una licencia resulta un tanto criticable con los planteamientos del Derecho civil, aunque no cabe duda de que, con estas medidas, los tribunales tratan de preservar el cumplimiento del Derecho urbanístico. Ante esta colisión de los intereses jurídicos públicos y privados, se hace necesario buscar soluciones alternativas conciliadoras de una y otra postura. Por ello, a continuación veremos en qué medida los pronunciamientos de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo resultan insatisfactorios desde la perspectiva civil y veremos qué posibles soluciones permitirían acercar las posturas en conflicto.

1. Revisión de los pronunciamientos de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo

Tal y como recoge el informe Auken, aunque el adquirente de una vivienda en España siga el procedimiento legalmente establecido, en la generalidad de los casos en que la licencia sea ilegal sufrirá la demolición del edificio sin percibir indemnización⁽³¹⁾ y sin participar

(31) Para llegar a obtener una indemnización, es preciso que inicie un procedimiento dirigido a tal fin una vez acaecida la demolición del edificio, que su petición sea estimada y, finalmente, que el responsable proceda al pago. Pero, en principio, el derribo se lleva a cabo al margen de todo esto.

PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO FRENTE A LA DEMOLICIÓN DEL EDIFICIO

en el procedimiento judicial. De acuerdo con el modo en que se desarrollan las cosas en la jurisdicción contencioso-administrativa, nos encontramos en más de una ocasión con resultados manifiestamente injustos desde el punto de vista jurídico privado.

Ciertamente, la eficacia de las normas urbanísticas pasa por garantizar que los edificios se ajusten a lo que en ellas se establece y, si fuera preciso, habría que restablecer la legalidad urbanística mediante la demolición de lo indebidamente construido. Lo que sucede es que en estos casos de adquirentes de buena fe que han confiado en la publicidad registral, el resultado al que se llega es desproporcionado cuando nada en el Registro de la Propiedad haya revelado la posible irregularidad urbanística, máxime si tenemos en cuenta que se van a ver privados de su derecho sin haber podido participar en el procedimiento judicial en defensa de sus intereses. El respeto a las garantías procesales queda en entredicho en estos casos.

La situación es aún más llamativa si tenemos en cuenta que estas personas se convierten en las únicas víctimas del desmedido proceso urbanizador, mientras que los profesionales inmobiliarios, que se han enriquecido con la infracción urbanística y, probablemente, son los verdaderos responsables junto con las autoridades municipales, permanecen impunes. Los adquirentes que habían actuado de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido para la adquisición de un inmueble en España y confiando en la publicidad registral pierden sus inmuebles legalmente adquiridos sin las garantías procesales y sin una indemnización justa.

La solución, en definitiva, no ha sido satisfactoria hasta la fecha porque no atiende a todos los intereses en juego. Es necesario encontrar una fórmula que permita el respeto de las normas urbanísticas y al mismo tiempo respete los derechos subjetivos de los individuos en aquellos casos en que, conforme a las normas del Derecho privado, se ha actuado conforme a la legalidad. Además del respeto a la legalidad urbanística, que sin duda es importante, hay que procurar la seguridad jurídica en las transacciones inmobiliarias y no puede permitirse la privación de un derecho subjetivo de tanta trascendencia como la propiedad sobre la vivienda sin respetar unas garantías suficientes. Esto no quiere decir necesariamente que no deban ejecutarse las sentencias de demolición para restablecer la legalidad urbanística. En la línea que defienden nuestros tribunales y el TEDH, la ejecución de las sentencias es esencial para asegurar la tutela judicial efectiva. Pero, como veremos posteriormente, la ejecución de las sentencias puede llevarse a cabo de diversas formas y, además, el TEDH exige que al ejecutar las sentencias se atienda al principio de proporcionalidad, cosa que no parece ocurrir habitualmente en los casos que se ventilan en España, habida cuenta de la nula importancia que se da a la situación del adquirente de buena fe.

En este sentido, basta con reproducir los pronunciamientos de la Sala 3.^a del TS sobre la protección derivada del art. 34 LH. Desde la STS (Sala 3.^a, Sección 5.^a) de 12 de mayo de 2006⁽³²⁾, viene repitiendo lo siguiente:

«los terceros adquirentes del edificio cuyo derribo se ordena, o de sus elementos independientes, ni están protegidos por el art. 34 de la Ley Hipotecaria, ni están exentos de soportar

(32) La Ley 57549/2006. Esta doctrina jurisprudencial se reitera en otras sentencias como las SSTS (Sala 3.^a, Sección 5.^a) de 29 de diciembre de 2010 (La Ley 217776/2010), de 29 de abril de 2009 (La Ley 58399/2009), de 4 de febrero de 2009 (La Ley 14506/2009), de 9 de julio de 2007 (La Ley 79397/2009) y 6 de febrero de 2007 (La Ley 1589/2007).

las actuaciones materiales que lícitamente sean necesarias para ejecutar la sentencia; su protección jurídica se mueve por otros cauces, cuales pueden ser los conducentes a dejar sin efecto, si aún fuera posible, la sentencia de cuya ejecución se trata, o a resolver los contratos por los que adquirieron, o a obtener del responsable o responsables de la infracción urbanística, o del incumplidor de los deberes que son propios de dichos contratos, el resarcimiento de los perjuicios irrogados por la ejecución. No están protegidos por el art. 34 de la Ley Hipotecaria porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el art. 21.1 de la Ley 6/1998 y establecían, antes, los arts. 22 del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992 y 88 del aprobado por el Real Decreto 1346/1976».

Estos razonamientos entroncan con otros argumentos vertidos en la misma línea, y así, la STS (Sala 3.ª, Sección 5.ª) de 26 de septiembre de 2006⁽³³⁾ considera intrascendente la condición de terceros adquirentes de buena fe a efectos de impedir la ejecución de una sentencia de demolición por infracción urbanística porque «la fe pública registral y el acceso de sus derechos dominicales al Registro de la Propiedad no subsanan el incumplimiento del ordenamiento urbanístico, ya que los sucesivos adquirentes del inmueble se subrogan en los deberes urbanísticos del constructor o del propietario inicial, de manera que cualquier prueba tendente a demostrar la condición de terceros adquirentes de buena fe con su derecho inscrito en el Registro de la Propiedad carece de relevancia en el incidente sustanciado».

En definitiva, a juicio de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, existen dos realidades distintas y netamente diferenciadas. Por un lado, la normativa urbanística impone la demolición de las construcciones ilegales, cualquiera que sea el actual propietario, en virtud de la subrogación de éste en los derechos y deberes urbanísticos del anterior titular. Y por otra parte, el art. 34 LH protege el derecho del adquirente frente a la posible anulación o resolución del derecho del transmitente, pero nada más. Por tanto, la tutela dispensada por el art. 34 LH nada tiene que ver con el objeto del derecho, que la Sala 3.ª distingue claramente del derecho en sí mismo considerado. Según esta línea jurisprudencial, puede ocurrir entonces que el objeto del derecho haya de desaparecer por imponerlo así las normas urbanísticas, y en este caso el adquirente tendrá que soportarlo sin poder esgrimir la tutela del art. 34 LH, porque no alcanza a este extremo. Según la Sala 3.ª, la protección civil del adquirente frente a la demolición vendría dada básicamente por la resolución de su contrato de compraventa y por el resarcimiento de daños y perjuicios por parte del responsable de la infracción urbanística. No tendría ningún sentido esgrimir la tutela del art. 34 LH en este contexto.

En realidad, el planteamiento resulta un tanto discutible a mi juicio. En primer lugar, la interpretación que se da al art. 34 LH es bastante limitada, al tiempo que se interpreta

(33) La Ley 119633/2006. Otras sentencias reproducen la misma idea, entre ellas, las SSTS (Sala 3.ª, Sección 5.ª) de 29 de diciembre de 2010 (La Ley 217776/2010), de 29 de abril de 2009 (La Ley 58399/2009), de 4 de febrero de 2009 (La Ley 14506/2009) y de 9 de julio de 2007 (La Ley 79397/2009).

de forma extensiva la subrogación en los derechos y deberes urbanísticos del anterior propietario. Desde la perspectiva civil, quizá lo más llamativo sea la distinción que se realiza entre la protección del derecho real y el objeto sobre el que este derecho recae. Difícilmente se puede sostener este entendimiento de las cosas porque no hay derecho real sin un objeto sobre el que recaiga, de modo que ambos se encuentran indisolublemente unidos y la desaparición del objeto conduce inexorablemente a la extinción del derecho real, que no puede pervivir sin aquél⁽³⁴⁾. Por tanto, las afirmaciones de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo no parecen aceptables en este punto. Pero además, las alternativas que ofrece para la protección del tercero adquirente resultan muy cuestionables en cuanto a su efectividad práctica. Veamos a continuación cada una de estas cuestiones.

2. La resolución del contrato y la indemnización: alternativas insatisfactorias

Como consecuencia de la demolición del edificio por ilegalidad de la licencia urbanística, el adquirente de buena fe se ve privado de su derecho de propiedad y es necesario buscar una vía para resarcir esta pérdida. En este sentido, recordemos que el informe Auken criticaba duramente que los adquirentes de viviendas fueran privados de su derecho de propiedad sobre éstas por existir una ilegalidad urbanística y sin obtener un resarcimiento por ello.

Si encontráramos una solución que evitara el desamparo de los adquirentes que han de sufrir la demolición de su vivienda por la ilegalidad de la licencia, lograrían conciliarse los intereses, aparentemente irreconciliables, del ámbito jurídico-público, que persigue el restablecimiento de la legalidad urbanística a través de la demolición, y los intereses jurídico-privados de los adquirentes de buena fe que han actuado conforme a la legislación vigente para convertirse en propietarios de una vivienda. En este sentido, según acabamos de ver, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo apunta tres posibles soluciones para proteger a estos adquirentes: 1) dejar sin efecto, si aun fuera posible, la sentencia que ordena la demolición; 2) resolver el contrato por el que adquirieron el inmueble, y 3) exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios a los responsables de la infracción urbanística.

Vamos a centrarnos, por ser el objeto de este estudio, en la protección que podría dispensarse en el ámbito jurídico privado, es decir, la resolución del contrato y la indemnización. La posibilidad de dejar sin efecto la sentencia que ordena la demolición es una alternativa de índole procesal que, como parece reconocer la Sala 3.^a, no siempre podrá tener lugar, y además, escapa de la tutela civil que ahora tratamos de proporcionar.

Pero lo cierto es que la mera enumeración de la resolución y la indemnización como remedios para el adquirente aparentan una sencillez que poco tiene que ver con la realidad⁽³⁵⁾. En el ámbito civil habrá que distinguir entre las relaciones contractuales, es decir, la responsabilidad del promotor en el marco del contrato de compraventa y la responsabilidad patrimonial de la Administración que ha concedido una licencia ilegal.

Por lo que se refiere a la responsabilidad del vendedor, generalmente el promotor de la edificación, podrían ejercitarse conjuntamente frente a él la acción de resolución del con-

(34) En el mismo sentido, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., cit., pendiente de publicación.

(35) También critican estas alternativas como posibles soluciones al problema REVUELTA PÉREZ, I. y NARBÓN LAINEZ, E., cit., p. 1628.

trato y la indemnización de los daños y perjuicios. La demolición del inmueble adquirido por existir una ilegalidad urbanística supone, para el comprador, la frustración del fin del contrato, lo que justifica el ejercicio de la acción de incumplimiento del art. 1101 CC y la resolución del contrato del art. 1124 CC⁽³⁶⁾. Pero para que prosperen estas acciones es necesario que el promotor sea consciente de la ilegalidad urbanística, y la prueba de este extremo no resulta nada fácil para el adquirente en los casos aquí estudiados, en que se ha concedido una licencia que posteriormente se declara ilegal, aun cuando el promotor pudiera tener conocimiento realmente de la infracción urbanística. En otros casos en que ha faltado la licencia, la exigencia de responsabilidad al promotor que ha ocultado este extremo al adquirente sí que ha presentado mayores probabilidades de éxito, apreciando incluso el error como vicio del consentimiento del adquirente como causa de anulación del contrato de compraventa⁽³⁷⁾.

Por otra parte, la resolución del contrato plantearía otras dificultades, porque comporta la restitución de las prestaciones, y difícilmente podrá el comprador restituir la construcción que ha sido derribada —recordemos que sólo puede ejercitar la acción civil cuando el daño ya se ha producido, es decir, tras la efectiva demolición—. En definitiva, en la práctica las posibilidades del adquirente se reconducirían siempre a la indemnización por daños y perjuicios.

Y en el caso de que nos encontremos ante un subadquirente, éste ni siquiera podrá ejercitar las acciones derivadas de los arts. 1101 y 1124 CC frente al promotor, porque no existirá entre él y el promotor un vínculo contractual. Podría dirigir estas acciones frente a su vendedor si éste tuviera conocimiento de la infracción urbanística, lo cual posiblemente plantee aún mayores dificultades probatorias que en la acción dirigida contra el promotor. Frente a este último sólo podría basar su pretensión en la genérica responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC, basada en la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad, con lo que se plantean obstáculos análogos a los indicados anteriormente en orden al éxito de la pretensión.

Además, el propio ejercicio de la acción plantea otro problema cuando nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual del promotor. Como hemos dicho, la acción sólo puede ejercitarse una vez que se ha producido el daño, es decir, una vez que se

(36) Así, por ejemplo, la STS (Sala 1.ª) de 22 de marzo de 1984 (La Ley 8693-JF/0000).

(37) La SAP de les Illes Balears, Sección 5.ª, de 18 de diciembre de 2008 (La Ley 317466/2008) apreció el error como vicio del consentimiento del comprador que ignoraba que la edificación carecía de licencia y que se había construido sobre suelo rústico. Respecto del error como vicio del consentimiento del comprador que ignora la existencia de limitaciones urbanísticas, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.ª, de 23 de octubre de 1999 (La Ley 145799/1999) exige que el vendedor haya ocultado maliciosamente la situación o condiciones urbanísticas de la finca objeto del contrato, y en el caso concreto no aprecia la existencia de vicio del consentimiento. La SAP de les Illes Balears, Sección 5.ª, de 22 de mayo de 2001 (La Ley 102715/2001) niega la existencia de error como vicio del consentimiento porque la compraventa se realizó antes de obtener la licencia y el comprador conocía esta circunstancia. No obstante, en el caso concreto se permitió resolver el contrato porque en éste se introdujo una cláusula resolutoria para el caso de ilegalidad urbanística y el adquirente no pudo obtener la licencia por darse esta circunstancia. Finalmente, la SAP de León, Sección 2.ª, de 22 de diciembre de 2008 (La Ley 269002/2008) recuerda que conforme al art. 18 de la Ley del Suelo, si en la compraventa no se hace constar que el terreno no es edificable o que está fuera de ordenación, el adquirente tendrá reconocida una facultad resolutoria del contrato y la indemnización de los daños y perjuicios. El vendedor tiene el deber de conocer estas circunstancias del inmueble y comunicárselas al comprador.

ha procedido a la demolición. Sin embargo, el plazo de ejercicio de la acción en estos casos es muy breve, de tan sólo un año, sin que quede muy claro en el art. 1968.2 el momento de inicio del cómputo, pues según la norma es «desde que lo supo el agraviado». La duda entonces radica en determinar cuándo se entiende que hay este conocimiento por parte del adquirente⁽³⁸⁾: ¿cuándo conoce la ilegalidad urbanística, cuándo ésta se declara en sentencia firme, o cuándo se procede al derribo del edificio? Y en cualquier caso de responsabilidad del promotor, habrá que acreditar en el proceso judicial que conocía o tenía motivos bastantes para conocer la infracción urbanística, lo cual no siempre será fácil para el adquirente, que ha permanecido al margen de las relaciones entre el promotor y la Administración que concedió la licencia ilegal.

En definitiva, la delimitación de los sujetos responsables no es tarea fácil. En todo caso, parece que habrá una responsabilidad patrimonial de la Administración⁽³⁹⁾, y puede que también sean responsables el promotor e incluso un vendedor distinto de éste si conocían o tenían motivos suficientes para conocer la ilegalidad de la licencia y no lo manifestaron. Y según el caso, la responsabilidad de estos sujetos será de naturaleza contractual o extracontractual. Ante esta diversidad en cuanto a los posibles responsables, pueden plantearse problemas de legitimación procesal y la solución de dirigir la demanda contra todos ellos se traduce en un notable incremento de las costas. Además, la necesidad de acreditar la culpa en las acciones contractuales y extracontractuales dificulta aún más el éxito de la pretensión.

En consecuencia, de acuerdo con los obstáculos que puede plantear para el adquirente la estimación de su pretensión frente al promotor u otro vendedor distinto de éste en caso de demolición del inmueble por ilegalidad de la licencia, parece que sería más favorable a sus intereses exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración que concedió una licencia ilegal. Y si fueran responsables la Administración autonómica y el Ayuntamiento, la responsabilidad de ambas habrá de ser solidaria cuando no se pueda determinar la participación de cada una de ellas en la producción del daño, tal y como se deriva del art. 140.2 de la Ley 30/1992.

En cualquier caso, y aun cuando prescindamos de la responsabilidad del promotor y nos centremos en la responsabilidad patrimonial de la Administración, la efectiva obtención de la indemnización encuentra otros obstáculos. Así, y como ya hemos anunciado, el adquirente no puede ejercitar la acción en tanto el daño no se haya producido de manera efectiva, es decir, una vez que se haya procedido a la demolición. Es decir, primero soporta la privación de su derecho de propiedad y posteriormente inicia otro proceso de resultado incierto en el que reclama el resarcimiento. Y aun entonces, después de seguir todo el procedimiento judicial y que se dicte una sentencia estimatoria de su pretensión, tampoco tiene la garantía de que vaya a obtener la indemnización porque puede ocurrir que los suje-

(38) En sentido parecido, RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y CASADO CASADO, B., cit., p. 5. Añade, además, respecto de la responsabilidad del promotor, que «mientras no exista una sentencia firme (penal) condenando tanto al responsable municipal como al empresario por la conducta que dio origen a las obras de esa promoción, no puede llegarse a la conclusión de que el daño (a los futuros compradores) era previsible y, por tanto, había incumplimiento imputable a la vendedora» (p. 8).

(39) En el mismo sentido, RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y CASADO CASADO, B., «Demolición de edificios por razones urbanísticas y sujetos responsables», *Diario La Ley*, núm. 6792, 3 de octubre de 2007, La Ley 5358/2007, p. 13.

tos responsables carezcan de patrimonio suficiente para hacer frente al pago. Y en la actual situación de crisis económica, este riesgo de insolvencia se hace extensivo de manera muy particular a las Administraciones locales.

Este problema de la tutela a los adquirentes de buena fe de los inmuebles cuya licencia es declarada ilegal comienza a despertar ciertas sensibilidades en los poderes públicos, así, en la Comunidad Autónoma de Cantabria se ha aprobado recientemente la Ley 2/2001, de 4 de abril, por la que se modifica la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística. El propio Preámbulo de la Ley destaca las negativas consecuencias que acarrea para los terceros adquirentes de buena fe de los inmuebles que son objeto de demolición por infracción urbanística, e indica que aquéllos, «habiendo sido ajenos, normalmente, a la comisión de la infracción, de la que suelen tener noticia posteriormente, se ven privados de uno de los más relevantes bienes de su patrimonio, en ocasiones afectado al pago de un préstamo que habrán de afrontar en todo caso sin poder disfrutar del inmueble. Estas consecuencias se tornan más gravosas cuando en el inmueble que hay que demoler el propietario tiene su vivienda habitual».

Con el fin de mitigar las graves consecuencias que se derivan para los adquirentes en estos casos, la ley adopta básicamente dos medidas. En primer lugar, se impone a los Servicios Jurídicos de la Administración Autonómica la obligación de promover la publicidad registral de los procedimientos en que se impugnen actos de naturaleza urbanística cuando se advierta que pueden derivarse perjuicios para terceros. Esta medida incide directamente sobre la seguridad al tráfico jurídico inmobiliario proporcionada a través del Registro de la Propiedad. Por tanto, nos referiremos a esta cuestión en páginas posteriores, al tratar los aspectos registrales.

En segundo lugar, el art. 2 de la ley, por el que se introduce la disposición adicional sexta de la Ley de Cantabria 2/2001, reconoce que en los casos de demolición de edificios adquiridos por terceros de buena fe se deriva la responsabilidad patrimonial de la Administración, en cuanto que se trata de una lesión que sufren los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en materia urbanística. En estos casos, la ley trata de garantizar a los propietarios la indemnización del perjuicio patrimonial con carácter previo al efectivo derribo del inmueble. De este modo, aunque el daño sólo se verifica una vez que se ha procedido a la demolición, ya no es necesario que el perjudicado tenga que esperar a verse privado del inmueble para reclamar la indemnización. En estos casos, desde el momento en que se tenga conocimiento fehaciente de la existencia de una resolución judicial o administrativa firme y definitiva que establezca la obligación de derribar, se deberá iniciar el procedimiento para pedir la indemnización, y se puede fijar la cuantía de ésta aun antes de la efectiva demolición, aunque no se procederá al pago de la indemnización en tanto el inmueble no se ponga a disposición de la Administración encargada del derribo. Además, se acota temporalmente este procedimiento para determinar la responsabilidad, que no puede exceder de seis meses desde que se inicie, y en el plazo de tres meses desde que termine este procedimiento, la Administración debe poner a disposición del perjudicado esta indemnización. Sólo a partir de este momento se podrá proceder a la demolición.

La medida adoptada por el legislador de Cantabria con relación a la indemnización es, sin duda, loable, pero tal vez su articulación práctica no conduzca a los resultados

esperados. La demolición del inmueble y la indemnización quedan condicionadas recíprocamente con el fin de garantizar que no se lleve a cabo el derribo en tanto no esté asegurado que los adquirentes de buena fe van a percibir la indemnización. Y además, se acota temporalmente el procedimiento para determinar la responsabilidad de la Administración y el plazo para poner a disposición del perjudicado la indemnización. El problema surge cuando la Administración, generalmente los Ayuntamientos, no puedan hacer frente al pago de la indemnización, y esto hoy en día parece bastante probable, habida cuenta de los numerosos casos de licencias ilegales y la precaria situación económica de muchas Administraciones locales. El resultado entonces sería que, al no poder hacerse frente a tantas indemnizaciones, tampoco se procedería a la demolición, truncándose las expectativas de restablecimiento de la legalidad urbanística que subyacen a la impugnación de la licencia. En definitiva, esta Ley podría traducirse en el mantenimiento de las ilegalidades urbanísticas por falta de recursos económicos para indemnizar.

Otro posible problema radica en que la Ley se refiere únicamente al procedimiento seguido en vía administrativa para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero no al procedimiento judicial. Y es posible que la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo no sea satisfactoria para el tercero adquirente de buena fe, que tendrá que acudir a la vía judicial reclamando la indemnización que estima adecuada. Pero ahora ya parece que podría procederse a la demolición antes de que se ponga fin a la vía judicial, siempre que la Administración haya puesto a disposición del adquirente la indemnización que resulte del procedimiento administrativo.

En definitiva, y aunque la indemnización parece ser la vía a través de la cual se repararían los perjuicios que sufren los adquirentes de buena fe cuando su inmueble es derribado por una ilegalidad urbanística, la efectividad de esta indemnización resulta problemática incluso en los casos en que el legislador ha tratado expresamente de garantizarla. Veamos a continuación en qué medida podría contribuir el Registro de la Propiedad a solventar estos casos de ilegalidad de las licencias urbanísticas.

3. El problema desde la perspectiva registral y la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario

Desde el punto de vista del Derecho urbanístico, la seguridad jurídica exige que las normas urbanísticas sean observadas y que no se admitan edificaciones ilegales, las cuales han de demolerse para lograr el restablecimiento de la legalidad urbanística. Pero la seguridad jurídica genéricamente entendida no termina ahí, sino que es un concepto poliédrico que admite otros planteamientos y conduce a soluciones distintas en algunos supuestos. Así, en términos generales la seguridad jurídica fundamenta también que el ejercicio de las acciones se encuentre sujeto a un plazo, que según los casos puede ser de prescripción o de caducidad, y más allá del cual no es posible formular una reclamación. En el ámbito del urbanismo también se proyecta esta faceta de la seguridad jurídica, que impide ejercitar la acción restauradora de la legalidad urbanística una vez que ha caducado la acción⁽⁴⁰⁾.

(40) En la misma línea, VILLANUEVA LÓPEZ, A., «A vueltas con la restauración de la legalidad urbanística: especial referencia a la caducidad de la acción y sus consecuencias», *Práctica Urbanística*, núm. 96, La Ley 9307/2010, pp. 9 y 10; REVUELTA PÉREZ, I. y NARBÓN LAINEZ, E., cit., p. 1634.

En tales supuestos, no es posible por tanto la demolición del edificio, es decir, el edificio subsistirá dentro de su plazo normal de vida y se prohíben las obras de consolidación que alargarían la vida de la construcción más allá de lo razonable⁽⁴¹⁾. No obstante, se admiten excepciones a estos supuestos y así, como consecuencia del especial interés protegido por las normas urbanísticas, hay casos en que la Administración puede iniciar el procedimiento más allá del transcurso del plazo, para proteger suelos y espacios de especial interés.

Pues bien, del mismo modo que en casos de caducidad de la acción no es posible la demolición del edificio, por colisionar ésta con otros preceptos del ordenamiento que se fundamentan en razones de seguridad jurídica, podemos plantearnos ahora si la demolición podría ceder también en otros casos en que está en juego también este valor supremo del ordenamiento jurídico, aunque entendido desde una perspectiva diferente. Concretamente, se trataría de sopesar si la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario puede configurarse como un obstáculo para la demolición en los casos en que el propietario de una vivienda la haya adquirido siguiendo el procedimiento legalmente establecido, confiado en la publicidad registral, que alcanza también a la concesión de la licencia urbanística que posteriormente resultará ser ilegal, pero cuya contravención del ordenamiento jurídico en modo alguno se adivina a partir de la apariencia generada con el Registro. Es decir, se trataría de un adquirente que reúna los requisitos del tercero hipotecario protegido por el art. 34 LH. Pero además, en muchos casos este adquirente de buena fe y a título oneroso que confía en lo publicado por el Registro de la Propiedad e inscribe su derecho estará adquiriendo su vivienda, que es un bien de carácter esencial y que merece por tanto una protección especial por la importante función que cumple para cubrir las necesidades más básicas de las personas.

En este sentido, es de destacar que en muchos casos, cuando el tercero adquiere su vivienda, ya se ha impugnado la licencia, pero esta circunstancia no constaba en el Registro de la Propiedad hasta la modificación de la Ley del Suelo operada por el Real Decreto-ley 8/2011. Sin embargo, en éste sí que se publicaba el otorgamiento de la referida licencia, lo que llevaba a un desajuste o descoordinación entre la verdadera situación urbanística del edificio y la publicidad registral que se hace de ella, creando una especie de espejismo registral de cumplimiento de la legalidad urbanística cuando ésta está en tela de juicio o que ahora, tras el citado Real Decrero-ley, se trata de atajar.

Un estudio dirigido a profundizar en el valor del art. 34 LH va en la línea del informe Auken cuando alude a la necesidad de revisar la legislación española para proteger los derechos de los particulares. Tal afirmación puede entenderse como una reinterpretación de las normas y la adopción de algunas medidas de carácter normativo que expondremos en páginas sucesivas.

A) *La función del Registro de la Propiedad en el Derecho español*

El Registro de la Propiedad está dirigido hacia la publicidad de los derechos reales sobre bienes inmuebles con el fin de dotar de seguridad jurídica al tráfico inmobiliario, y arti-

(41) Y lo que es más, tras el Real Decreto-ley 8/2011, se admite incluso, mediante la modificación del art. 20 de la Ley del Suelo, la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad los edificios que se encuentran fuera de ordenación.

cula una serie de medidas a tal fin cuya última consecuencia es el efecto de la fe pública registral. En virtud de esta última se establece una presunción *iuris et de iure* de que lo publicado en el registro se corresponde con la realidad jurídica, pero tal consecuencia extrema sólo se da de manera excepcional y bajo determinados presupuestos para evitar que el Registro produzca unos efectos contrarios a los perseguidos. Si la fe pública registral jugara de manera habitual en el tráfico jurídico, las excepciones al régimen jurídico general se harían muy frecuentes en detrimento del respeto de las normas de nuestro ordenamiento y afectando muy seriamente a la seguridad jurídica, que es precisamente lo que el Registro de la Propiedad trata de proteger. Por eso la fe pública registral sólo puede jugar bajo los estrictos presupuestos que marca el art. 34 LH.

De este modo, las inscripciones se practican en el Registro a partir de la calificación registral de los documentos presentados. Estas inscripciones gozan de las presunciones de exactitud registral y de legitimación (art. 38 LH) y, en base a ello, quien adquiera a título oneroso y de buena fe, es decir, confiando en lo que publica el Registro de la Propiedad, será mantenido en su adquisición desde el momento en que él inscriba a su vez su derecho, aun cuando posteriormente se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de causas que no consten en el Registro (art. 34 LH). Sólo bajo estos presupuestos puede darse el efecto de fe pública registral.

En los últimos tiempos, la jurisprudencia ha ampliado el ámbito de aplicación del art. 34 LH, equiparando a efectos de protección del tercer adquirente los casos de doble venta y de venta de cosa ajena⁽⁴²⁾, así como la venta en pública subasta⁽⁴³⁾. Pero teniendo en cuenta las razones que fundamentan la fe pública registral, que básicamente pueden concretarse en la necesidad de proteger a quien confía en lo publicado por el Registro, como exigencia necesaria de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, parece que la dimensión del art. 34 LH debería cobrar una mayor dimensión en consonancia con la cada vez mayor publicidad derivada del Registro.

En la medida en que se amplía la publicidad del Registro, se extiende también el ámbito de la presunción de exactitud registral. El art. 38 LH establece que «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo». Por tanto, toda la información que proporcione el asiento con relación al derecho inscrito se presume exacta. Se trata de una presunción *iuris tantum*, pero si un tercero adquiriese este derecho en los términos del art. 34 LH, la presunción se convertiría en inatacable.

B) El Registro de la Propiedad y la legalidad urbanística

Teniendo en cuenta los planteamientos anteriores, ocurre en la actualidad y desde hace más de una década que ciertas cuestiones urbanísticas acceden al Registro de la Propiedad de acuerdo con lo establecido en el RD 1093/1997. Sobre estos extremos se despliega entonces la presunción de exactitud registral y podría llegar a producirse el efecto de fe pública

(42) STS (Sala 1.ª) de 5 de marzo de 2007 (La Ley 4471/2007).

(43) STS (Sala 1.ª) de 7 de septiembre de 2007 (La Ley 125166/2007).

registral. Sin embargo, como hemos visto con relación a la licencia que posteriormente se declara ilegal, existe una fuerte reticencia de nuestros tribunales contencioso-administrativos a admitir el juego de los efectos registrales a pesar de que la licencia haya accedido al Registro generando una apariencia de legalidad urbanística del inmueble y una confianza en los terceros adquirentes. Sostiene la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, como ya hemos tenido ocasión de reflejar en páginas anteriores, y de un modo un tanto artificioso a mi juicio, que en estos casos el objeto del derecho ha de desaparecer sin quedar protegido por el art. 34 LH, porque éste protege el derecho pero no la pervivencia de la cosa⁽⁴⁴⁾.

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial parece desconocer el verdadero significado de la fe pública registral. Es posible que el derecho de propiedad sobre el inmueble no pueda reconocerse jurídicamente, es decir, no exista en realidad porque la licencia urbanística es ilegal. Sin embargo, una vez que se ha concedido la licencia (aunque sea ilegal), el derecho sobre la edificación puede inscribirse en el Registro y circular en el tráfico jurídico, generando una apariencia de legalidad y suscitando confianza en posibles terceros adquirentes. No obstante, la licencia se puede impugnar y el derecho de propiedad inscrito se puede atacar, porque respecto de éste hay únicamente una presunción *iuris tantum* de exactitud registral. Sin embargo, si nada advierte el Registro sobre la eventual ilegalidad de la licencia y en este estado de cosas adquiere el derecho de propiedad un tercero con los requisitos del art. 34 LH, su posición deviene inatacable «aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante»⁽⁴⁵⁾. Es lo que en el Derecho anglosajón se conoce como efecto telón o efecto cortina, a partir de la inscripción del tercero hipotecario cae el telón o se cierra la cortina y todo lo que pueda haber por detrás de ésta no le afecta. Tal planteamiento impide que pueda operar aquí el principio de subrogación urbanística, invocado por los órganos judiciales contencioso-administrativos y reconocido por el art. 19.1 del texto refundido de la Ley del Suelo⁽⁴⁶⁾. Además, a partir de este efecto registral nace la idea de la intervención del Estado en la creación de los derechos reales⁽⁴⁷⁾. Es la fuerza del Estado la que lleva a reconocer como válido un derecho de propiedad que en principio no lo es, sobre la base de la calificación registral y los efectos derivados del Registro de la Propiedad. Lo

(44) Así, las SSTs (Sala 3.^a, Sección 5.^a) de 29 de diciembre de 2010 (La Ley 217776/2010), 29 de abril de 2009 (La Ley 58399/2009), 4 de febrero de 2009 (La Ley 14506/2009), 9 de julio de 2007 (La Ley 79397/2007), 6 de febrero de 2007 (La Ley 1589/2007), 9 de noviembre de 2006 (La Ley 160607/2006), 26 de septiembre de 2006 (La Ley 119633/2006), 12 de mayo de 2006 (La Ley 57549/2006). También las SSTSJ de Andalucía de Granada (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.^a) de 18 de mayo de 2009 (La Ley 181970/2009) y 30 de junio de 2008 (La Ley 210012/2008), STSJ de Castilla y León de Burgos (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.^a) de 29 de mayo de 2008 (La Ley 80315/2008) y STSJ de Galicia (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a) de 24 de septiembre de 2009 (La Ley 209286/2009).

(45) En términos parecidos, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., cit., pendiente de publicación, que insiste en que la anulación o resolución a las que alude el art. 34 LH no tienen por qué limitarse a la perspectiva contractual.

(46) De acuerdo con el art. 19.1, «la transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real».

(47) Sobre esta cuestión, *cfr.* ampliamente MÉNDEZ GONZÁLEZ, F., *De la publicidad contractual a la titularidad registral*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, y en «Estado, propiedad, mercado», *RCDI*, núm. 708, 2008.

que significa el art. 34 LH es que en aras de la seguridad del tráfico jurídico, se mantiene al tercero hipotecario en su titularidad a pesar de que exista algún vicio o defecto que en principio anule su derecho, y la fuerza para mantener su titularidad emana directamente del propio Registro de la Propiedad y sus mecanismos de control y publicidad, que generan confianza en las transacciones inmobiliarias. Y es imprescindible proteger esa confianza para proporcionar seguridad en el tráfico inmobiliario.

Estos razonamientos son los que justifican que en ocasiones se imponga el art. 34 LH como excepción frente a las consecuencias jurídicas que en principio deberían derivarse ante ciertas situaciones. Así, en los casos de rescisión de los contratos no procede la restitución de la cosa si ésta se encuentra en poder de un tercero protegido por el Registro, y de igual modo ocurre cuando ha de restituirse la cosa que se sustrajo mediante una conducta constitutiva de delito⁽⁴⁸⁾. Es decir, incluso el Derecho penal llega a ceder por el juego del art. 34 LH, y tal vez debiera entenderse lo mismo para el Derecho urbanístico cuando excepcionalmente concurren las circunstancias que justifican la situación inatacable del tercer adquirente de buena fe. Y en estos casos, la ejecución de la sentencia se realiza en forma sustitutoria para conciliar los intereses del tercero hipotecario y el derecho a la tutela judicial efectiva de quien ha visto lesionado su derecho como consecuencia del art. 34 LH.

Pero el problema que plantea admitir la protección del tercero hipotecario por la apariencia de legalidad urbanística derivada de la publicidad de la licencia en el Registro de la Propiedad y considerar estos casos como un supuesto de imposibilidad legal de ejecutar las sentencias en sus propios términos radicaría en que habría que tolerar las infracciones urbanísticas y, siendo esto así, las normas de Derecho urbanístico devendrían ineficaces. No obstante, lo cierto es que ya existen otros supuestos en los que, ante la colisión entre la seguridad jurídica y la legalidad urbanística, se impone la primera y la ejecución de la sentencia se lleva a cabo en forma sustitutoria. Así ocurre cuando caduca la acción para impugnar la licencia, como hemos visto anteriormente. La pregunta entonces sería si, de acuerdo con las ideas precedentes, debería entenderse también que en el caso del tercero adquirente de buena fe cuya licencia sea declarada ilegal, la ejecución de la sentencia que declara la ilegalidad de la licencia deba ejecutarse de forma sustitutoria por imponerse el art. 34 LH o si esta sentencia debe ejecutarse en sus propios términos.

C) *El art. 34 LH y las licencias ilegales: obstáculos y soluciones*

Admitir la preeminencia del art. 34 LH sobre la legalidad urbanística, hasta fechas muy recientes, sería problemático. La publicidad de las cuestiones urbanísticas a través del Registro de la Propiedad no se ha articulado correctamente⁽⁴⁹⁾ hasta la modificación de la Ley del Suelo por el Real Decreto-ley 8/2011, y la falta de una información registral que de manera generalizada sea fiable y exacta en materia urbanística desembocaría en una continua aplicación de la presunción *iuris et de iure* del art. 34 LH, lo que dejaría seriamente en entredicho la eficacia del Derecho urbanístico. La sistemática aplicación del art. 34 LH provocaría que la realidad urbana, de manera frecuente, se alejara de las normas urbanís-

(48) Así lo han apuntado ya REVUELTA PÉREZ, I. y NARBÓN LAINEZ, E., cit., pp. 1636 y ss.

(49) En el mismo sentido, REVUELTA PÉREZ, I. y NARBÓN LAINEZ, E., cit., pp. 1608 y ss.

ticas y se tendrían por buenas o conforme a Derecho edificaciones que en realidad no lo son, y esto de forma habitual, con el grave perjuicio que ello supondría para los valores e intereses tutelados desde el Derecho urbanístico. Sin embargo, si tras el Real Decreto-ley 8/2011 resulta preceptivo anotar preventivamente la incoación del expediente de disciplina urbanística, las cosas pueden adquirir un cariz diferente porque se reducen los casos en que el adquirente reúne los requisitos del art. 34 LH.

Un sistema jurídico que admita la fe pública registral sólo puede conducir a resultados satisfactorios cuando la aplicación de este principio se produzca de manera excepcional. El efecto de fe pública registral constituye una alteración de las consecuencias normales previstas para un determinado supuesto por parte del ordenamiento jurídico, y se admite en aras de la seguridad jurídica porque, en tales casos, esta última se presenta como el interés más digno de protección. Pero una aplicación generalizada de la fe pública registral supondría una constante excepcionalidad al régimen jurídico ordinario, poniendo en entredicho la eficacia de éste, y podría desembocar, además, en una inseguridad contraria a los fines perseguidos por el art. 34 LH.

En la actualidad, la anulación de licencias urbanísticas no se puede decir que sea un hecho esporádico o excepcional, sino que más bien presenta cierta habitualidad. Y además, es muy frecuente que cuando se declare la ilegalidad de la licencia mediante resolución firme, el inmueble haya sido adquirido por uno o varios terceros, porque lo habitual en nuestro país es la promoción de edificios para su puesta en el mercado. En tanto la anotación preventiva de la incoación del expediente de disciplina urbanística no resultaba preceptivo, admitir genéricamente la aplicación del art. 34 LH sobre la demolición del edificio para proteger la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario frente al restablecimiento de la legalidad urbanística comportaría un grave coste desde el Derecho urbanístico difícil de asumir y de aceptar. Y de ahí tal vez la reacia postura que ha venido manteniendo la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en relación con la protección del tercero hipotecario. Además, como ya se ha apuntado en páginas anteriores, la doctrina constitucional sobre la ejecución de las sentencias como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE sostiene que «sólo de forma excepcional, cuando, en los términos previstos legalmente, concurren circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificadas, cabe inexecutar o suspender su cumplimiento»⁽⁵⁰⁾. Siendo esto así, pueden comprenderse fácilmente las dificultades para admitir hasta fechas muy recientes en nuestro sistema jurídico que el art. 34 LH constituya un caso de imposibilidad legal para ejecutar una sentencia que ordene la demolición de un edificio o parte de éste por ilegalidad de la licencia.

Pero además, estos planteamientos resultan conformes con el enfoque que ha de hacerse desde el Derecho registral. El Registro de la Propiedad funciona de forma coherente y conduce a resultados satisfactorios cuando existe una relación directa entre el grado de control de entrada de los documentos y los efectos que se derivan del Registro. Así, basta con comparar un registro de derechos y un registro de documentos. El primero está sujeto a un rígido control de entrada a través de la calificación, pero al mismo tiempo, una vez inscrito un derecho producirá el efecto de fe pública registral. El registro de documentos es mucho más flexible en cuanto al acceso de los documentos, pero sus efectos nunca van más

(50) STC 22/2009, de 26 de enero (La Ley 1145/2009).

allá de la oponibilidad; admitir la fe pública registral en este tipo de registros conduciría a resultados catastróficos.

De acuerdo con este planteamiento, el primer problema que nos hemos venido encontrando en relación con las licencias urbanísticas consiste en que su calificación registral es limitada como consecuencia de la presunción de legalidad de la actuación de la Administración, y sin embargo, los efectos del art. 34 LH son demasiado fuertes en comparación con esta limitada calificación. Hay un desajuste en la idea de que a mayor control de entrada, mayores efectos derivados del Registro: la licencia escapa de la calificación del Registrador porque excede de sus funciones, al tratarse de un documento administrativo, pero al mismo tiempo, esta licencia se concede siguiendo un procedimiento que no garantiza de manera suficiente el respeto de la legalidad⁽⁵¹⁾. En este sentido, recordemos que el informe Auken critica la falta de control del proceso urbanizador en España. En realidad, el elemento distorsionador del sistema es la presunción de legalidad de la actuación de la Administración (art. 57 de la Ley 30/1992), presunción que impone la ley pero que en el ámbito urbanístico parece estar dudosamente fundada a la vista del actual panorama del urbanismo español. Además, ocurre que cuando la licencia accede al Registro de la Propiedad aún es susceptible de recurso, a diferencia de lo que sucede con las resoluciones judiciales, en las que la calificación registral también es limitada pero sólo se inscriben una vez firmes. No obstante, tampoco parece que fuera razonable dilatar el acceso de la licencia hasta que adquiera firmeza, porque no hay certeza de que vaya a ser impugnada y una dilación de este tipo entorpecería el sistema⁽⁵²⁾. En definitiva, la presunción de legalidad de los actos administrativos provoca que las licencias accedan fácilmente al Registro de la Propiedad antes de adquirir firmeza, pero no es extraño que posteriormente se declare su ilegalidad. Y cuando esto ocurre, imponer el derribo incluso frente al tercero hipotecario es una consecuencia demoledora que atenta directamente contra la seguridad jurídica inmobiliaria y también contra el principio de la confianza legítima⁽⁵³⁾. Pero la solución contraria, es decir, ceder ante estos principios y mantener el edificio ilegal es difícilmente aceptable desde el Derecho urbanístico, habida cuenta del alto número de supuestos en que se da esta situación.

Por tanto, una primera cuestión que habría que revisar, tal vez, es el propio régimen del Derecho urbanístico en relación con la actuación de la Administración que concede la licencia, porque no parece razonable atribuirle una serie de privilegios como la presunción de legalidad de su actuación y al mismo tiempo no canalizar mecanismos en los que pueda fundamentarse tal presunción. En esta línea, nos situaríamos en la dirección apuntada por el informe Auken cuando denuncia la falta de control del proceso urbanizador español y apunta la conveniencia de revisar la legislación para proteger los derechos de los particulares.

Pero más allá de este primer momento de otorgamiento de la licencia, cuyas reglas quizá haya que someter a revisión, es imprescindible además que todas las incidencias sobre la eventual ilegalidad de la licencia accedan al Registro de la Propiedad. A esta

(51) En relación con esta cuestión, puede tenerse en cuenta además la falta de medios materiales y humanos para la correcta aplicación de las normas urbanísticas, que conduce a la masificación de edificaciones ilegales, según apunta VILLANUEVA LÓPEZ, A., cit., p. 11.

(52) Así lo apunta GUILARTE GUTIÉRREZ, V., cit., pendiente de publicación.

(53) Sobre esta cuestión, REVUELTA PÉREZ, I. y NARBÓN LAINEZ, E., cit., pp. 1611 y ss.

cuestión, precisamente, ha tratado de dar respuesta la reciente modificación del art. 51 de la Ley del Suelo, estableciendo que, con carácter obligatorio y no meramente potestativo, se practique una anotación preventiva de la interposición del recurso administrativo por el que se pretenda anular la licencia, enervando así los efectos del principio de fe pública registral, aunque sólo respecto de los adquirentes posteriores a la práctica de la anotación⁽⁵⁴⁾. De este modo se reducen los supuestos de aplicación del art. 34 LH, que, como hemos visto, sólo debe entrar en juego de modo excepcional, y tal vez así no se producirá tanto rechazo a la admisibilidad de la fe pública registral en este terreno, porque tendría mucho más acotado su ámbito de aplicación. Desde el momento en que mediante una anotación preventiva o nota marginal se hace constar en el Registro que se está discutiendo la legalidad de la licencia, se da publicidad de este extremo *erga omnes*, y a partir de entonces, la posibilidad de que un adquirente sea de buena fe se desvanece, con lo que cesa la aplicación del art. 34 LH frente a futuros compradores del inmueble. La tutela de este precepto queda reducida entonces a aquellos que hayan inscrito su derecho antes de que acceda al Registro el primer recurso contra la licencia. Y tengamos en cuenta que en los casos de compraventa sobre plano, la protección queda limitada, pues conforme al art. 51 del RD 1093/1997, «cuando en el asiento no constare la terminación de la obra nueva, los títulos que tengan por objeto el edificio o alguno de sus pisos o locales se inscribirán con la descripción resultante de aquél, haciendo constar el Registrador en la nota de despacho que la obra está pendiente de que se practique la nota registral de su finalización, único medio de dar publicidad *erga omnes* del cumplimiento de lo prevenido en la licencia correspondiente». Por tanto, sólo serán terceros del art. 34 LH los adquirentes inscritos tras la finalización de la obra si en este momento no constase en el Registro ninguna incidencia sobre la legalidad de la licencia y hasta que se practique la anotación preventiva del recurso administrativo.

Esta cuestión también se ha tratado de atender desde la Comunidad Autónoma de Cantabria con la Ley 2/2011, de 4 de abril. Con el fin de mitigar las graves consecuencias que se derivan para los adquirentes de buena fe que confían en la publicidad del Registro, la ley modifica el art. 258.2 de la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria. De acuerdo con el actual tenor literal de la norma, se impone a los Servicios Jurídicos de la Administración Autonómica, en aquellos procesos en que se enjuicien actos de naturaleza urbanística y sea parte la Administración Autonómica, la obligación de solicitar al órgano judicial que adopte las medidas cautelares dirigidas a dar publicidad registral del procedimiento, siempre que se advierta que pueden derivarse perjuicios para terceros. Frente a la modificación operada a nivel nacional, aquí se limita la publicidad al momento en que se llega a la vía judicial, sin alcanzar a la vía administrativa que le habrá precedido. Afortunadamente, la posterior modificación del art. 51 de la Ley del Suelo subsana esta carencia, y además lo hace para todo el territorio español.

(54) Apunta la posibilidad de anotar preventivamente el recurso, aunque con un diferente entendimiento respecto de su incidencia sobre la fe pública registral MENÉNDEZ PÉREZ, S., «De nuevo sobre la ejecución de sentencias en materia urbanística. La salvaguarda de los intereses de los adquirentes de las viviendas de un edificio ilegalmente construido», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 10, p. 123. También sobre esta cuestión, *cfr.* ampliamente, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *cit.*, pendiente de publicación.

PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO FRENTE A LA DEMOLICIÓN DEL EDIFICIO

Con esta medida se trata de dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico inmobiliario, dado que el Registro de la Propiedad no sólo publicará que se ha concedido una licencia, sino también, en su caso, que su legalidad se está cuestionando en vía administrativa o en un procedimiento judicial, lo que sirve de advertencia para los terceros que quieran adquirir el inmueble. A quienes no puede proteger esta anotación preventiva es a los adquirentes que ya han inscrito su derecho en el Registro cuando se practique la anotación, pero al menos, con este asiento, se evita que se produzcan perjuicios para nuevos adquirentes de buena fe, con lo que se reduce el margen de terceros perjudicados.

Aunque no se contempla en la reciente modificación legal, hubiera sido deseable que la práctica de la anotación preventiva fuera acompañada de una comunicación al titular registral para que tenga conocimiento del procedimiento en el que se discute la legalidad de la licencia y pueda participar en éste en defensa de su derecho de propiedad, tal y como se viene reclamando para evitar situaciones de indefensión, y solicitando además, en su caso, la indemnización por derribo, con lo que se conseguiría que el resarcimiento fuera anterior o coetáneo a la demolición, tal y como se apunta en el informe Auken.

En contra de las medidas dirigidas a dar publicidad del procedimiento en que se discute la legalidad de la licencia se podría esgrimir, y así se ha hecho en alguna ocasión, el perjuicio que se derivaría para los promotores con la publicidad registral del procedimiento en el que se discute la legalidad de la licencia, porque a partir de la práctica del asiento, difícilmente lograrían vender una sola vivienda. Sin embargo, a mi juicio, resulta sorprendente que el interés del promotor en enajenar unas viviendas cuya ilegalidad urbanística puede llegar a sospechar él mismo en más de una ocasión —si no es cómplice de la ella— se pueda imponer sobre la tutela a los particulares que adquieren de buena fe un bien esencial como es su vivienda, a cambio de un préstamo hipotecario al que tendrán que hacer frente durante treinta años. Préstamo que, por otra parte, tendrán que devolver incluso en el caso de derribo del edificio por ilegalidad de la licencia. Creo que ante la disyuntiva de tutelar al promotor o a los terceros adquirentes, ciudadanos particulares que muchas veces reunirán además la condición de consumidores, debe primar la protección a estos últimos, y en este sentido, es acertada la reforma del art. 51 de la Ley del Suelo y debería traducirse en una mayor disponibilidad hacia la aplicación del art. 34 LH cuando se den los requisitos para ello. Pero además, esta solución puede llegar a favorecer un cambio en la actitud de los profesionales de la promoción inmobiliaria. Ante las perjudiciales consecuencias que se derivarían en caso de cuestionarse la legalidad de la licencia, puede que muestren un mayor interés en que ésta se ajuste a las prescripciones del Derecho urbanístico. Por el contrario, hasta la fecha, los problemas de demolición se han producido muchas veces cuando ellos ya han enajenado los inmuebles y obtenido su ganancia, y muchas veces salen indemnes tras la declaración de ilegalidad de la licencia y derribo del edificio, siendo las únicas víctimas del sistema los terceros adquirentes, que nada han tenido que ver con que la edificación sea ilegal y, es más, han confiado en que no lo era porque el Registro de la Propiedad así lo publicaba. La conjunción del beneficio económico de los promotores y su indemnidad en caso de infracción urbanística explican en gran medida el actual panorama, por lo que no debe ser un obstáculo para admitir la anotación preventiva el perjuicio económico que puede acarrear ésta para los promotores inmobiliarios. Un cambio en las consecuencias de la infracción urbanística provocará, muy probablemente, una mayor diligencia de éstos en el cumplimiento de la legalidad.

En relación con esta cuestión merecen reflejarse aquí los pronunciamientos contenidos en la STSJ de Galicia (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a) de 24 de septiembre de 2009⁽⁵⁵⁾ con relación a la práctica de una anotación preventiva que advierta de la existencia de un procedimiento judicial sobre la eventual ilegalidad de la licencia: «“Mas reconozcamos también que las ya numerosas dificultades que a la hora de la práctica de la demolición de un inmueble se presentan, se elevan en gran medida cuando se trata de un edificio como el de autos (con 28 viviendas, plazas de garaje, trasteros, bajo comercial) y se multiplican cuando es ocupado por inquilinos o propietarios que fijan en las viviendas su domicilio o simplemente su residencia...”», por lo que aplicando idéntico criterio, ha de concluirse que, ponderando los intereses en conflicto, ha de otorgarse preferencia a los beneficiosos efectos que se derivan de la publicidad registral, que permitirá que los futuros compradores conozcan la impugnación de la licencia frente a la posible retracción que puedan experimentar estos últimos, en perjuicio de los intereses del promotor, cuando la anotación, por sí misma, no impide el tráfico inmobiliario sino que lo dota de mayores garantías, sin que la circunstancia de que actualmente se encuentren vendidos e inscritos la práctica totalidad de las viviendas, 75 de un total de 76, pueda impedir la práctica de la anotación, cuando la misma habría de permitir que no se multipliquen los posibles afectados por una eventual sentencia anulatoria de la licencia impugnada».

En definitiva, a través de estos cambios se debería modificar la panorámica en la que entra en juego el art. 34 LH porque se reduce notablemente su ámbito de aplicación, lo que permitiría conciliar los intereses entre la seguridad jurídica inmobiliaria y la legalidad urbanística. La demolición sólo debería proceder cuando no haya un tercer adquirente de buena fe, y a través de la anotación preventiva de la incoación del expediente de disciplina urbanística, se limitan los casos en que el tercero sea de buena fe. Y cuando concurren los presupuestos del art. 34 LH, lo que ya no será tan habitual, debería entenderse que nos encontramos ante un supuesto de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia⁽⁵⁶⁾, de manera que el derribo tendría que ceder frente a la protección del tercero hipotecario. Insistimos en que, los casos en que entraría en juego el art. 34 LH serían excepcionales, y con ello se reducirían notablemente los supuestos en que la ilegalidad urbanística tendría que ser mantenida. Siendo menos habituales los casos en que entrara en aplicación el art. 34 LH, se haría posible el restablecimiento de la legalidad urbanística a través del derribo, pues esto podría tener lugar en todos aquellos supuestos en que no opere la fe pública registral. Y por otra parte, al reducirse los supuestos de fe pública registral gracias a una publicidad más exacta de las cuestiones urbanísticas, se produce también un efecto beneficioso para la Administración: si quien adquiere el inmueble conoce la dudosa legalidad de la licencia, se desvanece el principio de confianza legítima, y no parece que pudiera exigirse entonces responsabilidad patrimonial a la Administración. En último término, con este planteamiento

(55) La Ley 209286/2009. En sentido parecido, la STSJ de Galicia (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a) de 26 de febrero de 2009 (La Ley 31452/2009). Indudablemente, como la anotación preventiva puede ocasionar perjuicios, especialmente si en el procedimiento se resuelve que la licencia se ajusta a la legalidad, es posible supeditar la práctica de la anotación a la prestación de un aval. Así sucedió en la Sentencia citada de 26 de febrero de 2009, fijando su cuantía en atención al presupuesto de ejecución material de la obra, pero no se exigió en la Sentencia de 24 de septiembre de 2009.

(56) En el mismo sentido, REVUELTA PÉREZ, I. y NARBÓN LAINEZ, E., cit., p. 1640.

to, las perjudiciales consecuencias que se derivan de la ilegalidad urbanística —el derribo del inmueble— se proyectarían básicamente sobre los promotores, y sólo cuando no hayan tenido nada que ver con la ilegalidad de la licencia podrán obtener el correspondiente resarcimiento de los perjuicios a través de la responsabilidad patrimonial de la Administración que concedió aquella licencia ilegal.

Este entendimiento de las cosas podría plantear cierta resistencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando la infracción urbanística atente contra intereses superiores como el medio ambiente o el patrimonio histórico-artístico. Difícilmente en estos casos se podría aceptar la protección del adquirente a través del art. 34 LH frente al restablecimiento de la legalidad urbanística, que los tribunales tratarían de imponer en contra de la fe pública registral. Pero lo cierto es que, muy probablemente, en estos casos haya de imponerse el derribo sin llegar a entrar en contradicción con la seguridad jurídica inmobiliaria. El art. 34 LH exige buena fe al tercer adquirente, pero esta buena fe no se circunscribe a aquello a lo que tenga conocimiento a través de los libros del Registro, sino también a todo lo que pueda conocer fuera del Registro. Un ataque al medio ambiente o al patrimonio histórico-artístico probablemente revistiera la suficiente notoriedad como para que cualquier persona pudiera sospechar de la ilegalidad de la construcción, con lo que se desvanecería el requisito de la buena fe que exige el art. 34 LH, no procediendo, por tanto, la aplicación de la norma. Pensemos, por ejemplo, en la construcción de una o varias viviendas en un acantilado junto al mar.

Por otra parte, de acuerdo con los planteamientos expuestos se procuraría el respeto al principio de proporcionalidad en la ejecución de las sentencias, que, como hemos visto, se reclama en el informe Auken aunque la jurisdicción contencioso-administrativa niega su operatividad en este ámbito. En los casos en que entrara en juego el art. 34 LH como causa de imposibilidad legal para ejecutar la sentencia, los intereses concurrentes justificarían que la sentencia no se ejecutara en sus propios términos. Frente a ello, en otros supuestos en que no concurren los presupuestos del art. 34 LH o la infracción urbanística es tan grave que atenta contra intereses superiores, resultando por tanto notoria y desplazando la buena fe del adquirente, procedería la demolición de lo construido de forma ilegal.

Junto a todo lo anterior, el carácter excepcional con el que se aplicaría el art. 34 LH permitiría conciliar esta norma con el régimen estatutario de la propiedad urbana, en los términos en que se contiene en los arts. 3.1 y 7.1 del texto refundido de la Ley del Suelo⁽⁵⁷⁾. Este régimen estatutario es precisamente uno de los argumentos en que se han apoyado los órganos judiciales contencioso-administrativos para negar la protección de los terceros adquirentes al amparo de la fe pública registral, desde el entendimiento de que la propiedad urbana sólo se puede reconocer en los términos definidos desde el Derecho urbanístico. Sin embargo, como hemos visto, hay casos en que se permite la subsistencia de una edificación ilegal por haber caducado la acción, y ello como excepción al régimen general de demo-

(57) El art. 3.1 dispone que «la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes», y el art. 7.1 establece que «el régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».

lición. Del mismo modo, podría admitirse que a pesar del régimen estatutario de la propiedad urbana, excepcionalmente habría que tolerar edificaciones ilegales si concurren los presupuestos del art. 34 LH, y ello en base a razones de seguridad jurídica inmobiliaria.

En último término, cabe apuntar que si admitimos que el art. 34 LH constituye una causa de imposibilidad legal para ejecutar la sentencia en sus propios términos, tendremos que buscar otra forma de ejecutar la sentencia en sustitución de la demolición de lo ilegalmente construido. Básicamente, esta forma alternativa de ejecución sería la indemnización, cuestión que merece ciertos comentarios.

D) El derecho a la indemnización en este nuevo contexto

El derecho a la indemnización es una cuestión esencial en los casos de licencias ilegales, tanto si procede la demolición de lo edificado como si el inmueble ha de mantenerse, lesionando con ello el derecho de otros particulares. Así se desprende tanto del informe Auken como de la jurisprudencia del TEDH, anteriormente referidos. Por ello apuntamos a continuación distintas situaciones y el modo en que parece razonable que se debería solucionar el problema de la indemnización en un contexto en el que se admitiera la aplicación del art. 34 LH como causa de imposibilidad legal para ejecutar la sentencia en sus propios términos y resultara obligatorio anotar preventivamente la incoación de cualquier procedimiento dirigido a impugnar la licencia concedida.

Con la práctica de una anotación preventiva en los términos indicados con anterioridad, los terceros adquirentes podrían conocer la existencia de un procedimiento en el que se discute la legalidad de la licencia, desplazando el juego del art. 34 LH y desvaneciéndose el principio de confianza legítima en la actuación de la Administración. De acuerdo con este nuevo panorama, podría entenderse que los posteriores adquirentes —si los hubiera— que tengan que soportar el derribo no tendrían derecho a una indemnización.

Por lo que se refiere a los terceros adquirentes que inscribieron su derecho con anterioridad a la práctica de la anotación preventiva, quedarían protegidos por el art. 34 LH, que se configuraría como una causa de imposibilidad legal para ejecutar la sentencia en sus propios términos, de manera que no procedería la demolición ni tendría sentido plantear, respecto de estos adquirentes, un eventual derecho de indemnización.

Sin embargo, en estos casos en que no procediese la demolición puede ocurrir que la ilegalidad urbanística comporte un perjuicio concreto para el propietario de otro inmueble que, sin embargo, tiene que soportar la ilegalidad urbanística por el juego del art. 34 LH. Este propietario podrá exigir responsabilidad patrimonial a la Administración que concedió la licencia ilegal y ha desencadenado con ello la actual situación⁽⁵⁸⁾. Se ha apuntado también una posible responsabilidad del Estado fundada en la apariencia generada por el Registro de la Propiedad⁽⁵⁹⁾. Sin embargo, considero que este planteamiento es discutible.

(58) En sentido parecido, la STEDH (Sección 2.ª), *caso Paudicio contra Italia*, de 24 de mayo de 2007 (TEDH 2007\36) consideró que el demandante que reclamaba la demolición de una obra ilegal tenía derecho a una indemnización como reparación adecuada por el perjuicio sufrido.

(59) Concretamente, así lo han apuntado REVUELTA PÉREZ, I. y NARBÓN LAINEZ, E., cit., pp. 1629 y 1630.

PROTECCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO FRENTE A LA DEMOLICIÓN DEL EDIFICIO

Aun cuando el Registro de la Propiedad esté publicando una licencia como legal pese a ser ilegal, no correspondería a éste hacer frente a la indemnización por la confianza generada, si tenemos en cuenta las circunstancias concretas que concurren en estos casos y, de manera muy particular, por la limitada calificación registral de los documentos administrativos, que hace difícil apreciar en estos supuestos la negligencia del registrador que fundaría la responsabilidad. Y el mero hecho de que sea de aplicación el art. 34 LH no da lugar a una indemnización a cargo del Registro.

También podría ocurrir que no se proceda a la demolición al amparo del art. 34 LH pero no haya lesión a un derecho concreto, sino únicamente la lesión de los intereses generales que las normas urbanísticas tratan de proteger. No parece que en tales supuestos se pueda exigir indemnización. Habría que entender, más bien, en estos casos que tales intereses ceden frente a la seguridad jurídica inmobiliaria tutelada desde el art. 34 LH.

Frente a todos estos supuestos, habrá otros en que proceda la demolición por no reunir el propietario los requisitos del art. 34 LH. En tales supuestos habrá también un derecho subjetivo lesionado, el derecho de propiedad sobre el inmueble que se derriba. Los propietarios tratarán de exigir entonces la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero, como ya hemos anunciado, no parece que siempre deba estimarse tal pretensión. Si la inaplicación del art. 34 LH se funda en que la anotación preventiva del procedimiento sobre la ilegalidad de la licencia fue anterior a la inscripción del actual propietario, no parece que pueda exigir responsabilidad pues fue su propio actuar negligente el que le ha llevado a esta situación. En otros casos, básicamente propietarios inscritos con anterioridad a la anotación preventiva que hayan actuado de buena fe pero no cumplan con los presupuestos del art. 34 LH, sí que procedería exigir responsabilidad patrimonial a la Administración. En estos casos, sería deseable que la indemnización se reconociera de manera coetánea o anterior a la efectiva demolición, tal y como apunta la Ley de la Comunidad de Cantabria anteriormente referida.

V. CONCLUSIONES

A la luz de la exposición realizada, se hace patente la necesidad de revisar el actual estado de cosas con relación a las licencias ilegales y sus repercusiones sobre los terceros adquirentes de buena fe que inscriben su derecho en el Registro de la Propiedad. La publicidad de las licencias a través del Registro ha constituido un avance importante para la seguridad del tráfico jurídico, pero es insuficiente. Por una parte, sería deseable revisar los procedimientos de concesión de las licencias, incrementando los controles que aseguren su legalidad, porque estas licencias van a acceder al Registro de la Propiedad con todos los efectos que ello conlleva y sin que puedan ser objeto de una exhaustiva calificación registral por tratarse de documentos administrativos. Y por otra parte, es imprescindible que no sólo la licencia, sino también la incoación de cualquier procedimiento dirigido a cuestionar su legalidad tengan reflejo registral, ya que en otro caso el Registro estaría dando una imagen distorsionada de la realidad con resultados claramente insatisfactorios. Esto último es lo que se ha perseguido con la modificación del art. 51 de la Ley del Suelo, de manera que actualmente, parece que se sientan las bases para una reinterpretación del art. 34 LH en este terreno, y así, no parece que debiera esgrimirse óbice alguno para la aplicación del

art. 34 LH cuando se genere confianza en los terceros adquirentes de buena fe sobre la legalidad de la licencia que haya accedido al Registro de la Propiedad. Los casos en que el art. 34 LH entraría en juego, serían mucho más escasos que hasta la modificación del art. 51 de la Ley del Suelo, con lo que el temor a que la normativa urbanística devenga ineficaz de forma generalizada por admitir el juego de la fe pública registral ya no se sostendría. Por ello, tal vez debiera revisarse ahora, y a la luz de las nuevas circunstancias, la doctrina jurisprudencial que viene sosteniendo en los últimos tiempos la Sala 3.^a del Tribunal Supremo.

LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y OTRAS FORMAS DE DIÁLOGO CON EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. LA SINGULAR PARTICIPACIÓN DE LOS JUECES ESPAÑOLES^(*)

ANTONIO BUENO ARMIJO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba*

NURIA MAGALDI MENDAÑA

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba*

RESUMEN

La cuestión prejudicial y otras formas de diálogo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La singular participación de los jueces españoles

Desde la perspectiva nacional, el «diálogo judicial» entre los jueces europeos y los jueces nacionales tiene lugar fundamentalmente en dos fases: una ascendente, en la que los tribunales nacionales se dirigen al Tribunal de Justicia a través del mecanismo de la cuestión prejudicial, y otra descendente, en la que los jueces nacionales están obligados a aplicar el Derecho de la Unión en los términos en que éste ha sido interpretado. La evolución más reciente de ambas fases podría estar conduciendo a la transformación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un auténtico «Tribunal Supremo».

Palabras claves: Cuestión prejudicial; Tribunal Constitucional; Juez nacional; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; responsabilidad patrimonial; casación.

ABSTRACT

Preliminary question and other dialogue ways with the European Court of Justice. The special participation of spanish judges

From a Member State perspective, the «judicial dialogue» between European and national Courts takes place mainly in two phases: a bottom-up one, in which the national Courts address the European Court of Justice through the mechanism of the preliminary ruling; and a top-down one, in which national judges are bound to apply the European Union Law as it has been interpreted by the European Court of Justice. The recent evolution of both phases could be turning the European Court of Justice into a real «Supreme Court».

Key words: Preliminary ruling; Constitutional Court; national Judge; European Court of Justice; patrimonial responsibility; cassation.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. ¿QUÉ TIPO DE DIÁLOGO ES EL «DIÁLOGO ENTRE JUECES»?
- II. LA «FASE ASCENDENTE» DEL DIÁLOGO JUDICIAL EN ESPAÑA: LA PRESENTACIÓN DE CUESTIONES PREJUDICIALES.
 1. ¿Qué tribunales nacionales plantean cuestiones prejudiciales en España?

(*) El presente trabajo constituye una versión revisada y ampliada de parte del informe nacional español presentado en la Conferencia Anual del European Public Law Group, celebrada en Spetses (Grecia) los días 8 a 10 de septiembre de 2011. El trabajo ha sido realizado en el seno del Grupo de Investigación SEJ-196, proyecto de investigación DER 2009-12146 del Ministerio de Ciencia e Innovación.

- A) Pueden presentar cuestiones prejudiciales tanto los tribunales ordinarios como los tribunales constitucionales.
- B) Pueden presentar cuestiones prejudiciales ciertos órganos administrativos.

2. ¿Sobre qué materias plantean recurso prejudicial los tribunales españoles?

3. El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los tribunales españoles en la práctica.

- A) El margen de apreciación de los tribunales nacionales para plantear cuestiones prejudiciales: la necesidad de una formación adecuada.
- B) Planteamiento incorrecto de cuestiones prejudiciales por parte de tribunales españoles.

4. Consecuencias de que los tribunales españoles no planteen cuestiones prejudiciales cuando vienen obligados a ello.

- A) Consecuencias nacionales: vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.
- B) Consecuencias en el ámbito de la Unión: responsabilidad patrimonial del Estado miembro.

III. LA «FASE DESCENDENTE» DEL DIÁLOGO JUDICIAL EN ESPAÑA: LA APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DE LA JURISPRUDENCIA PROCEDENTE DEL TJUE.

1. La aplicación al caso concreto de la respuesta dada a una cuestión prejudicial: el enfrentamiento con el Tribunal Constitucional español.

2. La aplicación de jurisprudencia procedente de cuestiones prejudiciales presentadas por otros órganos jurisdiccionales.

3. La aplicación de jurisprudencia del TJUE procedente de otro tipo de recursos.

4. Las consecuencias de que los jueces nacionales no apliquen la jurisprudencia comunitaria.

- A) Incumplimiento del Estado miembro.
- B) Responsabilidad patrimonial.

IV. CONCLUSIÓN: ¿HACIA UNA DEFINITIVA TRANSFORMACIÓN DEL TJUE EN EL TRIBUNAL SUPREMO DE LA UNIÓN EUROPEA?

V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. ¿QUÉ TIPO DE DIÁLOGO ES EL «DIÁLOGO ENTRE JUECES»?

Hace tiempo que la importancia del diálogo entre jueces está fuera de toda duda. Son muchos los motivos que justifican dicha importancia, pero todos ellos se reconducen, en última instancia, a uno solo: la necesidad de aportar estabilidad, seguridad, coherencia y previsibilidad frente a un mundo jurídico cada vez más complejo, en el que coexisten autoridades y normas, nacionales, supranacionales e internacionales, aplicables a un mismo

territorio y una misma población⁽¹⁾. Esto supone aceptar un enfoque judicial (y muy pragmático) de la creación jurídica actual: en estos momentos, el orden y la seguridad jurídica proceden, principalmente, de los pronunciamientos jurisprudenciales⁽²⁾. La interacción entre órganos judiciales deviene, por tanto, esencial.

Sin embargo, la primera cuestión que debe resolverse es la de determinar a qué llamamos diálogo judicial y qué tipo de diálogo es éste. Una primera aproximación intuitiva permite hacerse una idea de la realidad subyacente a este nombre. No obstante, se trata de una cuestión altamente problemática, incluso cuando dicho diálogo se limita a la relación existente entre tribunales nacionales y TJUE, tal y como se plantea en este trabajo. Por ello, hay que comenzar por distinguir qué se entiende por «diálogo» y quiénes son los «jueces» que participan en él. Ninguno de ambos conceptos es, en absoluto, perfectamente claro.

Por una parte, con la expresión «diálogo» se hace referencia a muy diversas formas de relación, con grados de intensidad muy distintos⁽³⁾, entre dos o más⁽⁴⁾ tribunales⁽⁵⁾. Esta

(1) Por ello mismo, es preciso tener en cuenta que la noción de «diálogo judicial» no significa, en sí misma, nada. Su importancia se encuentra en que es un indicio de algo mucho más profundo y problemático. El «diálogo judicial» no es, ni lejanamente, un fin en sí mismo, sino sólo un medio para intentar paliar una situación que puede resultar muy insatisfactoria. Oreste POLLICINO, «The new relationship between national and European Courts after the enlargement of Europe: towards a unitary theory of jurisprudential supranational law?», *Yearbook of European Law*, 29 (2010), pp. 110-111. Sobre el papel de los tribunales internacionales y supranacionales en la formación de un ordenamiento jurídico global, necesitado de reglas comunes, *vid.* Sabino CASSESE, «La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2007 (3), pp. 609-626.

(2) Se trata de un enfoque basado en una experiencia histórica (el «activismo judicial») repetida, aunque con variaciones, en muy distintos países. En el ámbito de Europa su principal base se encuentra, sin duda alguna, en la experiencia del TJUE. En efecto, ante «la inexistencia de una Constitución asentada sobre un referente textual», es decir, al verse obligado a manejar «una Constitución sin palabras», «ha sido el propio Tribunal de Justicia el que ha establecido los principios fundamentales de la articulación del ordenamiento comunitario europeo y de su relación con los ordenamientos nacionales». Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», en *Revista de Derecho Constitución Europeo*, n.º 7 (enero-junio 2007), pp. 330-331. Este necesario activismo judicial ha modelado (y fomentado) intensamente el concepto de «diálogo judicial» extendido actualmente por toda Europa.

(3) Haciendo un interesante esfuerzo ordenador, Allan ROSAS, «The European Court of Justice in context: forms and patterns of judicial dialogue», *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n.º 2 (2008), ha propuesto hasta cinco tipos de relación o diálogo entre tribunales nacionales e internacionales.

(4) Es importante destacar que, al menos etimológicamente, pueden formar parte de un diálogo más de dos interlocutores. La palabra española *diálogo* (al igual que la inglesa *dialogue*, la alemana *Dialog* o la francesa *dialogue*), procede de la palabra latina *dialogus* que, a su vez, se forma con la partícula griega *dia-* y la raíz *logos*. *Logos* significa «palabra», «razonamiento» o «discurso», mientras que *dia-* significa «a través de» (y no «dos», como podría parecer). Por lo tanto, en sentido etimológico, diálogo simplemente equivale al descubrimiento de la verdad *a través de* la palabra, es decir, de manera compartida, entre dos o más personas. Ese es, al menos, el sentido originario y socrático del término. *Cfr.* Jörg LUTHER, «Jueces europeos y jueces nacionales: la Constitución del diálogo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 3 (enero-junio 2005), pp. 160-161.

(5) Esta exposición se centrará en las relaciones formalizadas y positivamente previstas por los ordenamientos, que tienen en cuenta, únicamente, las relaciones entre «tribunales» y no entre los «miembros de dichos tribunales». Ello no debe hacer perder de vista, sin embargo, la existencia de importantísimas formas de relación directa entre los individuos que forman parte de los tribunales nacionales y europeos, principal vía de formación de una «cultura jurídica europea»: relaciones informales, conferencias, encuentros y visitas de estudio, coloquios, talleres, tanto horizontales (entre Tribunales Constitucionales o Tribunales Supremos), como verticales o semi verticales (entre Tribunales nacionales, TJUE y TEDH), algunos de ellos más o menos formalizados y repetidos periódicamente. El resultado de esta

forma de relación, en primer lugar, puede consistir en un «verdadero diálogo», es decir, un intercambio ordenado de ideas entre dos o más sujetos. Así ocurre, fundamentalmente, cuando el juez nacional interroga al juez comunitario sobre una materia y este contesta expresamente a dicha pregunta, a través del mecanismo de la cuestión prejudicial⁽⁶⁾. Nos encontramos aquí con la forma más clara de «diálogo judicial», hasta el punto de que la cuestión prejudicial ha sido, sin duda alguna, el modelo en el que se ha basado el desarrollo de este concepto⁽⁷⁾.

En segundo lugar, existe otra modalidad de diálogo mucho más sutil. En ella, el juez nacional no habla directamente con el juez europeo, sino que se limita a «escuchar» la conversación que mantiene el juez europeo con los jueces de otros Estados miembros. Así ocurre cuando los jueces nacionales españoles aplican jurisprudencia del TJUE dictada en cuestiones prejudiciales presentadas por órganos de otros Estados miembros. Lejos de tratarse de una forma de «fisgar» o «cotillear» las conversaciones ajenas de manera maleducada, en realidad se trata de una verdadera obligación: la jurisprudencia del TJUE emanada de una cuestión prejudicial resulta vinculante no sólo para el órgano que planteó la cuestión, sino también para todos los tribunales y autoridades (lo que significa que, en esta modalidad de diálogo, también participan otros sujetos, como las Administraciones públicas) de todos los Estados miembros. Así lo imponen el principio de supremacía (primacía) del Derecho de la Unión⁽⁸⁾ y la necesidad de que este Derecho se aplique uniformemente en todos los Estados miembros.

En estas dos primeras modalidades de diálogo nos encontramos ante la versión más «socrática» del diálogo judicial, aquella que pretende descubrir (¿o construir?) las soluciones jurídicas adecuadas a cada caso a través de una búsqueda compartida. Y ello con

forma de diálogo sería la creación de algo parecido a un *soft law* jurisprudencial. Tania GROPPi, «La *primauté* del Derecho europeo sobre el Derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 5 (enero-junio 2006), p. 243. Rt Hon Lady Justice ARDEN DBE, «Peaceful or problematic? The relationship between national Supreme Courts and supranational Courts in Europe», *Yearbook of European Law* 2010 (29), pp. 12-13. La importancia de estas relaciones informales para aumentar la eficacia de las cuestiones prejudiciales ha sido destacada expresamente por Sacha PRECHAL, «National courts and EU judicial structures», *Yearbook of European Law*, 2006 (25), p. 448. En la misma línea, Joseph H.H. WEILER, *The European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 219, ha propuesto, entre otras medidas para mejorar el «diálogo judicial», que los jueces europeos sean reclutados entre los tribunales supremos de los Estados miembros, lo que garantizaría una red de relaciones personales ya establecida.

(6) El diálogo, además, puede verse enriquecido. Por un lado, «el órgano jurisdiccional remitente puede, en su caso, indicar de modo sucinto su punto de vista sobre la respuesta que deben recibir las cuestiones planteadas con carácter prejudicial». Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales* (2011/C 160/01), §23. Por otro lado, el Tribunal de Justicia puede pedir aclaraciones al órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión. *Cfr.* art. 104.5 del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia.

(7) Jörg LUTHER, «Jueces europeos y jueces nacionales: la Constitución del diálogo», cit., p. 162, nota 6, considera que el concepto «diálogo judicial» es una construcción doctrinal elaborada sobre un *obiter dictum* contenido en la STJUE de 1 de diciembre *Schwarze*, As. 16/1965. En esta sentencia se afirma que la cuestión prejudicial es un «marco, muy particular, de la cooperación judicial establecida mediante el art. 177, en virtud de la cual el órgano jurisdiccional y el Tribunal de Justicia deben cooperar directa y recíprocamente, dentro del ámbito de sus propias competencias, en la elaboración de una resolución con el fin de garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros».

(8) Allan ROSAS, «The European Court of Justice in context: forms and patterns of judicial dialogue», cit., p. 7.

independencia de que no todos los participantes en la conversación (los tribunales nacionales distintos a aquel que plantea la cuestión prejudicial) intervengan activamente en ella —al fin y al cabo, tampoco todos los personajes de los diálogos socráticos tienen el mismo papel protagonista, pero todos (incluso los meros oyentes) siguen la conversación y llegan juntos a la verdad—. Sin embargo, existe una tercera modalidad de diálogo judicial entre los tribunales nacionales y europeos, más alejada de la dialéctica socrática y más próxima a la retórica sofista: en esta tercera modalidad no hay un intercambio de opiniones a través del cual se pretende llegar, conjuntamente, a un resultado común, sino una exposición de argumentos que no tiene en cuenta las opiniones de los oyentes y que pretende demostrar, a través de razonamientos propios, la corrección de una determinada tesis⁽⁹⁾.

En efecto, en muchísimas ocasiones el juez nacional se limita a escuchar un «monólogo» del juez europeo. Es decir, pronunciamientos emitidos no para resolver consultas de un tribunal nacional, sino para resolver casos planteados a instancias de otros sujetos. El caso prototípico de esta tercera forma de «diálogo» entre los jueces nacionales y europeos es la aplicación, por parte los tribunales nacionales, de la jurisprudencia sobre derechos humanos del TEDH (cuyas sentencias no responden a la petición de ningún tribunal, sino a demandas de los ciudadanos). No obstante, también hay manifestaciones de esta modalidad de «diálogo» en el ámbito de la UE, por ejemplo, cuando los tribunales nacionales tienen en cuenta las sentencias dictadas en procedimientos por incumplimiento (iniciados por la Comisión o, muy excepcionalmente, otro Estado miembro u otros sujetos), recursos de anulación (iniciados por alguna Institución u organismo de la Unión, un Estado miembro o un ciudadano), recursos por inactividad, etc. El matiz diferencial de esta tercera modalidad de diálogo no debe ser pasado por alto: en ella, los tribunales nacionales no tienen ningún control sobre los asuntos que son sometidos al TEDH o al TJUE, lo que prácticamente impide que pueda hablarse de verdadero «diálogo judicial».

Asimismo, cabe la opción inversa: los tribunales nacionales, a través de las motivaciones de sus sentencias, pueden mandar «mensajes» a los tribunales europeos. Esta ha sido, de hecho, la vía favorita de diálogo empleada por los tribunales constitucionales nacionales. Sin embargo, tampoco en estos casos cabe hablar, propiamente, de diálogo, sino más bien de un monólogo que es oído por terceros: ni los jueces nacionales responden con estas sentencias a preguntas directas que les hayan dirigido los jueces europeos, ni los jueces europeos se pronunciarán directamente sobre estas sentencias que, en principio, no les afectan.

Ahora bien, los «monólogos» de los tribunales nacionales y de los tribunales europeos no están al mismo nivel. La jurisprudencia emanada del TJUE o del TEDH es vinculante para los jueces y tribunales nacionales, aunque no se dirija a sus respectivos Estados miembros, por lo que la voz de ambos tribunales siempre se oye alta y clara; por el contrario, la jurisprudencia emanada de los jueces nacionales no vincula de modo alguno a los tri-

(9) La contraposición entre «diálogo socrático» y «retórica sofista» y su aplicación al diálogo judicial entre jueces nacionales y europeos en Jörg LUTHER, «Jueces europeos y jueces nacionales: la Constitución del diálogo», cit., p. 160. Por su parte, Marta CARTABIA, «Taking dialogue seriously: the renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union», *Jean Monnet Working Paper*, 12/07, sugiere que nos encontramos, más bien, ante un «monólogo cartesiano».

bunales europeos, y estos parecen generalmente encontrarse demasiado alto para oír a los tribunales nacionales⁽¹⁰⁾.

Ante esta situación, el análisis del diálogo judicial debe centrarse en dos aspectos, atendiendo a cada una de las partes que intervienen en la relación. Por un lado, analizaremos el modo en que los tribunales españoles se dirigen a los tribunales europeos («fase ascendente» del diálogo judicial), lo que implica, en realidad, analizar el modo en que los tribunales españoles hacen uso de la cuestión prejudicial. Por otro lado, veremos de qué modo y con qué alcance se produce la recepción de la jurisprudencia del TJUE por parte de los tribunales españoles («fase descendente» del diálogo judicial)⁽¹¹⁾.

II. LA «FASE ASCENDENTE» DEL DIÁLOGO JUDICIAL EN ESPAÑA: LA PRESENTACIÓN DE CUESTIONES PREJUDICIALES

Existe un acuerdo ampliamente compartido acerca de la radical importancia de la cuestión prejudicial en el proceso de integración europea. Asimismo, también parece aceptarse que la forma en que los tribunales nacionales contemplan la cuestión prejudicial, así como el modo en que hacen o dejan de hacer uso de ella, puede verse como un indicador de su adhesión a la jurisprudencia del TJUE⁽¹²⁾. Pese a su mínima regulación en los Tra-

(10) Christian TIMMERMANS, «The European Union's judicial system», *Common Market Law Review*, 41.II (2004), pp. 393-405, señala varios ejemplos de sentencias procedentes de tribunales nacionales que, indirectamente, podían ser leídas como una petición de mayor auto-contención al TJUE, como la Sentencia del *Conseil d'État* francés en el Asunto *Cohn-Bendit*, de 22 de diciembre de 1978, o la Sentencia de 16 de julio de 1981 del *Bundesfinanzhof* alemán, Asunto *Kloppenburg*.

(11) Ello implica que quedan fuera del objeto de este trabajo:

a) Por un lado, las relaciones «horizontales» entre los tribunales españoles y otros tribunales europeos situados a su mismo nivel y pertenecientes a otros Estados. Por ejemplo, las relaciones entre Tribunales Constitucionales o entre Tribunales Supremos de distintos Estados. En ocasiones, no encontramos aquí un verdadero «diálogo», sino una relación unidireccional en la que sólo uno de los tribunales tiene en consideración la labor de su «vecino». No obstante, el Derecho de la Unión ha creado ciertos ámbitos (fundamentalmente, la cooperación judicial en materia civil y penal) basados en relaciones recíprocas en pie de igualdad y en la confianza mutua entre tribunales de los Estados miembros. *Vid.* Rodrigo BRITO MELGAREJO, «El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo», *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 2/2002, y, en relación específicamente con el Tribunal Constitucional español, María Soledad SANTANA HERRERA, «El Derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 14 (julio-diciembre 2010);

b) Por otro lado, las relaciones (actualmente) «semi-verticales» entre TJUE y el TEDH, que resultan de especial importancia para los tribunales nacionales, pues estos últimos podrían encontrarse con interpretaciones contradictorias procedentes de ambos tribunales, lo que les pondría en una situación complicada de cara al cumplimiento de sus obligaciones con cada uno de estos ordenamientos. No se olvide que en el asunto *Bosphorus v. Ireland*, el TEDH señaló que existe una presunción de conformidad con el CEDH en la actuación de un Estado miembro aplicando Derecho comunitario, dado el alto nivel de protección de los derechos fundamentales existente en este ordenamiento, pero que esa presunción puede ser destruida si, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, se estima que la protección concedida a los derechos reconocidos en el Convenio resultó manifiestamente insuficiente [§ 156].

c) Finalmente, las relaciones horizontales entre el TJUE y otros tribunales internacionales, como el EFTA Court, el US Supreme Court, el Órgano de Apelación de la OMC, etc. Sobre este último tipo de relaciones, *vid.* Francis G. JACOBS, «Judicial dialogue and the cross-fertilization of legal systems: the European Court of Justice», *Texas International Law Journal*, 38.3 (2003), pp. 547-556.

(12) Takis TRIDIMAS, «Knocking on heaven's doors: fragmentation, efficiency and defiance in the preliminary reference procedure», *Common Market Law Review*, 40.1 (2003), p. 37.

tados, la cuestión prejudicial, desde su origen, no se ha limitado únicamente a garantizar una interpretación uniforme del Derecho de la Unión ni a mantener el ordenamiento comunitario limpio de actos inválidos. Junto a eso, y sobre todo, ha permitido al TJUE configurar el Derecho de la Unión como un verdadero ordenamiento jurídico⁽¹³⁾ y desarrollar los principios básicos reguladores de las relaciones entre el ordenamiento de la Unión y los ordenamientos nacionales⁽¹⁴⁾. En este sentido, la participación de los tribunales nacionales españoles no ha sido una excepción⁽¹⁵⁾.

Los tribunales españoles, sin embargo, no se han caracterizado por hacer un uso especialmente intenso de este mecanismo. Ni en términos absolutos⁽¹⁶⁾, ni en términos relativos⁽¹⁷⁾. Parece que se puede afirmar que los tribunales españoles no son especialmente

(13) De hecho, ya en la primera cuestión prejudicial, resuelta en la STJUE de 6 de abril de 1962, *Bosch y Van Rijn*, As. 13/61, se afirmó la existencia de principios generales del Derecho (en concreto, el principio de seguridad jurídica) que debían aplicarse en la interpretación de los Tratados.

(14) No parece necesario insistir en ello. Dado que una imagen vale más que mil palabras, basta con decir que el mecanismo de la cuestión prejudicial es «un Atlas» que soporta «la mayor parte del peso de la función de asegurar el respeto del Derecho de la Unión». Aunque este Atlas «parece soportar demasiado peso sobre sus frágiles hombros». Julio BAQUERO CRUZ, «De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 13 (enero-marzo 2005), pp. 39 y 52. Con algunas modificaciones, también en Julio BAQUERO CRUZ, «La procédure préjudicielle suffit-elle a garantir l'efficacité et l'uniformité du Droit de l'Union européenne?», en Loïc Azoulay et Laurence Burgogues-Larsen (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 241-266.

(15) Asimismo, la *Revista de Instituciones Europeas* primero y, en la actualidad, la *Revista de Derecho Comunitario Europeo* vienen publicando periódicamente informes en los que se da cuenta detallada, para un período de tiempo concreto, de las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles y de las resoluciones dictadas por el TJUE en relación con tales cuestiones. Estos informes constituyen una excelente fuente de datos para conocer la evolución de las cuestiones prejudiciales planteadas desde España: Diego LIÑÁN NOGUERAS y Javier ROLDÁN BARBERO, «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1986-1989)», *RIE*, vol. 16, n.º 3, 1989, pp. 885-914; Diego LIÑÁN NOGUERAS y Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ, «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (junio 1989-diciembre 1990)», *RIE*, vol. 18, n.º 3, 1991, pp. 989-1120; Diego LIÑÁN NOGUERAS y Manuel LÓPEZ ESCUDERO, «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1991-1992)», *RIE*, vol. 21, n.º 1, 1994, pp. 221-263; Diego LIÑÁN NOGUERAS y Margarita ROBLES CARRILLO, «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1993, 1994 y 1995)», *RDCE*, n.º 1, 1997, pp. 111-173; Javier ROLDÁN BARBERO y Luis Miguel HINOJOSA MARTÍNEZ, «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1996)», *RDCE*, n.º 2, 1997, pp. 549-580; Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ y Teresa FAJARDO DEL CASTILLO, «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España en 1997», *RDCE*, n.º 5, 1999, pp. 109-128; Manuel LÓPEZ ESCUDERO y Francisco CUESTA RICO, «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1998», *RDCE*, n.º 6, 1999, pp. 395-418; Luis Miguel HINOJOSA MARTÍNEZ y Antonio SEGURA SERRANO, «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1999», *RDCE*, n.º 8, 2000, pp. 565-592; Diego LIÑÁN NOGUERAS y Pablo MARTÍN RODRÍGUEZ, «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 2000 y 2001», *RDCE*, n.º 12, 2002, pp. 583-627; Carmen LÓPEZ-JURADO y Antonio SEGURA SERRANO, «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 2002», *RDCE*, n.º 15, 2003, pp. 801-844; José Manuel FARAMIÑÁN GILBERT y María del Carmen MUÑOZ RODRÍGUEZ, «Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2003 y 2004. Comentarios y valoraciones de la práctica judicial», *RDCE*, n.º 22, 2005, pp. 707-757; José Manuel FARAMIÑÁN GILBERT y María del Carmen MUÑOZ RODRÍGUEZ, «Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2005 y 2006. Análisis y valoraciones de la práctica judicial», *RDCE*, n.º 32, 2009, pp. 181-237.

(16) Los tribunales españoles sólo han planteado 244 cuestiones prejudiciales entre 1986 y 2010. Ello supone una media de 10 por año, aunque repartidas de modo desigual a lo largo de estos 24 años y con una clara tendencia a aumentar en los últimos tiempos. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Informe Anual 2010*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, pp. 110-111.

(17) Debe advertirse, sin embargo, que es muy difícil hacer comparaciones entre Estados miembros en relación a la cuestión prejudicial. Los Estados miembros objeto de comparación deberían tener una población similar y deberían tener una antigüedad similar como miembros de la Unión Europea. Takis TRIDIMAS, «Knocking on heaven's doors:

activos en orden a plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Todo ello, sin embargo, es relativamente irrelevante en orden a medir el «diálogo judicial» entre los tribunales españoles y el Tribunal de Justicia. No debe olvidarse, como ya indicamos en la introducción, y como desarrollaremos más adelante, que toda la jurisprudencia generada por el TJUE, con independencia de su origen, es también recibida y aplicada por los tribunales españoles.

1. ¿Qué tribunales nacionales plantean cuestiones prejudiciales en España?

El art. 267 TFUE reconoce dos tipos de tribunales nacionales con competencia para plantear recursos prejudiciales: los tribunales inferiores, a los que el art. 267 TFUE se refiere como «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros», y los tribunales que resuelven en última instancia, definidos en el art. 267 TFUE como «órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno».

El uso de la cuestión prejudicial en España ha correspondido, esencialmente, a los tribunales inferiores. De conformidad con los datos ofrecidos por el TJUE, de las 244 cuestiones prejudiciales presentadas por tribunales españoles desde 1986 hasta 2010, sólo 35 (14,34%) fueron promovidas por el Tribunal Supremo. Por consiguiente, cabría pensar que los tribunales inferiores se han mostrado especialmente proclives a hacer uso de esta competencia que les atribuye el art. 267 TFUE.

No obstante, debe advertirse que la estructura del sistema judicial español determina que haya otros tribunales, distintos del Tribunal Supremo, que en determinados supuestos pueden resolver en última instancia. Así ocurre, señaladamente, con los Tribunales Superiores de Justicia. Muchas de las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles han sido planteadas por estos últimos. A la vista de estas circunstancias, la determinación de qué órganos son, realmente, los tribunales de última instancia, podría haber sido potencialmente conflictiva. Sin embargo, en este ámbito no se han planteado graves problemas.

El verdadero problema se ha planteado en relación con la determinación de qué debe entenderse por «órgano jurisdiccional nacional». Sobre esta cuestión existe una jurisprudencia extraordinariamente casuística, fragmentaria y algo contradictoria. Como gráficamente expuso el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en sus conclusiones al As. C-17/00, *De Coster*, párrafo 14, se trata de «una jurisprudencia flexible en exceso y carente de la necesaria coherencia, con el déficit de seguridad jurídica que comporta (...) Es una jurisprudencia casuística, muy elástica y poco científica, con unos contornos tan difusos que admitiría una cuestión prejudicial suscitada por Sancho Panza como gobernador de la ínsula de Barataria»⁽¹⁸⁾.

fragmentation, efficiency and defiance in the preliminary reference procedure», cit., nota 111 a p. 38, ha sugerido, además, que el número de cuestiones prejudiciales presentadas por cada Estado miembro no debería relacionarse con su población, sino con el número de casos resueltos por sus jueces. Esta interesante perspectiva tiene, sin embargo, un problema importante: el concepto nacional de órgano judicial y el concepto de órgano judicial acuñado por el TJUE no tienen por qué coincidir (y, de hecho, en el caso de España no coinciden). Ello implica que las estadísticas judiciales elaboradas por cada Estado miembro no sean plenamente válidas a estos efectos.

(18) *Cfr.* con el comentario, crítico con estas Conclusiones, de Takis TRIDIMAS, «Knocking on heaven's doors: fragmentation, efficiency and defiance in the preliminary reference procedure», cit., pp. 30-32.

A) *Pueden presentar cuestiones prejudiciales tanto los tribunales ordinarios como los tribunales constitucionales*

En primer lugar, la cuestión prejudicial es un mecanismo abierto a todos los jueces nacionales. No obstante, el uso predominante de este mecanismo, en todos los Estados miembros, lo han realizado los jueces ordinarios, y no los jueces constitucionales. De hecho, son poquísimos los Tribunales Constitucionales que han planteado alguna vez una cuestión prejudicial⁽¹⁹⁾.

Durante los años noventa el Tribunal Constitucional español elaboró y desarrolló una jurisprudencia por la que rechazaba explícitamente la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE⁽²⁰⁾. Esta postura fue profusamente comentada y, en ocasiones, criticada por la doctrina⁽²¹⁾ e incluso por algunos jueces del mismo Tribunal Constitucional en sus votos particulares. El Tribunal Constitucional español se situaba, de este modo, en el grupo de tribunales que se ven a sí mismos como tribunales *superiorem non recognoscentes* en el ámbito que les es propio (en el caso del Tribunal Constitucional español, la interpretación de la Constitución Española)⁽²²⁾.

Sin embargo, por primera vez en su historia el Tribunal Constitucional español ha decidido, mediante un Auto de 9 de junio de 2011, plantear tres cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia. Esta decisión se debe a la posible contradicción entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y la Decisión Marco 2002/584/JAI, relativa a la orden europea de detención y entrega. Hasta ahora, el Tribunal Constitucional español había reconocido en su jurisprudencia, como parte del derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho de los acusados penales a participar en la vista oral y defenderse por sí mismos. Este derecho

(19) El primero fue la *Cour d'Arbitrage* (ahora *Cour Constitutionnelle*) belga con la STJUE de 16 de julio de 1998, *Fédération de chambres syndicales de médecins*, As. C-93/97. Le siguió el Tribunal Constitucional austríaco con la STJUE de 8 de noviembre de 2001, *Adria-Wien Pipeline*, As. C-143/99, y posteriormente el Tribunal Constitucional lituano con la STJUE de 9 de octubre de 2008, *Sabatauskas y otros*, As. C-239/07. El Tribunal Constitucional portugués reconoció esta posibilidad en abstracto (Sentencia de 23 de mayo de 1990, As. 163/90), aunque nunca ha llegado a hacer uso de ella. El Tribunal Constitucional italiano admitió primero la posibilidad (Sentencia de 8 de abril de 1991, n.º 168) para rechazarla después (Auto de 15 de diciembre de 1995, n.º 536). También ha admitido poder utilizarla, en abstracto, el Tribunal Constitucional polaco (Sentencia de 11 de mayo de 2005, K 18/04, parágrafo 18). Quizás puede incluirse en este mismo grupo al *House of Lords* británico, aunque no sea estrictamente un Tribunal constitucional en el sentido continental.

(20) Sentencias del Tribunal Constitucional 252/1988, de 20 de diciembre; 132/1989, de 20 de julio; 28/1991, de 14 de febrero; 64/1991, de 22 de marzo; 79/1992, de 28 de mayo; 180/1993, de 31 de mayo; 213/1994, de 14 de julio; 130/1995, de 11 de septiembre, y 120/1998, de 15 de junio.

(21) A este respecto, puede consultarse Pablo J. MARTÍN RODRÍGUEZ, «La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 72 (septiembre-diciembre 2004), pp. 316-318, y la espléndida bibliografía allí citada.

(22) Marta CARTABIA, «Taking dialogue seriously: the renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union», cit., pp. 27-30. En realidad, se trata de la misma pretensión que el TJUE tiene respecto a sí mismo. El TJUE ha aceptado que la UE puede ser parte de Tratados internacionales y que éstos pueden prever la creación de sus propios tribunales, lo que «implica, necesariamente, la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales acuerdos, por lo que a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones se refiere» (Dictamen 1/09, parágrafo 74, remitiéndose al Dictamen 1/91, párrafos 40 y 70).

se había afirmado incluso frente a los poderes públicos extranjeros. En consecuencia, el Tribunal Constitucional venía exigiendo que el cumplimiento de las órdenes europeas de detención y entrega dictadas para poder cumplir condenas impuestas en rebeldía se sometiera a la condición de que la autoridad judicial emisora diera garantías suficientes de que la persona objeto de detención europea tendría la posibilidad de pedir un nuevo proceso en el Estado miembro emisor, estando presente en la vista. Esta interpretación parecía conforme con la literalidad de la Decisión Marco 2002/584/JAI.

Sin embargo, la nueva redacción introducida por la Decisión Marco 2009/299/JAI sólo permite que un Estado miembro no ejecute una orden europea de detención y entrega cuando concurren unas causas tasadas. Y, entre tales causas, no se encuentra el que el Estado emisor no garantice un nuevo proceso para la persona objeto de detención. En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha preguntado al Tribunal de Justicia, en primer lugar, si la Decisión Marco impide a las autoridades españolas negarse a ejecutar la orden europea de detención y entrega en el supuesto indicado. En segundo lugar, y en caso de respuesta afirmativa, pregunta al Tribunal de Justicia por la validez de la Decisión Marco, en la medida en que podría oponerse al derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso equitativo y a los derechos de defensa consagrados en los arts. 47 y 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). En tercer lugar, y de nuevo en caso de respuesta afirmativa (es decir, en caso de que la Decisión Marco sea válida), plantea si el art. 53 CDFUE permite a un Estado miembro como España, con un nivel de protección de los derechos fundamentales por encima del establecido en la CDFUE, inaplicar una orden de detención y entrega europea en un supuesto como el descrito.

B) Pueden presentar cuestiones prejudiciales ciertos órganos administrativos

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ha considerado que ciertos órganos, que de conformidad con el Derecho español tienen naturaleza administrativa y no judicial, son verdaderos «órganos jurisdiccionales nacionales» a efectos de permitirles plantear cuestiones prejudiciales.

Es posible señalar al menos dos ejemplos de esta situación.

Por un lado, la STJUE de 16 de julio de 1992, *Asociación Española de Banca Privada*, As. C-67/91, admitió que el Tribunal de Defensa de la Competencia español pudiera plantear una cuestión prejudicial. A pesar de su nombre, y como es notorio, se trataba de un órgano administrativo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ni siquiera se cuestionó si se trataba de un órgano de carácter jurisdiccional. Se limitó a darlo por hecho, admitiendo sin problemas la cuestión prejudicial planteada y dedicándose únicamente a resolver la pregunta sustantiva de fondo⁽²³⁾.

(23) Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la STJUE de 31 de mayo de 2005, *Syfait e.a.*, C-53/03, sí entró a analizar si el Tribunal de Defensa de la Competencia griego (*Epitropi Antagonismou*) podía considerarse un «órgano jurisdiccional nacional» a efectos de plantear una cuestión prejudicial, negando esta posibilidad. En consecuencia, si la Comisión de Defensa de la Competencia española (que ha sustituido al Tribunal de Defensa de la Competencia) volviera a plantear una nueva cuestión prejudicial, no es descartable que el Tribunal de Justicia rechazara su carácter de «órgano jurisdiccional nacional».

Por otro lado, el Tribunal de Justicia también ha admitido cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales Económico-Administrativos españoles. A pesar de su nombre, se trata de órganos dependientes de la Administración tributaria, formados por funcionarios y no por jueces, encargados de resolver las reclamaciones administrativas que los contribuyentes deben interponer obligatoriamente, en el ámbito tributario, antes de poder acudir a un juez. La STJUE de 1 de abril de 1993, *Diversinte e Iberlacta*, Asuntos Acumulados C-260 y 261/91, admitió, por primera vez, una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Económico-Administrativo Central. Sin embargo, esta primera sentencia no analizó si los Tribunales Económico-Administrativos deben considerarse «órganos jurisdiccionales nacionales». Simplemente lo dio por supuesto. La STJUE de 21 de marzo de 2000, *Gabalfrisa*, C-110 y 147/98, admitió también la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña. Pero en esta sentencia, el Tribunal sí comprobó, con carácter previo, si los Tribunales Económico-Administrativos pueden considerarse órganos jurisdiccionales a los efectos de plantear una cuestión prejudicial. Para ello, analizó los cinco requisitos habituales: el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento y la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia. El Tribunal consideró que el TEAR de Cataluña reunía todos estos requisitos, si bien es dudoso que realmente pueda considerarse un órgano verdaderamente independiente⁽²⁴⁾.

Próximo a estas dos situaciones, debe indicarse también que el Tribunal de Justicia ha reconocido el carácter de «órgano judicial nacional» a los jueces españoles incluso cuando resuelven «expedientes no judiciales» (STJUE de 25 de junio de 2009, *Roda Golf & Beach Resort*, As. C-14/08).

2. ¿Sobre qué materias plantean recurso prejudicial los tribunales españoles?

Los órganos jurisdiccionales españoles han planteado cuestiones prejudiciales sobre todo tipo de materias (quizá con una especial incidencia en el ámbito del Derecho del Trabajo y del Derecho Fiscal) y en sus diversas modalidades. La única excepción parecen ser los procedimientos prejudiciales acelerado y de urgencia previstos en los arts. 104 bis y 104 ter del Reglamento de Procedimiento.

Cuestión distinta de las materias sobre las que, en concreto, versan las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales españoles es el tipo de norma objeto de la controversia. De conformidad con su tenor literal, las cuestiones prejudiciales de interpretación se dirigen, según el art. 267.1.a) TFUE, a permitir «la interpretación de los *Tratados*». No obstante, el TJUE ha extendido la previsión contenida en este artículo hasta el punto de poder interpretar, con carácter general, todo el Derecho de la Unión y no únicamente los *Tratados*. Ello implica, normalmente, que deba pronunciarse sobre normas escritas. No

(24) El Tribunal de Justicia estimó suficiente para considerarlo un órgano independiente que estuviera garantizada una separación funcional entre los servicios de la Administración tributaria responsables de la gestión, liquidación y recaudación, por una parte, y los Tribunales Económico-Administrativos encargados de resolver sobre las reclamaciones presentadas contra las decisiones de dichos servicios, sin recibir instrucciones de ellos, por otra. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los miembros de estos Tribunales son libremente designados por el Consejo de Ministros (Tribunal Económico-Administrativo Central) o por el Ministro de Hacienda (Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Locales), que se encuentran, precisamente, en la cúspide de la Administración tributaria.

obstante, también puede pronunciarse sobre la interpretación de principios generales del Derecho e incluso sobre su propia jurisprudencia⁽²⁵⁾.

Asimismo, el TJUE también ha sido receptivo a utilizar el mecanismo de las cuestiones prejudiciales para interpretar normas nacionales que deben aplicarse en asuntos estrictamente nacionales. Se trata de supuestos de aplicación del Derecho comunitario por reenvío, es decir, de normas nacionales que, para regular una determinada situación nacional, prefieren remitirse a normas comunitarias que ya existen en lugar de inventarse un régimen jurídico nuevo. Ante estas situaciones, algunos tribunales nacionales han planteado cuestiones prejudiciales interpretativas ante el TJUE para que se pronuncie sobre la norma comunitaria a la que se remite la norma nacional⁽²⁶⁾. El asunto al que se aplicará la norma comunitaria no es un asunto comunitario, sino nacional. Aun más, la norma comunitaria deja de ser una verdadera norma comunitaria para convertirse en una norma nacional. Sin embargo, el TJUE ha extendido su jurisdicción a la resolución de este tipo de cuestiones prejudiciales⁽²⁷⁾.

La jurisprudencia del TJUE se ha limitado a aceptar este tipo de cuestiones prejudiciales. Sin embargo, no parece que el juez nacional esté obligado a presentarlas. Ni siquiera cuando se trate de un juez de última instancia⁽²⁸⁾. Asimismo, si decide plantearla, recae

(25) Estas dos últimas posibilidades generan interesantes problemas en relación con el carácter «retroactivo» de las sentencias interpretativas. En efecto, con carácter general se ha afirmado que las sentencias dictadas en cuestiones prejudiciales deben aplicarse con carácter retroactivo, referido al momento en que las normas que se están interpretando entraron en vigor: STJUE de 6 de marzo de 2007, *Meilicke*, As. C-292/04. Sin embargo, esta afirmación sólo resulta plenamente aplicable cuando lo que se interpreta son normas (perfectas y acabadas desde una fecha concreta: la de su entrada en vigor). No puede decirse lo mismo cuando, en lugar de normas, el TJUE interpreta principios generales del Derecho o su propia jurisprudencia (por ejemplo, el alcance del principio de primacía, o el deber de inaplicar las normas nacionales contrarias a las disposiciones comunitarias, o el principio de responsabilidad patrimonial del Estado miembro por infracción del Derecho comunitario, etc.).

(26) De manera similar, también se han planteado cuestiones prejudiciales ante el TJUE para la interpretación de Tratados Internacionales que forman parte del ordenamiento comunitario incluso cuando se aplican a situaciones estrictamente nacionales. Sobre todo ello, Morten BROBERG, «The preliminary reference procedure and questions of international and national law», *Yearbook of European Law*, 2009 (28), pp. 362-389.

(27) En la STJUE de 18 de octubre de 1990, *Dzodzi*, As. Ac. C-297/88 y C-197/89, y en la STJUE de 8 de noviembre de 1990, *Gmurzynska*, As. C-231/89, el TJUE afirmó expresamente que era competente para conocer, en el marco de la cuestión prejudicial, de todas las cuestiones que le plantearan los tribunales nacionales relativas a normas comunitarias, aun cuando estas se aplicaran para resolver cuestiones estrictamente internas. La justificación se encuentra en que el ordenamiento jurídico comunitario tiene un interés manifiesto en comprobar que cualquier norma de Derecho comunitario es interpretada uniformemente, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, y ello con independencia de las circunstancias en las que resulta aplicada. Véase el comentario favorable a ambas sentencias en Miguel BRAVO-FERRER DELGADO y Nieves LA CASTA MUÑOA, «Case law. Joined cases, C-297/88 and C-197/89, *Massam Dzodzi v. Belgian State*. Judgment of 18 October 1990, [1990] ECR I-3763; Case C-231/89, *Krystyna Gmurzynska-Bscher c. Oberfinanzdirektion Köln*, Judgment of 8 November 1990, [1990] ECR I-4003», *Common Market Law Review*, n.º 29.1 (1992), pp. 152-159. Con anterioridad a estas sentencias, el TJUE ya se había pronunciado en sentido similar en la STJUE de 26 de septiembre de 1985, *Thomasdunger*, As. 166/84, en contra de las Conclusiones del Abogado General Mancini. Muy crítico con esta jurisprudencia, Silvère LEFÈVRE, «The interpretation of Community law by the Court of Justice in areas of national competence», *European Law Review*, 29 (August 2004), pp. 501-516, señala la incoherencia del TJUE que, por un lado, rechaza algunas cuestiones prejudiciales (en ocasiones, de manera muy estricta, como en la STJUE de 21 de enero de 2003, As. C-318/00, *Bacardi-Martini*) en casos en los que sí que se está aplicando el Derecho comunitario, y que, por otro lado, admite estas cuestiones a pesar de referirse a normas que, en realidad, son nacionales (p. 509).

(28) Aunque se trata de una cuestión controvertida, creemos que debe aceptarse la opinión de Morten BROBERG, «The preliminary reference procedure and questions of international and national law», cit., p. 374, cuando

sobre el juez nacional la carga de justificar debidamente que la norma objeto de la controversia se remite claramente a la norma comunitaria.

Los tribunales españoles han planteado cuestiones prejudiciales en este tipo de supuestos. En el caso de la STJUE de 14 de diciembre de 2006, *Confederación española de empresarios de estaciones de servicio*, As. C-217/05, el Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial en relación con el Real Decreto n.º 142/1992, de 21 de febrero de 1992. Con el fin de establecer los requisitos que debían reunir ciertos acuerdos comerciales para poder ser autorizados conforme a las normas españolas de defensa de la competencia, el Real Decreto español se remitía a una norma comunitaria, el Reglamento (CEE) n.º 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983. En consecuencia, el Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia para determinar si, en el supuesto concreto que debía resolver, el acuerdo existente entre las empresas españolas cumplía los requisitos determinados por la norma comunitaria y, por tanto, se encontraba autorizado por la norma española.

El Tribunal de Justicia consideró, una vez más, que «cuando una normativa nacional se atiene, respecto a las soluciones que adopta en relación con las situaciones puramente internas, a las aplicadas en Derecho comunitario, con objeto, como sucede en el procedimiento principal, de evitar la aparición de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar el riesgo de que se produzcan futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse» (parágrafo 20). En consecuencia, se declaró competente para interpretar dicho acto⁽²⁹⁾.

3. El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los tribunales españoles en la práctica

A) *El margen de apreciación de los tribunales nacionales para plantear cuestiones prejudiciales: la necesidad de una formación adecuada*

La cuestión prejudicial interpretativa, tal y como ha sido desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, concede un importante margen de apreciación al juez nacional.

sostiene que «está en la naturaleza de las cosas que el Derecho comunitario no puede imponer obligaciones más allá de su ámbito de aplicación. Por lo tanto, un órgano jurisdiccional de última instancia no está obligado a plantear una cuestión prejudicial en situaciones como las descritas», es decir, cuando «la cuestión preliminar se refiere a la aplicación, en el litigio principal, de normas nacionales». En el mismo sentido, Takis TRIDIMAS, «Knocking on heaven's doors: fragmentation, efficiency and defiance in the preliminary reference procedure», cit., p. 37.

(29) En sentido contrario, en su Auto de 16 de abril de 2008, *Club náutico de Gran Canaria*, As. C-186/07, el Tribunal de Justicia se declaró incompetente para interpretar algunos preceptos del Impuesto General Indirecto Canario (IGIC). El Tribunal Superior de Justicia de Canarias consideraba que la regulación contenida en el IGIC era idéntica a la regulación contenida en la Sexta Directiva sobre IVA. Dicha identidad obedecía estrictamente al deseo del legislador español, puesto que la Sexta Directiva no resultaba de aplicación en el territorio de Canarias. En consecuencia, el tribunal español solicitó al Tribunal de Justicia que aclarara si su jurisprudencia relativa a la Sexta Directiva debía aplicarse también a la interpretación del IGIC. El Tribunal de Justicia se declaró incompetente para responder a esta cuestión prejudicial, al entender que, para poder contestar, sería necesario que el IGIC se remitiera expresamente a la Sexta Directiva. Lo que no ocurría en el caso, dado que el IGIC solo se inspiraba (si bien ampliamente) en la Sexta Directiva.

Ello se debe en buena medida a la distinción, muy discutible, entre «interpretación» y «aplicación». El juez nacional decide *qué* norma debe ser objeto de interpretación (porque es él quien decide cuándo una norma comunitaria resulta aplicable en el caso que está enjuiciando) y, en buena medida, *cuándo* debe ser objeto de interpretación⁽³⁰⁾. Este margen de discrecionalidad se deriva de la jurisprudencia del TJUE sobre el papel del juez nacional, recogida fundamentalmente (pero no sólo⁽³¹⁾) en *CILFIT*. Como es conocido, *CILFIT* introdujo la noción de *acte clair* y de *acte éclairé*: un tribunal nacional de última instancia está obligado a plantear cuestión prejudicial de interpretación ante el Tribunal de Justicia «a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna».

Como resultado, esta jurisprudencia concede un importante margen de apreciación a los tribunales nacionales: son ellos quienes, en principio, deciden si una norma comunitaria es suficientemente clara (*acte clair*) o si una interpretación anterior del Tribunal de Justicia es aplicable al caso que están enjuiciando (*acte éclairé*). Ahora bien, es esencial que realicen un uso correcto de esta potestad. De lo contrario, pueden dejar de plantear cuestiones prejudiciales en casos en los que están obligados a ello. Y, de hecho, eso es precisamente lo que ocurre. Es sabido y asumido que los tribunales nacionales sólo plantean una mínima parte de las cuestiones prejudiciales que podrían (tribunales inferiores) o deberían (tribunales de última instancia) plantear. Así se deduce sólo con mirar las cifras de cuestiones prejudiciales planteadas⁽³²⁾.

¿Cuál es la causa de esta situación? No parece posible dar una única respuesta. En primer lugar, en ocasiones se han expresado muy serias dudas acerca de la capacidad de los jueces nacionales para aplicar correctamente el Derecho de la Unión⁽³³⁾. Esta expli-

(30) Ello determina la independencia del tribunal nacional respecto de las partes y respecto de los tribunales nacionales superiores: la Sentencia de 16 de junio de 1981, *Salonia v. Poidomani y Giglio*, As. 126/80, párrafo 7, sostuvo que el tribunal puede plantear una cuestión prejudicial incluso contra el deseo de las partes; en la Sentencia de 9 de noviembre de 1965, *Hessische Kanppschaft*, As. 44/65, y la Sentencia de 12 de noviembre de 1992, *Keratina*, As. C-34 y 35/91, se estableció que el tribunal es el único que puede determinar qué cuestiones plantear, sin que las partes puedan cambiar ni su alcance ni su contenido.

(31) Ya antes, la Sentencia de 27 de marzo de 1963, *Da Costa*, As. Ac. 28-30/62, había aclarado que el tribunal nacional no está obligado a presentar cuestión cuando el asunto fuera materialmente idéntico a otro que ya hubiera sido resuelto por el TJUE.

(32) Realmente, el número de cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales es muy escaso. Si se respetara completamente la jurisprudencia comunitaria en *CILFIT*, que establece claramente la obligación de presentar cuestiones prejudiciales interpretativas a los tribunales de última instancia (salvo en los casos ya indicados) y la jurisprudencia *Foto-frost*, que establece la obligación de presentar cuestión de validez a todos los órganos judiciales nacionales, el volumen de cuestiones prejudiciales sería inabarcable. Cabe razonablemente sospechar que las cuestiones que llegan son sólo la «punta del iceberg». Julio BAQUERO CRUZ, «De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión», cit., p. 41. *Cf.*, por ejemplo, la STS de 27 de abril de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso contencioso-administrativo n.º 210/1995), comentada por la Comisión Europea en su 17.º informe anual sobre la aplicación del Derecho comunitario, en la que el Tribunal Supremo español se acogió indebidamente a la doctrina del *acte clair* para negarse a plantear cuestión prejudicial.

(33) Sacha PRECHAL, «National courts and EU judicial structures», cit., pp. 432-436, *passim*, y la bibliografía allí citada. Muy sutilmente, esta situación también es insinuada por la Comunicación de la Comisión Europea sobre la formación judicial en la Unión Europea, de 29 de junio de 2006, COM (2006) 396 final, y es claramente afirmada por

cación debe ponerse en relación con el hecho, antes explicado, de que la jurisprudencia del TJUE concede importantes potestades al juez nacional. El correcto ejercicio de estas potestades por parte del juez nacional exigiría un elevado nivel de competencia en Derecho de la Unión. De este modo, se ha sostenido que los jueces nacionales no solo desconocen cuándo corresponde plantear una cuestión prejudicial sino incluso cuándo están aplicando Derecho comunitario⁽³⁴⁾. Se han señalado como causas de esta indeseable situación la falta de programas de formación, específicamente dirigidos a los jueces, que tengan un nivel de especialización suficientemente elevado o que tengan en cuenta adecuadamente la realidad jurídica diaria de los jueces nacionales.

En el caso específico de España, es difícil hacer afirmaciones acerca del nivel de preparación de los jueces españoles en materia de Derecho de la Unión. No existen publicaciones específicas a este respecto. Únicamente es posible indicar que el peso de las materias relativas al Derecho de la Unión dentro de los programas de formación dirigidos a jueces, magistrados y fiscales es muy reducido. Por ejemplo, de los 320 temas que integran el programa de las oposiciones para ingresar en las Carreras Judicial y Fiscal, sólo 2 temas se dedican, específicamente, al Derecho de la Unión⁽³⁵⁾. Del mismo modo, el «Programa de Formación Continua de la Carrera Judicial», elaborado cada año por el Consejo General del Poder Judicial y dirigido a jueces y magistrados, sólo dedica una mínima parte de sus actividades de formación a materias específicas de la Unión Europea⁽³⁶⁾. A pesar de ello, los jueces españoles participan, a través del Consejo General del Poder Judicial, en los seminarios de formación lingüísticos y jurídicos organizados a través de la *European Judicial Training Network*.

B) *Planteamiento incorrecto de cuestiones prejudiciales por parte de tribunales españoles*

Además del número de cuestiones prejudiciales que presentan los jueces españoles y de la formación sobre Derecho de la Unión que reciben, es posible encontrar otros indicadores objetivos sobre el nivel de conocimiento y destreza de los jueces españoles en relación con el Derecho de la Unión. Uno de estos indicadores objetivos podría ser el número de autos

la Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de julio de 2008, sobre el papel del juez nacional en el sistema judicial europeo (2009/C 294). Del mismo modo, y de acuerdo con Jörg LUTHER, «Jueces europeos y jueces nacionales: la Constitución del diálogo», cit., p. 177, la competencia atribuida a la Unión en el art. 81.2.h) TFUE por el Tratado de Lisboa para adoptar medidas que garanticen «el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia», parece reconocer, implícitamente, carencias en la formación de los órganos judiciales nacionales. No obstante, este artículo también podría interpretarse, simplemente, como una forma de garantizar la actualización y puesta al día de los jueces nacionales en el siempre cambiante Derecho de la Unión.

(34) Así ocurriría, según Julio BAQUERO CRUZ, «De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión», cit., pp. 42-43, en el caso de las Directivas: es posible que los jueces, al aplicar las normas nacionales de transposición de las Directivas, no siempre sean conscientes de que están aplicando Derecho comunitario, por lo que no siempre serán conscientes de que podrían, en su caso, plantear cuestiones prejudiciales.

(35) Acuerdo de 31 de enero de 2011, de la Comisión de Selección a la que se refiere el art. 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que se convocan pruebas selectivas para la provisión de plazas de alumnos de la Escuela Judicial, para acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Juez, y a la Carrera Fiscal por la categoría de Abogado Fiscal. Publicado en el Boletín Oficial del Estado n.º 31 de 5 de febrero de 2011, p. 12710.

(36) Plan Estatal de Formación 2011, aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 22 de julio de 2010.

de inadmisión dictados por el TJUE en virtud del art. 92.1 y del art. 104.3 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. En principio, la inadmisión de cuestiones prejudiciales por alguna de las causas de estos artículos revela un manejo deficiente del Derecho comunitario por parte del órgano nacional que plantea la cuestión.

El art. 92.1, en conexión con el art. 103.1 del Reglamento de Procedimiento, permite que el Tribunal de Justicia pueda poner fin al procedimiento cuando sea manifiestamente incompetente para poder conocer la cuestión prejudicial o cuando ésta sea manifiestamente inadmisibile. Por su parte, el art. 104.3 del Reglamento de procedimiento permite que el Tribunal, mediante auto motivado, pueda acordar la inadmisión de la cuestión prejudicial cuando ésta sea idéntica a otra que ya ha sido resuelta, cuando la respuesta se deduzca claramente de su jurisprudencia o cuando la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable.

Los tribunales españoles han visto rechazadas sus cuestiones prejudiciales mediante Auto de inadmisión con relativa frecuencia. En concreto, de las 114 cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles entre 2001 y 2010, 11 fueron inadmitidas sobre la base de los artículos 92.1⁽³⁷⁾ y 114.3⁽³⁸⁾ del Reglamento de Procedimiento, lo que significa el 10% de todas las cuestiones presentadas. A estas cifras aún habría que añadir las sentencias en las que se rechaza responder a la cuestión prejudicial porque el juez nacional no ha presentado correctamente el marco legal y los hechos del asunto, porque la cuestión es demasiado general o hipotética o porque la cuestión no tiene relación con el litigio principal⁽³⁹⁾.

4. Consecuencias de que los tribunales españoles no planteen cuestiones prejudiciales cuando vienen obligados a ello

A) *Consecuencias nacionales: vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva*

A pesar de que la potestad para plantear cuestiones prejudiciales tiene su origen en los Tratados, el Tribunal Constitucional español ha considerado que, en determinados casos, si un

(37) Autos de 15 de diciembre de 2010, Asunto *González Alonso*, C-352/10; de 20 de enero de 2010, Asunto *Sáenz Morales*, C- 389/09; de 16 de abril de 2008, Asunto *Club Náutico de Gran Canaria*, C-186/07, y de 13 de junio de 2007, *Blanco Pérez y Chao Gómez*, Asuntos Acumulados C-72/07 y C-111/07.

(38) Autos de 6 de octubre de 2010, Asunto *Innogolf*, C-487/09; de 6 de octubre de 2010, Asunto *Sáez Sánchez y Rueda Vargas*, C- 563/08; de 3 de septiembre de 2009, Asunto *Lubricarga*, C-506/07; de 27 de noviembre de 2008, Asunto *Renta*, C-151/08; de 25 de julio de 2008, Asunto *Real Sociedad de Fútbol y Kahveci*, C-152/08; de 13 de diciembre de 2005, Asunto *Guerrero Pecino*, C- 177/05, y de 3 de julio de 2001, Asunto *CIG*, C-241/99.

(39) Por ejemplo, las dos Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2005, *García Blanco*, As. C-225/02, y *Salgado Alonso*, As. C-306/03, en las que el Tribunal consideró que no procedía responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por ser hipotéticas (lo cual se debió, parcialmente, a ciertos hechos sobrevenidos).

No obstante, en relación con este último grupo de sentencias son necesarias ciertas precauciones. En particular, debe tenerse en cuenta que, en su primera época, y con el fin de fomentar la presentación de cuestiones prejudiciales, el TJUE aceptó cuestiones prejudiciales incluso cuando habían sido formulados incorrectamente. Sólo más adelante, a partir de la década de los noventa, el TJUE se volvió mucho más restrictivo en la admisibilidad. Takis TRIDIMAS, «Knocking on heaven's doors: fragmentation, efficiency and defiance in the preliminary reference procedure», cit., p. 11. Cfr: la STJUE de 1 de diciembre de 1965, *Schwarze*, As. 16/65, dictada sobre la validez de un acto de la Comunidad a pesar de que la cuestión interpuesta lo había sido de interpretación; o la STJUE de 12 de junio de 1986, *Bertini*, As. Ac. 98, 162 y 258/85, en la que el Tribunal de Justicia contestó la cuestión presentada a pesar de que no veía la relevancia para el litigio principal.

tribunal español no plantea cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, esta omisión podría tener consecuencias constitucionales. En concreto, esta omisión podría suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24 de la Constitución Española).

Esta doctrina fue establecida por primera vez en la STC 58/2004, de 19 de abril⁽⁴⁰⁾. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decidió inaplicar parcialmente la Ley 5/1990, que establecía determinados impuestos sobre el juego, al considerar que era contraria a la Sexta Directiva en materia de IVA. De este modo, daba la razón a un ciudadano en sus pretensiones contra la Administración tributaria. Con esta decisión, el TSJ de Cataluña se apartaba de toda su jurisprudencia anterior y de toda la jurisprudencia dictada por el resto de tribunales españoles que, hasta entonces, habían declarado la compatibilidad entre ambas normas. A pesar de ello, el TSJ de Cataluña, que en este caso actuaba como tribunal de última instancia, dictó sentencia sin plantear previamente una cuestión prejudicial al TJUE. El Tribunal Constitucional español señala expresamente que no le corresponde a él determinar si, efectivamente, había o no compatibilidad entre la Sexta Directiva comunitaria y el derecho interno. Pero sí se declara competente para determinar «si el juez español ha adoptado su decisión inaplicativa dentro de su jurisdicción, esto es, en el proceso debido y con todas las garantías (...) o si por el contrario estaba obligado a plantear cuestión prejudicial interpretativa en orden a dejar inaplicado el Derecho español» (Fundamento Jurídico 11).

A la vista de que la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña suponía una interpretación aislada y ajena al resto de la jurisprudencia recaída hasta entonces, era evidente que existía una duda objetiva sobre la compatibilidad entre ambas normas. Esta duda objetiva impedía la aplicación de la doctrina del *acte clair* enunciada en *CILFIT*. En consecuencia, el TSJ de Cataluña estaba obligado a plantear una cuestión prejudicial. Al no hacerlo, violó una de las garantías que integran el derecho a un proceso debido, produciendo una situación de indefensión en la Administración tributaria. Por todo ello, el Tribunal Constitucional anuló la sentencia del TSJ de Cataluña por vulneración de la Constitución Española⁽⁴¹⁾.

(40) Pablo J. MARTÍN RODRÍGUEZ, «La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho comunitario (a propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril, asunto tasa fiscal sobre el juego)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 72 (septiembre-diciembre 2004). También Carmen LÓPEZ-JURADO y Francisco CUESTA RICO, «Tribunal Constitucional español y Derecho de la Unión Europea», *RDCE*, n.º 34, pp. 1020-1022.

(41) Esta doctrina fue confirmada por la STC de 19 de junio de 2006, 194/2006. En esta nueva sentencia, el Tribunal Constitucional dio la razón al Gobierno de Canarias frente a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que había inaplicado un precepto de una Ley fiscal nacional (Ley sobre el Impuesto General Indirecto Canario —IGIC—) por considerar que era idéntico a otro precepto que había sido declarado contrario a la Sexta Directiva sobre el IVA por la STJUE de 7 de mayo de 1998, *Comisión c. España*, As. C-124/96. El territorio de las Islas Canarias está excluido del ámbito de aplicación de la Sexta Directiva. En consecuencia, resultaba muy dudoso que la sentencia del Tribunal de Justicia pudiera aplicarse contra el IGIC. Asimismo, el TSJ de Canarias era, en este supuesto, el tribunal de última instancia. Por tanto, la decisión de inaplicar la norma nacional sin plantear previamente una cuestión prejudicial ante el TJUE resultaba absolutamente irrazonable. Por todo ello, el Tribunal Constitucional declaró vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, lo que suponía la anulación de la Sentencia impugnada para que el órgano judicial dictara otra respetuosa con este derecho.

En cumplimiento de esta sentencia, el TSJ de Canarias planteó entonces una cuestión prejudicial que fue inadmitida por el Auto de 16 de abril de 2008, *Club náutico de Gran Canaria*, As. C-186/07, al que hicimos referencia más atrás.

El Tribunal Constitucional español coincide en este punto con la jurisprudencia del TEDH (recaída en ciertos casos que afectaban directamente a España)⁽⁴²⁾ y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán⁽⁴³⁾.

Asimismo, una consecuencia indirecta de esta doctrina constitucional es que, hasta cierto punto, permite resolver la falta de diálogo directo entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Justicia. En efecto, al obligar a los tribunales ordinarios a plantear cuestiones prejudiciales, el Tribunal Constitucional puede conocer la opinión del TJUE sin tener que «doblegarse» a reconocerle como superior⁽⁴⁴⁾.

*B) Consecuencias en el ámbito de la Unión:
responsabilidad patrimonial del Estado miembro*

El uso incorrecto por parte de los tribunales nacionales de su potestad para plantear cuestiones prejudiciales, también puede tener importantes consecuencias en el ámbito del Derecho de la Unión. En concreto, la negativa de un tribunal de última instancia a plantear una cuestión prejudicial puede generar la responsabilidad patrimonial del Estado miembro al que pertenece.

Así parece deducirse de la lectura conjunta de las Sentencias del TJUE de 30 de septiembre, *Köbler*, As. C-224/01, y de 13 de junio de 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, As. C-173/03. Como es sabido, en *Köbler* el Tribunal de Justicia estableció que los Estados están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables, incluso si dicha violación se debe a una resolución judicial de un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia, siempre que la norma de Derecho comunitario vulnerada tuviera por objeto conferir derechos a los particulares, la violación estuviera suficientemente caracterizada y existiera una relación de causalidad directa entre dicha violación y el daño sufrido por las personas perjudicadas (parágrafo 59). En *Traghetti del Mediterraneo* el Tribunal confirmó rotundamente la jurisprudencia creada en *Köbler*. Asimismo, *Traghetti del Mediterraneo* parece reconocer que el simple hecho de que un tribunal nacional de última instancia no presente una cuestión prejudicial cuando estaba obligado a ello, podría ser suficiente, según las circunstancias del caso y siempre que se reúnan el resto de requisitos, para generar responsabilidad patri-

(42) En la Sentencia de 12 de mayo de 1993 sobre la admisibilidad de la demanda (*application* 20631/92), *Divagsa v. España*, se estableció que no cabe derivar del Convenio un derecho absoluto a que se plantee una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Sin embargo, se admitió que podría haber ciertas circunstancias en las que la negativa del tribunal nacional de última instancia a plantear la cuestión prejudicial que se le ha solicitado podría vulnerar el derecho a un proceso equitativo consagrado en el art. 6.1 del Convenio, especialmente cuando dicha negativa resulte arbitraria. Esta misma jurisprudencia sería posteriormente reiterada en la STEDH de 4 de octubre de 2001, *Canela c. España*.

(43) El análisis de la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* permite afirmar que la vulneración del derecho al juez ordinario consagrado por la constitución alemana solo se produce cuando la decisión judicial es arbitraria. Marten BREUER, «State liability for judicial wrongs and Community law: the case of *Gerhard Köbler v Austria*», *European Law Review*, 29 (April 2004), pp. 252-253.

(44) Con referencia al Tribunal Constitucional italiano, Marta CARTABIA, «Taking dialogue seriously: the renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union», cit., p. 30.

monial del Estado miembro en el que se encuentre el tribunal. No obstante, no es absolutamente seguro que sea así⁽⁴⁵⁾.

No existe hasta ahora ninguna aplicación de esta jurisprudencia por parte de los tribunales españoles. Sin embargo, es razonable pensar que esta jurisprudencia podría acabar forzando al propio Tribunal Constitucional a plantear cuestiones prejudiciales.

III. LA «FASE DESCENDENTE» DEL DIÁLOGO JUDICIAL EN ESPAÑA: LA APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DE LA JURISPRUDENCIA PROCEDENTE DEL TJUE

1. La aplicación al caso concreto de la respuesta dada a una cuestión prejudicial: el enfrentamiento con el Tribunal Constitucional español

La principal consecuencia del «diálogo judicial» establecido mediante cuestiones prejudiciales es que los tribunales nacionales tienen la obligación de acatar y aplicar la jurisprudencia del TJUE. Cuando la respuesta dada por el TJUE coincide con la respuesta que el tribunal nacional deseaba recibir, este último se mostrará deseoso de aplicarla. Así ocurre, por ejemplo, cuando el tribunal nacional consigue que el TJUE reconsidere su jurisprudencia previa y la cambie⁽⁴⁶⁾. En otras ocasiones, sin embargo, la aplicación de la jurisprudencia comunitaria no resulta tan fácil. Por un lado, porque no siempre se entiende bien la respuesta ofrecida por el TJUE⁽⁴⁷⁾. Por otro lado, porque la respuesta puede entrar directamente en contradicción con el ordenamiento nacional o con la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales.

En el caso de España, esta última posibilidad se ha presentado en ocasiones en toda su crudeza. En concreto, es posible encontrar un ejemplo especialmente paradigmático en la STJUE de 7 de septiembre de 2006, Asunto C-81/05, caso *Cordero Alonso*, que resuelve

(45) Las dudas se generan porque el Tribunal de Justicia no respondió a la primera de las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el *Tribunale di Genova*, en la que se le preguntaba, directamente: «¿Responde un Estado [miembro], en concepto de responsabilidad extracontractual, frente a los particulares por los errores de sus jueces en la aplicación del Derecho comunitario o en la falta de aplicación del mismo y, en particular, por el incumplimiento de un órgano jurisdiccional de última instancia de la obligación de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al art. 234 CE, párrafo tercero?» (párrafo 20). Del sentido general de la sentencia y, en particular, del veredicto, parece desprenderse una respuesta afirmativa.

(46) Cfr. los ejemplos ofrecidos por Takis TRIDIMAS, «Knocking on heaven's doors: fragmentation, efficiency and defiance in the preliminary reference procedure», cit., pp. 39-40: el As. C-373/97, *Diamandis*, en materia de Derecho Mercantil en Grecia, y el As. C-269/90, *Technische Universität München*, en relación a los derechos de los importadores de aparatos científicos. En relación con España, el TJUE ha realizado algunos cambios de jurisprudencia importantes, entre los que debe destacarse la Sentencia de 16 de mayo de 2000, *Bélgica c. España*, As. C-388/1995 (*Rioja II*). La peculiaridad de este cambio de jurisprudencia se encuentra, sin embargo, en que no se debió a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español, sino a un recurso por incumplimiento planteado por otro Estado miembro.

(47) La experiencia demuestra que no siempre es fácil entender correctamente el alcance y el sentido de las sentencias dictadas por los tribunales supranacionales. Pueden consultarse dos interesantes ejemplos en Rt Hon Lady Justice ARDEN DBE, «Peaceful or problematic? The relationship between national Supreme Courts and supranational Courts in Europe», cit., pp. 8-9.

una cuestión prejudicial de interpretación planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León⁽⁴⁸⁾. Los hechos eran los siguientes:

Originariamente, el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) preveía que el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA, institución de garantía establecida de conformidad con la Directiva 80/987) únicamente se haría cargo del pago a los trabajadores de ciertas indemnizaciones por despido o extinción de los contratos en caso de insolvencia empresarial cuando dichas indemnizaciones hubiesen sido reconocidas por sentencia judicial o resolución administrativa. No se incluía, sin embargo, el supuesto de que las indemnizaciones hubiesen sido reconocidas por otros medios, como auto judicial o acuerdo de conciliación entre las partes. Ante la posibilidad de que esta discriminación pudiera resultar contraria al derecho fundamental a la igualdad (art. 14 de la Constitución Española), el Tribunal Constitucional español fue requerido para que se pronunciase al respecto. El Tribunal Constitucional español, en su STC 306/1993, de 25 de octubre, entendió que la diferencia de trato entraba dentro del margen de apreciación del legislador, por lo que no suponía una vulneración del derecho a la igualdad. Sin embargo, algunos órganos jurisdiccionales españoles plantearon una cuestión prejudicial al TJUE sobre este mismo asunto. El Tribunal de Justicia entendió que la distinción de trato no se encontraba justificada y que la norma nacional (el art. 33.2 ET) resultaba contraria al Derecho comunitario por vulnerar el principio comunitario de igualdad ante la ley y no discriminación⁽⁴⁹⁾.

En consecuencia, cuando la cuestión volvió a presentarse ante el TSJ de Castilla y León, este tribunal se encontró con una interpretación contradictoria del Tribunal Constitucional español y del TJUE, referida, en ambos casos, a un mismo precepto. Como resultado, el TSJ de Castilla y León planteó una cuestión prejudicial al TJUE preguntando, directamente, si los jueces e instituciones españoles debían aplicar la Directiva 80/987 siguiendo la interpretación que el TJUE había hecho del principio de igualdad ante la Ley y no discriminación, «aunque esta no coincida con la interpretación del derecho fundamental análogo reconocido por la Constitución Española en la interpretación dada al mismo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español» (párrafo 25). Como era previsible, la respuesta del TJUE fue afirmativa.

Nada puede reprocharse a la sentencia del TJUE respecto de la cuestión de fondo: el Tribunal se limitó a repetir una jurisprudencia anterior en la que ya había afirmado que, desde la perspectiva del Derecho comunitario, la normativa española era contraria al principio de no discriminación⁽⁵⁰⁾. Sin embargo, lo que resulta censurable de la sentencia es su desprecio hacia la doctrina del Tribunal Constitucional español. A pesar de mantener una visión diametralmente opuesta a la suya, aunque constitucionalmente razonable, el

(48) Para un comentario en profundidad de esta sentencia y sus consecuencias, Rafael SARAZÁ JIMENA, «Primacía del Derecho comunitario, derechos fundamentales y sistema constitucional español (comentario a la STJCE de 7 de septiembre de 2006, Asunto C-81/05, caso *Cordero Alonso*)», *Revista Poder Judicial*, n.º 82 (2006), pp. 11-52.

(49) STJUE de 12 de diciembre de 2002, *Rodríguez Caballero*, As. C-442/00; STJUE de 16 de diciembre de 2004, *Olaso Valero*, As. C-520/03; ATJUE de 13 de diciembre de 2005, *Guerrero Pecino*, As. C-177/05.

(50) Con el fin de dar pleno cumplimiento a esta jurisprudencia, los poderes públicos españoles modificaron el art. 33.2 ET a través del art. 12.4 del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio. En dicha nueva redacción se incluyó expresamente la previsión de que el FOGASA se hiciera también cargo de las indemnizaciones reconocidas mediante conciliación judicial.

Tribunal de Justicia no hace ninguna referencia a las razones que llevaron al Tribunal Constitucional español a rechazar la vulneración del principio de igualdad. Simplemente se limita a negar que dicha interpretación pueda tener relevancia alguna frente a su propia jurisprudencia⁽⁵¹⁾. Este comportamiento se sitúa en las antípodas de lo que debe ser el «diálogo entre los jueces» y permite comprender por qué algunos Tribunales Constitucionales han establecido «contralímites» frente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Frente a este comportamiento, debe exigirse una jurisprudencia del TJUE más respetuosa con los tribunales (constitucionales) nacionales. Esta exigencia no es nueva, pero se ha visto notablemente reforzada por el nuevo art. 4.2 TUE y por los arts. 52.4 y 52.6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁽⁵²⁾. De este modo, el Tribunal de Justicia está ahora obligado a buscar lecturas del Derecho de la Unión compatibles, en la medida de lo posible, con las Constituciones de los Estados miembros⁽⁵³⁾.

Asimismo, también debería exigirse a los Tribunales Constitucionales nacionales una aproximación más constructiva hacia el Derecho de la Unión. Por un lado, muchos de ellos, siguiendo los pasos del Tribunal Constitucional español, deberían abandonar su jurisprudencia anterior y admitir la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia⁽⁵⁴⁾. Por otro lado, los tribunales nacionales deberían plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE antes que presentar cuestiones de inconstitucionalidad ante sus tribunales constitucionales⁽⁵⁵⁾.

(51) En este sentido, la sentencia simplemente establece que «dado que el principio general de igualdad y de no discriminación es un principio de Derecho comunitario, los Estados miembros están vinculados por dicho principio tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia. Ello también es así cuando, según la jurisprudencia constitucional del Estado miembro de que se trate, la normativa nacional en cuestión es conforme a un derecho fundamental análogo reconocido por el ordenamiento jurídico interno» (parágrafo 41).

(52) Art. 52.4: «En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, *dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones*».

Art. 52.6: «Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y *prácticas nacionales* según lo especificado en la presente Carta».

(53) Ricardo ALONSO GARCÍA, «Los tribunales constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario», en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 11 (2006), nota 5 a p. 3. Con el fin de alcanzar el mismo objetivo, Rt Hon Lady Justice ARDEN DBE, «Peaceful or problematic? The relationship between national Supreme Courts and supranational Courts in Europe», cit., pp. 17-18, ha propugnado que el principio de subsidiariedad debería aplicarse también a la actuación del TJUE. No está claro, sin embargo, que ello fuera realmente posible sin que el TJUE incurriera en una vulneración de la prohibición de *non liquet*. En efecto, una cosa es juzgar de manera respetuosa con las soluciones judiciales nacionales y otra cosa distinta dejar de juzgar.

(54) Entre otros, así lo ha propuesto (con cierto escepticismo) Tania GROPPI, «La *primauté* del Derecho europeo sobre el Derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado» p. 242. En la misma línea se sitúa Marta CARTABIA, «Taking dialogue seriously: the renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union», cit., p. 22, quien considera que, con un Tribunal de Justicia en vías de transformación en juez de derechos fundamentales, la necesidad de un diálogo directo con los tribunales constitucionales es urgente.

(55) En caso contrario, como ocurrió en la STJUE de 7 de septiembre de 2006, Asunto C-81/05, caso *Cordero Alonso*, «al defender la preferencia cronológica de la cuestión prejudicial sobre la de inconstitucionalidad (...) si esta última se plantea y se resuelve sin haber dado previamente al Tribunal de Justicia la oportunidad de pronunciarse, se corre el riesgo de una decisión estimatoria ajena a la incardinación de la ley en el ámbito comunitario, lo que podría conducir la situación a un incómodo contexto de contradicción constitucional con el propio Derecho comunitario», Ricardo ALONSO GARCÍA, «Los tribunales constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario», cit., pp. 14-15.

2. La aplicación de jurisprudencia procedente de cuestiones prejudiciales presentadas por otros órganos jurisdiccionales

Los órganos jurisdiccionales nacionales no solo están obligados a obedecer y aplicar las respuestas del TJUE a las cuestiones prejudiciales planteadas por ellos mismos. Por el contrario, están obligados a respetar toda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con independencia de su origen. Ello incluye, por supuesto, las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por otros tribunales.

Cuando la cuestión prejudicial haya sido presentada por otro tribunal del mismo Estado miembro, la respuesta dada por el Tribunal de Justicia se ajustará especialmente bien a los conflictos que pueden suscitarse ante otros órganos nacionales, dado que las normas objeto de controversia serán, con frecuencia, las mismas. Los tribunales españoles parecen estar especialmente atentos a las sentencias del Tribunal de Justicia que responden a cuestiones prejudiciales planteadas por otros tribunales españoles⁽⁵⁶⁾. No obstante, dado que las Comunidades Autónomas pueden aprobar leyes y reglamentos propios, estas sentencias no siempre resultan relevantes para todos los tribunales del territorio nacional.

Cuando la cuestión prejudicial haya sido planteada por órganos de otro Estado miembro, la respuesta del TJUE puede ser más difícil de aplicar al supuesto de hecho español. Sin embargo, los tribunales españoles también se han esforzado por realizar una aplicación correcta de este tipo de jurisprudencia⁽⁵⁷⁾. En realidad, es esencial que los tribunales nacionales apliquen jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros. Debe tenerse en cuenta que alguna de las grandes construcciones jurídicas del ordenamiento de la Unión se han realizado, precisamente, en el seno de cuestiones prejudiciales: el principio de primacía (*Costa/Enel*), el principio de efecto directo (*Van Gend en Loos*), el principio de inaplica-

(56) Por ejemplo, la STS de 16 de abril de 2007, Sala de lo Civil, Sentencia n.º 428/2007 (posteriormente confirmada por las Sentencias de 7 y 17 de julio de 2007), abandonó su jurisprudencia anterior en materia de propiedad intelectual atendiendo a una respuesta dada por el Tribunal de Justicia a una cuestión prejudicial de origen español. Hasta ese momento, el Tribunal Supremo consideraba que las habitaciones de hotel eran ámbitos estrictamente privados, por lo que se situaban fuera del campo de aplicación de las reglas de propiedad intelectual relativas a los derechos de autor. El cambio de jurisprudencia se produjo a raíz de la STJUE de 7 de diciembre de 2006, *SGAE c. Rafael Hoteles, SA*, C-306/05, dictada para responder a dos cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el alcance del art. 3.1 de la Directiva 2001/29. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que la distribución de una señal mediante aparatos de televisión en un establecimiento hotelero supone una forma de comunicación al público.

De manera similar, la STS de 27 de enero de 2005, Sala de lo Social, recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 5539/2003, interpretó la Directiva 93/104/CE en el sentido de que debe reconocerse el derecho a descansar 11 horas seguidas a aquellos médicos que han estado de guardia localizada y que han tenido que hacer una intervención efectiva. Para sostener esta interpretación, el Tribunal Supremo se apoyó en la STJUE de 3 de octubre de 2000, *SIMAP*, As. C-303/98, dictada para responder a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

(57) La STS de 23 de septiembre de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso contencioso-administrativo n.º 183/2007 (dictada en relación con la recuperación de ciertas ayudas de Estado concedidas por España y declaradas incompatibles con el mercado común por la Comisión) aplicó la jurisprudencia contenida en la STJUE de 15 de diciembre de 2005, *Unicredito italiano*, As. C-148/04, y la STJUE de 18 de junio de 2007, *Lucchini*, As. C-119/05. De este modo, el Tribunal Supremo rechazó las alegaciones de las compañías eléctricas obligadas a devolver las ayudas recibidas acerca de la posible vulneración del principio de confianza legítima.

ción (*Simmenthal*), el principio de interpretación conforme (*Marleasing*) o el principio de responsabilidad patrimonial del Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión (*Francovich* y *Bonifaci*)⁽⁵⁸⁾, entre otros.

3. La aplicación de jurisprudencia del TJUE procedente de otro tipo de recursos

Como indicamos en la Introducción, una de las modalidades que puede adoptar el «diálogo judicial» consiste en que el juez nacional se limite a escuchar un «monólogo» del juez europeo. En relación con el TJUE, eso significa que los tribunales nacionales están obligados a aplicar toda la jurisprudencia emanada del Tribunal de Luxemburgo, incluyendo las sentencias dictadas en procesos distintos a las cuestiones prejudiciales: procedimientos por incumplimiento, recursos de anulación, recursos por inactividad, recursos de responsabilidad patrimonial, etc. En estos supuestos, la comunicación es estrictamente unidireccional: el TJUE es el único que se pronuncia sobre una cuestión, sin que ningún tribunal nacional se haya dirigido a él previamente. A pesar de que no puede hablarse propiamente de «diálogo judicial», existe, sin embargo, una cierta relación entre el TJUE y los tribunales nacionales: la obligación de acatar y obedecer esta jurisprudencia.

Esta relación, sin dejar de ser un «monólogo», puede ser en ciertas ocasiones muy intensa. Así ocurre, especialmente, en relación con las sentencias del TJUE dictadas en recursos por incumplimiento cuando el incumplimiento es el resultado de una interpretación de los órganos judiciales nacionales contraria al Derecho de la Unión. Se trata de una posibilidad relativamente novedosa. Sin embargo, ha afectado de manera directa a los órganos jurisdiccionales españoles.

Tradicionalmente, la Comisión había rechazado interponer recursos por incumplimiento contra un Estado por las actuaciones de sus órganos jurisdiccionales contrarias al Derecho de la Unión. Por un lado, esta decisión beneficiaba a las relaciones mantenidas entre estos órganos y el TJUE o, al menos, no enrarecía el clima de cooperación entre ellos. Por otro lado, la Comisión temía que el principio de independencia judicial se debilitara al condenar a un Estado miembro por la actuación de sus jueces.

Sin embargo, en los últimos años la situación ha ido cambiando gradualmente. Por un lado, la Comisión ha comenzado a interponer recursos por incumplimiento frente a Estados miembros por considerar que la interpretación de las normas nacionales realizada por sus órganos jurisdiccionales era contraria al Derecho de la Unión. Por otro lado, el TJUE ha aceptado que, bajo ciertas circunstancias, esta actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales puede ser suficiente para condenar al Estado miembro denunciado. Ahora bien, este tipo de condena es sustancialmente distinta a todas las demás condenas por incumplimiento: implica que el TJUE tiene que analizar las sentencias dictadas por los tribunales

(58) Esta situación explica por qué cada vez que los Tribunales nacionales tienen que aplicar uno de estos principios, citan la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: porque es la única base jurídica que lo ampara. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003, Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección 6.^a), recurso n.º 46/1999, que reconoció una de las mayores indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración por infracción del Derecho de la Unión (caso Canal Satélite Digital), se remite ampliamente en sus fundamentos jurídicos 3.º y 4.º a las sentencias *Francovich*, *Brasserie du Pêcheur*, *British Telecommunications*, *Hedley Lomas* o *Dillenkofer*, entre otras sentencias.

nacionales para, en su caso, determinar su incompatibilidad con el Derecho de la Unión. En consecuencia, el TJUE acaba actuando como un tribunal de casación, es decir, un tribunal con capacidad para revisar las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales.

El primer paso hacia esta nueva situación se dio con la STJUE de 9 de diciembre de 2003, *Comisión c. Italia*, As. C-129/00. En ella se aceptó implícitamente la posibilidad de que un Estado pudiera ser condenado por incumplir el Derecho de la Unión debido a la actuación de sus órganos jurisdiccionales⁽⁵⁹⁾. Sin embargo, el TJUE fue muy cauto en sus afirmaciones⁽⁶⁰⁾. El paso definitivo se dio casi seis años después, con la STJUE de 12 de noviembre de 2009, *Comisión c. España*, As. C-154/08.

El origen de esta sentencia se encuentra en una denuncia de la Comisión contra el Reino de España, al considerar que algunos servicios prestados por los Registradores de la propiedad a las Comunidades Autónomas (liquidación de los impuestos de sucesiones y sobre transmisiones patrimoniales), debían estar sujetos a IVA. El Tribunal Supremo había rechazado expresamente esta posibilidad en su STS de 12 de julio de 2003, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso de casación en interés de la Ley n.º 42/2002. Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal Supremo se basó en cierta jurisprudencia del Tribunal de Justicia recaída en relación con algunos asuntos similares (en especial, la STJUE de 25 de julio de 1991, *Ayuntamiento de Sevilla*, As. C-202/1990), y consideró que no era necesario plantear una nueva cuestión prejudicial. No obstante, la Comisión consideró que la interpretación consagrada por esta jurisprudencia implicaba un incumplimiento de la Sexta Directiva sobre el IVA y, por tanto, un incumplimiento del Derecho comunitario por parte del Reino de España.

En efecto, el TJUE consideró, en primer lugar, que la interpretación dada por los órganos jurisdiccionales españoles y, en particular, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2003, era contraria al Derecho de la Unión. En segundo lugar, reiteró que «cabe declarar, en principio, la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al art. 226 CE cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento, incluso cuando se trata de una institución constitucionalmente independiente» (párrafo 125). Como consecuencia, declaró que el Reino de España había incumplido sus obligaciones con el Derecho de la Unión. Sin embargo, en

(59) «En principio, cabe declarar la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al artículo 226 CE cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento, incluso cuando se trata de una institución constitucionalmente independiente» (párrafo 29).

(60) En realidad, el TJUE, de conformidad con las conclusiones del Abogado General GEELHOED, consideró que el verdadero culpable del incumplimiento era el legislador nacional, en la medida en que había aprobado una normativa nacional que no era suficientemente clara. Ese era el origen de que hubiera sentencias contrarias al Derecho de la Unión: «Cuando una legislación nacional es objeto de interpretaciones jurisprudenciales divergentes que pueden tomarse en consideración, algunas de las cuales conducen a una aplicación de dicha legislación compatible con el Derecho comunitario, mientras que otras dan lugar a una aplicación incompatible con este, procede estimar que, como mínimo, esta legislación no es suficientemente clara para garantizar una aplicación compatible con el Derecho comunitario» (párrafo 33). De conformidad con Ricardo ALONSO GARCÍA, «Los tribunales constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario», cit., p. 20, la prudencia del TJUE era premeditada, a fin de no generar reacciones adversas entre los órganos jurisdiccionales nacionales.

esta ocasión no culpó al legislador: toda la responsabilidad parece recaer sobre los órganos jurisdiccionales españoles y, en particular, sobre el Tribunal Supremo⁽⁶¹⁾.

¿Qué consecuencias se derivan de esta sentencia para los órganos jurisdiccionales nacionales? De conformidad con el art. 260.1 TFUE, «si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal». Sin embargo, dada la independencia propia de los órganos jurisdiccionales, la única forma de que el Estado pueda cumplir con la sentencia es mediante un cambio en la jurisprudencia de estos tribunales (o, en su caso, aprobando una ley que consagre expresamente la solución jurisprudencial del TJUE).

Y eso es exactamente lo que ha ocurrido: los tribunales españoles, en cumplimiento de la STJUE de 12 de noviembre, *Comisión c. España*, As. C-154/08, han cambiado su jurisprudencia anterior haciendo referencia, expresamente, a esta sentencia⁽⁶²⁾.

Asimismo, y con independencia de este cambio en la jurisprudencia nacional, esta sentencia habría abierto la puerta a que los particulares pudieran solicitar, en virtud de la doctrina *Köbler*, una indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado. Es decir, una vez que el Tribunal de Justicia ha declarado, en el seno de un recurso por incumplimiento, que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro estaban vulnerando el Derecho comunitario, dicha declaración podría servir para que los ciudadanos reclamaran (siempre que se reunieran el resto de requisitos exigidos) responsabilidad patrimonial por los daños que dicho incumplimiento les hubiera podido ocasionar.

4. Las consecuencias de que los jueces nacionales no apliquen la jurisprudencia comunitaria

Hemos visto hasta aquí la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de acatar y aplicar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ya se haya originado en cuestiones prejudiciales planteadas por ellos mismos, por otros órganos o incluso en otro tipo de procedimientos. Sin embargo, cabe preguntarse qué consecuencias tiene la «desobediencia» judicial. Es decir, ¿de qué vías dispone el ordenamiento comunitario para reaccionar frente a unos órganos jurisdiccionales nacionales que se niegan a acatar su jurisprudencia?

(61) Posteriormente, esta jurisprudencia se vería confirmada por el Dictamen 1/2009 del Tribunal de Justicia, de 8 de marzo de 2011, parágrafo 86.

(62) Hasta el momento, la única sentencia que se ha pronunciado en este sentido ha sido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía [Granada] de 8 de febrero de 2010 (recurso n.º 3794/2002). En su fundamento jurídico 5.º, la sentencia indica, expresamente, que «en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión tal y como este ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del deber de interpretación del Derecho interno de conformidad con el Derecho de la Unión, debe este Tribunal Superior de Justicia separarse de la jurisprudencia por él asentada y atraída de la pronunciada por el Tribunal Supremo (...) para, así, dar debida aplicación a la jurisprudencia europea y sujetar a IVA las operaciones efectuadas por los Registradores-liquidadores de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones».

A) *Incumplimiento del Estado miembro*

En primer lugar, de conformidad con la STJUE de 9 de diciembre de 2003, *Comisión c. Italia*, As. C-129/00 y la STJUE de 12 de noviembre de 2009, *Comisión c. España*, As. C-154/08, antes comentadas, el Tribunal de Justicia puede condenar a un Estado miembro en un procedimiento por incumplimiento debido a la actuación de sus órganos jurisdiccionales nacionales.

En consecuencia, si los tribunales de un Estado miembro se negaran a aplicar la jurisprudencia del TJUE, la Comisión (o cualquiera de los demás sujetos legitimados) podría iniciar un procedimiento de incumplimiento contra dicho Estado miembro⁽⁶³⁾. Ello sin perjuicio de poder solicitar la imposición de multas coercitivas o sumas a tanto alzado contra el Estado miembro si la sentencia que se niegan a cumplir sus tribunales se dictó en el seno de un recurso por incumplimiento (art. 260.2 TFUE).

B) *Responsabilidad patrimonial*

En segundo lugar, y según vimos más atrás, la aplicación incorrecta del Derecho de la Unión por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales puede dar lugar a responsabilidad patrimonial, siempre que se reúnan ciertos requisitos. De conformidad con la sentencia *Köbler*, «el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables también se aplica cuando la violación de que se trate se deba a una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, si la norma de Derecho comunitario vulnerada tiene por objeto conferir derechos a los particulares, si la violación está suficientemente caracterizada y si existe una relación de causalidad directa entre dicha violación y el daño sufrido por las personas perjudicadas» (párrafo 59).

Por supuesto, *Köbler* no exige que haya existido una intervención del TJUE para que se genere este tipo de responsabilidad patrimonial. Al contrario, del supuesto de hecho enjuiciado en *Köbler* se deduce que la infracción del Derecho de la Unión puede producirse por una interpretación errónea de una norma de la Unión, realizada directamente por el tribunal nacional y sin intervención del TJUE.

Sin embargo, *uno de los motivos* que puede dar lugar a responsabilidad patrimonial del Estado miembro por infracción del Derecho de la Unión debido a la actuación de los tribunales nacionales, puede ser, precisamente, que los tribunales nacionales se nieguen a aplicar una sentencia del TJUE dictada en el marco de una cuestión prejudicial. O, más ampliamente, que se nieguen a interpretar una norma de la Unión de conformidad con la interpretación dada por el TJUE.

Esta posibilidad supone un gran avance para la protección de los derechos de los ciudadanos. En efecto, la obligación de obedecer y cumplir las sentencias del TJUE por parte

(63) De conformidad con las sentencias citadas, para apreciar este tipo de incumplimiento «si bien no cabe tomar en consideración decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo, la situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por este» (párrafos 32 y 126, respectivamente).

de los Estados miembros no es sólo una exigencia del principio de supremacía del Derecho de la Unión. También puede ser una exigencia derivada de los derechos de los ciudadanos. De hecho, cuando una sentencia del TJUE reconoce un derecho a un particular frente a un Estado miembro, la negativa del Estado miembro a obedecer la sentencia supone, en sí misma, una vulneración del derecho fundamental del ciudadano a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH)⁽⁶⁴⁾.

En consecuencia, *Köbler* puede verse como el mecanismo ideado por el TJUE para garantizar que la protección de los ciudadanos en el ámbito nacional sea total⁽⁶⁵⁾. Sin embargo, esta forma de responsabilidad patrimonial ha sido duramente criticada por numerosos autores. En efecto, para poder declarar que existe responsabilidad patrimonial por la actuación de un tribunal de última instancia, será necesario declarar que una de sus sentencias es contraria al Derecho de la Unión: sólo así podrá hablarse de incumplimiento del Derecho de la Unión. Pero ello significa, sencillamente, ignorar el principio de cosa juzgada (*res iudicata*)⁽⁶⁶⁾.

IV. CONCLUSIÓN: ¿HACIA UNA DEFINITIVA TRANSFORMACIÓN DEL TJUE EN EL TRIBUNAL SUPREMO DE LA UNIÓN EUROPEA?

La visión prevalente entre los autores y, muy seguramente, en el seno del propio TJUE, es que no existe una *verdadera* relación vertical y jerárquica entre el TJUE y los tribunales nacionales obligados a aplicar su jurisprudencia. Esta visión descansa sobre el dato, incuestionable, de que el TJUE no actúa ni como órgano de apelación ni como órgano de casación frente a las sentencias nacionales.

Sin embargo, el análisis de cierta jurisprudencia del TJUE, que ha afectado directamente a España, parece indicar que, aunque el TJUE no puede anular *de iure* las sentencias dictadas por los tribunales nacionales, sí puede hacerlo *de facto*.

(64) La STEDH de 19 de marzo de 1997, *Hornsby v. Greece*, 18357/91, párrafo 45, declaró que las autoridades griegas habían vulnerado el art. 6.1 del Convenio al tardar más de cinco años en tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a una sentencia firme del Tribunal de Justicia en la que se declaraba que Grecia había vulnerado el Derecho comunitario al impedir a un ciudadano británico la apertura de una academia de inglés en su territorio y en la que se obligaba a este Estado miembro a poner fin a esa situación.

(65) Además, ello permitiría justificar más fácilmente las limitaciones establecidas al acceso directo de los ciudadanos a los jueces de Luxemburgo. Limitaciones que se han reducido, pero que se mantienen, tras el Tratado de Lisboa. Floris DE WITTE, «The European judiciary after Lisbon», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 15.1 (2008), p. 54.

(66) En este sentido, Claus Dieter CLASSEN, «Case Law. Case C-224/01, *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, Judgment of 30 September 2003, Full Court», *Common Market Law Review*, n.º 41.III (2004), p. 818. Especialmente crítico en relación con esta cuestión, Peter J. WATTEL, «*Köbler*, *CILFIT* and *Welthgrove*: we can't go on meeting like this», *Common Market Law Review*, 41-I (2004). Este autor considera que, aunque *Köbler* parece respetar el principio de *res iudicata* (párrafos 37 a 39), en realidad, lo ignora. A su juicio, y dada la importancia del principio de *res iudicata* en el funcionamiento de todo sistema judicial, su respeto debería ser absoluto, por lo que no puede admitirse que una sentencia nacional sea revisada por un tribunal internacional. La única excepción que el autor admite es el TEDH, por la materia especialmente sensible de que se trata (derechos humanos) y porque los Estados miembros del CEDH han aceptado expresamente esta posibilidad (p. 187).

Debe recordarse que el TJUE ha declarado que la aplicación incorrecta del Derecho comunitario por parte de los tribunales nacionales puede dar lugar a responsabilidad patrimonial. Del mismo modo, ha declarado también la existencia de un incumplimiento de Estado debido a una jurisprudencia errónea de los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. En ninguno de estos supuestos el TJUE anula (casa) por sí mismo ninguna sentencia dictada por un tribunal nacional. Sin embargo, el resultado producido es el mismo.

Por un lado, para poder aplicar la doctrina *Köbler*, es decir, para poder declarar que existe responsabilidad patrimonial, el TJUE tendrá que declarar que se ha producido un incumplimiento del Derecho de la Unión, lo que en estos casos significa tanto como afirmar que las sentencias del tribunal nacional son contrarias a Derecho. ¿No es esto un supuesto de casación?⁽⁶⁷⁾.

Por otro lado, para condenar a un Estado miembro por la actuación de sus órganos jurisdiccionales, el TJUE tiene primero que analizar jurídicamente las sentencias de los tribunales nacionales y determinar que son contrarias al Derecho de la Unión. ¿No es esto un supuesto de casación? Y recuérdese que eso es exactamente lo que el TJUE hizo en su Sentencia de 12 de noviembre de 2009, *Comisión c. España*, As. C-154/08, en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2003.

A la vista de esta situación, cobran mayor sentido las propuestas doctrinales tendentes a que la cuestión prejudicial se transforme, de una vez, en un verdadero recurso de casación⁽⁶⁸⁾. Por un lado, solo se trataría de consagrar formalmente una situación que ya existe de hecho. Por otro lado, evitaría el riesgo de que los casos de responsabilidad patrimonial del Estado miembro aumentasen excesivamente⁽⁶⁹⁾.

Esta perspectiva se vería, además, refrendada por la tendencia del TJUE a extender su jurisdicción a ámbitos en los que, en principio, no tiene competencias. Así hemos visto que ocurría con la admisibilidad de cuestiones prejudiciales relativas a normas que no se aplican en ejecución del Derecho comunitario. Dicha actuación revelaría que el TJUE se

(67) Julio BAQUERO CRUZ, «De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión», cit., p. 49, llega a afirmar que esta sentencia ha introducido una «pseudocasación europea», una «casación disfrazada y *per saltum*». También Gareth DAVIES, «Abstractness and concreteness in the preliminary procedure», en Niamh Nic Shuibhne (ed.), *Regulating the internal market*, Cheltenham, 2006, p. 242, considera que *Köbler* abrió la puerta hacia el camino de la casación.

(68) Gareth DAVIES, «Abstractness and concreteness in the preliminary procedure», cit., p. 242, considera que no sería un cambio tan radical como puede parecer, en la medida en que el TJUE seguiría realizando en buena medida la misma función: tener la última palabra en las cuestiones jurídicas (sólo jurídicas, porque sería casación, no apelación) del Derecho comunitario. Debe admitirse, sin embargo, que el recurso prejudicial ha funcionado razonablemente bien como mecanismo para garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento comunitario, sin que sea completamente seguro que otros mecanismos alternativos, como la casación, pudieran hacerlo mejor. Sacha PRECHAL, «National courts and EU judicial structures», cit., pp. 440-441. Quizá por eso, Julio BAQUERO CRUZ, «De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión», cit., pp. 55-56, aboga por el establecimiento de un verdadero recurso de casación, directamente ejercitable por los particulares, pero manteniendo la posibilidad de que los jueces puedan plantear la cuestión prejudicial.

(69) En efecto, una de las principales críticas dirigidas contra *Köbler* es que su correcta aplicación podría suponer un gran coste para los Estados miembros (es decir, para los contribuyentes). Peter J. WATTEL, «*Köbler*, *CILFIT* and *Welthgrove*: we can't go on meeting like this», cit., p. 186. Por el contrario, el establecimiento de un sistema de casación contra las sentencias nacionales de última instancia que infringieran el Derecho de la Unión evitaría este problema: las sentencias podrían ser anuladas y, en principio, se eliminaría el daño causado al particular.

ve a sí mismo como un Tribunal Supremo de la Unión Europea y que considera que los ordenamientos jurídicos nacionales y el comunitario forman un sistema unitario⁽⁷⁰⁾.

De hecho, esto es, también, lo que se deduce de la afirmación del TJUE en el Dictamen 1/09 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 8 de marzo de 2011. Este Dictamen fue solicitado por el Consejo de la Unión Europea para determinar si la creación de un Tribunal Europeo de Patentes, establecido al margen del Tribunal de Justicia y de los tribunales nacionales, sería compatible con las disposiciones de los Tratados.

A lo largo de su Dictamen, el Tribunal de Justicia hace referencia continuamente a las competencias que corresponden a los «órganos jurisdiccionales de los Estados miembros» como jueces de la Unión para la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión (parágrafos 66, 77, 80 y 89). Proteger las competencias de estos órganos parece ser su principal preocupación (parágrafo 67). Sin embargo, se trata de una estrategia de camuflaje. Lo que realmente persigue el TJUE en este Dictamen es proteger sus propias prerrogativas. En efecto, el Dictamen reconoce expresamente que, en última instancia, es el TJUE quien se encarga de interpretar y declarar la invalidez de las normas de Derecho comunitario. Y, lo que es más importante, que es el TJUE quien controla a los tribunales nacionales y la interpretación que éstos han hecho del Derecho de la Unión. Ello determina que el TJUE pueda declarar una infracción del Derecho de la Unión por la actuación de los órganos judiciales nacionales y que pueda generarse responsabilidad patrimonial del Estado miembro (parágrafos 86 y 87).

Para el TJUE se trata de dos elementos esenciales del sistema judicial europeo que se verían vulnerados en caso de crear el Tribunal de Patentes previsto (parágrafo 88). Por eso no puede aceptar la existencia de un tribunal de estas características y ajeno a su jurisdicción (parágrafo 89). La conclusión es evidente: uno de los elementos esenciales del sistema judicial europeo es la capacidad del TJUE para controlar a los tribunales nacionales, elemento que no puede ponerse en cuestión, porque el TJUE es la cúspide de todo el sistema. Es el Tribunal Supremo del Derecho de la Unión.

En este contexto, el único proceso lógico debe ser avanzar hacia el reconocimiento del ordenamiento europeo como ordenamiento originario, es decir, como un ordenamiento capaz de definir, por sí mismo, las condiciones de validez de sus normas y de los ordenamientos derivados vinculados con él (es decir, los ordenamientos estatales)⁽⁷¹⁾. El principal inconveniente que, se dice, tendría el establecimiento de un sistema de casación es que dañaría la relación de cooperación entre tribunales al reemplazarla por una relación jerár-

(70) En este sentido, Takis TRIDIMAS, «Knocking on heaven's door: fragmentation, efficiency and defiance in the preliminary reference procedure», cit., p. 36, y Morten BROBERG, «The preliminary reference procedure and questions of international and national law», cit., p. 389.

(71) Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», cit., p. 363. Evidentemente, y como el mismo autor reconoce, las condiciones políticas para un desarrollo de este tipo no se reúnen en el momento presente ni, previsiblemente, se reunirán en un futuro próximo. Sin embargo, es la única forma de acabar con la situación actual, agudamente descrita por Joseph H.H. WEILER, «El principio de tolerancia constitucional: la dimensión espiritual de la integración europea», en Francisco Balaguer Callejón (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1807-108, en la que se combinan una ordenación institucional *confederal*, en la que el poder real (soberano) corresponde a los Estados miembros, y una ordenación jurídica *federal*, en la que la normativa europea prevalece sobre la normativa nacional.

quica. Es dudoso, a la vista del comportamiento que han desarrollado hasta ahora, que los tribunales nacionales (salvo algunos tribunales constitucionales) se opongan realmente a esta posibilidad⁽⁷²⁾.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R., «Los tribunales constitucionales y el control del Derecho interno conectado con el comunitario», en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 11 (2006).
- ARDEN DBE, Rt Hon Lady Justice, «Peaceful or problematic? The relationship between national Supreme Courts and supranational Courts in Europe», *Yearbook of European Law*, 2010 (29), pp. 3-20.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., «Los tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 7 (enero-junio 2007), pp. 327-375.
- BAQUERO CRUZ, J., «De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 13 (enero-marzo 2005), pp. 35-58.
- «La procédure préjudicielle suffit-elle a garantir l'efficacité et l'uniformité du Droit de l'Union européenne?», en Loïc Azoulai et Laurence Burgorgue-Larsen (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 241-266.
- BRAVO-FERRER DELGADO, M. y LA CASTA MUÑOYA, N., «Case law. Joined cases, C-297/88 and C-197/89, *Massam Dzodzi v. Belgian State*, Judgment of 18 October 1990, [1990] ECR I-3763; Case C-231/89, *Krystyna Gmurzynska-Bscher c. Oberfinanzdirektion Köln*, Judgment of 8 November 1990, [1990] ECR I-4003», *Common Market Law Review*, n.º 29.1 (1992), pp. 152-159.
- BREUER, M., «State liability for judicial wrongs and Community law: the case of *Gerhard Köbler v Austria*», *European Law Review*, 29 (April 2004), pp. 243-254.
- BRITO MELGAREJO, R., «El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo», *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 2/2002.
- BROBERG, M., «The preliminary reference procedure and questions of international and national law», *Yearbook of European Law*, 2009 (28), pp. 362-389.
- CARTABIA, M., «Taking dialogue seriously: the renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union», *Jean Monnet Working Paper*, 12/07.
- CASSESE, S., «La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2007 (3), pp. 609-626.
- CLASSEN, C.D., «Case Law. Case C-224/01, *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, Judgment of 30 September 2003, Full Court», *Common Market Law Review*, n.º 41.III (2004), pp. 813-824.
- DAVIES, G., «Abstractness and concreteness in the preliminary reference procedure: implications for the division of powers and effective market regulation», en Niamh Nic Shuibhne (ed.), *Regulating the internal market*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006, pp. 210-244.

(72) Con acierto, Gareth DAVIES, «Abstractness and concreteness in the preliminary procedure», cit., p. 242, considera que son pocas las manifestaciones contrarias al TJUE durante estos años, a pesar de sus sentencias, en ocasiones incoherentes; que los tribunales nacionales ya lo consideran como su superior jerárquico y que, de hecho, lo es.

- DE WITTE, F., «The European judiciary after Lisbon», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 15.1 (2008), pp. 43-54.
- DEL VALLE GÁLVEZ, A. y FAJARDO DEL CASTILLO, T., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España en 1997», *RDCE*, n.º 5, 1999, pp. 109-128.
- FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. y MUÑOZ RODRÍGUEZ, M.ª C., «Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2003 y 2004. Comentarios y valoraciones de la práctica judicial», *RDCE*, n.º 22, 2005, pp. 707-757.
- «Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2005 y 2006. Análisis y valoraciones de la práctica judicial», *RDCE*, n.º 32, 2009, pp. 181-237.
- GROPPI, T., «La *primauté* del Derecho europeo sobre el Derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 5 (enero-junio 2006), pp. 225-243.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M. y SEGURA SERRANO, A., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1999», *RDCE*, n.º 8, 2000, pp. 565-592.
- JACOBS, F.G., «Judicial dialogue and the cross-fertilization of legal systems: the European Court of Justice», *Texas International Law Journal*, 38.3 (2003), pp. 547-556.
- LEFEVRE, S., «The interpretation of Community law by the Court of Justice in areas of national competence», *European Law Review*, 29 (August 2004), pp. 501-516.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. y ROLDÁN BARBERO, J., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1986-1989)», *RIE*, vol. 16, n.º 3, 1989, pp. 885-914.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. y DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (junio 1989-diciembre 1990)», *RIE*, vol. 18, n.º 3, 1991, pp. 989-1120.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. y LÓPEZ ESCUDERO, M., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1991-1992)», *RIE*, vol. 21, n.º 1, 1994, pp. 221-263.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. y ROBLES CARRILLO, M., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1993, 1994 y 1995)», *RDCE*, n.º 1, 1997, pp. 111-173.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. y MARTÍN RODRÍGUEZ, P., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 2000 y 2001», *RDCE*, n.º 12, 2002, pp. 583-627.
- LÓPEZ ESCUDERO, M. y CUESTA RICO, F., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1998», *RDCE*, n.º 6, 1999, pp. 395-418.
- «Tribunal Constitucional español y Derecho de la Unión Europea», *RDCE*, n.º 34, pp. 1011-1082.
- LÓPEZ-JURADO, C. y SEGURA SERRANO, A., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 2002», *RDCE*, n.º 15, 2003, pp. 801-844.
- LUTHER, J., «Jueces europeos y jueces nacionales: la Constitución del diálogo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 3 (enero-junio 2005), pp. 159-181.
- POLLICINO, O., «The new relationship between national and European Courts after the enlargement of Europe: towards a unitary theory of jurisprudential supranational law?», *Yearbook of European Law*, 29 (2010), pp. 65-111.
- PRECHAL, S., «National courts and EU judicial structures», *Yearbook of European Law*, 2006 (25), pp. 429-450.

- ROLDÁN BARBERO, J. e HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España (1996)», *RDCE*, n.º 2, 1997, pp. 549-580.
- ROSAS, A., «The European Court of Justice in context: forms and patterns of judicial dialogue», *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n.º 2 (2008).
- SANTANA HERRERA, M.ª S., «El Derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 14 (julio-diciembre 2010), pp. 427-447.
- SARAZÁ JIMENA, R., «Primacía del Derecho comunitario, derechos fundamentales y sistema constitucional español (comentario a la STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-81/05, caso *Cordero Alonso*)», *Revista Poder Judicial*, n.º 82 (2006), pp. 11-52.
- TIMMERMANS, C., «The European Union's judicial system», *Common Market Law Review*, 41.II (2004), pp. 393-405.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, *Informe Anual 2010*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011.
- TRIDIMAS, T., «Knocking on heaven's doors: fragmentation, efficiency and defiance in the preliminary reference procedure», *Common Market Law Review*, 40.1 (2003), pp. 9-50.
- WATTEL, P.J., «*Köbler*, *CILFIT* and *Welthgrove*: we can't go on meeting like this», *Common Market Law Review*, 41-I (2004), pp. 177-190.
- WEILER, J.H.H., «El principio de tolerancia constitucional: la dimensión espiritual de la integración europea», en Francisco Balaguer Callejón (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1807-108.

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 y E) Medidas cautelares.**
 5. MERCADO INTERIOR.
 - A) **Libre circulación de mercancías.**
 - B) **Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.**
 - a) Libre prestación de servicios.
 - b) Libertad de establecimiento.
 - C) **Libre circulación de trabajadores.**
 - a) Seguridad Social.
 - D) **Libre circulación de capitales.**
 - a) Ventajas fiscales.
-

1. INTRODUCCIÓN

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

2. PRINCIPIOS GENERALES

La **STJUE de 22 de diciembre de 2010**, en el **As. C-279/09**, interpreta el principio de efectividad, tal como ha sido consagrado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con el fin de determinar si, en aplicación de este principio, debe concederse el beneficio de justicia gratuita a personas jurídicas.

La sentencia se originó en la petición de decisión prejudicial presentada en el marco de un litigio entre **DEB Deutsche Energiehandels und Beratungsgesellschaft mbH** y la **Bundesrepublik Deutschland** en relación con una solicitud de asistencia jurídica gratuita presentada por esta sociedad ante los órganos jurisdiccionales alemanes.

Como se desprende de una jurisprudencia reiterada en relación con el principio de efectividad, la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables no debe hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (véanse, en particular, las Sentencias de 16 de diciembre de 1976, *Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral*, 33/76, Rec. p. 1989, apartado 5; de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 43, y de 15 de abril de 2008, *Impact*, C-268/06, Rec. p. I-2483, apartado 46).

En el asunto de autos, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba si el hecho de que no se conceda a una persona jurídica asistencia jurídica gratuita hace prácticamente imposible el ejercicio de sus derechos al no poder formular sus pretensiones ante un tribunal por no resultarle posible pagar anticipadamente la costas procesales y no poder contar con asistencia letrada. Así pues, la cuestión planteada guardaba relación con el derecho de una persona jurídica a tener acceso efectivo a la justicia y, en consecuencia, en el marco del Derecho de la Unión, con el principio de tutela judicial efectiva.

Este principio es un principio general del Derecho de la Unión, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH») (Sentencias de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84, Rec. p. 1651, apartados 18 y 19; de 15 de octubre de 1987, *Heylens y otros*, 222/86, Rec. p. 4097, apartado 14; de 27 de noviembre de 2001, *Comisión/Austria*, C-424/99, Rec. p. I-9285, apartado 45; de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Consejo*, C-50/00 P, Rec. p. I-6677, apartado 39; de 19 de junio de 2003, *Eribrand*, C-467/01, Rec. p. I-6471, apartado 61, y *Unibet*, antes citada, apartado 37).

En materia de derechos fundamentales, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, debe tomarse en consideración la Carta, la cual tiene, con arreglo al artículo 6 TUE, apartado 1, párrafo primero, «el mismo valor jurídico que los Tratados». El artículo 51, apartado 1, de dicha Carta establece, en efecto, que sus disposiciones están dirigidas a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.

A este respecto, el artículo 47, párrafo primero, de la Carta establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en dicho artículo. Según el segundo párrafo de este mismo artículo, toda persona tiene derecho a

que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. El párrafo tercero de esta disposición establece expresamente que se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

Según las explicaciones relativas a este artículo, las cuales, con arreglo al artículo 6 TUE, apartado primero, párrafo tercero, y al artículo 52, apartado 7, de la Carta, deben tenerse en cuenta para la interpretación de ésta, el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta se corresponde con el artículo 6, apartado 1, del CEDH.

Por lo que respecta a la Carta, su artículo 52, apartado 3, precisa que, en la medida en que dicha Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere este Convenio. Según la explicación de esta disposición, el sentido y alcance de los derechos garantizados no quedarán determinados únicamente por el texto del CEDH, sino también, en particular, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El artículo 52, apartado 3, segunda frase, de la Carta dispone que la primera frase del mismo apartado no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa (véase, en este sentido, la Sentencia de 5 de octubre de 2010, *McB.*, C-400/10 PPU, Rec. p. I-0000, apartado 53).

En relación al artículo 47, apartado 3, de la Carta, el último párrafo de la explicación correspondiente a este artículo hace referencia a la Sentencia *Airey c. Irlanda* de 9 de octubre de 1979 (TEDH, serie A, núm. 32, p. 11), según la cual debe concederse asistencia jurídica gratuita cuando la falta de esta asistencia haga ineficaz la garantía de la tutela judicial efectiva. No se precisa si tal asistencia debe concederse a las personas jurídicas ni la naturaleza de los conceptos que cubre.

Es necesario para la STJUE de 22 de diciembre de 2010 interpretar esta disposición en su contexto, a la luz de las demás normas del ordenamiento de la Unión, del Derecho de los Estados miembros y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como señaló la Comisión de las Comunidades Europeas en sus observaciones escritas, el término «persona» empleado en los dos primeros párrafos del artículo 47 de la Carta puede referirse a las personas físicas, pero, desde un punto de vista estrictamente lingüístico, no excluye a las personas jurídicas.

El Tribunal precisa, a este respecto, que, si bien las explicaciones relativas a la Carta no aclaran esta cuestión, el recurso al término «Person» en la versión alemana de dicho artículo, por oposición al término «Mensch» utilizado en otras muchas disposiciones —por ejemplo, en los artículos 1, 2, 3, 6, 29, 34 y 35 de la Carta—, puede indicar que las personas jurídicas no están excluidas del ámbito de aplicación de este artículo 47.

Por otra parte, el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 47 de la Carta se encuentra dentro de su título VI, relativo a la justicia, y en el cual se enuncian otros principios procesales que resultan de aplicación tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

El hecho de que el derecho a disfrutar de asistencia jurídica gratuita no figure dentro del título IV de la Carta, relativo a la solidaridad, indica que este derecho no está concebido

principalmente como una prestación social, a diferencia de lo que parece suceder en el ámbito del Derecho alemán, circunstancia esta que el Gobierno alemán invoca para sostener que sólo debe concederse esta asistencia a las personas físicas.

Igualmente, la inclusión de la disposición relativa a la concesión de asistencia jurídica gratuita en el artículo de la Carta relativo al derecho a la tutela judicial efectiva indica que la necesidad de conceder esta asistencia debe apreciarse tomando como punto de partida el derecho de la propia persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados, y no el interés general de la sociedad, aunque éste pueda constituir uno de los criterios de apreciación de la necesidad de asistencia.

Tal como señaló el Abogado General en los puntos 76 a 80 de sus conclusiones, el análisis del Derecho de los Estados miembros pone de relieve la ausencia de un principio realmente común compartido por el conjunto de los Estados miembros en materia de concesión de la asistencia jurídica gratuita a las personas jurídicas. Por el contrario, en el punto 80 de dichas conclusiones, el Abogado General indicó igualmente que en la práctica de los Estados miembros que contemplan la concesión de esta asistencia a las personas jurídicas existe una distinción relativamente extendida entre personas jurídicas con ánimo de lucro y personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Para el TJUE, de la jurisprudencia del TEDH se desprende que la asistencia jurídica gratuita puede comprender tanto la asistencia letrada como la dispensa del pago de las costas del procedimiento.

El TEDH ha declarado, asimismo, que, si bien es posible establecer un procedimiento de selección de los asuntos con el fin de determinar si puede concederse la asistencia jurídica gratuita, este procedimiento no debe funcionar de forma arbitraria (véanse, en este sentido, la Sentencia del TEDH *Del Sol c. Francia*, de 26 de febrero de 2002, § 26; Resolución *Puscasu c. Alemania*, de 29 de septiembre de 2009, p. 6, último párrafo, y Sentencia *Pedro Ramos c. Suiza*, de 14 de octubre de 2010, § 49).

3. FUENTES

En el período al que se circunscribe esta crónica pueden destacarse dos resoluciones, si bien no incorporan novedades sustanciales en la doctrina acerca de las fuentes del Derecho de la Unión.

De un lado, la **STJUE de 7 de julio de 2011, As. C 445/09, IMC Securities**, aclara que la uniformidad en la aplicación e interpretación de un acto de la Unión excluye que éste sea considerado de manera aislada en una de sus versiones, exigiendo que sea interpretado en función tanto de la voluntad real de su autor como del objetivo perseguido por éste a la luz, en particular, de las versiones adoptadas en todas las lenguas (apartado 25).

De otro, y en relación a los Reglamentos y su naturaleza, la **STJUE de 14 de julio de 2011, As. Ac. C 4/10 y C 27/10, Bureau National Interprofessionnel du Cognac**, recuerda las dos señas de identidad de dicha fuente. En primer lugar, señala que los Reglamentos tienen un alcance general y son directamente aplicables en cada Estado miembro. Por ello, debido a su naturaleza y a su función en el sistema de las fuentes del Derecho de la Unión,

producen efectos inmediatos y pueden conferir a los particulares derechos que los órganos judiciales nacionales tienen la obligación de proteger (apartado 40). En segundo, apunta que la aplicabilidad directa de un Reglamento exige que su entrada en vigor y su aplicación en favor o en contra de los sujetos de Derecho se produzcan sin necesidad de ninguna medida de incorporación al Derecho nacional, siendo el respeto de este deber un requisito indispensable para la aplicación simultánea y uniforme de los Reglamentos en el conjunto de la Unión Europea (apartado 66).

Este último pronunciamiento también se refiere a la aplicación de un acto comunitario en una fecha anterior a la de su publicación. En este sentido, tras recordar que el principio de seguridad jurídica se opone a ello, esto es, a que el punto de partida de la aplicación en el tiempo de un acto comunitario se fije en una fecha anterior a la de su publicación, exceptúa dicha afirmación si el objetivo perseguido por el acto comunitario lo exige, eso sí, siempre que se respete debidamente la confianza legítima de los interesados (apartado 25). Por ello, para garantizar la observancia de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, las normas de Derecho sustantivo de la Unión deben, en principio, interpretarse en el sentido de que sólo contemplan situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigor en la medida en que de sus términos, finalidad o estructura se desprenda claramente que debe atribuírseles tal efecto (apartado 26).

4. RECURSOS

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

Durante el breve período temporal, ya estivo, al cual se suscribe la presente crónica de jurisprudencia no se percibe un cambio sustancial en la doctrina emanada por parte de los tribunales de la Unión Europea en relación con los recursos de anulación y omisión. Asociado a ello hay que destacar que el número de sentencias recaídas en estos recursos ha disminuido de forma muy considerable.

No obstante, hecha esta apreciación, pasamos a comentar algunos aspectos de esta jurisprudencia que podemos destacar. Por ejemplo, el Tribunal General (Sala Segunda) en sus dos **Sentencias de 17 de mayo de 2011, As. T-343/08, Arkema France/Comisión y As. T-299/08, Elf Aquitaine/Comisión**, recordó que en cuanto al control ejercido por el juez de la Unión sobre las decisiones de la Comisión en materia de competencia, más allá del mero control de legalidad, que sólo permite desestimar el recurso de anulación o anular el acto impugnado, la competencia jurisdiccional plena otorgada, en aplicación del artículo 229 CE, al Tribunal por el artículo 31 del Reglamento núm. 1/2003, permite a dicho órgano jurisdiccional reformar el acto impugnado, incluso sin llegar a la anulación, teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho, pudiendo modificar, por ejemplo, el importe de la multa. El Tribunal General (Sala Segunda) en su **Sentencia de 12 de julio de 2011, T-112/07, Hitachi y otros/Comisión**, recordó nuevamente, como jurisprudencia plenamente asentada, que la existencia de una duda en el ánimo del juez debe favorecer a la empresa destinataria de la decisión mediante la que se declara una infracción. Por lo tanto, el juez no puede decidir que la Comisión ha acreditado la existencia de una infracción de modo suficiente en Derecho si sigue albergando dudas sobre esta cuestión, en particular cuando conoce de un recurso de anulación de una decisión mediante la que se impone una multa.

Igualmente, podemos recordar las **Sentencias del Tribunal General (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011**, recaídas en los **As. T-235/07, Bavaria/Comisión, T-240/07, Heineken Nederland y Heineken/Comisión, T-191/06, FMC Foret/Comisión**, y finalmente, en el **As. T-186/06, Solvay/Comisión**, en las que afirmó respecto el alcance del control jurisdiccional que cuando el Tribunal conoce de un recurso de anulación de una decisión adoptada en ejecución del artículo 81 CE, apartado primero, debe ejercer en general un control completo sobre la cuestión si concurren o no los requisitos de aplicación del artículo 81 CE, apartado primero.

Respecto las conclusiones de los abogados generales podemos traer a la memoria las conclusiones de la abogada general Sra. Verica Trstenjak, presentadas el día **25 de mayo de 2011** en el **As. C-539/09, Comisión Europea contra República Federal de Alemania**, en las que recordó las conclusiones del malogrado abogado general Ruiz-Jarabo Colomer en el Asunto Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas (C-315/99 P, Sentencia de 10 de julio de 2001, Rec. p. I-5281), respecto que los informes anuales o especiales del Tribunal de Cuentas contienen meras opiniones y observaciones sobre la gestión financiera objeto de análisis. Así, la abogada general Sra. Verica Trstenjak llegó a la conclusión que los informes del Tribunal de Cuentas son incapaces de generar directamente derechos y obligaciones en las instituciones u órganos fiscalizados pues no contienen una decisión ya que sólo expresan una opinión. De tal forma un informe del Tribunal de Cuentas no constituye un acto que produzca efectos jurídicos frente a terceros y no puede ser impugnado, por consiguiente, mediante un recurso de anulación. Igualmente podemos recordar las conclusiones del abogado general Yves Bot (antiguo *procureur général en la Cour d'Appel de Paris*), presentadas el día **30 de junio de 2011**, en los **As. Ac. C-463/10 P y C-475/10 P (Deutsche Post AG, Asunto C-463/10 P y República Federal de Alemania, Asunto C-475/10 P contra Comisión Europea)**, en las que se muestra favorable a que se interpongan recursos de anulación respecto de actos que no pongan fin al procedimiento administrativo (intermedios) como sucede con la decisión de la Comisión relativa a un requerimiento de información. Para ello el abogado general Yves Bot alega que, por un lado, ello no obstaculiza la labor de la Comisión y, por otro lado, se debe tener en cuenta que la interposición de un recurso de anulación contra un acto no exime a su destinatario de la obligación de darle cumplimiento, habida cuenta de que el recurso carece de efecto suspensivo, hasta tanto el juez de medidas provisionales no acuerde la suspensión de la ejecución.

Finalmente, respecto las sentencias recaídas en recursos de anulación cuya una de las partes ha sido española podemos recordar la **Sentencia de 9 de junio de 2011, As. Ac. C-465/09 P a C-470/09 P** [(Territorio Histórico de Vizcaya-Diputación Foral de Vizcaya (C-465/09 P y C-468/09 P), Territorio Histórico de Álava-Diputación Foral de Álava (C-466/09 P y C-469/09 P), Territorio Histórico de Guipúzcoa-Diputación Foral de Guipúzcoa (C-467/09 P y C-470/09 P)], respecto la adopción por los territorios históricos vascos en el año 1993 de ciertas medidas fiscales de contenido prácticamente idéntico, por las que se eximía del impuesto sobre sociedades durante un período de diez ejercicios fiscales consecutivos a las empresas que se creasen entre la fecha de entrada en vigor de dichas medidas y el 31 de diciembre de 1994 (el disfrute de las exenciones quedaba supeditado a la realización de unas inversiones de un importe mínimo y a la creación de un mínimo de puestos de trabajo). Los Territorios Históricos Vascos presentaron sendas demandas el día 9 de febrero de 2001 interponiendo recurso de anulación contra la decisión de la Comisión

de incoar el procedimiento de infracción por ayuda de Estado ilegal (Asuntos T-30/01 a T-32/01). Mientras esto sucedía la Comisión elaboró sus decisiones definitivas con lo cual las partes interpusieron un recurso de anulación contra las Decisiones definitivas (Asuntos T-86/02 a T-88/02). Dada esta sucesión de demandas el Presidente de la Sala Quinta ampliada del Tribunal de Primera Instancia de 11 de noviembre de 2005, acumuló los Asuntos T-30/01 a T-32/01 y T-86/02 a T-88/02, y en su fallo desestimó el recurso de anulación. Frente a esta sentencia las partes recurrieron en casación resuelta por esta sentencia que no ha prosperado en favor de los intereses de los territorios históricos vascos.

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 y E) Medidas cautelares

En esta ocasión, como en tantas otras, la que viene siendo la «reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia» en cuanto a estas dos piezas del sistema jurisdiccional comunitario, no ha experimentado variaciones significativas. En particular, en lo que atañe a las *medidas cautelares*. De hecho, ninguna de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia durante el período de tiempo que comprende esta crónica ha añadido, eliminado, precisado o innovado en este concreto ámbito.

Distinto es el caso del *mecanismo prejudicial*. En efecto, sucede que, sin introducir grandes novedades en la materia, el Tribunal de Justicia de la Unión, sí se ha apartado puntualmente de la que viene siendo su jurisprudencia en este campo. Así, por ejemplo, ha declarado la inadmisión de alguna de las cuestiones prejudiciales planteadas e incluso su propia incompetencia para resolverlas, en algunos casos aislados. Veamos ambas «rarezas», al hilo del comentario a las sentencias sobre cuestiones prejudiciales emitidas durante este período.

En lo que concierne a las cuestiones prejudiciales, cinco son los argumentos dignos de análisis y de comentario, a saber: *a)* los motivos de inadmisión; *b)* el alcance de la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión (en particular, por lo que respecta al concepto de órgano jurisdiccional); *c)* la posibilidad, asimismo, de que este Tribunal pueda determinar cuál es la exacta norma a interpretar (aunque las partes no la hayan individualizado); *d)* las cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles, y *e)* el dato de que se han presentado en este período dos cuestiones prejudiciales de validez (sin que en ninguna de ellas, por cierto, se haya apreciado razón o causa de invalidez), como suele ser costumbre.

Comencemos, pues y siguiendo este listado, por referirnos a *los motivos de inadmisión*. Y hagámoslo, en primer lugar, señalando que se han constituido en la temática «estrella» de estos meses. Así, y en términos cuantitativos, superan con creces a cualquier otro aspecto procedimental atinente a las cuestiones prejudiciales, con hasta cinco senten-

cias dedicadas a este tópico: la STJUE de 26 de mayo de 2011, Stark, As. C-293/10; la STJUE de 25 de mayo de 2011, Stichting Natuur en Milieu y otros, As. Ac. C-165/09, C-166/09 y C-167/09; la STJUE de 16 de junio de 2011, Gebr. Weber, As. Ac. C-65/09 y C-87/09; la STJUE de 22 de junio de 2011, Landtová, As. C-399/09, y la STJUE de 7 de julio de 2011, Agafitei, As. C-310/10, y que tiene, sin duda, un particular atractivo para nosotros y merece un análisis separado.

Pues sucede que esta última sentencia, de una parte, sintetiza la que viene siendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en lo que atañe a los motivos de inadmisión y, de otra parte, porque extrañamente estamos ante una de esas pocas ocasiones en las que este Tribunal inadmite la cuestión prejudicial planteada.

Así es, de un lado y ante los motivos de inadmisión alegados por los gobiernos rumano e irlandés, la STJUE de 7 de julio de 2011, Agafitei, As. C-310/10, nos resume y reitera la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en lo que se refiere a la inadmisión de una o varias cuestiones prejudiciales, declarando (apartados 24 a 27 de este pronunciamiento):

- a) Que con arreglo al artículo 267 del TFUE, el Tribunal de Justicia *es competente* para pronunciarse con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los Tratados así como sobre los actos adoptados por las instituciones.
- b) Que, según siempre su reiterada jurisprudencia a este respecto, el procedimiento establecido por el artículo 267 TFUE *es un instrumento de cooperación* entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales.
- c) Que de ello se deduce que *los órganos jurisdiccionales nacionales* que conocen el litigio y deben asumir la responsabilidad de la resolución judicial que se va a emitir son los únicos a quienes corresponde apreciar, en función de las particularidades de cada asunto, tanto *la necesidad* de una decisión prejudicial para poder pronunciarse como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia.
- d) Que, por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales se refieren a la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia, *en principio, debe pronunciarse*.
- e) Que, sin embargo, el Tribunal de Justicia también ha declarado que, en *supuestos excepcionales*, le corresponde examinar las circunstancias en las que el juez nacional se dirige a él, con objeto de verificar su propia competencia.
- f) Que la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional *sólo es posible*: cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal; cuando el problema es de naturaleza hipotética, o 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 sentado, la STJUE resulta especialmente interesante a nuestros efectos por una segunda razón: estamos ante una de esas contadas ocasiones en las que la Curia comunitaria *da por bueno el motivo de inadmisión* esgrimido por alguna de las partes (en este asunto concreto, por los gobiernos rumanos e irlandés, a los que se suma la Comisión Europea); y,

en su consecuencia, procede a declarar la inadmisión de la cuestión prejudicial planteada, con base en los siguientes argumentos.

En primer lugar (apartados 29 a 34), el Tribunal de Justicia entiende que, en el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente no pide a este Tribunal que dilucide si una situación como la controvertida en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias —y del Derecho de la Unión— a las que se refieren las cuestiones prejudiciales. Es más, considera, tal como han alegado el Gobierno rumano, Irlanda y la Comisión Europea, que no es éste el caso, pues del auto de remisión se desprende que la discriminación controvertida en el litigio principal «... no está basada en ninguno de los motivos enumerados en dichas Directivas, sino que, por el contrario, se basa en una categoría (la socio-profesional), propia de la legislación rumana...», a la que pertenecen los interesados. En consecuencia, se verifica que la situación controvertida en el litigio principal no forma parte de los marcos generales establecidos respectivamente en las directivas de la Unión invocadas por el órgano remitente.

A ello se añade (apartado 35 de la sentencia) que el Tribunal considera procedente recordar en este asunto que tampoco se halla involucrado el artículo 13 del TCE —actual artículo 19 del TFUE—, al contrario de lo que sostiene el órgano de remisión en su escrito. A juicio de la Curia comunitaria, en efecto, este último precepto sólo contiene una regulación de las competencias de la Comunidad que constituye base sobre la que se adoptaron las Directivas europeas objeto de la cuestión prejudicial, pero sin tener por objeto las discriminaciones por razón de la categoría «socio-profesional» en torno a la cual gira el proceso principal.

Así, y habida cuenta de lo anterior (apartado 36 de la sentencia), el Tribunal de Justicia de la Unión considera que una situación como la controvertida en el asunto principal «... no está comprendida...» en el marco de las medidas adoptadas en virtud del artículo 13 del TCE; y, en particular, de ciertos artículos de las Directivas comunitarias discutidas, a los que se refiere la petición de decisión prejudicial. Algo que hubiese sido ya de por sí suficiente para inadmitir las cuestiones prejudiciales planteadas.

Pero, por si ello no fuera suficiente (apartados 37 a 47), y dado que la *Curtea de Apel Bacău* (órgano remitente) puso de relieve, tanto en la motivación del auto de remisión como en su primera cuestión prejudicial, que el Decreto rumano discutido transpone al Derecho interno las Directivas comunitarias en la materia, la Curia comunitaria examina también «... si podría estar justificado que el Tribunal de Justicia interpretara los artículos de las Directivas comunitarias supuestamente transpuestas como afirma la Comisión, debido a que el Derecho nacional hizo aplicables dichos artículos a circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, a través de la remisión a dichos artículos llevada a cabo por éste...».

Pues bien, a este respecto (apartado 38 de la sentencia), el Tribunal de Justicia de la Unión comienza por recordarnos que se ha declarado competente, en repetidas ocasiones, para pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales relativas a disposiciones del Derecho de la Unión en situaciones en las que los hechos del procedimiento principal se situaban fuera del ámbito de aplicación de éste y eran de la competencia de los Estados miembros, pero «... en las que dichas disposiciones del Derecho de la Unión habían sido declaradas aplicables por el Derecho nacional en virtud de una remisión al contenido de aquéllas...».

De hecho (apartado 39 de la sentencia), el Tribunal de Justicia señala también que, cuando una normativa nacional se atiene —para resolver una situación interna— a las soluciones aplicadas en el Derecho de la Unión con objeto, por ejemplo, de evitar que se produzcan discriminaciones en contra de los propios nacionales (o eventuales distorsiones de la competencia, o de asegurar un procedimiento único en situaciones comparables), existe un interés manifiesto 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...».

Sin embargo (apartado 40 de la sentencia): «No ocurre así en el caso de autos». En efecto (apartado 41 de la este pronunciamiento), se desprende del auto de remisión del órgano rumano, y como ya se ha señalado, que el Decreto interno o nacional (el núm. 137/2000) tiene por objeto principal transponer al Derecho rumano las Directivas comunitarias a interpretar (la 2000/43 y la 2000/78); y, así también, que el artículo 27 de dicho Decreto interno o nacional establece que las discriminaciones que prohíbe generan la responsabilidad de sus autores y dan a quienes son víctimas de ellas derecho a obtener una reparación, ejecuta a este respecto los artículos 15 y 17, respectivamente, de las dos Directivas europeas antes referidas.

No obstante (apartados 42 a 46), el Tribunal de Justicia nos aclara, desmontando una por una las razones del órgano remitente, que de lo anterior «... no se deriva que la interpretación de dicho artículo 27 deba, cuando se aplica a las discriminaciones prohibidas con arreglo del Derecho rumano y no comprendidas en el ámbito de aplicación de dichas Directivas, estar condicionada por las disposiciones de éstas; o, más en general, por las disposiciones del Derecho de la Unión...».

Es más (apartado 47 de la sentencia), incluso admitiendo que en ciertas ocasiones la necesidad de asegurar la interpretación uniforme de las normas comunitarias puede justificar que la competencia del Tribunal de Justicia en materia de interpretación se extienda al contenido de tales normas internas o nacionales (aun en el supuesto de que éstas sólo sean aplicables indirectamente a una situación dada en virtud de una remisión llevada a cabo por una norma de Derecho nacional), esta consideración, por sí sola «... no puede, en cambio, vulnerar el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, conferir a dicha norma de Derecho de la Unión primacía sobre las normas internas de rango superior en cuya virtud...». En tales circunstancias debe descartarse la aplicación de dicha norma de Derecho nacional o la interpretación que se le ha dado.

En suma, de este amplio abanico de consideraciones que nos brinda el Tribunal de Justicia se desprende (apartado 48 de la sentencia) «... que debe declararse la inadmisibilidad de las cuestiones planteadas por la *Curtea de Apel Bacău...*», ya que no tienen por objeto verificar si una situación como la controvertida en el litigio principal está comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos (15 y 17) de unas directivas europeas (la 2000/43 y la 2000/78), sino que parten del presupuesto de que tal es el caso para solicitar una interpretación del Tribunal de Justicia «... pese a que dichas normas de Derecho de la Unión no pueden aplicarse, ni directa ni indirectamente, a las circunstancias del presente asunto...».

Así pues, y en virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia de la Unión se limita a declarar en esta sentencia, al contrario de lo que nos tiene acostumbrados, que «La

petición de decisión prejudicial presentada por la *Curtea de Apel Bacău (Roumanie)* es inadmisibles».

Dejando a un lado los motivos de inadmisión, toca ahora centrarse en el segundo de los argumentos incluidos en nuestro elenco inicial: el *alcance y extensión de la competencia del Tribunal de Justicia*. Un asunto también muy delicado que, en última instancia, puede determinar —y de hecho determina— que el Tribunal de la Unión no entre a conocer de determinadas cuestiones prejudiciales; como ocurren en nuestro caso.

Así es, a diferencia de lo que suele ser habitual, en la **STJUE de 14 de junio de 2011, Miles y otros, As. C-196/09**, la Curia comunitaria declara su propia incompetencia. Algo que no es nada habitual, pues, como regla, el Tribunal de Justicia de la Unión proclama su competencia para responder a cualesquiera requerimientos prejudiciales, que más adelante podrán ser admitidos o no. Menos frecuente resulta, desde luego, que declare la falta de esa competencia.

Sin embargo, así sucede en el caso que ahora nos ocupa. Con base en las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia, las llamadas «Escuelas europeas» (centros de enseñanza común para el personal al servicio de las instituciones de la actual Unión, creadas en 1957) consideran (frente al entendimiento contrario de los demandantes y de la Comisión) que el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse acerca de la petición de decisión prejudicial planteada por su Sala de Recursos; y, en consecuencia, proponen que se responda negativamente, cuando menos, a la primera de las cuestiones sometidas al juicio del Tribunal.

Como ya hemos apuntado, y según recoge el apartado 31 de la sentencia, los demandantes en el litigio principal junto con la Comisión afirman que la Sala de Recursos de estas Escuelas cumple todos los requisitos aplicados para calificar a un organismo de «órgano jurisdiccional», en el sentido del anterior artículo 234 del TCE y del actual artículo 267 del TFUE, tal como han sido fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En otras palabras, consideran que la Sala de Recursos de las Escuelas Europeas: *a)* tiene un origen legal, *b)* está establecida de modo permanente, *c)* sus miembros ofrecen todas las garantías de independencia, *d)* su jurisdicción tiene carácter obligatorio, *d)* aplica normas jurídicas, *e)* un procedimiento «análogo» al seguido ante los tribunales ordinarios y *f)* garantiza el principio contradictorio. Es más, la Comisión añade a este respecto que «... la Sala de Recursos ejerce, en el presente asunto, una función jurisdiccional al pronunciarse sobre un litigio entre los demandantes en el asunto principal y las Escuelas europeas consideradas como empleador...».

Profundizando en esta línea de argumentación (véase apartado 32 de la sentencia), los demandantes en el litigio principal y la Comisión consideran que si bien la Sala de Recursos no se integra directamente en un Estado miembro en concreto «... debe ser asimilada a un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros...» en el sentido del artículo 234 del TCE (artículo 267 del TFUE actual). Sostienen, de hecho, que el Tribunal de Justicia ya admitió, en la Sentencia de 4 de noviembre de 1997, *Parfums Christian Dior*, As.C-337/95, que «... un órgano jurisdiccional común a varios Estados miembros podía plantearle cuestiones prejudiciales...»; y recuerdan a este Tribunal, que la propia Curia comunitaria fundamentó esta decisión en una interpretación «... teleológica...» del artículo 234 del TCE, habida cuenta del «... objetivo de velar por la uniformidad en la interpretación del Derecho

de la Unión que se halla en la base de esta disposición...» reguladora del procedimiento prejudicial.

Pues bien, como era de esperar con base en estos razonamientos, tanto los demandantes como la Comisión propugnan que esta lógica se aplique también a la Sala de Recursos de las Escuelas Europeas, que «... debe ser considerada como un órgano jurisdiccional común a todos los Estados miembros y a la Unión y que está llamada a aplicar el Derecho de la Unión al igual que los jueces nacionales...». Y es que estos demandantes junto con la Comisión opinan que «... El permitir a la Sala de Recursos, cuando debe interpretar las normas del Derecho de la Unión, que plantee al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial se corresponde, en particular, con el objetivo de velar por la interpretación uniforme de dicho Derecho...».

La Comisión admite, ciertamente (apartado 33 de la sentencia), que «... no todo órgano jurisdiccional internacional puede plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia basándose únicamente en que aplica normas del Derecho de la Unión». Pero también que «... en el presente asunto se trata del caso particular de un órgano jurisdiccional común a todos los Estados miembros que sustituye a los jueces nacionales, que habrían sido competentes por defecto...».

Los demandantes en el litigio principal, por último, alegan que «... no es admisible que los Estados miembros eludan las obligaciones que para ellos derivan de los tratados con la conclusión del Convenio de las Escuelas europeas, que, por otra parte, está claro que no pretende reducir el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión...».

En suma (apartado 34 de la sentencia), la Comisión y los demandantes en el litigio principal sostienen que «... al ser la Unión parte en el Convenio de las Escuelas europeas, éste y todo el Derecho derivado del mismo se integran plenamente en el Derecho de la Unión...». Deduciendo de ello que «... el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, tanto acerca del Convenio como del Estatuto del personal destinado...».

Por el contrario, y frente a todo lo expuesto con anterioridad (apartados 35 y siguientes de la sentencia), las Escuelas europeas opinan que, sin bien es cierto que del artículo 27 su Convenio de creación se desprende que la Sala de Recursos es un órgano jurisdiccional, no lo es menos que en el presente asunto carece de la naturaleza de un órgano jurisdiccional nacional. Porque sucede que si el Tribunal de Justicia pudo extender (en particular en la sentencia *Parfums Christian Dior*, antes citada) el concepto de órgano jurisdiccional nacional al Tribunal de Justicia del Benelux, lo fue porque existe, en materia de propiedad intelectual, una normativa de la Unión. Sin embargo, «... el Estatuto del personal destinado no puede ser considerado como una materia para la que existe una normativa de la Unión, sino simplemente como la expresión del abandono de las competencias de los Estados miembros en favor de los órganos de las Escuelas europeas para que éstas organicen sus relaciones con los docentes puestos a su disposición...».

Además —siguen arguyendo estas Escuelas europeas—, el hecho de que el Tribunal de Justicia del Benelux conozca en materia de marcas constituye «... un incidente...» en los procesos pendientes ante los órganos jurisdiccionales nacionales; mientras que «... no existe relación alguna entre la función jurisdiccional ejercida por la Sala de Recursos y

la ejercida por los tribunales nacionales...». La mera circunstancia, pues, de que se pueda exigir ante los órganos jurisdiccionales nacionales el *exequátur* de las resoluciones de la Sala de Recursos «... carece de pertinencia al respecto...».

Insistiendo en su postura (apartado 36 de la sentencia), las Escuelas europeas consideran que «... los vínculos, ciertamente estrechos, que mantienen con la Unión no bastan para apreciar que el Estatuto del personal destinado pertenezca al Derecho la Unión...». Y ello «Aunque de la jurisprudencia de la Sala de Recursos resulta que los principios de igualdad de trato y de libre circulación de los trabajadores son principios fundamentales que los órganos de las Escuelas europeas, incluida la Sala de Recursos, deben respetar...». Pues esto no implica, sin embargo, que los textos reglamentarios adoptados por el Consejo superior de las Escuelas europeas deban ser asimilados al Derecho de la Unión. Y sucede, justamente, que en el caso de autos y en opinión siempre de las Escuelas europeas, las cuestiones que se plantean afectan únicamente a las relaciones que mantienen éstas con su personal destinado «... sin que exista conexión directa con el Derecho de la Unión...».

En estas circunstancias, y como no podía ser de otra forma, las Escuelas europeas opinan que «... el Tribunal de Justicia no es competente para responder a una petición de decisión prejudicial formulada por la Sala de Recursos que carece de conexión suficiente con este Derecho...».

Pues bien, expuestas las opiniones y pareceres de unos (los demandantes y la Comisión) y de otros (las Escuelas europeas), acerca de si la Sala de Recursos de estas Escuelas es o no un órgano jurisdiccional a efectos de poder plantear una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia nos ofrece su apreciación al respecto (apartados 37 a 46 de sentencia). Y lo hace, al contrario de lo que nos tiene acostumbrados y como de inmediato de comprobará, *declarando su incompetencia* para conocer de la cuestión o cuestiones planteadas, dado que, a su juicio, aquella Sala de Recursos de las Escuelas europeas *no constituye un órgano jurisdiccional* a los efectos del uso del mecanismo prejudicial.

A esta conclusión llega el Tribunal de Justicia después de:

- 1) Recordarnos (apartado 37 de la sentencia) que según una reiterada jurisprudencia, y para apreciar si un organismo remitente, en general, y la Sala de Recursos de las Escuelas europeas, en particular, posee el carácter de un órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 267 TFUE (cuestión, por cierto, que pertenece únicamente al ámbito del Derecho de la Unión), el Tribunal de Justicia «... deberá tener en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas, así como su independencia...».
- 2) Tomar en consideración que (apartado 38 de la sentencia), aunque la Sala de Recursos cumpla —como han observado todos los interesados en el presente asunto— dichos requisitos y deba ser calificada, en consecuencia, de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE, «... ha de señalarse, no obstante, que el tenor de esta disposición hace referencia a «un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros...» y no a un «órgano jurisdiccional» a secas.

- 3) Inferir, derivado de lo anterior (apartado 39 de la sentencia), que resulta obligado declarar que la Sala de Recursos: «... no pertenece a “uno de los Estados miembros”, sino a las Escuelas europeas, que constituyen, como enuncian los considerandos primero y tercero del Convenio de las Escuelas europeas, un sistema *sui generis*, que realiza mediante un acuerdo internacional una forma de cooperación entre los Estados miembros y entre éstos y la Unión...» para garantizar, con vistas al buen funcionamiento de las instituciones europeas, la educación en común de los hijos del personal de estas instituciones.

Una toma de postura que el Tribunal refuerza (apartados 40 a 43) aludiendo, justamente, a la Sentencia *Parfums Christian Dior*. Pues, según su criterio y a pesar de que él mismo declaró en el apartado 21 de dicha sentencia que no existe ningún motivo válido que justifique que un órgano jurisdiccional común a varios Estados miembros (como el Tribunal de Justicia del Benelux) no pueda plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, sin embargo (apartado 41 de la sentencia), la Sala de Recursos «... no es un órgano jurisdiccional común a varios Estados miembros...», comparable al Tribunal de Justicia del Benelux.

En efecto, a juicio del Tribunal de Justicia de la Unión y a diferencia de la Sala de Recursos de las Escuelas europeas, el Tribunal de Justicia del Benelux, de una parte, tiene por misión garantizar la uniformidad en la aplicación de las normas jurídicas comunes a los tres Estados del Benelux y, de otra parte, el procedimiento que se desarrolla ante él constituye un incidente en los procesos pendientes ante los órganos jurisdiccionales nacionales, a cuyo término se establece la interpretación definitiva de las normas jurídicas comunes al Benelux. La Sala de Recursos considerada, en suma «... no presenta tales vínculos con los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros...».

A ello hay que añadir, además (apartado 42 de la sentencia), que aunque la Sala de Recursos fue creada por todos los Estados miembros y por la Unión, no es menos cierto que «... es un órgano de una organización internacional...»; y que, pese a los vínculos funcionales que mantiene con la Unión, «... sigue siendo formalmente distinta de ésta y de dichos Estados miembros...».

Así las cosas, y en opinión siempre del Tribunal de Justicia (apartado 43 de la sentencia), «... el mero hecho de que la Sala de Recursos esté obligada a aplicar los principios generales del Derecho de la Unión en el supuesto de que conozca de un litigio no basta para incluir a dicha Sala en el concepto de “órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros” y, consecuentemente, en el ámbito de aplicación del artículo 267 TFUE...».

El resultado de todo lo anterior no podía ser otro (apartado 46 de la sentencia): «... el Tribunal de Justicia no es competente para responder a una petición de decisión prejudicial procedente de la Sala de Recursos de las Escuelas europeas...». Siendo así que, cabalmente, este Tribunal se limita en su sentencia a reiterar que «... no es competente para responder a una petición de decisión prejudicial procedente de la Sala de Recursos de las Escuelas europeas...»; precisando, en lo que a nosotros nos importa, el concepto de órgano jurisdiccional a los efectos del actual artículo 267 del TFUE.

En tercer lugar, y siguiendo nuestro elenco inicial, hay que referirse en esta crónica a la **STJUE de 9 de junio de 2011, Bábolna, As. C-115/10**. Una sentencia donde se *viene a puntualizar que, aun cuando los órganos jurisdiccionales y nacionales de remisión no*

las señalen, el Tribunal de Justicia de la Unión puede entrar a interpretar cuantas disposiciones de Derecho comunitario sean necesarias, con el fin de satisfacer el objetivo básico del mecanismo prejudicial: proporcionar al órgano jurisdiccional de remisión una respuesta útil para que éste pueda resolver un asunto principal en el que es necesario un previo pronunciamiento acerca de la validez o la interpretación de uno o varios preceptos de Derecho europeo.

En el caso de autos (apartados 29 y 30 de la sentencia), el problema gira en torno a si el Tribunal de Justicia tiene que ceñirse a interpretar el Reglamento señalado expresamente por el órgano nacional de remisión (el Reglamento núm. 1259/1999, en el que se establecen disposiciones relativas al establecimiento de pagos directos en los nuevos Estados miembros y al régimen de pago único por superficie), que ha sido ya derogado por otro reglamento (el núm. 1782/2003), lo que podría determinar la inadmisión de la cuestión prejudicial planteada; o si, por el contrario y como parece más sensato, cabe entender que el órgano jurisdiccional de remisión pretende la interpretación, justamente, de este último reglamento (el núm. 1782/2003).

Pues bien, al hilo de esta circunstancia, el Tribunal de Justicia (apartado 31 de la sentencia) afirma que su misión es la de interpretar «... cuantas disposiciones del Derecho de la Unión sean necesarias...» para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios de que conocen «... aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente en las cuestiones remitidas por dichos órganos jurisdiccionales...». Llegando así al entendimiento, en el caso de autos, de que ha de considerarse que las cuestiones prejudiciales planteadas por el juez interno se refieren al Reglamento núm. 1782/2003 o que se enmarcan en el contexto de dicho Reglamento; y no en el de 1999, que era el invocado y aludido en la resolución de remisión prejudicial por dicho órgano jurisdiccional interno.

Continuando con nuestro elenco inicial, y en cuarto lugar, no querríamos pasar por alto el dato cierto de que, haciendo uso del mecanismo prejudicial, se han presentado y resuelto ante el Tribunal de Justicia tres *cuestiones prejudiciales planteadas por distintos órganos jurisdiccionales españoles* (Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León). Tres cuestiones que han dado lugar a otras tantas Sentencias, a saber, la **STJUE de 19 de mayo de 2011, Barcenilla Fernández, As. Ac. C-256/10 y C-261/10**; la **STJUE de 9 de junio de 2011, Campsa Estaciones de Servicio, As. C-285/10**, y la **STJUE de 21 de julio de 2011, Telefónica de España, As. C-284/10**; que, en lo que ahora nos interesan, no merecen ningún comentario, pues nada aportan o innovan en la que viene siendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia prejudicial.

Del mismo modo, y en último lugar, no queríamos poner punto y final a este epígrafe sin al menos dar noticia del hecho de que se han planteado y sustanciado ante el Tribunal de Justicia dos *cuestiones prejudiciales de validez*, lo cual no es demasiado frecuente, a través de sendas **SSTJUE de 21 de julio de 2011, Nickel Institute, As. C-14/10 y Etimine, As. C-15/10**. Dos sentencias que, desde un punto de vista sustantivo o material, y como ocurre en el caso anterior, tampoco aportan nada en lo que al régimen prejudicial se refiere, ni se apartan de la «regla» oficiosamente establecida al efecto. Pues es lo cierto que, en ambos casos, el Tribunal de Justicia se limita a declarar que no observa motivo alguno de invalidez en relación con los preceptos comunitarios invocados; tal como sucede hacer en estos supuestos.

Durante el período que comprende esta crónica, no se ha dictado ninguna sentencia sobre medidas cautelares por parte del Tribunal de Justicia de la Unión digna de ser comentada y/o analizada.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 15 de mayo al 25 de julio de 2011), no ha habido pronunciamientos en esta materia.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) *Libre prestación de servicios*

En el período analizado (del 15 de mayo al 25 de julio de 2011), ha sido un total de cuatro sentencias del TJUE en esta materia.

La primera de ellas es la **STJUE (Sala Cuarta) de 26 de mayo de 2011, Stark, As. C-293/10**, en la cual se analiza la libertad de elección de abogado, y el problema que plantea la normativa austríaca de limitación del pago de los honorarios de un abogado de otro Estado cuando éstos exceden de los fijados por la normativa nacional. La cuestión está regulada por el derecho comunitario en la todavía vigente Directiva 87/344/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica, cuyo artículo 4.1 dispone que «Todo contrato de defensa jurídica reconocerá de forma explícita que:

- a) cuando se recurra a un abogado o a cualquier otra persona que posea las cualificaciones requeridas por la legislación nacional para defender, representar o servir los intereses del asegurado, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, el asegurado tendrá la libertad de elección;
- b) el asegurado tendrá libertad de elegir abogado o, si lo prefiere y en la medida en que lo permita la legislación nacional, cualquier otra persona que posea las cualificaciones necesarias, para servir sus intereses cada vez que surja un conflicto de intereses».

Sin embargo, el Tribunal considera válida la normativa austríaca sobre honorarios de abogados, que está contenida en la normativa sobre contrato de seguros, que hizo transposición de la Directiva citada. «La Directiva no se opone a una disposición nacional en virtud de la cual puede pactarse que el asegurado en defensa jurídica podrá elegir para la representación de sus intereses en los procedimientos administrativos o judiciales únicamente a una persona profesionalmente habilitada para ello que tenga su despacho en el lugar donde el órgano jurisdiccional o administrativo competente en primera instancia tiene su sede, siempre que, para no vaciar de contenido la libertad de elección por el asegurado de la persona facultada para representarlo, esta limitación se refiera sólo al alcance de la cobertura,

por el asegurador de la defensa jurídica, de los gastos derivados de la intervención de un representante y siempre que la indemnización efectivamente abonada por este asegurador sea suficiente, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente».

En segundo lugar, debemos dar cuenta de la **STJUE (Sala Tercera) de 9 de junio de 2011, Eleftheri tileorasi y Giannikos, As. C-52/10**, en la cual se analiza el concepto de «publicidad encubierta», en concreto por la presentación de un tratamiento dental estético durante una emisión televisiva en Grecia.

La normativa comunitaria enjuiciada es el artículo 1, letra d), 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 su versión modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, el cual define la «publicidad encubierta», como «la presentación verbal o visual de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del organismo de radiodifusión televisiva, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Una presentación se considerará intencionada, en particular, si se hiciera a cambio de una remuneración o de un pago similar». Sin embargo, para el Tribunal de Luxemburgo, este artículo debe interpretarse en el sentido de que la existencia de una remuneración o de un pago similar no constituye un elemento necesario para poder determinar el carácter intencional de una publicidad encubierta.

En tercer lugar, la **STJUE (Sala Octava) de 30 de junio de 2011, Zeturf, Asunto C-212/08**, en la cual puede aparecer un tema que hayamos analizado en anteriores números, como es la posibilidad de ofrecer juegos de azar desde un Estado de la Unión (Malta en este caso) a través de Internet. En concreto, se enjuicia una medida francesa restrictiva destinada a reducir las oportunidades de juego y a limitar las actividades de juegos de azar de un modo coherente y sistemático, en concreto en lo referente a las carreras de caballos, pues la sociedad maltesa Zeturf ofrecía a través de Internet apuestas sobre las carreras de caballos celebradas en Francia.

El tribunal cita jurisprudencia que ya hemos comentado en números anteriores; en concreto la Sentencia de 8 septiembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, para llegar a conclusiones similares. En concreto, que

- «1) El artículo 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 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;
 - b) incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si las autoridades nacionales se proponían verdaderamente, en el momento de los hechos del liti-

gio principal, 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 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;

c) 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 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.

2) 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».

Por último, la **STJUE (Sala Séptima) de 21 de julio de 2011, Telefónica de España, As. C-284/10**, enjuicia la normativa española que impone el pago de una tasa anual calculada sobre la base de un porcentaje de los ingresos brutos de explotación y dimana de un litigio entre la compañía telefónica española y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La normativa comunitaria enjuiciada es el artículo 6 de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, cuyo objetivo era la «liberalización completa de los servicios e infraestructuras de telecomunicaciones el 1 de enero de 1998 a más tardar, con períodos transitorios para algunos Estados miembros». Y el mencionado artículo 6, relativo a los cánones, disponía que «Sin perjuicio de la contribución financiera a la prestación del servicio universal de conformidad con lo dispuesto en el Anexo, los Estados miembros garantizarán que todo canon impuesto a las empresas en el marco de los procedimientos de autoriza-

ción tenga por único objetivo cubrir los gastos administrativos que ocasione la expedición, [gestión,] control [...] y ejecución del régimen de autorización general aplicable. Dichos cánones se publicarán de manera adecuada y suficientemente detallada, a fin de facilitar el acceso a la información relativa a éstos».

La normativa española estaba constituida por el artículo 71 de la Ley estatal 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGTel), y su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 1750/1998, de 31 de julio, por el que se regulan las tasas establecidas en la Ley estatal 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGTel). El Tribunal confirma la legalidad de la normativa española: «El artículo 6 de la Directiva 97/13/CE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que impone a los titulares de una autorización general una tasa que se calcula con periodicidad anual sobre la base de los ingresos brutos de explotación de los operadores sujetos a ella y que se destina a sufragar los gastos administrativos relacionados con los procedimientos de expedición, gestión, control y ejecución de dichas autorizaciones, siempre que el total de los ingresos obtenidos por el Estado miembro en virtud de dicha tasa no exceda del total de los gastos administrativos mencionados, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente».

b) Libertad de establecimiento

En el período analizado (del 15 de mayo al 25 de julio de 2011), se han dictado un total de diez sentencias en esta materia; las dos últimas referentes a nuestro país:

La primera de ellas es la **STJUE (Sala Primera) de 19 de mayo de 2011, Iaia y otros, As. C-452/09**, en la cual se enjuicia la compatibilidad la normativa italiana con lo previsto en la Directiva 75/362/CEE referente al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de médico, y en la que se establecen medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios, así como en la Directiva 75/363/CEE referente a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a las actividades de los médicos.

Sin embargo, cuando los actores reclamaron su indemnización, ésta había prescrito, dado el plazo de prescripción (de 10 años, previsto por el Código Civil italiano). El tribunal considera esto conforme a derecho, y señala que «El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro alegue el transcurso de un plazo de prescripción razonable frente a una acción judicial de un particular dirigida a la salvaguarda de los derechos conferidos por una Directiva, aun cuando la autoridad nacional no la haya transpuesto de manera correcta, a condición de que por su comportamiento no haya provocado la extemporaneidad del recurso. La declaración por el Tribunal de Justicia de la infracción del Derecho de la Unión no afecta al inicio del cómputo del plazo de prescripción».

En segundo lugar, la **STJUE (Sala Segunda) de 19 de mayo de 2011, Grasser, As. C-184/10**, en la cual se analiza también el recurrente tema del reconocimiento mutuo de los permisos de conducción. De esta sentencia se enjuicia la normativa europea sobre el permiso de conducción, compuesta por 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 2008/65/CE de la Comisión, de 27 de junio de 2008 (DO L 168, p. 36). El litigio en concreto tiene como supuesto de hecho a una ciudadana alemana que obtuvo su permiso de conducción en la República Checa.

Para el tribunal, la Directiva 91/439/CEE «debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Estado miembro de acogida se niegue a reconocer en su territorio el permiso de conducción expedido por otro Estado miembro, cuando, sobre la base de las indicaciones que figuran en ese permiso, resulte acreditado que no se ha cumplido el requisito de residencia normal, establecido en el artículo 7.1.b) de dicha Directiva (según el cual, hay que tener la residencia normal o demostrar la calidad de estudiante durante un período mínimo de seis meses en el territorio del Estado miembro que expida el permiso de conducción). No influye a este respecto el hecho de que el titular de ese permiso no haya sido objeto, por parte del Estado miembro de acogida, de alguna medida prevista en el artículo 8.2 de la referida Directiva» (la suspensión, la retirada o la anulación del derecho a conducir).

En tercer lugar, tenemos un bloque de seis sentencias dictadas todas en la misma fecha, y aunque no se hayan acumulado, todas ellas se refieren a determinados requisitos que se imponen en los distintos países para el ejercicio de la profesión de notarios. La primera de ellas es la **STJUE (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011, Comisión/Grecia, As. C-61/08**, que tiene por objeto dirimir un recurso por incumplimiento. Supuesto de hecho analizado es el requisito de la nacionalidad griega exigido a los notarios para establecerse en Grecia.

La Comisión pretendía, y lo consiguió, que Tribunal de Justicia declarara el incumplimiento por parte de Grecia de sus obligaciones *ex* artículos 43 y 45 TCE y de la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años (DO 1989, L 19, p. 16), en su versión modificada por la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001 (DO L 206, p. 1), al imponer un requisito de nacionalidad para acceder a la profesión de notario y al no haber transpuesto, en relación con esta profesión, la Directiva 89/48.

El mismo incumplimiento se declara en los mismos términos por parte de otros Estados europeos: por parte de Alemania, en la **STJUE (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011, Comisión/Alemania, As. C-54/08**; por parte de Austria, **STJUE (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011, Comisión/Austria, As. C-53/08**; por parte de Luxemburgo, **STJUE (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011, Comisión/Luxemburgo, As. C-51/08**; por parte de Francia, **STJUE (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011, Comisión/Francia, As. C-50/08**; por parte de Bélgica, **STJUE (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011, Comisión/Bélgica, As. C-47/08**, ...

Por el por el contrario, el Tribunal desestima del recurso presentado contra Portugal, en el que se enjuiciaba la normativa portuguesa sobre los notarios: **STJUE (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011, Comisión/Portugal, As. C-52/08**.

Por último, la **STJUE de 26 de mayo de 2011, Comisión/España, As. C-306/08**, vuelve a enjuiciar al Estado español en materia de contratos públicos de obras; siendo el supuesto de hecho concreto los modos de adjudicación de contratos derivados de la ley ur-

banística valenciana. Sin embargo esta vez, la sentencia fue desestimatoria, confirmándose la conformidad a Derecho comunitario de la normativa española.

En su recurso, la Comisión Europea pretendía que se declarase que España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, y de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, respectivamente, al adjudicar «programas de actuación integrada» (en lo sucesivo, «PAI») con arreglo, sucesivamente, a la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana (en lo sucesivo, «LRAU») y a la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (en lo sucesivo, «LUV»).

Resulta de interés transcribir las apreciaciones del tribunal para llegar a la desestimación del recurso por incumplimiento:

«84. Con carácter preliminar, es preciso señalar que el presente recurso versa únicamente sobre la adjudicación de contratos de urbanización conforme a las leyes adoptadas sucesivamente por la Comunidad Autónoma de Valencia sobre la base de sus competencias autonómicas en materia de urbanismo, ocupación del suelo y ordenación del territorio.

85. Más concretamente, la Comisión reprocha al Reino de España la adjudicación de los PAI, es decir, las actuaciones integradas, que tienen por objeto la urbanización conjunta de varias parcelas conforme a una programación única que transforma dichas parcelas en solares, con arreglo, por un lado, a la LRAU y, por otro, a la LUV, infringiendo las Directivas 93/37 y 2004/18, respectivamente.

86. Los reproches formulados por la Comisión sólo se refieren al procedimiento de aprobación de los PAI en gestión indirecta, que, conforme a las normativas en cuestión, implica la delegación —por la entidad adjudicadora competente a un particular— de la condición de urbanizador, seleccionado conforme a un procedimiento público de competencia, con independencia de que sea o no propietario de los terrenos afectados.

87. A este respecto, la Comisión sostiene que los contratos de urbanización de que se trata deben calificarse de “contratos públicos de obras” y deben cumplir por ello las exigencias establecidas en la Directiva 93/37 y, posteriormente, en la Directiva 2004/18. Así se desprende, por lo que respecta a las imputaciones formuladas en contra de la LRAU, de la base jurídica del recurso, que se limita a la infracción de la Directiva 93/37, y, por lo que respecta a las imputaciones formuladas en contra de la LUV, del dictamen motivado complementario, como señala la Comisión en su escrito de demanda y confirmó en la vista.

88. En cuanto al concepto de “contratos públicos de obras”, en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 y del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, procede señalar que se refiere a los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos, por una parte, y una o varias entidades adjudicadoras, por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II de la Directiva 93/37 y en el anexo I de la Directiva 2004/18 o de una obra definida en el artículo 1, letra c), de la Directiva 93/37 y en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva

2004/18, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora.

89. Por otra parte, de los considerandos decimosexto de la Directiva 92/50 y décimo de la Directiva 2004/18 en relación con el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 y el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, respectivamente, se desprende que un contrato sólo puede considerarse “contrato público de obras” si su objeto responde a la definición dada en el apartado anterior y que las obras accesorias que no formen parte del objeto del contrato no pueden justificar la clasificación de éste como contrato público de obras.

90. Además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué cuerpo normativo de la Unión referente a la contratación pública debe en principio aplicarse (véase, en este sentido, la Sentencia Auroux y otros, antes citada, apartado 37).

91. Esta determinación debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que sólo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato (Sentencia de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 49).

92. En el caso de autos, debe señalarse que la Comisión se limita a alegar que los contratos de urbanización controvertidos deben calificarse de “contratos públicos de obras” debido a que el objeto principal del PAI es, en el sentido de los artículos 1, letra c), de la Directiva 93/37 y 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, una “obra” de urbanización de dos o más parcelas que supone la realización de un acceso rodado por vía pavimentada, el suministro de agua potable y energía eléctrica, la evacuación de aguas residuales, el encintado de aceras y el alumbrado público. A este respecto, señala que los servicios prestados por el urbanizador —tales como la redacción de los documentos técnicos, la elaboración y la gestión del proyecto de reparcelación o, con arreglo a la LUV, la selección del empresario constructor encargado de la ejecución de las obras— tienen carácter instrumental y accesorio.

93. Asimismo, es preciso señalar que el Reino de España refuta la apreciación de la Comisión de que el PAI debe calificarse de “obra”, en el sentido de las Directivas 93/37 y 2004/18, y afirma que la ejecución de tal obra no constituye su objetivo exclusivo ni siquiera fundamental. A estos efectos, dicho Estado miembro alega que el urbanizador es también el responsable financiero de la ejecución de las obras y está encargado igualmente de efectuar las gestiones necesarias para garantizar la gratuidad de las operaciones para la Administración, así como el reparto justo de los costes correspondientes y de los beneficios inmobiliarios correlativos entre los propietarios de los solares que los financian. Además, el Reino de España sostiene que los contratos controvertidos deben calificarse de “concesiones de servicios” en el sentido del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18.

94. Pues bien, según reiterada jurisprudencia, en un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE, incumbe a la Comisión probar la existencia de dicho incumplimiento. Debe aportar al Tribunal de Justicia los elementos necesarios para que éste pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, sin poder basarse en presunciones (Sentencia de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-490/09, aún no publicada en la Recopilación, apartado 49, y jurisprudencia citada).

95. Sobre este particular, y por lo que respecta a la naturaleza de las actividades a cargo del urbanizador, es preciso señalar que, pese a los elementos de análisis proporcionados por el Reino de España, la Comisión no intentó apoyar sus propias alegaciones ni refutar las del Estado miembro demandado mediante un examen profundo de dichos elementos.

96. No se ha demostrado en absoluto que las obras de conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes constituyan el objeto principal del contrato celebrado entre la entidad territorial y el urbanizador en el marco de un PAI en gestión indirecta. La ejecución del PAI por el urbanizador comprende, como resulta concretamente de los apartados 21 y 23 de la presente sentencia, actividades que no pueden calificarse de “obras” en el sentido de las Directivas invocadas por la Comisión en su escrito de demanda, a saber, la elaboración del plan de desarrollo; la propuesta y la gestión del correspondiente proyecto de reparcelación; la obtención gratuita en favor de la Administración de los suelos dotacionales públicos y con destino al patrimonio público de suelo de la entidad territorial; la gestión de la transformación jurídica de los terrenos afectados y la realización del reparto equitativo de las cargas y beneficios entre los interesados, así como las operaciones de financiación y de garantía del coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del PAI. Así ocurre también cuando el urbanizador, como se puntualiza en el artículo 119, apartado 1, de la LUV, debe organizar el concurso público destinado a designar al empresario constructor al que se confiere la ejecución de las obras de urbanización.

97. Por otra parte, cabe señalar que algunas de las actividades que comprenden los PAI, tanto con arreglo a la LRAU como a la LUV, según se han mencionado en el apartado anterior, parecen corresponder, por su naturaleza, a las actividades contempladas en la categoría 12 de los anexos I, parte A, de la Directiva 92/50 y II, parte A, de la Directiva 2004/18, relativas a los servicios mencionados en el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 y en el artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18, respectivamente.

98. De todo ello resulta que la Comisión no ha demostrado que el objeto principal del contrato celebrado entre el ayuntamiento y el urbanizador corresponda a contratos públicos de obras en el sentido de la Directiva 93/37 o de la Directiva 2004/18, lo que constituye una condición previa para la declaración del incumplimiento alegado».

C) Libre circulación de trabajadores

a) Seguridad Social

El Reglamento núm. 1408/71 se adoptó en aplicación del artículo 51 del Tratado CEE (posteriormente artículo 51 del Tratado CE, que pasó a ser, tras su modificación, el artículo 42 CE, actualmente artículo 48 TFUE).

Como enuncian los considerandos segundo y cuarto del Reglamento núm. 1408/71, el objetivo de éste es garantizar la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia en la Unión Europea, respetando las características propias de las legislaciones nacionales de seguridad social.

A tal efecto, con arreglo a sus considerandos quinto, sexto y décimo, el mencionado Reglamento acoge el principio de la igualdad de trato de los trabajadores bajo las distintas legislaciones nacionales y pretende garantizar lo mejor posible la igualdad de trato de todos los trabajadores que desarrollan sus actividades en el territorio de un Estado miembro, así como no penalizar a los trabajadores que ejerciten su derecho a la libre circulación.

Pues bien, la **STJUE de 30 de junio de 2011, Da Silva, As. C 388/09**, el Tribunal tiene ocasión de interpretar dicha norma. En concreto, la duda que debe resolver es si ésta permite a un ciudadano europeo exportar las prestaciones del seguro de dependencia a otro país de la Unión Europea, y ello en especial cuando la cobertura se ha financiado con sus propias cotizaciones y en su país de origen no existen prestaciones comparables.

El Tribunal concluye que la normativa aplicable debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una persona que percibe una pensión de jubilación de los organismos del seguro de vejez tanto de su Estado miembro de origen como del Estado miembro en el que ha transcurrido la mayor parte de su vida profesional, y que se ha trasladado de este último Estado miembro a su Estado miembro de origen, pueda seguir disfrutando, en virtud de una afiliación facultativa continuada a un régimen específico de seguro de dependencia en el primero de esos Estados, de una prestación en metálico correspondiente a dicha afiliación, en particular en el supuesto de que no existan en el Estado miembro de residencia prestaciones correspondientes al riesgo específico de dependencia.

D) Libre circulación de capitales

a) Ventajas fiscales

En primer lugar, la **STJUE de 16 de junio de 2011, Comisión c. Austria, As. C-10/10**, ha declarado que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE y del artículo 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, al permitir la deducción fiscal de las donaciones efectuadas en favor de organismos dedicados a actividades de investigación y enseñanza únicamente en el caso de que dichos organismos estén establecidos en Austria. Y es que en efecto, para constatar dicho incumplimiento, al Tribunal Europeo le basta recordar que la necesidad de evitar la reducción de ingresos fiscales —único motivo alegado por el Estado demandado para justificar la exención— no figura entre los objetivos enunciados en el artículo 58 CE ni entre las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción a una libertad establecida por el Tratado.

Por su parte, la **STJUE de 30 de junio de 2011, Meilicke, As. C-260/09**, en relación con la legislación fiscal alemana, tiene ocasión de afirmar que el cálculo del crédito fiscal debe efectuarse en función del tipo impositivo de los beneficios distribuidos en concepto del impuesto de sociedades aplicable a la sociedad que los distribuye según el Derecho de su Estado miembro de establecimiento, sin que la cuantía que se impute pueda superar el importe del impuesto sobre la renta que debe pagarse por los dividendos percibidos por el accionista beneficiario en el Estado miembro en el que es sujeto pasivo por obligación personal.

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) Por nueva doctrina constitucional.
 - a.2) Por cambios en la doctrina constitucional.
 - a.3) Por negativa manifiesta de acatamiento de la jurisprudencia constitucional.
 - a.4) Por trascendencia del caso al plantear una «cuestión jurídica de relevante y general repercusión social».
 - a.5) Por grave vulneración de los derechos del recurrente.
 - b) Inadmisión de recurso de amparo constitucional por la interposición de un recurso manifiestamente improcedente por el Ministerio Fiscal.
 - D) **Cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**
3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.

1. INTRODUCCIÓN

Se analizan en la crónica las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas los meses de abril, mayo y junio de 2011. Durante este segundo trimestre de 2011 el Tribunal Constitucional ha dictado 69 sentencias de las que 2 son recursos de inconstitucionalidad, 5 cuestiones de inconstitucionalidad, un conflicto positivo de competencias y 61 recursos de amparo. De los 61 recursos de amparo admitidos a trámite 17 fueron planteados con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 6/2007, de 24 de mayo, ofreciendo información sobre el requisito de «especial trascendencia constitucional» del art. 50.1.b) LOTC del trámite de admisión del recurso de amparo. Destaca de manera especial el **ATC 86/2011**,

de 9 de junio, por el que el Tribunal Constitucional plantea por primera vez una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

No se ha dictado ninguna sentencia en materia de distribución de competencias. Únicamente podemos registrar la **STC 74/2011, de 19 de mayo**, que estima el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la disposición adicional decimoctava de la Ley 25/2002, de 19 de diciembre, de presupuestos generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2003. La Abogacía del Estado denuncia dos vicios de inconstitucionalidad distintos: se excede el contenido eventual de las leyes de presupuestos y se invade la competencia del Estado para establecer las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo (art. 149.1.1 CE). Apreciada la inconstitucionalidad de la norma por traspasar los límites materiales de la ley de presupuestos, el Tribunal Constitucional no considera necesario analizar el vicio de incompetencia alegado.

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) Por nueva doctrina constitucional

El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite cuatro recursos de amparo que le han permitido pronunciarse sobre cuestiones constitucionales aún no desarrolladas en su jurisprudencia.

En la **STC 47/2011, de 12 de abril**, a raíz de la solicitud al TC de que se declarara vacante la plaza de un Magistrado por una eventual incompatibilidad para el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo, el recurrente en amparo plantea la vulneración de su derecho de petición (art. 29 CE) al no haber obtenido respuesta del Alto Tribunal. La cuestión central que se plantea el TC es si tiene jurisdicción para enjuiciar esta cuestión, basándose en el art. 4.1 LOTC, concretamente si las dudas del recurrente tienen encaje vía art. 43 LOTC. El TC sentencia que «ni la dicción literal del art. 43 LOTC ni una comprensión estricta del principio de imparcialidad judicial pueden por sí solas excluir del control de amparo por la vía del art. 43 LOTC las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simples vías de hecho de carácter no jurisdiccional del propio Tribunal Constitucional». Sin embargo, el acto impugnado por el recurrente se refiere a la solicitud de cese de un Magistrado de este Tribunal acto que, a juicio del Alto Tribunal, debe quedar excluido del control jurisdic-

cional de amparo que dispensa el art. 43 LOTC (FJ 5). Por todo ello, el TC concluye que, conforme al «art. 4.1 LOTC, debe apreciarse que la queja referida a la vulneración del art. 29 CE que se imputa directamente a una omisión de este Tribunal Constitucional respecto a la solicitud de cese de uno de sus Magistrados, está incurso en la causa de inadmisión de falta de competencia para su enjuiciamiento» (FJ 6).

Además, el TC desarrolla dos supuestos de legitimidad activa, desarrollando así el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE). En primer lugar, en la **STC 58/2011, de 3 de mayo**, el TC reconoce la legitimidad activa de un sindicato, concretamente del sindicato Federación de Servicios Públicos UGT-PV, cuando éste no es el titular del interés en cuestión. En este sentido, el TC exige la existencia de un «vínculo especial y concreto entre dicho sindicato y el objeto de debate en el pleito de que se trate, vínculo que habrá de ponderarse en cada caso» (FJ 2). En segundo lugar, en la **STC 67/2011, de 16 de mayo**, entiende contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva la negación de legitimidad de la Delegada especial del Gobierno para la violencia sobre la mujer en los procesos penales. Cabe destacar que el otorgamiento del amparo en este caso sólo fue formulado con carácter declarativo «dados los efectos negativos que para la rápida resolución de un procedimiento penal de la gravedad de que están en el origen de este amparo tendría el pronunciamiento habitual» (FJ 5).

Por último, en la **STC 68/2011, de 16 de mayo**, la Sala Segunda explicita un ejemplo concreto de lo que el TC entiende como «suficiente» en la justificación de la demanda de amparo de la especial trascendencia constitucional (FFJJ 2 y 3).

a.2) Por cambios en la doctrina constitucional

La admisión de recursos de amparo por cambios en la doctrina constitucional obedeció a dos motivos. En la **STC 45/2011, de 11 de abril**, el TC quiso aclarar su doctrina sobre la necesaria audiencia o no de un acusado en apelación (STC 184/2009, de 7 de septiembre) (FFJJ 3 y 4). Por su parte, en la **STC 108/2011, de 20 de junio**, la Sala Primera desarrolla el derecho fundamental de petición ante las Cámaras Legislativas (art. 29 CE) a partir de la nueva legislación en vigor. La doctrina constitucional relevante para resolver el recurso de amparo planteado era la STC 242/1993, de 14 de julio (FJ 1), dictada cuando se encontraba en vigor la Ley 92/1960, de 22 de diciembre. Sin embargo, teniendo en cuenta el art. 44 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, el Tribunal Constitucional ha desarrollado aún más, aunque no de manera divergente a su doctrina anterior, el derecho fundamental mencionado.

a.3) Por negativa manifiesta de acatamiento de la jurisprudencia constitucional

En la **STC 59/2011, de 3 de mayo**, en una demanda que cuestiona el expediente sancionador de un recluso penitenciario, la Sala Primera ha explicitado como causa de admisión del recurso de amparo la «negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del TC». El Alto Tribunal censura enérgicamente que los tribunales ordinarios ante los recursos de los reclusos den sistemáticamente una respuesta estereotipada, esto es, utilizando formularios estereotipados, con un contenido preestablecido, con independencia del caso y sin proporcionar una respuesta expresa a las diversas invocaciones de los recurrentes (FJ 6).

- a.4) Por trascendencia del caso al plantear una «cuestión jurídica de relevante y general repercusión social»

El supuesto que más presencia sigue teniendo en las admisiones de recursos de amparo es el planteamiento de una «cuestión jurídica de relevante y general repercusión social», que tenga unas consecuencias políticas generales como en determinados *amparos electorales o parlamentarios* (STC 155/2009, de 25 de junio).

Como amparo parlamentario podría citarse la **STC 57/2011, de 3 de mayo**, que declara la nulidad de los acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados de 25 de septiembre de 2007 de inadmisión a trámite de la solicitud de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de informe de impacto ambiental sobre la biodiversidad de varios parajes, otorgando el amparo del recurrente.

Como amparos electorales, el TC ha dictado varias sentencias, como la **STC 60/2011, de 5 de mayo**, que ampara al partido Iniciativa Independiente contra la resolución de la Junta Electoral de Zona de Denia y del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Alicante, por la que se denegaron la proclamación de las candidaturas municipales presentadas por dicho partido para las circunscripciones de Xaló y El Verger. De la misma manera, el TC en la **STC 61/2011, de 5 de mayo**, estima vulnerado el derecho a la participación política (art. 23 CE) de la Agrupación Electoral Independiente de Zalduondo y su único candidato, don Gustavo Fernando Fernández Villate, anulando la Sentencia dictada por la Sala Especial prevista en el art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo el 2 de mayo de 2011 en los recursos contencioso-electorales núms. 1-2011 y 3-2011. En el mismo sentido se pronuncia el Pleno del TC en la **STC 62/2011, de 5 de mayo**, sobre el recurso de amparo planteado por la coalición electoral Bildu-Eusko Alkartasuna (EA)/Alternatiba Eraikiten. Sin embargo, el TC ha inadmitido recursos de amparo electorales al no apreciar en ellos el criterio de la especial trascendencia constitucional, como en los **AATC 46/2011, de 28 de abril** (FFJJ 3 y 4); **48/2011, de 5 de mayo**; **49/2011, de 5 de mayo**, y **50/2011, de 5 de mayo**.

- a.5) Por grave vulneración de los derechos del recurrente

La **STC 106/2011, de 20 de junio**, resuelve el recurso de amparo planteado por la recurrente contra decisiones judiciales que estima han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a la integridad física y moral (art. 15 CE). El TC estima que los tribunales ordinarios castrenses no practicaron las pruebas solicitadas por la recurrente para esclarecer un supuesto delito de abuso de autoridad y acoso. A nuestro juicio, más que la mera vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, es la eventual violación del derecho a la integridad física y moral de la recurrente (art. 15 CE) la que ocasiona que la Sala Segunda admitiera a trámite el recurso de amparo.

Por último, la crónica no estaría completa si no se hiciera referencia a dos casos que tienen difícil acomodo en los supuestos descritos por el TC en la STC 155/2009. En la **STC 107/2011, de 20 de junio**, la Sala Segunda otorga el amparo contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que vulnera por diversos motivos y de manera clara el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del recurrente. El TC tacha esta decisión de incoherente, irrazonable, falta de motivación y de práctica de las pruebas demandadas. Sin embargo, al no ser este tipo de decisiones una práctica generalizada de este órgano jurisdiccional, ni suponer una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina

constitucional, nos resulta difícil opinar sobre la razón por la que la Sala Segunda del TC admitió a trámite este recurso de amparo. En un sentido similar, la **STC 88/2011, de 6 de junio**, reconoce la vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1.2 y 4 CE) de la recurrente por parte de la decisión judicial cuestionada. Quizá la Sala Segunda admitió a trámite el recurso de amparo por tratarse, como la misma sentencia contiene, «del valor cardinal que la libertad personal tiene en el Estado de Derecho». Sin embargo, la citada Sala no explicita en ningún momento la razón de la admisión a trámite.

b) Inadmisión de recurso de amparo constitucional por la interposición de un recurso manifiestamente improcedente por el Ministerio Fiscal

En el **ATC 36/2011, de 11 de abril**, la Sala Primera desestimó el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la providencia del TC que inadmitía el recurso de amparo planteado por el Ministerio Fiscal por extemporáneo al interponer un recurso manifiestamente improcedente. El TC consideró que la interposición por parte del Ministerio Fiscal del incidente de nulidad de actuaciones (art. 241.1 LOPJ), conforme su redacción vigente tras la LO 6/2007, de 25 de mayo, de reforma de la LOTC, supuso la interposición de un recurso manifiestamente improcedente, ya que la legitimación activa de este incidente se restringe a quienes hubieran sido parte legítima o hubieran debido serlo. Esto imposibilitaba al Ministerio Fiscal, a juicio de la Sala Primera, para la promoción de dicho incidente, pues, «ni fue parte en el procedimiento ni tampoco debiera haberlo sido, al tratarse de un procedimiento ordinario en que no está prevista legalmente su participación» (FJ 4).

D) Cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Por primera vez, y tras tres décadas de negativa explícita (STC 28/1991, de 14 de febrero) o implícita, el TC ha planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tan sólo el magistrado Pérez Tremps había demandado su interposición en su voto particular en la STC 199/2009, de 28 de septiembre.

Esta cuestión se plantea en el seno de un recurso de amparo planteado por Stefano Melloni contra el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008, por el que se autorizó la entrega del demandante de amparo a las autoridades italianas para el cumplimiento de una condena impuesta por el Tribunal de Ferrara, dictada en ausencia del recurrente, en el marco de la orden europea de detención y entrega núm. 157-2008.

El TC duda de que la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción actual, se ajuste a los derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento comunitario, por el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) y por la Constitución española. El hecho determinante del litigio es que la condena en que trae su origen la orden europea de detención y entrega (Euroorden, en adelante) se ha producido sin que el condenado haya comparecido ante los tribunales italianos que dictaron la condena, lo que comportaría haber vulnerado una garantía sustancial del proceso penal reconocida por el art. 24 de la Constitución (CE). Con base en este argumento, el TC se pregunta y eleva la cuestión al Tribunal de Justicia, si la posibilidad de ser condenado

sin haber comparecido personalmente ante los Tribunales italianos, al estar amparada por la Decisión Marco, no supone una quiebra de las propias garantías procesales del Derecho comunitario [arts. 6 TUE y 47 y 48 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) interpretados a la luz del art. 6 del CEDH] y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En este sentido el TC plantea tres cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En primer lugar, el Alto Tribunal pregunta si el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado. En segundo lugar, y en caso de que la primera cuestión sea respondida afirmativamente, el TC se cuestiona sobre si el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI es compatible con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo (art. 47 CDFUE) así como de los derechos de la defensa (art. 48.2 CDFUE). En tercer lugar, y en el caso de que la segunda cuestión sea respondida afirmativamente, el TC pregunta si el art. 53 CDFUE, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 CDFUE permite a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental establecido por la Constitución de ese Estado miembro.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

No hay sentencias.

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

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
 - A) Derecho a la vida (artículo 2 CEDH).**
 - a) Obligaciones positivas.
 - a.1) En la investigación de la represión masiva durante la transición política.
 - a.2) En la investigación de la muerte accidental en un lugar público.
 - a.3) En la investigación de la muerte de un niño durante el parto.
 - a.4) En la protección de un periodista durante una intervención policial.
 - B) Tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH).**
 - a) Tardanza en la realización de test genético que impide la práctica de aborto.
 - b) Condiciones de traslado y realización de las consultas sanitarias a los presos.
 - c) Condiciones de los centros de detención de extranjeros. Menores no acompañados.
 - d) Expulsión con riesgo de sufrir malos tratos.
 - d.1) Imposibilidad de expulsión a Somalia.
 - d.2) Circunstancias actuales de Sri Lanka.
 - d.3) Necesidad de recurso suspensivo en caso de expulsión de solicitantes de asilo.
 - C) Derecho a la libertad y seguridad (artículo 5 CEDH).**
 - a) Extensión de las garantías a las sanciones en el ejército.
 - b) Privación de libertad no motivada. Registro como «activista de derechos humanos».
 - D) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH).**
 - a) Dos casos piloto sobre indemnizaciones por duración excesiva de procesos.
 - b) Acceso a la justicia.
 - b.1) Restricciones a la inmunidad en actos no parlamentarios.
 - b.2) Inmunidades jurisdiccionales de los Estados.
 - c) Presunción de inocencia.
 - c.1) Declaraciones de las autoridades. Condena a España.

- c.2) Condena por calumnia como consecuencia necesaria de no probar las acusaciones de violación y acoso sexual.
- c.3) Determinación de una indemnización frente a España.

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

- a) Vida privada. Inexistencia de la obligación de los medios de comunicación a comunicar previamente la publicación de noticias a los afectados.
- b) Reconocimiento de la paternidad.
 - b.1) Tras la muerte del presunto padre.
 - b.2) Por un declarado incapaz.
- c) Retorno de una menor con su madre biológica. Condena a España.
- d) Expulsión de extranjera con hijos menores contraria al Convenio.
- e) Reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar.

F) Libertad religiosa (artículo 9 CEDH).

- a) Tratamiento fiscal de las donaciones.

G) Libertad de expresión (artículo 10 CEDH).

- a) Presunción de falsedad o veracidad. Vigilancia estricta del uso del derecho penal en los procesos por difamación.
- b) Reportaje neutral obtenido de Internet.

H) Libertad de asociación (artículo 11 CEDH).

- a) Registro y disolución de partidos políticos. Exigencia de un número mínimo de afiliados.

I) Derecho a contraer matrimonio (artículo 12 CEDH).

- a) Continúa sin incluir el derecho al divorcio.

J) Limitaciones a las restricciones de derechos (artículo 18 CEDH).

- a) La «sospecha razonable» impide su apreciación

K) Derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1.º).

- a) Derecho de tanteo sobre bienes de interés cultural en España.

L) Derecho a la educación (artículo 2 del Protocolo 1.º).

- a) Prohibición de discriminación por razón de nacionalidad.

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

A) Protección de datos (artículo 8 CDFUE).

- a) Consentimiento previo excluye la vulneración.

B) Proporcionalidad de las penas (artículo 49 CDFUE).

- a) Por incumplimiento de orden de expulsión.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A) Igualdad (artículo 14 CE).

- a) Inconstitucionalidad de la prohibición de instalar oficinas de farmacia a los mayores de 65 años.
- b) Subsidio por maternidad en supuesto de parto: derecho vinculado a la mujer trabajadora.

B) Libertad religiosa (artículo 16 CE).

- a) Derechos fundamentales de los Profesores de religión *versus* potestad de la autoridad eclesiástica.

C) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 18 CE).

- a) Juicios de valor injuriosos o vejatorios. Prevalencia del derecho al honor.

D) Derecho de asociación (artículo 22 CE).

- a) Autoorganización y sanciones a los socios.

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

- a) Necesidad de extremar el rigor a la hora de apreciar fraude para anular una candidatura electoral.
- b) La desvinculación de un partido de una coalición electoral no puede ser unilateral y debe formalizarse.
- c) Ejercicio de cargo público representativo; Vulneración al exigir que las solicitudes de información vayan firmadas por el portavoz del Grupo.

F) Derecho a la tutela judicial (artículo 24 CE).

- a) Legitimación activa del Delegado Especial del Gobierno para la Violencia sobre la Mujer en proceso penal.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

A) Derecho de asilo (artículo 13.4 CE).

- a) Persecución por razón de género.

B) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 18 CE).

- a) Menores. Responsabilidad solidaria de la madre y el medio de comunicación.
- b) Datos personales accesorios en información de interés público.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la crónica de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas correspondiente al número 53 de esta Revista se aborda la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en el segundo trimestre del

año 2011. Hemos incluido también, al igual que ya hicimos en el número anterior, el relato de la aún incipiente actividad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, si bien no parece haber todavía grandes pronunciamientos en este sentido por parte del Tribunal comunitario.

En lo que se refiere a la jurisprudencia del TEDH, destaca, en primer lugar, el relativamente, alto número de asuntos resueltos con relación a nuestro país. Son los casos **Lizaso Azconobieta contra España, de 28 de junio de 2011**, una condena por vulneración de la presunción de inocencia por las declaraciones en rueda de prensa de un Gobernador Civil sobre la detención de una persona a la que señala como miembro de la organización terrorista ETA, y que, sin embargo, fue puesta dos días después en libertad sin cargos. También **Saleck Bardi contra España, de 24 de mayo de 2011**, otra condena, en esta ocasión por no devolver a una menor a su madre biológica, que vive en los campamentos de refugiados saharuis en Argelia. Por el contrario, el Tribunal considera que la adquisición del cuadro de Goya «La duquesa de Chinchón» mediante el sistema de retracto respeta el derecho de propiedad en el Caso **Ruspoli Morenes contra España, de 28 de junio de 2011**. Por último en **Tendam contra España, de 28 de junio de 2011**, determina una indemnización por error judicial.

Y, con carácter general, la jurisprudencia más interesante del trimestre se encuentra, probablemente, en los Casos **Anatoliy Ponomaryov y otro contra Bulgaria, de 21 de junio de 2011**, en el que se analiza las condiciones de escolarización de los inmigrantes irregulares mediante un interesante estudio de la normativa y jurisprudencia de una pluralidad de países y con cita expresa de la STC 236/2007 que resuelve unos de los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de extranjería. También llama poderosamente la atención el caso **Ivanov y Petrova contra Bulgaria, de 14 de junio de 2011**, en el que sorprendentemente se considera vigente la jurisprudencia del Caso Johnston contra Irlanda de mediados de los ochenta, y se sigue afirmando que el derecho al matrimonio no incluye el de su disolución. Por último, el caso, **Núñez contra Noruega, de 28 de junio de 2011**, una sentencia en la que parece darse una importancia decisiva, para evitar la expulsión de una extranjera, a su condición de madre de hijos menores, una decisión ciertamente controvertida en cuanto parece ir mucho más allá de la línea jurisprudencial habitual en esta materia, como se pone de manifiesto en sus votos particulares, y que no resultaría en absoluto extraño, fuera elevada a una Gran Sala.

Con relación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, probablemente sus dos decisiones más importantes son la dictada en la **STC 50/2011, de 14 de abril**, en la que resuelve a favor de los derechos fundamentales del docente el conflicto surgido en relación a la expulsión de una profesora de religión católica que ha contraído matrimonio civil y ve rescindido su contrato, en lo que parece, al menos, una matización de la jurisprudencia sentada en la STC 38/2007, que consideró, en abstracto, acorde a la Constitución la facultad de rescisión de estos profesores por la autoridad eclesiástica, y la **STC 62/2011, de 5 de mayo**, que ha permitido la concurrencia a las últimas elecciones municipales de las candidaturas presentas por Bildu, en una jurisprudencia que tiene como eje la tradicional doctrina sobre la necesidad de extremar el rigor a la hora de apreciar fraude que provoque la anulación de una candidatura electoral, pero en la que también subyace la reciente reforma de la LOREG por la LO 3/2011 que hace posible una impugnación posterior, a lo largo de toda la legislatura, mediante el mecanismo de la «incompatibilidad sobrevenida».

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Derecho a la vida (artículo 2 CEDH)

a) *Obligaciones positivas*

a.1) En la investigación de la represión masiva durante la transición política

En el caso **Asociación «21 de diciembre 1989» y otros contra Rumanía, de 24 de mayo de 2011**, los demandantes son miembros de una Asociación que sufrieron la represión durante las manifestaciones que derrocaron a Nicolae Ceaucescu, que provocaron más de 1.200 muertos. El aspecto que ahora interesa es la no investigación de la muerte del hijo de dos de los demandantes. Se inicia un proceso de investigación sobre los sucesos, pero es suspendido dado que la mayoría de los responsables habían sido condenados en otros procesos o habían muerto, los familiares sólo reciben alguna información a partir de 2005, en 2007 se trasfiere el procedimiento de los tribunales militares a los civiles y sólo en 2010 se desclasifican determinados documentos. El TEDH considera que, a pesar de su complejidad, dada la importancia de los hechos para la sociedad rumana, las autoridades deberían haber actuado con mayor celeridad y diligencia, con el fin de evitar cualquier apariencia de impunidad para ciertos actos, y hace hincapié en la importancia del derecho de las víctimas y de sus familias a averiguar la verdad sobre las circunstancias de los hechos, lo que, en todo caso, implicaba una investigación judicial efectiva y, posiblemente, el derecho a una indemnización, y considera vulnerado el artículo 2 del CEDH. La sentencia contiene otro aspecto interesante en cuanto que recomienda al Estado rumano la adopción de medidas generales dada la existencia de muchos casos similares pendientes ante el TEDH, que no serán suspendidos, invitándole a adoptar las medidas necesarias derivadas de esta sentencia.

a.2) En la investigación de la muerte accidental en un lugar público

En el caso **Ciechońska contra Polonia, de 14 de junio de 2011**, se produce una condena al Estado por incumplimiento de las obligaciones positivas del art. 2 por la muerte del marido de la recurrente como consecuencia de la caída de un árbol cuando se encontraba en el jardín de un hospital. Para la Corte las obligaciones positivas incluyen la de adoptar las medidas razonables para garantizar la seguridad de las personas en los lugares públicos... y un sistema judicial independiente que asegure la disponibilidad de procedimientos legales para establecer los hechos, la responsabilidad y otorgar una apropiada reparación a la víctima. Y, en el caso concreto, teniendo en cuenta que el procedimiento judicial duró diez años, con cuatro suspensiones de la investigación posteriormente revocadas, con frecuentes períodos de inactividad y otras deficiencias, considera que no se puede afirmar la existencia de una investigación efectiva.

a.3) En la investigación de la muerte de un niño durante el parto

Caso **Baldovin contra Rumanía, de 7 de junio de 2011**, en el que se condena al Estado como consecuencia de la no determinación por las autoridades nacionales de si la muerte del niño se había producido como consecuencia de que el médico de guardia, en contra de la recomendación del ginecólogo, había realizado el parto sin recurrir a la cesárea.

a.4) En la protección de un periodista durante una intervención policial

Se trata del asunto **Trévalec contra Bélgica, de 14 de junio de 2011**, referido a la falta de protección efectiva de un periodista que había obtenido autorización para filmar las operaciones de una unidad especial de policía.

B) Tratos inhumanos y degradantes (artículo 3 CEDH)

a) *Tardanza en la realización de test genético que impide la práctica de aborto*

En el asunto **R.R. contra Polonia, de 26 de mayo de 2011**, el TEDH condena a Polonia por la violación de los arts. 3 y 8 CEDH, en el caso de una madre que hubo de esperar más de seis semanas a que las autoridades sanitarias aceptaran realizar un test genético que permitiera verificar si el feto tenía alguna malformación, a pesar de que varias ecografías lo apuntaban y de que la madre sólo podía optar por interrumpir el embarazo si disponía de los resultados de la prueba correspondiente antes de la vigésima segunda semana de gestación. Finalmente, obtuvo los resultados del test genético con posterioridad y las autoridades le negaron la posibilidad de abortar, dando a luz a una niña que padecía el síndrome de Turner. El Tribunal tiene en cuenta, para apreciar la vulneración del art. 3, el sentimiento de angustia que hubo de soportar la madre a lo largo de las seis semanas previas a la realización de la prueba, y, para la vulneración del art. 8, la inexistencia de un procedimiento adecuado que permitiera a la demandante acceder a la información que necesitaba para decidir sobre la continuación de su gestación.

b) *Condiciones de traslado y realización de las consultas sanitarias a los presos*

En el asunto **Duval c. Francia, de 26 de mayo de 2011**, el TEDH pone en tela de juicio la práctica de las autoridades francesas de conducir a los reclusos a sus revisiones médicas esposados y encadenados por los tobillos, así como de mantenerlos en la misma situación durante su desarrollo, a las que asisten acompañados de escolta policial, incluso en las más íntimas. El Tribunal considera que esa práctica es contraria al art. 3 teniendo en cuenta, entre otros elementos, que la buena conducta del preso había hecho que se le concedieran varios permisos de salida.

c) *Condiciones de los centros de detención de extranjeros. Menores no acompañados*

El caso **Rahimi contra Grecia, de 5 de abril de 2011**, pone de manifiesto, una vez más, las carencias de los centros de internamiento para extranjeros irregulares, en particular cuando se trata de menores no acompañados. El Tribunal constata, en primer lugar, la existencia de una práctica de las autoridades migratorias griegas consistente en asignar a cada menor un adulto de la misma nacionalidad, otorgándole la condición de familiar, para evitar su tratamiento como grupo vulnerable y reitera lo ya afirmado en otras sentencias y puesto de relieve por otros Órganos del Consejo de Europa; que el sistema de internamiento para expulsión de extranjeros en Grecia, en especial cuando son menores, no cumple los estándares mínimos.

d) *Expulsión con riesgo de sufrir malos tratos*

d.1) Imposibilidad de expulsión a Somalia

Sentencia Sufi y Elmi contra Reino Unido, de 28 de junio de 2011. Su importancia radica no tanto en el caso concreto, en el que se afirma la imposibilidad de expulsión a Somalia de dos nacionales, uno de los cuales alegaba su pertenencia a un grupo minoritario objeto de persecución y el otro su condición de consumidor de drogas, lo que en su país puede implicar la amputación de las manos, el azote público o incluso la muerte, sino en el hecho de que el propio Tribunal resalta que tiene pendientes otras 214 demandas similares presentadas por somalís, de manera que esta sentencia debe ser considerada un *lead case* de aplicación a todos ellos.

d.2) Circunstancias actuales de Sri Lanka

En el asunto **E.G. contra el Reino Unido, de 31 de mayo de 2011**, se había denegado la solicitud de asilo en el Reino Unido a un nacional de Sri Lanka que decía pertenecer a los Tigres de Liberación Tamil. El TEDH, basándose sobre todo en la evolución positiva de las circunstancias del país, considera que su expulsión no es contraria al Convenio

d.3) Necesidad de recurso suspensivo en caso de expulsión de solicitantes de asilo

En **Diallo contra la República Checa, de 23 de junio de 2011**, los recurrentes son solicitantes de asilo guineanos. Se deniegan sus solicitudes por proceder de Portugal donde habían realizado una escala, uno de ellos interpone un recurso judicial que no tiene efectos suspensivos y ambos son expulsados no a Portugal sino a su país de origen. La Corte señala que cuando se produce una extradición o expulsión en relación con el art. 3 CEDH, dada la irreversible naturaleza del daño que puede ser infringido, la noción de «remedio efectivo» del art. 13 requiere un riguroso escrutinio de la alegación de que existe ese riesgo y un recurso con efecto suspensivo, y que en el caso concreto las solicitudes de asilo se habían desestimado por proceder de Portugal y sin analizar la cuestión de fondo, pero sin embargo fueron expulsados no a Portugal sino a su país de origen. Además considera que dada la ausencia de efectos suspensivos de los recursos no se puede exigir al recurrente que interponga el recurso judicial al no ser un remedio efectivo en el sentido del art. 13 de la Convención

C) Derecho a la libertad y seguridad (artículo 5 CEDH)

a) *Extensión de las garantías a las sanciones en el ejército*

En **Pultali contra Turquía, de 26 de abril de 2011**, el TEDH considera que las previsiones contenidas en el art. 5 son aplicables también a las normas reguladoras del mantenimiento de la disciplina en el seno del ejército y declara contrario al convenio la imposición de una sanción de arresto de 7 días a un soldado por un oficial superior por lesión del citado art. 5. Las penas de detención han de ser impuestas o, al menos, revisadas por una instancia judicial. Esta decisión viene acompañada de la clara indicación (en virtud del art. 46 del convenio) a Turquía de que el cumplimiento de la condena exige la modificación de la legislación vigente.

b) Privación de libertad no motivada. Registro como «activista de derechos humanos»

El caso **Shimovolos contra Rusia, de 21 junio de 2011**, evidencia la difícil situación de la oposición política en esa República. El actor es un líder de una asociación de defensa de derechos humanos. Con motivo de una cumbre entre la Unión Europea y Rusia celebrada en mayo de 2007 en Samara, se desplazó por tren a esa ciudad donde se celebraban manifestaciones de protesta. Estaba inscrito en un registro del Ministerio del Interior denominado Base de datos de Vigilancia en una sección «activistas de derechos humanos». Cuando una persona inscrita en ese registro compra un billete de avión o de tren, el Ministerio recibe una notificación automática. Se intenta disuadirle del viaje y es interrogado y finalmente detenido al llegar a Samara y puesto en libertad transcurridos 45 minutos. A pesar de la brevedad de la detención, la Corte pondera que el actor fue amenazado con el empleo de la fuerza y estima que este elemento de coerción resulta decisivo para entender ubicados los hechos dentro de la garantía del art. 5 CEDH. Señala a continuación que el motivo alegado de la detención, que se estima necesaria para impedir que se cometa una infracción referida a «ofensas de naturaleza extremista» es demasiado vago y no se estima bastante para satisfacer los requisitos de la garantía.

Además y desde el punto de vista del art. 8, se estima violado el derecho a la vida privada por la inscripción del nombre del actor en la base de datos del Ministerio del Interior, ya que la orden ministerial que regulaba el proceso de recogida de los datos no estaba publicada, no era accesible al público y, por consiguiente, sus contenidos y las garantías previstas frente a los posibles abusos no resultaban accesibles al control público.

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

a) Dos casos piloto sobre indemnizaciones por duración excesiva de procesos

El TEDH ha dictado dos sentencias piloto (**Finger contra Bulgaria y Dimitrov y Hama-nov contra Bulgaria, ambas de 10 de mayo de 2011**) instando al Estado a la aprobación en el plazo de 12 meses de una legislación reguladora de los casos de excesiva duración de los procesos y, en especial, respecto a las medidas indemnizatorias por estos retrasos en las jurisdicciones civil, penal y administrativa.

b) Acceso a la justicia

b.1) Restricciones a la inmunidad en actos no parlamentarios

En el asunto **Onorato contra Italia, de 24 de mayo de 2011**, el demandante es un juez italiano que alega la lesión de su derecho de acceso a la justicia por la imposibilidad de acusar a un miembro del Parlamento que había hecho manifestaciones difamatorias de su persona en la prensa italiana, que habían sido consideradas cubiertas por la inmunidad parlamentaria. El TEDH considera que no se puede justificar la negación del derecho de acceso a la justicia por la sola razón de que la disputa podría estar relacionada con la actividad política. La ausencia de una clara relación con una actividad parlamentaria reclamaba una interpretación restrictiva de esta prerrogativa, pues sostener lo contrario sería restringir de forma generalizada el derecho de acceso a los tribunales cada vez que las personas deman-

dadas fueron miembros del Parlamento. La sentencia contiene un voto particular en el que se considera que este tipo de declaraciones sí debería quedar cubierto por la inmunidad.

b.2) Inmunidades jurisdiccionales de los Estados

En **Sabeh el Leil contra Francia, de 29 de junio de 2011**, se plantea un supuesto interesante desde el punto de vista de la interacción entre ordenamientos jurídicos de diferentes niveles normativos resuelto por una Gran Sala. El recurrente era empleado de la embajada de Kuwait en París siendo despedido de manera a su juicio improcedente, pero la jurisdicción francesa considera que se trata de un supuesto de inmunidad del Estado kuwaití. Se da la circunstancia de que Francia aún no había ratificado el Convenio de Naciones Unidas sobre inmunidad jurisdiccional de 2004, que la restringe a sus actos en cuanto entes soberanos y no a sus relaciones de derecho privado o laborales con ciudadanos extranjeros. A pesar de ello el Tribunal considera que la Convención es también parte del derecho consuetudinario internacional y por tanto vincula a las autoridades francesas, y considera que las autoridades francesas violaron el art. 6 del convenio al rechazar sin razón suficiente entrar a valorar la pretensión presentada por el recurrente.

c) *Presunción de inocencia*

c.1) Declaraciones públicas de las autoridades. Condena a España

En la Sentencia **Lizaso Azconobieta contra España, de 28 de junio de 2011**, el recurrente es detenido en una operación policial contra ETA. En una rueda de prensa celebrada unos días después el Gobernador Civil de Guipúzcoa se refiere a él como miembro de un comando responsable de tres atentados con coche bomba. Sin embargo, dos días después un juez ordenó su puesta en libertad y no se presentaron cargos en su contra. El Sr. Lizaso acude a los Tribunales denunciando por injurias y calumnias al Gobernador. El caso llega hasta el Tribunal Constitucional que, en la STC 244/2007, desestima el recurso de amparo, al considerar que en este caso prevalecía el interés público y que la información se ajustaba al canon de veracidad, dando cuenta del resultado de la operación policial.

El TEDH comienza reiterando que el derecho a la presunción de inocencia no se limita a ser una mera garantía procesal en materia de penal, sino que su alcance es más amplio y exige que ningún funcionario estatal ni autoridad pública pueda afirmar que una persona es culpable de un delito antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal, de manera que las autoridades pueden informar al público sobre las investigaciones penales en curso, pero las declaraciones han de estar libres de cualquier valoración sobre la culpabilidad. Sin embargo, el Gobernador civil convocó una rueda de prensa, en la que se refirió al recurrente, sin matices ni reservas, como miembro del grupo terrorista y no utilizó el término «presunto miembro», a pesar de que la investigación policial no había finalizado. Estas declaraciones, a juicio del TEDH, no pueden conciliarse con el respeto a la presunción de inocencia, ya que, animan al público a creer en la culpabilidad del recurrente así como prejuzga la evaluación de los hechos por los jueces competentes. En consecuencia se condena a España, fijando una indemnización de doce mil euros por daño moral más los correspondientes gastos de defensa. (Sobre este mismo tema, véanse también las Sentencias **Kostas contra Grecia** y **Elsner contra Austria**, ambas de 24 de mayo de 2011).

- c.2) Condena por calumnia como consecuencia necesaria de no probar las acusaciones de violación y acoso sexual

En el asunto **Klouvi contra Francia, de 30 de junio de 2011**, la recurrente, que afirma ser violada y acosada sexualmente en su trabajo, inicia un procedimiento penal contra su superior jerárquico, que es declarado no fundado, al no haberse podido probar la veracidad de las acusaciones mantenidas. La recurrente no impugna esta decisión. Como consecuencia de ello el superior jerárquico inicia un procedimiento por denuncia calumniosa y obtiene una condena de la recurrente de tres meses de prisión y 15.000 euros de sanción. El tribunal afirma que la falsedad se deriva necesariamente de la decisión judicial anterior y su no impugnación. Es este carácter necesario el que determina la condena del Estado por vulneración de la presunción de inocencia.

- c.3) Determinación de una indemnización frente a España

Tendam contra España, de 28 de junio de 2011. El recurrente es un ciudadano alemán, procesado pero posteriormente absuelto por robo y manipulación de bienes robados. En Sentencia de 13 de julio de 2010, el TEDH condenó a España por la violación de la presunción de inocencia y el derecho de propiedad a causa de la negativa de las autoridades españolas a concederle una indemnización por su detención. Ahora se fija la justa indemnización concediendo al demandante 200.000 euros por daños materiales.

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

- a) *Vida privada. Inexistencia de la obligación de los medios de comunicación a comunicar previamente la publicación de noticias a los afectados*

El muy divulgado caso **Mosley contra el Reino Unido, de 10 de mayo de 2011**, presenta un aspecto novedoso e interesante. El recurrente, anterior Presidente de la Federación Internacional de Automovilismo, había obtenido una cuantiosa indemnización por la publicación, por el desaparecido semanario *News of the World*, de unas fotografías manteniendo relaciones sexuales con un grupo de prostitutas ataviado de forma que podían recordar la simbología nazi. Los tribunales habían declarado que las fotografías no tenían ninguna relación con una presunta afinidad con las ideas nazis, careciendo de cualquier relación con el interés general y declararon la violación del derecho a su vida privada. Sin embargo, el recurrente considera que las autoridades británicas no tutelaron adecuadamente su derecho a la vida privada en cuanto que el ordenamiento jurídico no preveía la obligación de que los medios de comunicación notificaran a las personas afectadas la publicación de reportajes sobre su vida antes de que vieran la luz. El TEDH entiende que una medida como la pretendida puede afectar no sólo a la prensa sensacionalista, sino también a otro tipo de información sobre asuntos de interés general que resulta esencial en una sociedad democrática. En particular recuerda el peligro subyacente a la utilización de medidas destinadas a censurar publicaciones. Por ello considera que una medida como la planteada no es exigencia del art. 8 y que plantearía graves problemas formular una regla como la propuesta que fuera respetuosa con el derecho a informar y que no generara un efecto disuasorio en todos los medios a la hora de publicar noticias que tuvieran interés general.

b) Reconocimiento de la paternidad

b.1) Tras la muerte del presunto padre

En la Sentencia **Pascaud contra Francia, de 16 de junio de 2011**, se inicia un procedimiento para el reconocimiento de la paternidad, para lo que los tribunales le exigen que anule primero la legalmente reconocida. Una vez conseguida esta nulidad, sin embargo se niega su petición de la nueva paternidad basándose en el fallecimiento del presunto padre, el hecho de que no había prestado su consentimiento para las pruebas y el tiempo transcurrido. El Tribunal considera que no se ha realizado una valoración adecuada de los intereses de las partes y condena a Francia por vulneración del art. 8 CEDH.

b.2) Por un declarado incapaz

El caso **Kruskovic contra Croacia, de 21 de junio de 2011**, analiza un curioso supuesto en el cual el recurrente fue declarado incapaz por tener un trastorno de personalidad y graves desórdenes psicológicos consecuencia de su abuso de las drogas. Posteriormente invoca su derecho a ser inscrito como padre biológico de una niña al amparo del art. 8 CEDH tanto en su propio provecho como en el de la niña. El Gobierno demandado aducía que se le había declarado incapaz precisamente por no poder cuidar de sus propios intereses y que aún pendía ante los tribunales un proceso para reclamar su paternidad mediante pruebas de ADN. El TEDH subraya que es extraño que el ordenamiento croata no contemple la posibilidad de que una persona declarada incapaz pueda seguir un procedimiento destinado a reconocer su paternidad y considera que también los incapaces tienen un acusado interés vital en que se pueda establecer la verdad biológica en un aspecto tan importante de su vida privada y familiar. Tampoco el superior interés del niño puede legitimar esta actuación, pues precisamente un niño nacido fuera del matrimonio tiene asimismo un interés vital en recibir una información tan necesaria, la paternidad biológica, sobre su propia identidad. Por consiguiente, el Estado no ha cumplido sus obligaciones positivas para garantizar el derecho reconocido en el art. 8 CEDH.

c) Retorno de una menor con su madre biológica. Condena a España

En el asunto **Saleck Bardi contra España, de 24 de mayo de 2011**, la demandante es una apátrida que vive en los campos de refugiados saharauis de Tinduf. Su hija, de nueve años de edad, viajó a España en el año 2002 para pasar un tiempo como una familia anfitriona. Pero por problemas de salud de la menor, se alargó su estancia con la familia hasta el año 2007, momento en el que además la familia recibió la tutela de la menor, a pesar que desde el año 2004 las autoridades españolas habían sido informadas de que la madre biológica de la menor estaba buscando a su hija. El TEDH afirma que la decisión había sido adoptada por la inactividad y falta de coordinación entre los servicios competentes españoles y considera que se ha vulnerado el art. 8 CEDH.

d) Expulsión de una extranjera con hijos menores contraria al Convenio

La Sentencia **Nuñez contra Noruega, de 28 de junio de 2011**, es una sorprendente decisión que parece dar un valor mucho mayor del habitual a la existencia de niños pequeños para evitar la expulsión de un extranjero. La demandante, una ciudadana dominicana que

reside en Noruega que recibe una orden de expulsión y la prohibición de volver a entrar en el país durante un período de dos años, por haber entrado ilegalmente y haber solicitado el permiso de residencia con documentos de identidad falsos, alega que el incumplimiento de la ley de inmigración no puede justificar que sea separada de sus hijas, menores de edad, que habían nacido y residido toda su vida en Noruega, ya que supondría una lesión del art. 8 del Convenio. Sin una motivación especial ni persuasiva que explique su alejamiento en este supuesto de la línea jurisprudencial en este punto, el Tribunal considera que las autoridades no habían logrado un equilibrio justo entre el interés público de garantizar un eficaz control de la inmigración con el derecho de la recurrente de permanecer en Noruega con el fin de continuar teniendo contacto con sus hijos, por lo que se había producido una violación del art. 8 CEDH y aconseja al Gobierno no ejecutar la expulsión de la Sra. Núñez hasta que la sentencia no sea definitiva. Dos magistrados presentan un voto particular discrepante, en el que alertan de las consecuencias que pueden derivar de esta sentencia, que parece que da a entender que una persona que se encuentra en situación irregular en un país puede ver legalizada su residencia contrayendo matrimonio o teniendo hijos.

e) Reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar

En **Osman contra Dinamarca, de 14 de junio de 2011**, la recurrente llega a Dinamarca con su familia de refugiados a la edad de 7 años procedente de Somalia. A los quince es llevada por su padre, que se había divorciado de su madre, a Kenia a cuidar a su abuela. A los 17 intenta volver a Dinamarca a vivir con su madre y hermanos, pero no se le concede el visado por el doble motivo de haberse ausentado de Dinamarca más de 12 meses y de ser mayor de 15 años, por lo que no es posible la reagrupación familiar. El asunto se analiza desde el punto de vista del art. 8 —no del 3, ya que no solicita asilo ni se admite que haya sido objeto de tráfico de personas por no haberlo denunciado nunca, ni siquiera ante la embajada danesa en el momento de solicitar el visado— y el Tribunal considera que, en las circunstancias del caso, la decisión de las autoridades no es proporcionada y que existe vulneración del art. 8.

F) Libertad religiosa (artículo 9 CEDH)

a) Tratamiento fiscal de las donaciones

Asociación de Testigos de Jehová contra Francia, de 30 de junio de 2011. Los recurrentes consideran que someter a impuestos las donaciones efectuadas a su iglesia, por las que han pagado algo más de 4 millones seiscientos mil euros, atenta a la libertad religiosa del art. 9. La Corte comienza por afirmar que las donaciones, que pueden ser de un montante elevado, son una fuente de financiación importante para una asociación y que la medida discutida es consecuencia del mantenimiento de esta concreta asociación en el campo del régimen fiscal de las asociaciones de derecho común, excluyéndole de las ventajas fiscales atribuidas a las asociaciones culturales, dado que no existe un estatus fiscal particular referido a las asociaciones religiosas. Se centra a continuación en si esa injerencia está «prevista por la ley» y en particular si era previsible que esas donaciones fueran sometidas a tributación y concluye afirmando que no está convencida de que la recurrente pudiera razonablemente prever las consecuencias fiscales que resultarían de la aceptación de esas donaciones y su caracterización como tales en su contabilidad, por lo que afirma que la

injerencia no está prevista por la ley y condena a Francia, pero remitiendo a una fase posterior la fijación de la indemnización.

G) Libertad de expresión (artículo 10 CEDH)

a) *Presunción de falsedad o veracidad. Vigilancia estricta del uso del derecho penal en los procesos por difamación*

En **Kasabova contra Bulgaria** y en **Boshkov contra Bulgaria**, ambas de **19 de abril de 2011**, el TEDH ha de resolver sendas reclamaciones de dos periodistas condenados al pago de una multa de más de 3.000 euros cada uno como consecuencia de la publicación de diversos artículos en dos revistas. Los afectados por la información denunciaron penalmente a los recurrentes si bien finalmente no se dictó condena penal sino la imposición de las precitadas multas.

Estas sentencias son destacables por dos concretas alegaciones realizadas por las partes. En primer lugar, las partes cuestionaban la conformidad con el convenio de la llamada presunción de falsedad de lo comunicado en sede judicial. Esto es, en el ordenamiento búlgaro (y en otros ordenamientos jurídicos europeos) los periodistas han de probar la veracidad de los hechos relatados presumiéndose, en caso contrario, que éstos fueron falsos. El TEDH no se había enfrentado directamente a esta cuestión básica y en esta ocasión rechaza realizar una declaración general respecto a la cuestión, pero resuelve el problema en unos términos bastante cercanos a los solicitados por las partes. En su opinión la presunción de falsedad «tomada aisladamente podría considerarse indebidamente inhibitoria» pero en el caso de la legislación búlgara en los procesos de difamación es necesaria la presencia de una *mens rea* lo que implica que no existirá responsabilidad criminal si el periodista ha actuado de manera responsable, sin dolo ni culpa y es solamente esto lo que ha de probar.

En segundo lugar, las alegaciones de las partes en **Kasabova** citan resoluciones del Consejo de Europa y de la Corte Interamericana para tratar de justificar una eventual prohibición de la imposición de sanciones penales por delitos cometidos con ocasión del ejercicio de la libertad de expresión. El TEDH rechaza expresamente esta construcción, pero el resultado práctico de la aplicación de sus criterios jurisprudenciales no resulta excesivamente lejano del que se alcanzaría con tal prohibición al considerar desproporcionada la imposición de una sanción pecuniaria de naturaleza administrativa. Sin embargo, no debe excluirse que en determinadas situaciones pueda justificarse la imposición de sanciones penales.

b) *Reportaje neutral obtenido de Internet*

En el asunto **Editorial Board of Pravoye Delo y Shtekel contra Ucrania**, de **5 de mayo de 2011**, el TEDH resuelve un interesante asunto en el que se estudia la eventual vulneración de la libertad de expresión derivada de la imposición a un periódico de una serie de sanciones tras la publicación de una noticia que se limitaba a reproducir literalmente la información de una página de Internet, indicando su fuente e incluyendo una carta adjunta del comité editorial en la que se subrayaba la fuente originaria de la información y en la que el medio se distanciaba de la información, invitando al público a pronunciarse sobre ella. A pesar de ello, se sancionó al periódico a publicar una rectificación y a pagar una indemnización al afectado.

El TEDH subrayaba que la imposición de la obligación de publicar una rectificación no estaba prevista expresamente en la legislación ucraniana y que, en consecuencia, se incumple el requisito de la legalidad. El TEDH llegaba a la misma conclusión en relación con la obligación de pagar una indemnización al perjudicado en caso de publicación de una información extraída directamente de Internet, haciendo notar que la legislación eximía de toda obligación de pagar indemnización a aquellos medios que se limitaran a recoger información difundida por otros. Sin embargo, los tribunales no habían considerado esa norma aplicable al caso, en la medida en que la información se había extraído de Internet. Ninguna norma nacional preveía exactamente el alcance de la responsabilidad de un medio de comunicación que publicara información proveniente de Internet. Ante tal laguna, el TEDH subrayaba que el medio de comunicación no podía conocer exactamente las consecuencias jurídicas de la publicación de la noticia, de modo que la legislación interna no podía considerarse previsible.

H) Libertad de asociación (artículo 11 CEDH)

a) Registro y disolución de partidos políticos. Exigencia de un número mínimo de afiliados

En el caso **Partido Republicano Ruso contra Rusia, de 12 de abril de 2011**, el TEDH declaró vulnerado el derecho de asociación en dos de sus elementos. En primer lugar, analiza el rechazo del Ministerio del Justicia a inscribir una serie de cambios en los Estatutos del partido, y concluye que la negativa carecía de una clara base legal al haberse adoptado por analogía con la Ley de entidades sin ánimo de lucro, que había entrado en vigor después de que se adoptara la resolución. El segundo de los aspectos, de mucho mayor interés teórico, es la posibilidad de disolver un partido político, y convertirlo en «asociación pública» por incumplir el número mínimo de afiliados previsto por la ley, lo que no es frecuente en los ordenamientos europeos, pero es, sin embargo, una regulación muy difundida en Iberoamérica. Sin embargo, el Tribunal no entra en el fondo del problema y se limita a constatar que el hecho de que el umbral de miembros necesarios cambie con frecuencia, junto a los numerosos controles periódicos, supone una carga desproporcionada y puede ser percibido «con o sin razón, como un intento de manipular las leyes electorales en beneficio del partido en el poder», razonando, en términos similares, sobre el número de miembros necesarios para poder tener ramas regionales del partido.

D) Derecho a contraer matrimonio (artículo 12 CEDH)

a) Continúa sin incluir el derecho al divorcio

En el asunto **Ivanov y Petrova contra Bulgaria, de 14 de junio de 2011**, el TEDH, a nuestro entender de forma sorprendente en un Tribunal que interpreta los derechos a la luz de las circunstancias actuales y pretende que sean reales y efectivos y no ilusorios, mantiene su doctrina fijada contra Irlanda a mediados de los ochenta y afirma que el derecho a contraer matrimonio continúa sin incluir el de su disolución.

El recurrente había presentado su demanda de divorcio en 2002, señalando, entre otros extremos, que estaba separado de su mujer desde hacía más de 10 años, que era ella la que había abandonado el domicilio conyugal, que había tenido numerosos pleitos por la ali-

mentación de sus hijos y que mantenía relaciones estables con la segunda recurrente con la que tenía un hijo y quería casarse. Su mujer se niega al divorcio y los tribunales nacionales rechazan la demanda estimando que no se había demostrado que era la mujer la que había abandonado el domicilio conyugal ni que la ruptura conyugal se debiera a ella, y que, en cualquier caso, no se producía la alteración profunda e irremediable de la relación conyugal que exige el ordenamiento.

La Corte analiza el asunto, en primer lugar, desde el punto de vista del art. 6.1 CEDH y considera que las decisiones judiciales se encuentran suficientemente motivadas. A continuación, ya desde la óptica de los arts. 8 y 12, la Corte repasa su doctrina sobre el divorcio, partiendo de que en el caso Johnston y otros contra Irlanda, de 18 de diciembre de 1986, se había afirmado que ninguno de estos artículos pueden ser interpretados de manera que se garantice el derecho al divorcio y que en F contra Suiza, de 18 de diciembre de 1987, se había matizado esa afirmación señalando que cuando la legislación interna prevé la posibilidad de divorcio, el art. 12 garantiza el derecho del divorciado a volverse a casar. Además, en una serie de asuntos como Charamlambous contra Chipre, de 19 de junio de 2007, la Corte no ha excluido que la duración excesiva de un procedimiento de divorcio puede implicar una vulneración de estos preceptos. Por último señala que se podría llegar a la misma conclusión en el caso de que, constatada una alteración irreparable de la vida conyugal, el derecho interno erija en un obstáculo absoluto al pronunciamiento del divorcio la oposición del otro cónyuge, pero considera que el presente caso no puede ser incluido en ninguno de estos supuestos.

Afirma que los tribunales nacionales han desestimado el divorcio no por la oposición de la esposa, sino porque constatan la ausencia de una alteración profunda e irreparable en la relación conyugal, y que en ese sentido difiere de Johnston en la medida en que la imposibilidad de casarse no es consecuencia de la ausencia de toda posibilidad de divorcio, sino por el rechazo de la demanda concreta, de manera que si la Convención no puede ser interpretada en el sentido de la existencia de un derecho al divorcio, menos aún garantiza una resolución favorable de los procedimientos de divorcio, por lo que la demanda del recurrente es incompatible, *ratione materiae*, con las disposiciones de la Convención en el sentido del art. 35.3.^a

J) Limitaciones a las restricciones de derechos (artículo 18 CEDH)

a) La «sospecha razonable» impide su apreciación

En el caso **Khodorkovsky contra Rusia, de 31 de mayo de 2011**, el Tribunal se enfrenta a uno de los escasos casos en los que se enjuicia la vulneración del art. 18 del Convenio, en un supuesto de detención y condena de un magnate ruso que alega se debía a motivos políticos, sin embargo el Tribunal considera que ante las evidencias de los cargos contra el demandante, que superaban la «sospecha razonable», no existe lesión.

K) Derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1.º)

a) Derecho de tanteo sobre bienes de interés cultural en España

La sentencia **Ruspoli Morenes contra España, de 28 de junio de 2011**, confirma la convencionalidad del sistema español de adquisición pública de obras de arte mediante el sis-

tema de tanteo. En el caso concreto el recurso es interpuesto por los antiguos propietarios del cuadro de Goya «La condesa de Chinchón» adquirido por las autoridades españolas por 24 millones de euros. De acuerdo a la normativa española el precio puede ser pagado en el plazo de dos años sin intereses, y ése es el aspecto sobre el que los recurrentes construyen la supuesta violación del derecho de propiedad, alegación que es rechazada por el Tribunal que considera que el sistema de tanteo establece un justo equilibrio entre las exigencias del interés general y los derechos fundamentales de las personas afectadas.

L) Derecho a la educación (artículo 2 del Protocolo 1.º)

a) Prohibición de discriminación por razón de nacionalidad

El caso **Anatoliy Ponomaryov y otro contra Bulgaria, de 21 de junio de 2011**, estima violada la prohibición de discriminación de unos extranjeros inmigrantes en materia educativa. Un caso de singular importancia y con una excelente motivación dialogística o esfuerzo argumental. Se trata de dos hermanos de nacionalidad rusa que han vivido en Bulgaria desde su infancia, tras el segundo matrimonio de su madre con un nacional. Al margen de otros problemas relacionados con la concesión de la residencia permanente al llegar a su mayoría de edad, el problema fundamental que presenta el asunto es la obligación que se les impone de pagar una fuerte cantidad —800 euros— en concepto de tasas académicas por su condición de extranjeros no residentes, precisamente mientras se encontraban tramitando esa residencia, impidiéndoles asistir a clase y negándoles cualquier certificado de estudios mientras no lo hicieran, decisión que es recurrida tanto por los interesados como por el propio director de la escuela en la que estudiaban.

Para resolver el tema, el TEDH invoca diversos tratados (la Convención sobre los derechos del niño, el Pacto internacional de derechos sociales, la Carta social europea,...) y realiza un interesante estudio de derecho comparado sobre la regulación del estatuto de los niños inmigrantes en materia de educación, del que concluye que diecisiete de veintiséis Estados miembros conceden derecho a la educación primaria y secundaria con carácter gratuito para cualquier persona que viva o resida en el país con independencia de su estatus de inmigración o el de sus padres. Otros Estados, en cambio, les reclaman el pago de tasas bien sólo para la educación secundaria o para ambas. Sólo cinco Estados establecen dificultades para escolarizar a los niños en virtud de su situación irregular. Aplica también jurisprudencia nacional, en concreto, la STC 236/2007, de 7 de noviembre, sobre los derechos de los extranjeros en situación irregular, donde se declaró inconstitucional la exclusión de los menores extranjeros no documentados del acceso a la educación obligatoria que garantiza con carácter general el art. 27 CE y se advirtió que el art. 2 P1 del sistema del Convenio se aplica a toda persona incluyendo a los extranjeros no residentes o sin documentación, y una Sentencia de la Supreme Court, Plyler v. Doe (457 U.S. 202), en la que se revisó una decisión del Estado de Tejas por la que se privó del derecho a la educación a niños inmigrantes sin documentación y el Tribunal Supremo, por cinco votos a cuatro, resolvió que esta exclusión les privaba del derecho a la igual protección frente a las leyes y era contraria a la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. Utiliza también estadísticas sobre la situación educativa de los extranjeros y los nacionales en Bulgaria subrayando el escaso porcentaje de extranjeros y menos aun de irregulares.

Con todos estos datos, el TEDH se carga de razón para declarar que se ha violado el art. 14 del Convenio en razón de la nacionalidad, tomado en consideración con el art. 2 P1, en virtud de la discriminación de los recurrentes frente a los nacionales búlgaros, puesto que teniendo permiso de residencia se les obligó a pagar tasas en la enseñanza secundaria obligatoria. El Tribunal limita con cuidado el enjuiciamiento de forma pragmática y analiza el caso desde la posición personal de los recurrentes. Reconoce un amplio margen de apreciación nacional en la materia a los Estados en general, y, en particular, sobre el cargo de tasas en la enseñanza secundaria, que puede variar en los diferentes Estados según sus recursos y disponibilidades presupuestarias para hacer efectivo este servicio público tan complejo y caro. Pero ello no puede hacer olvidar que se trata de un servicio público protegido por un derecho fundamental del sistema del convenio, así como que es un derecho que beneficia no sólo a sus titulares sino que cumple funciones sociales.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Protección de datos (artículo 8 CDFUE)

a) *Consentimiento previo excluye la vulneración*

Asunto **Deutsche Telekom AG (c- 543/09), de 5 de mayo de 2011**. Se eleva cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia acerca de si un Estado puede obligar a una empresa que asigna números de teléfono a poner dichos números a disposición de otras empresas dedicadas a proporcionar guías telefónicas o información sobre abonados. Entre otras cuestiones se pregunta si dicha obligación no es contraria a la protección de datos personales. Afirma el TJ que las empresas no pueden ampararse en el derecho de protección de datos de sus abonados, ya que han emitido previamente su consentimiento.

B) Proporcionalidad de las penas (artículo 49 CDFUE)

a) *Por incumplimiento de orden de expulsión*

Asunto **Eli Dridi (c- 61/11), de 28 de abril de 2011**. El Sr. Eli Dridi, un nacional de un Tercer Estado, entró ilegalmente en Italia. Se dicta contra él una orden de expulsión. En un control posterior se comprobó que no había obedecido dicha orden y se le impuso una pena de un año de prisión aplicando un Decreto Legislativo que castiga hasta con cuatro años la permanencia en el país tras una orden de expulsión. Se interpone una cuestión prejudicial acerca de si la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, se opone a que pueda imponerse una sanción penal por la infracción de los procedimientos administrativos que la Directiva establece. El TJ afirma que la Directiva tiene como fin garantizar el respeto a los derechos de los nacionales de terceros Estados durante el proceso de expulsión, atendiendo al principio de proporcionalidad. En este aspecto, afirma, debe seguirse la jurisprudencia del TEDH (Saadi contra Reino Unido, de 29 de enero de 2008). Asimismo, de la lectura de la Directiva se deduce la necesaria proporcionalidad de cualquier medida coercitiva que se decida tomar. En este caso la medida adoptada no

sólo es desproporcionada sino que incluso impediría la repatriación que la Directiva promueve, siendo paradójico que este argumento parezca de mayor valor que los derechos de los extranjeros en la sentencia. Por último, señala el TJ que los Tribunales deben tener en cuenta también la retroactividad de la pena más leve, en cuanto forma parte de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Igualdad (artículo 14 CE)

a) *Inconstitucionalidad de la prohibición de instalar oficinas de farmacia a los mayores de 65 años*

Las SSTC 63/2011 y 79/2011, de 16 de mayo y 6 de junio, respectivamente, resuelven sendas cuestiones de inconstitucionalidad anulando la prohibición de participar en el procedimiento de instalación de nuevas oficinas de farmacia a los mayores de 65 años establecidas por la Ley 4/1996 de ordenación del servicio farmacéutico en Castilla-La Mancha y la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999 de ordenación farmacéutica. En ambos casos, se considera que existe una discriminación por razón de edad injustificada e irrazonable, al resultar desproporcionado considerar automáticamente que los mayores de 65 años pierden capacidades de adaptación o aptitudes necesarias para desempeñar la asistencia farmacéutica, existiendo mecanismos menos gravosos, y no poder ser considerada una medida de acción positiva para favorecer a los nuevos profesionales el acceso a las oficinas de farmacia, siendo en este sentido la medida inidónea porque pueden seguir ejerciendo la profesión de farmacéutico. Por último, afirma la STC 79/2011, tampoco existe justificación en las exigencias de planificación y organización del servicio que aduce la Xunta de Galicia, que considera que tales autorizaciones caducarían en tan sólo cinco años, una vez que su titular cumpla 70 años, pues cabe la transmisión de la autorización previamente. Y si lo que se quiere evitar son riesgos especulativos, no puede adoptarse una medida tan radical, sino mecanismos que vayan a los casos específicos y resulten, por lo tanto, más proporcionados.

b) *Subsidio por maternidad en supuesto de parto: derecho vinculado a la mujer trabajadora*

Las SSTC 75/2011 y 78/2011, de 19 de mayo y 6 de junio, se plantean el problema de si resulta discriminatorio que, en supuesto de parto, el padre trabajador sólo pueda disfrutar del período de descanso voluntario y percibir el correspondiente subsidio por maternidad, si la madre le cede el derecho a disfrutar ese período, cuando la madre trabaja incluida en algún régimen de la Seguridad Social. Téngase en cuenta que, en el supuesto de adopción, el padre afiliado podrá disfrutar del período de descanso en su integridad independientemente de la situación de la madre. Conviene señalar, sin embargo, del Estatuto de los Trabajadores ha sido modificada por la Ley Orgánica 3/2007, de 24 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. El Tribunal descarta la existencia de discriminación porque la diferencia de trato reside en que el embarazo y el parto son «una realidad biológica diferencial objeto de protección» y el descanso por parto es un derecho de la madre que sólo

puede ser cedido si ella desempeña actividad laboral, y considera que la diferencia entre los supuestos de parto y de adopción se explica porque no son situaciones homogéneas.

B) Libertad religiosa (artículo 16 CE)

a) Derechos fundamentales de los Profesores de religión versus potestad de la autoridad eclesiástica

La interesante **STC 51/2011, de 14 de abril**, otorga el amparo a una profesora de religión católica a quien la autoridad eclesiástica no renovó su contrato de trabajo por haber contraído matrimonio civil con un divorciado. El Tribunal parte de la doctrina sentada en la **STC 38/2007**, que reconoce la facultad de las autoridades eclesiásticas para determinar las personas cualificadas para la enseñanza de su credo religioso, como garantía de la libertad de las iglesias para impartición de su doctrina sin injerencias del poder público, pero afirma, al mismo tiempo, la necesidad de que, en el caso concreto, se ponderen los derechos fundamentales en juego, lo que considera no ha sucedido en este supuesto, que se ha resuelto como una cuestión de mera legalidad ordinaria, sin tener en cuenta su dimensión constitucional. Y, con apoyo en la jurisprudencia del TEDH, el Tribunal considera que en este caso la libertad religiosa de la autoridad eclesiástica no puede prevalecer sobre los derechos fundamentales de la demandante de amparo, resaltando que la decisión de casarse en forma civil quedó, en principio, en la esfera de su intimidad personal y familiar, y que en ningún momento cuestionó la doctrina de la iglesia en relación con el matrimonio ni realizó apología del matrimonio civil ni exhibición pública de su condición de casada con una persona divorciada, por lo que entiende que desprotegerla equivaldría a otorgar una prevalencia absoluta a la libertad religiosa de la autoridad eclesiástica sobre la libertad individual, y anula las sentencias de los tribunales ordinarios, retrotrayendo las actuaciones judiciales.

C) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 18 CE)

a) Juicios de valor injuriosos o vejatorios. Prevalencia del derecho al honor

La **STC 41/2011, de 11 de abril**, analiza un caso de colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión. El recurrente es condenado por un delito de calumnias como consecuencia de atribuir, mediante una serie de escritos una falsedad a los agentes de la guardia civil en el atestado que habían elaborado sobre un accidente de tráfico, señalando que lo habían hecho para perjudicarlo. El Tribunal Constitucional considera que los escritos del recurrente no están cubiertos por la libertad de información en la medida en que habían sobrepasado claramente el límite de una crítica aceptable, atribuyendo delitos a los afectados, a sabiendas de la falsedad de los hechos imputados.

D) Derecho de asociación (artículo 22 CE)

a) Autoorganización y sanciones a los socios

La **STC 42/2011, de 11 de abril**, estima el recurso de amparo interpuesto por una Asociación frente a las decisiones judiciales que habían anulado la sanción impuesta a uno

de sus socios por sus críticas, en una publicación local, al Presidente y la Junta directiva. El Tribunal recuerda que la potestad de autoorganización de las asociaciones incluye la regulación en los estatutos de las causas y procedimientos de sanción a los socios en caso de conductas lesivas de los intereses sociales, y que en estos casos el control judicial se limita a comprobar si existió una base razonable para que los órganos de las asociaciones tomaran la correspondiente decisión, y señala que en el presente caso existía base estatutaria para la sanción y que se había adoptado en aplicación de un procedimiento en el que se permitía la audiencia del afectado y sometido a un sistema de recursos, por lo que el Tribunal considera que estamos ante una intromisión ilegítima en las facultades de organización interna que la Constitución atribuye a las asociaciones, por lo que otorga el amparo.

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

a) Necesidad de extremar el rigor a la hora de apreciar fraude para anular una candidatura electoral

La **STC 62/2011, de 5 de mayo**, dictada en el caso Bildu frente a la anulación de sus candidaturas electoral por la Sala especial del art. 61 LOPJ, en aplicación de la ley de partidos, reitera la doctrina consolidada sobre la necesidad de extremar el rigor a la hora de tener por probado el fraude a que se refiere el art. 44.4 LOREG, que prohíbe que las formaciones políticas ilegalizadas presenten candidaturas bajo otras denominaciones o formando parte de coaliciones electorales con otros partidos o agrupaciones electorales, de manera que, desde una perspectiva constitucional y en atención a la relevancia de los derechos fundamentales en juego, es precisa una suficiente solidez y calidad de los elementos probatorios sobre los que se sustenta la decisión judicial de anular las candidaturas presentadas por las distintas formaciones políticas, y, en el caso concreto, la entidad probatoria de los indicios manejados por el Tribunal Supremo no justifica, en opinión del Tribunal Constitucional adoptada por el Pleno con ajustada mayoría de 6 contra 5 votos, y con diversos votos particulares, el sacrificio de los derechos fundamentales de participación política. Es interesante recalcar que esta sentencia parece tomar en consideración, como uno de los elementos que apoya su decisión, la reciente reforma de la LOREG por la LO 3/2011, que permite la ilegalización posterior a las elecciones de candidaturas, haciendo surgir una «incompatibilidad sobrevenida» con el ejercicio del cargo público representativo (art. 6.4 LOREG).

b) La desvinculación de un partido de una coalición electoral no puede ser unilateral y debe formalizarse

La **STC 60/2011, de 5 de mayo**, estima el recurso de amparo interpuesto por una coalición electoral cuya candidatura no es proclamada al haberlo sido previamente otra de uno de los partidos que formaban la coalición. El Tribunal considera que la mutación unilateral y no registrada de los acuerdos electorales de una coalición puede vulnerar los derechos de participación política en sus dos vertientes de sufragio pasivo de la coalición y de sufragio activo de los electores por la confusión originada.

- c) *Ejercicio de cargo público representativo; Vulneración al exigir que las solicitudes de información vayan firmadas por el portavoz del Grupo*

La **STC 57/2011, de 3 de mayo**, estima el recurso de amparo presentado por un Diputado al que se había inadmitido a trámite su petición de información a una administración pública por no contar con la firma del Portavoz de su grupo parlamentario. El Tribunal constata que el Reglamento del Congreso (art. 7.1) no exige este requisito, sino sólo el «previo conocimiento del grupo» y aunque reconoce la existencia de una práctica parlamentaria en ese sentido, considera que este uso de la Cámara restringe la prerrogativa parlamentaria y que en definitiva se ha vulnerado el art. 23.2 de la CE.

F) Derecho a la tutela judicial (artículo 24 CE)

- a) *Legitimación activa del Delegado Especial del Gobierno para la Violencia sobre la Mujer en proceso penal*

STC 67/2011, de 16 de mayo. Se impugna la decisión de rechazar la solicitud de personación de Delegada especial del Gobierno para la violencia sobre la mujer por medio del Abogado del Estado en un proceso penal seguido como consecuencia de la muerte de una mujer. El TC recuerda que el art. 29.2 de la Ley de Violencia de Género faculta al Delegado especial del Gobierno «ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en la defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta Ley en colaboración y coordinación con las Administraciones Públicas» y señala que la negativa a la personación no se puede basar en la exigencia de que la acción popular esté prevista expresamente por ley, pues esa interpretación desconoce el contexto social y los objetivos de la Ley de Violencia de Género que pretende una protección integral de la mujer, por lo que hay que entender que el citado art. 29 contiene una habilitación genérica al Delegado del Gobierno para todos los órdenes jurisdiccionales. El Tribunal otorga el amparo pero se limita a afirmar que se ha producido la vulneración del derecho «dados los efectos negativos que para la rápida resolución de un procedimiento penal de la gravedad del que está en el origen de este amparo tendría el pronunciamiento habitual» (nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas con retroacción de actuaciones).

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho de asilo (artículo 13.4 CE)

- a) *Persecución por razón de género*

STS (Sala Tercera) de 15 de junio de 2011. Se plantea por el Abogado del Estado recurso de casación, contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 13 de enero de 2009 que reconoce el derecho de asilo a una mujer natural de Argelia que sufrió malos tratos en el ámbito doméstico y no obtuvo protección en su país de origen. El Tribunal Supremo considera que la Sala de instancia realiza una interpretación aplicativa coherente y razonable de la normativa aplicable al apreciar que la situación prolongada de sufrimiento que ha padecido la recurrente, nacional de Argelia, y sus hijos menores de edad, a consecuencia de los malos tratos físicos y psíquicos infringidos por su marido, constituían trato inhumano o degradante, en razón de su naturaleza y reiteración, incardinables como persecución por motivos de género, por lo que resulta procedente la concesión del derecho de asilo, no sien-

do suficiente la decisión de la Administración que autorizaba la permanencia en España por razones humanitarias.

B) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 18 CE)

a) Menores. Responsabilidad solidaria de la madre y el medio de comunicación

La STS (Sala Tercera) 354/2001, de 31 de mayo, es una curiosa sentencia en la que se confirma la vulneración de los derechos al honor y a la intimidad de una menor por la publicación de información sobre su estado de salud, tanto físico como psicológico, y su situación familiar a raíz de los conflictos surgidos por su custodia, informaciones que habían sido facilitadas por la madre de la menor. Lo llamativo del caso es que, desde la primera instancia, los tribunales consideraron responsables de la vulneración, a petición del Ministerio Fiscal, tanto a la madre como al medio de comunicación que publicó la noticia, discutiéndose si la responsabilidad debía ser considerada solidaria o mancomunada. El TS resuelve considerando que la madre y el medio debían responder de forma solidaria ante la menor.

b) Datos personales accesorios en información de interés público

La STS (Sala Primera) 272/2011, de 11 de abril, es otra sentencia llamativa en la que el TS considera vulnerado el derecho a la intimidad de una profesora de secundaria, víctima de un caso de violencia escolar, cuyos datos personales se publicaron en un periódico de gran difusión nacional que recogió el suceso. El problema se suscitaba porque, a pesar de que la profesora había tratado de preservar su anonimato y la información proporcionada por el instituto permitía su identificación, sin embargo, un periódico nacional publicó la noticia con su nombre, apellidos y edad. El TS considera que, si bien la noticia era de evidente interés público, en la medida en que planteaba el problema de la violencia en los centros escolares, los datos personales de la demandante no aportaban nada a la publicación, por lo que constata la vulneración de su derecho a la intimidad.

JAVIER GARCÍA ROCA
PABLO SANTOLAYA MACHETTI
RAÚL CANOSA USERA
ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH
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
ROBERTO ROSINO CALLE
LUCÍA ALONSO SANZ

IV. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. ESTATUTO DE AUTONOMÍA.
 - A) **Interpretación conforme con la Constitución.**
 - B) **Regulación de derechos en los Estatutos de Autonomía.**
 3. BASES.
 - A) **La modificación sobrevenida de las bases determina la inconstitucionalidad de la legislación de desarrollo contraria a las mismas.**
 4. LEY.
 - A) **Derecho a la legalidad penal: se vulnera por la imposición de una condena desproporcionada, contraria al ejercicio del derecho de huelga.**
 - B) **Contenido de la Ley de Presupuestos: necesario y eventual.**
 - C) **Reserva de ley en materia tributaria: exige precisión en la regulación legal del hecho imponible.**
 - D) **La inaplicación por un juez de una ley posconstitucional sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.**
 5. REGLAMENTO.
 - A) **Potestad reglamentaria.**
 - a) Límites a la potestad reglamentaria: el principio de reserva de Ley.
 - B) **Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.**
 - a) Trámite de audiencia.
 - b) Trámites esenciales en la elaboración de reglamentos; distinción entre acto y norma.
 6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.
 - A) **Principio de igualdad en la Ley.**
 - a) Prohibición de establecer una oficina de farmacia a mayores de sesenta y cinco años: la diferenciación por razón de la edad exige con mayor rigor una justificación objetiva y razonable.
 - b) Prohibición de la cesión al padre del disfrute del permiso de maternidad cuando la madre no sea trabajadora por cuenta ajena: nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene.
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Id Cendoj 28079130032011100238; y respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa de la Audiencia Nacional hasta la referencia Id Cendoj 28079230032011100200. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 110/2011, de 22 de junio.

2. ESTATUTO DE AUTONOMÍA

A) Interpretación conforme con la Constitución

El Tribunal Constitucional rechaza la impugnación de preceptos de un Estatuto de Autonomía basándose exclusivamente en que son susceptibles de una interpretación contraria a la Constitución. Es doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional que «en la labor hermenéutica de los preceptos legales resulta obligado apurar todas las posibilidades de interpretación de conformidad con la Constitución y apreciar la invalidez sólo de aquellas cuya incompatibilidad con la Norma suprema resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación». Por lo tanto, sólo podrán ser declarados inconstitucionales los preceptos que no sean susceptibles de una interpretación conforme con la Constitución.

En la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 2, ya declaró el Tribunal Constitucional que «es constante la doctrina que insiste en que no será legítima la utilización del recurso de inconstitucionalidad con la finalidad de obtener declaraciones preventivas o previsoras ante eventuales agravios competenciales o interpretativas que pongan a cubierto de aplicaciones contrarias al orden de competencias establecidas en la [Constitución] y, dentro del marco constitucional, en los Estatutos de Autonomía». **STC 110/2011, de 22 de junio.**

B) Regulación de derechos en los Estatutos de Autonomía

El Tribunal Constitucional declaró en las SSTC 247/2007, de 12 de diciembre, y 31/2010, de 28 de junio, que los derechos fundamentales que la Constitución proclama y los derechos reconocidos en los Estatutos de Autonomía «son cosa distinta» (STC 31/2010, FJ 16), pues los primeros son fundamentales como consecuencia de su consagración por la Constitución [SSTC 247/2007, FJ 15.d) y 31/2010, FJ 16] y, consecuentemente, vinculan a todos los poderes públicos, tanto estatales como autonómicos, mientras que los derechos reconocidos en los Estatutos de Autonomía, que están materialmente conectados con el ámbito competencial propio de cada Comunidad Autónoma, sólo vinculan a los poderes públicos de esta última (SSTC 247/2007, FJ 15 y 31/2010, FJ 16). También añadió que «bajo la misma categoría “derecho” pueden comprenderse realidades normativas muy distintas, y será a éstas a las que haya de atenderse más allá del puro *nomen*, para concluir si su inclusión en un Estatuto es constitucionalmente posible» (STC 31/2010, FJ 16).

En la **STC 110/2011, de 22 de junio**, se plantea esta cuestión en relación con la regulación del art. 19.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón, que dispone lo siguiente:

«Los aragoneses, en el marco del desarrollo sostenible, de la participación y de la utilización eficaz y eficiente del recurso, tienen derecho a disponer del abastecimiento de agua

en condiciones de cantidad y calidad suficientes para atender sus necesidades presentes y futuras, tanto para el consumo humano como para el desarrollo de actividades sociales y económicas que permitan la vertebración y el reequilibrio territorial de Aragón».

El Tribunal Constitucional considera que dicho derecho estatutario tiene su anclaje en las competencias asumidas por el Estatuto de Autonomía de Aragón en materia de aguas (art. 72). Estas competencias no se limitan a las que se proyecten sobre el río Ebro, sino que también se extienden a las aguas superficiales intracomunitarias y a las subterráneas de tal carácter. En consecuencia, no plantea ningún problema de inconstitucionalidad el hecho de que los poderes públicos aragoneses resulten vinculados por la proclamación del mencionado derecho al abastecimiento de agua, ya que esta vinculación habrá de materializarse de acuerdo con el reparto competencial, esto es, respecto de las aguas de su competencia, y para el caso de su proyección sobre las aguas del río Ebro sólo alcanzará al ejercicio de las potestades que correspondan a dichos poderes públicos autonómicos de acuerdo con la legislación estatal (art. 149.1.22 CE).

Tampoco el citado precepto estatutario vulnera los arts. 81.1 y 149.1.1 CE, ya que dichos preceptos constitucionales no son de aplicación en este caso, ya que el derecho al abastecimiento de agua no es objeto de la regulación de estos preceptos. En cuanto a la infracción de los arts. 138.2 y 139.1 CE, el Tribunal señala que tampoco tiene lugar, puesto que se trata de «un derecho estatutario que guarda relación con competencias asumidas por el propio Estatuto de Autonomía y que no conlleva ningún privilegio para la Comunidad Autónoma de Aragón al someterse expresamente al marco del desarrollo sostenible, de la participación y de la utilización eficaz y eficiente del recurso». El Tribunal concluye que el derecho al abastecimiento de agua de los aragoneses regulado en el art. 19.1 de su Estatuto de Autonomía es un derecho que debe ser concretado por el legislador autonómico en su alcance, sin que de su tenor literal se desprenda que condiciona las competencias del Estado en relación con las aguas, que son el límite a la actuación en la materia de los poderes públicos autonómicos.

3. BASES

A) **La modificación sobrevenida de las bases determina la inconstitucionalidad de la legislación de desarrollo contraria a las mismas**

En la **STC 66/2011, de 16 de mayo**, el Tribunal Constitucional en el marco de la resolución de un recurso de amparo, resuelve un conflicto normativo que se plantea en materia de legislación local entre la legislación estatal y la canaria, referida a las mayorías exigidas para la alteración de la capitalidad de los municipios.

En primer lugar, el Tribunal destaca que los preceptos legales controvertidos exigen mayorías diferentes para la adopción de los acuerdos de alteración de la capitalidad de los municipios. Por un lado, el art. 47.2.d) de la Ley reguladora de las bases de régimen local (LBRL) dispone que se «requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para la adopción de acuerdos en las siguientes materias: ... d) Alteración del nombre y de la capitalidad del municipio». Por otro lado, el art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, establece que será preciso «el voto favorable de las

dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones en las materias previstas en el art. 47.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local».

Esta divergencia tiene su origen en la reforma del art. 47.2 LBRL mediante la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. En su versión anterior a dicha reforma, el precepto citado requería para la adopción de ese tipo de acuerdos «el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, la mayoría absoluta del número legal de miembros», regulación que se incorporó literalmente al art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio. La modificación de la legislación estatal determinó que el citado precepto de la Ley canaria deviniera contrario a ella.

Las Sentencias recurridas en este proceso constitucional resolvieron el conflicto descrito apreciando que la nueva norma básica estatal había desplazado, en virtud del principio de prevalencia, a la norma autonómica, de tal manera que la modificación operada en el art. 47.2.d) LBRL habría privado de eficacia al art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, sin afectar a su validez. Esta fundamentación no se ajusta a la doctrina constitucional sobre las consecuencias que la modificación sobrevenida de las bases estatales genera sobre la norma autonómica de desarrollo.

El Tribunal Constitucional recuerda su doctrina jurisprudencial sobre esta materia, en virtud de la cual «la disconformidad sobrevenida de las disposiciones autonómicas cuestionadas con las nuevas bases ... adoptadas por el legislador estatal ... determina la actual inconstitucionalidad de aquellas disposiciones originariamente respetuosas del orden constitucional de distribución de competencias, pues debe recordarse que es doctrina de este Tribunal que la normativa estatal a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas en procesos constitucionales en los que se controla la eventual existencia de excesos competenciales ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión por parte de este Tribunal sobre la regularidad constitucional de los preceptos recurridos».

Por lo tanto, en este caso el marco de enjuiciamiento en este proceso debe ser el *ius superveniens* representado por la legislación básica del Estado vigente en el momento en que se tramita, que es el art. 47.2.b) LBRL en la redacción dada al mismo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. Este precepto resulta incompatible con el art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias.

En conclusión, el Tribunal Constitucional sentencia que la modificación de la legislación básica estatal no ha determinado el desplazamiento o la pérdida de eficacia de la norma autonómica, sino su inconstitucionalidad sobrevenida.

4. LEY

A) **Derecho a la legalidad penal: se vulnera por la imposición de una condena desproporcionada, contraria al ejercicio del derecho de huelga**

En la **STC 104/2011, de 20 de junio**, se plantea la resolución de un recurso de amparo por vulneración del art. 25.1 CE en relación con el art. 28 CE. La vulneración de estos

derechos se fundamenta en las condenas por delitos de atentado y desobediencia, como consecuencia de conductas que tuvieron su origen en actos de los recurrentes realizados durante el desarrollo de una convocatoria de huelga promovida por CCOO en la delegación de asuntos sociales del Ayuntamiento de Tomares (Sevilla), en mayo de 2002. Los demandantes en amparo son, respectivamente, el secretario de acción sindical de la organización convocante y una trabajadora municipal, ambos miembros del comité de huelga.

La primera cuestión a dilucidar es si la actuación de los recurrentes justificaba la imposición de las condenas penales que han dado lugar a la interposición del recurso de amparo. Según la jurisprudencia constitucional, no cabe incluir entre los supuestos penalmente sancionables aquellos que sean ejercicio regular de un derecho fundamental y tampoco puede el Juez, al aplicar la norma penal, reaccionar desproporcionadamente frente al acto conectado con el derecho fundamental, ni siquiera en el supuesto de que no constituya un ejercicio plena y escrupulosamente ajustado a sus condiciones y límites. Por tanto, la sanción penal sólo será constitucionalmente posible en estos casos cuando exista un aparente ejercicio del derecho fundamental, y siempre que, además, la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturalice o desfigure el derecho y se sitúe objetivamente al margen de su contenido esencial, quedando por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible.

En este caso, en primer lugar, es preciso tener en cuenta a la hora de enjuiciar los hechos, la condición de miembro del comité de huelga de los recurrentes en amparo, que es un factor que debe necesariamente ponderarse al enjuiciar los hechos que motivaron su condena. En concreto, se trata de determinar si tiene amparo en el art. 28.2 CE la actuación de la recurrente, miembro del comité de huelga, al entrar en el despacho del concejal y resistirse, durante diez minutos aproximadamente, a lo que consideraba una indebida sustitución de funciones, que tenía lugar en pleno desarrollo de la huelga, y que resultó sorpresiva e inesperada para quienes legítimamente presumían que la función desempeñada en el ámbito de los servicios sociales por el Ayuntamiento no tendría cobertura durante la huelga, tras haber secundado la convocatoria los titulares del servicio. El Tribunal Constitucional entiende que no existió por parte de la recurrente ningún tipo de actuación ajena o desvinculada de la función representativa que ejercía; el contexto huelguístico, los hechos acaecidos y la función de la recurrente en esa concreta huelga obligaban a encuadrar la desobediencia en el marco objetivo del derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo basándose en que la conexión de la conducta de la recurrente con el ejercicio del derecho fundamental de huelga determina que la imposición de una sanción penal a ésta constituya una reacción desproporcionada, vulneradora del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por su efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de aquel derecho fundamental (art. 28.2 CE). El Tribunal fundamenta su decisión en la siguiente argumentación:

«no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios».

Pues bien, el Tribunal concluye que, en la medida en que los órganos judiciales realizaron una interpretación y aplicación del tipo penal de desobediencia que —aun siendo posible de conformidad con el tenor literal del precepto—, no toma en consideración que el tipo penal no podía interpretarse y aplicarse de forma contraria al ejercicio del derecho fundamental a la huelga con el que la conducta que se sanciona estaba inequívocamente vinculada, tal interpretación resulta constitucionalmente rechazable por ser imprevisible para el destinatario.

B) Contenido de la Ley de Presupuestos: necesario y eventual

En la **STC 74/2011, de 19 de mayo**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la disposición adicional decimoctava de la Ley 25/2002, de 19 de diciembre, de presupuestos generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2003, por la que se modifica el apartado 4 de la disposición adicional novena de la Ley 4/1991, de 13 de diciembre, de presupuestos generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 1992. La disposición adicional recurrida dispone lo siguiente:

«4. Los terrenos propiedad de las Administraciones y Empresas Públicas, o que se enajenen por éstas a partir de la entrada en vigor de esta Ley, y que se incorporen al proceso de urbanización y edificación de uso residencial, no podrán tener otro destino que la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social».

El Abogado del Estado sostiene en el recurso presentado que la disposición impugnada restringe ilegítimamente las competencias de las Cortes de Castilla-La Mancha e infringe el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al incluir en la ley de presupuestos una materia que no es propia del contenido de esta fuente normativa, así como que resulta contraria a las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo establecidas por el Estado al amparo de la competencia que le reserva el art. 149.1.1 CE en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones. El Tribunal Constitucional estima el recurso por el primero de los fundamentos citados y no entra en el análisis del segundo.

Para analizar el primer motivo de inconstitucionalidad que se imputa a la disposición recurrida el Tribunal expone su doctrina sobre los límites materiales del contenido de las leyes de presupuestos, inicialmente elaborada en relación con las leyes de presupuestos generales del Estado, y, posteriormente, extendida o no, según el canon de constitucionalidad aplicable en cada caso, a las leyes de presupuestos de determinadas Comunidades Autónomas.

Según la citada doctrina constitucional, el objeto de las leyes de presupuestos generales del Estado, a diferencia de lo que en principio sucede con las demás leyes, no puede ser libremente fijado, sino que posee un contenido mínimo, necesario e indisponible, al que puede añadirse un contenido eventual o posible, de modo que las materias situadas fuera de ese ámbito están constitucionalmente vedadas a las leyes de presupuestos generales del Estado. Esta limitación material deriva, en primer lugar, de la específica función que constitucionalmente se atribuye a este tipo de fuentes (aprobar anualmente los presupues-

tos generales del Estado incluyendo la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y la consignación del importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado y ser uno de los vehículos o instrumentos de la política económica del Gobierno); en segundo lugar, de las especificidades de su tramitación parlamentaria (que conllevan ciertas limitaciones de las facultades de propuesta, examen y enmienda de las Cortes Generales) y, por fin, de las exigencias del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, entendido como certeza del Derecho («debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo origina» o debido a que ese principio de certeza «exige que una Ley de contenido constitucionalmente definido» como la de presupuestos generales «no contengan más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional»).

En síntesis, puede afirmarse que el contenido mínimo, necesario e indisponible de las leyes de presupuestos generales del Estado es el proclamado en el art. 134.2 CE, es decir, la previsión anual de la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y la consignación del importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado; el contenido eventual resulta limitado estrictamente a aquellas materias o cuestiones que guarden directa relación con las previsiones de ingreso y las habilitaciones de gasto de los presupuestos o con los criterios de política económica general en que aquéllas se sustenten o que sean complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del presupuesto, excluyendo, en principio, normas típicas del Derecho codificado o disposiciones de carácter general, salvo que guarden relación directa con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan.

El Tribunal a continuación se plantea si esta doctrina resulta aplicable en relación con la Ley de Presupuestos de Castilla-La Mancha y concluye que existe una identidad sustancial entre las normas que integran el bloque de la constitucionalidad aplicable a la institución presupuestaria de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y cuanto dispone respecto del Estado el art. 134.2 CE, precepto del que se deduce la existencia de límites materiales al contenido de la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

La aplicación de la doctrina constitucional expuesta en relación con los límites materiales de la Ley de Presupuestos determina la declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado, al no cumplir su regulación los requisitos propios ni del contenido necesario, ni del contenido eventual de dicho tipo de leyes. A juicio del Tribunal Constitucional, «se trata de una típica norma que se integra dentro de la materia de urbanismo con vocación de permanencia en el tiempo y cuya ubicación natural sería, en consecuencia, la legislación específica que regula dicha materia, y que, en consecuencia, no presenta una conexión directa con las previsiones de ingreso y las habilitaciones de gasto de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio de 2003, ni con los criterios de política económica general en que aquéllas se sustentan, ni es complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor o más eficaz ejecución del presupuesto».

C) Reserva de ley en materia tributaria: exige precisión en la regulación legal del hecho imponible

En la **STC 73/2011, de 19 de mayo**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5823-2000, promovida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administra-

tivo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, respecto del inciso «o visibles desde carreteras, caminos vecinales y demás vías públicas» del art. 20.3.s) de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, en la redacción dada por la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, por posible vulneración de los arts. 31.1, 133.1 y 133.2 de la Constitución Española.

El Tribunal Constitucional considera que, en primer lugar, hay que aclarar que la regulación objeto de impugnación no se refiere a una tasa. Fundamenta su planteamiento en que considera que el hecho imponible del tributo enjuiciado está constituido por la instalación de anuncios en inmuebles privados, visibles desde carreteras, caminos vecinales y demás vías públicas, por lo que entiende que lo realmente gravado por el tributo es la actividad publicitaria realizada por el anunciante, que es quien ocupa la posición de sujeto pasivo. El tributo no se establece como contraprestación por la ocupación o aprovechamiento del dominio público, ni tampoco por la prestación de un servicio o por la realización de actividad alguna por parte de la Administración, por lo que no resulta correcta su calificación como tasa y su regulación como tal, como hace la ley enjuiciada.

En consecuencia, el Tribunal afirma que si bien el legislador goza de un amplio margen de libertad para configurar los tributos como estime oportuno, lo cierto es que, según la regulación que se ha llevado a cabo en el precepto impugnado, la llamada tasa sobre la instalación de anuncios en terrenos de dominio privado pero visibles desde el dominio público constituye materialmente un impuesto y cuando el legislador crea un nuevo impuesto queda obligado por imperativo constitucional a cumplir en un grado máximo con las exigencias derivadas de los principios de capacidad contributiva y reserva de ley.

El Tribunal entiende que, si bien la creación del impuesto se llevó a cabo formalmente mediante ley, el inciso impugnado del art. 20.3, apartado s), LHL no satisface las exigencias del principio de reserva de ley en materia tributaria, pues su hecho imponible, el elemento esencial más relevante de un tributo, no aparece suficientemente precisado. Según la jurisprudencia constitucional, la reserva de ley en materia tributaria no afecta por igual a todos los elementos integrantes del tributo, siendo máximo el grado de concreción exigible a la ley cuando regula el hecho imponible. Este grado máximo de concreción no se cumple con la mera referencia del art. 20.3, letra s), LHL a la habilitación para establecer un gravamen sobre la instalación de anuncios visibles desde carreteras, caminos vecinales y demás vías públicas.

Tampoco la regulación realizada en el art. 23.1.a) LHL, de los sujetos pasivos, es decir, los que «disfruten, utilicen o aprovechen especialmente el dominio público local en beneficio particular», ni la de la base imponible, que, según el art. 24.1 LHL, «se fijará tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público», permiten suplir las carencias en la concreción del hecho imponible, precisamente por tratarse de preceptos en los cuales el legislador ha regulado los elementos de un tipo general de tasa por ocupación o aprovechamiento especial del dominio público, concepto que no resulta trasladable sin más para cubrir el régimen jurídico de un impuesto concreto, pues en los impuestos «el gravamen se obtiene sobre una base imponible que es expresiva de una capacidad económica, que no opera como elemento configurador de las tasas o, si lo hace, es de manera muy indirecta o remota».

En consecuencia, el Tribunal declara la inconstitucionalidad del precepto objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

D) La inaplicación por un juez de una ley posconstitucional sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva

En la **STC 66/2011, de 16 de mayo**, el Tribunal Constitucional señala que «los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas posconstitucionales con rango de ley dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley posconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución. El Tribunal precisa que la depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España.

La inaplicación por parte de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias del art. 131.2 de la Ley del Parlamento de Canarias 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones públicas de Canarias, constituye, en consecuencia, a juicio del Tribunal, «una resolución no fundada en Derecho» que resulta, por tanto, lesiva del derecho a la tutela judicial sin indefensión (art. 24.1 CE). Además, al dejar inaplicado ese precepto por razón de su posible contradicción con la Constitución sin haber promovido una «cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el art. 35 LOTC» la Sentencia ha vulnerado igualmente el derecho de la entidad recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

5. REGLAMENTO

A) Potestad reglamentaria

a) *Límites a la potestad reglamentaria: el principio de reserva de Ley*

La **STS de 1 de abril de 2011** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, ponente: José Díaz Delgado), Id Cendoj 28079130072011100323, resuelve el recurso de casación 6205/2007 interpuesto contra la STSJ de Navarra de 20 de septiembre de 2007. Dicha Sentencia estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Decreto Foral 42/2006, de 3 de julio, que modifica el Decreto Foral 347/1993, de 22 de noviembre, por que se regula el ingreso y la provisión de puestos de trabajo en el Servicio Navarro de Salud Osasumbidea. Entendió la Sala *a qua* que dicho Decreto introducía una modificación en la regulación preexistente, de forma que, conforme al sistema de méritos aplicable para el traslado, una vez el empleado hubiera obtenido un cambio de destino o accedido a la función pública en este contexto, los méritos formativos que le habían servido para conseguir dicho puesto no podían ser alegados y valorados en futuros concursos de traslado. De este modo, se creaba un nuevo sistema de resolución de los concursos que suponía el agotamiento de éstos con cada convocatoria, de tal suerte que en realidad impedía a los concursantes participar con éxito previsible en sucesivos concursos. Y, a juicio del Tribunal,

ello suponía una novedad que afecta desde luego al régimen estatutario de los funcionarios y que requería en consecuencia el sometimiento a la reserva de ley. Con estos argumentos, declaró la nulidad de los preceptos impugnados del Real Decreto.

El Tribunal Supremo asume la argumentación de la Sala de instancia y confirma la anulación de los preceptos reglamentarios dictados sin cobertura legal. Sin embargo, el Tribunal casa parcialmente la Sentencia impugnada, puesto que el *petitum* del recurrente se refería únicamente a la anulación del apartado 2 del art. 6 y la Sentencia declaró la nulidad de todo el art. 6. Se produjo, así, una contradicción entre el fallo y la motivación de la Sentencia, que el Tribunal Supremo corrige.

B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

a) Trámite de audiencia

En la **STS de 3 de junio de 2011**, Id Cendoj 28079130032011100238, el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3.^a, ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat) resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 433/2010 interpuesto por la Unión General de Trabajadores (UGT) contra el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre el visado colegial obligatorio. La recurrente solicita al Tribunal la declaración de nulidad del acto jurídico impugnado puesto que considera que se ha vulnerado su derecho al trámite de audiencia durante su elaboración.

Tras analizar el expediente administrativo, el Tribunal desestima el motivo de impugnación. Entiende que UGT tuvo la oportunidad de formular las observaciones que consideró oportunas sobre el contenido del proyecto del Real Decreto, como se evidencia de la lectura de la nota elaborada por UGT sobre dicho proyecto que se analizó en una reunión con el Secretario de Estado de Economía. De modo que no se ha vulnerado la finalidad del trámite de audiencia consagrado en el artículo 24.1.c) Ley 50/1997, del Gobierno. A lo que añade el Tribunal que este trámite no es obligatorio para los sindicatos cuando, como en el caso planteado, no se afecta directamente a los intereses económicos y sociales de los trabajadores por los que deben velar los sindicatos. Por todo ello se desestima el recurso planteado.

La **STS de 3 de mayo de 2011** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona), Id Cendoj 28079130032011100167, también resuelve el recurso contencioso-administrativo 352/2010, referido al trámite de audiencia en la elaboración de disposiciones generales. El recurso se interpuso por el Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Telecomunicación contra el Real Decreto 560/2010, de 7 de mayo, por el que se modifican diversas normas reglamentarias en materia de seguridad industrial para adecuarlas a la nueva normativa dictada para transponer la Directiva de servicios. Alega el recurrente que no se les concedió el trámite de audiencia legalmente establecido, por el que el Tribunal debería declarar la nulidad del Real Decreto.

El Tribunal analiza, en primer lugar, la legitimación del recurrente. Entiende que una parte de la disposición impugnada —referida a las instalaciones eléctricas de alta y baja tensión— podría afectar a los intereses profesionales defendidos por el mismo, de modo que admite el recurso (FJ 3). No obstante, a continuación afirma el Tribunal que no se ha vulnerado el trámite de audiencia por el hecho de que no se haya oído al recurrente, de forma singular, durante la elaboración del Real Decreto. Se dio un primer trámite de audiencia

a las entidades más representativas afectadas por la nueva regulación. Posteriormente, se abrió un nuevo trámite de audiencia para las entidades más directamente afectadas. El Colegio recurrente no fue llamado al doble trámite de audiencia. Pero, el contenido del Real Decreto que le afectaba directamente era mínimo, así que su audiencia no era preceptiva hasta el punto de que su omisión invalide el procedimiento de elaboración del reglamento en su conjunto. En consecuencia, se desestima el recurso interpuesto.

b) Trámites esenciales en la elaboración de reglamentos; distinción entre acto y norma

La **SAN de 22 de marzo de 2011** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, ponente: Francisco Díaz Fraile), Id Cendoj 28079230032011100200, resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 774/2008 interpuesto por la Asociación Multisectorial Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones (ASIMELEC) contra la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio de 2008. Esta Orden establecía la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las distintas modalidades de reproducción; y tenía su origen en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996 —TRLPI—), reformado para incorporar al Derecho español la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. La recurrente solicita al Tribunal que declare la nulidad de la Orden con base en los principios de jerarquía y competencia y que se acuerde la devolución de los excesos de recaudación derivados de la Orden recurrida.

El Tribunal comienza analizando la primera alegación de la recurrente: la ausencia en el expediente administrativo de los trámites referidos al dictamen del Consejo de Estado y a las memorias justificativa y económica. Para determinar la necesidad de estos trámites, el Tribunal considera necesario dilucidar previamente si la Orden recurrida es un acto administrativo o una disposición de carácter general (FJ 4). Los criterios en los que se apoya son los siguientes: a) el reglamento es norma jurídica por lo que puede aplicarse de forma reiterada, mientras que el acto administrativo se aplica una vez y sus efectos se agotan al ser aplicado; b) el reglamento innova el ordenamiento jurídico, mientras que los actos administrativos aplican el existente; c) normalmente los reglamentos son generales y abstractos, y los actos administrativos concretos y singulares; d) la revocación del acto administrativo se somete a más límites que la del reglamento por las posiciones jurídico-subjetivas a las que ha podido afectar; e) la ilegalidad de un reglamento implica su nulidad de pleno Derecho, mientras que la ilegalidad de un acto determina, en principio, su anulabilidad; f) por último, la Administración debe respetar en sus actuaciones concretas lo establecido en un reglamento, en virtud del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. La aplicación de estos parámetros a la Orden recurrida clarifica su carácter de norma jurídica. Así, afirma el Tribunal que la Orden tiene vocación de ser aplicada reiteradamente; tiene carácter abstracto y general pues se dirige a una pluralidad de destinatarios, en principio, anónimos; innova el ordenamiento jurídico, ya que la Orden modifica la regulación de la compensación equitativa por copia privada contenida en la disposición transitoria única de la Ley 23/2006 que reformó el TRLPI; además, se aprueba con base en la habilitación legal del TRLPI para dictar normas de desarrollo. A estas constataciones une el Tribunal dos indicios más de su carácter normativo: la propia Orden fija la fecha de su entrada en vigor

y se publicó en la sección de «Disposiciones generales» del Boletín Oficial del Estado. La Orden, por tanto, a juicio del Tribunal, forma parte del ordenamiento regulador de la compensación equitativa citada, sin que pueda considerarse un mero acto aplicativo de ésta; se trata de un reglamento ejecutivo.

La constatación de esta naturaleza de la Orden permite resolver las alegaciones referidas a las vulneraciones de los trámites necesarios para su aprobación. La ausencia de dictamen del Consejo de Estado constituye una causa de nulidad de pleno Derecho —conforme al art. 62.2 de la Ley 30/1992—, puesto que este trámite es preceptivo para la aprobación de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de leyes (art. 24.2 de la Ley 50/1997, del Gobierno). Esta vulneración del procedimiento de elaboración de disposiciones generales es suficiente para declarar la nulidad de la orden (FJ 6). No obstante, el Tribunal analiza las consecuencias de la ausencia de las memorias justificativa y económica. La infracción de este deber procedimental, reconocido en el art. 24.1.a) de la Ley 50/1997, del Gobierno, también constituye un vicio de nulidad conforme al artículo 62.2 de la Ley 30/1992 (FJ 7).

Con base en este razonamiento la Sala declara la nulidad de la Orden impugnada, sin embargo, no accede a la petición del recurrente de devolución del exceso de recaudación por la compensación equitativa por copia privada puesto que considera que dicha compensación tiene naturaleza jurídico-privada y que carece de jurisdicción para satisfacer tal demanda (FJ 7).

En idéntico sentido se ha pronunciado la **Audiencia Nacional** en varias **Sentencias dictadas el 22 de marzo de 2011** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, ponente: Francisco Díaz Fraile, Id Cendoj 28079230032011100206, núm. recurso contencioso-administrativo 704/2008); (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 3.^a, ponente: Francisco Díaz Fraile, Id Cendoj 28079230032011100201, núm. recurso contencioso-administrativo 731/2008).

Con base en los mismos motivos, la **STS de 17 de marzo de 2011** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, ponente: José Díaz Delgado, recurso de casación núm. 5574/2007, Id Cendoj 28079130072011100276) confirma la Sentencia de instancia que declaró la nulidad del Decreto 394/2000, de 26 de septiembre, dictado por la Consejería de Salud y publicado en el BOJA de 19 de octubre de 2000, por el que se regula la plantilla orgánica, funciones y retribuciones del Cuerpo Superior Facultativo de Instituciones Sanitarias de la Junta de Andalucía, en la especialidad de Farmacia. La omisión del dictamen preceptivo del órgano consultivo autonómico se considera por el Tribunal un vicio de nulidad conforme al art. 62.2 de la Ley 30/1992, que determina la nulidad de la disposición.

6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad en la Ley

- a) *Prohibición de establecer una oficina de farmacia a mayores de sesenta y cinco años: la diferenciación por razón de la edad exige con mayor rigor una justificación objetiva y razonable*

En la **STC 63/2011, de 16 de mayo**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 22.6 de la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del

servicio farmacéutico en Castilla-La Mancha, que prohíbe participar en el procedimiento de instalación de una nueva oficina de farmacia a los farmacéuticos que tengan más de sesenta y cinco años. La duda de constitucionalidad la plantea el órgano judicial al estimar que la prohibición establecida vulnera el principio de igualdad contenido en el art. 14 CE, en cuanto incorpora una discriminación por razón de la edad sin una justificación objetiva y razonable que la haga constitucionalmente legítima.

En este caso, es preciso tener en cuenta que el problema no se plantea en el ámbito de la genérica interdicción de la desigualdad, sino en el de la prohibición de la discriminación por las causas que, en enumeración abierta, se contienen en el segundo inciso del art. 14 CE. El Tribunal Constitucional ha precisado que, en estos supuestos, el canon de control de la excepcional legitimidad constitucional de la diferenciación por uno de esos factores, como es la edad, es mucho más estricto al enjuiciar la justificación y proporcionalidad de la diferenciación. En consecuencia, analiza 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.

La conclusión del Tribunal Constitucional es que la prohibición impuesta no es constitucionalmente admisible (art. 14 CE), porque no resulta ni idónea ni proporcionada respecto de la finalidad pretendida de favorecer el acceso de nuevos profesionales jóvenes y de mediana edad, produciendo en cambio la exclusión de los mayores de sesenta y cinco años de modo injustificado, por lo que declara inconstitucional el precepto impugnado.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal en la **STC 79/2011, de 6 de junio**, en relación con la cuestión de inconstitucionalidad núm. 12-2005, promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2.^a) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia respecto del primer inciso del art. 19.5 de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica, que planteaba la misma prohibición de participar en el procedimiento de instalación de una nueva oficina de farmacia a los farmacéuticos con más de sesenta y cinco años.

- b) *Prohibición de la cesión al padre del disfrute del permiso de maternidad cuando la madre no sea trabajadora por cuenta ajena: nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene*

En la **STC 75/2011, de 19 de mayo**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (LET), en la redacción dada por el art. 5 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. En dicha cuestión se plantea si el precepto citado puede ser contrario al derecho a la igualdad (art. 14 CE), así como a los principios rectores de protección social de la familia (art. 39 CE) y de mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social que garantice prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41 CE).

Las dudas de constitucionalidad formuladas por el Juzgado de lo Social se refieren al segundo párrafo del art. 48.4 LET, en concreto considera que no existe justificación para que, en el supuesto de parto, el padre trabajador sólo pueda disfrutar del período de descan-

so «voluntario» y percibir el correspondiente subsidio por maternidad durante ese período, si la madre le cede el derecho a disfrutar ese período, lo que sólo es posible si se trata de trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social.

El Tribunal inicia el análisis de la cuestión planteada aclarando algunos conceptos. En primer lugar expone que en el supuesto de parto puede hablarse con propiedad de «período de descanso por maternidad» (y más aun en el caso de las trabajadoras autónomas, donde no existe, obviamente, suspensión de contrato de trabajo), distinguiéndose entre un período de descanso «obligatorio» (las seis semanas inmediatamente posteriores al parto), que la madre trabajadora ha de disfrutar necesariamente (con el propósito de garantizar su recuperación), y un período de descanso «voluntario» (las semanas restantes), que la madre trabajadora puede ceder al padre si lo estima oportuno, y siempre que el padre también sea trabajador (pues de no ser así no cabe suspender el contrato laboral, obviamente).

Partiendo de este análisis cabe entender que, siendo el descanso por parto un derecho de la madre trabajadora, ésta pueda ceder al padre, cuando éste sea también trabajador, el disfrute del período de descanso «voluntario» en su integridad o parcialmente, de forma que si la madre no desempeña actividad laboral por cuenta ajena o propia (o realiza una actividad profesional que no da lugar a la inclusión en un régimen de Seguridad Social) no puede ceder al padre, aunque éste sea trabajador, el derecho a disfrutar de ese período de descanso por maternidad, pues nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene (*nemo plus iuris quam ipse habet transferre potest*). Por lo tanto, el Tribunal considera que la regulación en cuestión no vulnera el art. 14 CE.

Esto no significa que la opción contraria no pueda resultar conforme con la Constitución. El Tribunal Constitucional ha declarado que ambas posibilidades son compatibles con la regulación constitucional. En este sentido, en esta misma sentencia admite que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de Seguridad Social y en apreciación de las circunstancias socioeconómicas concurrentes en cada momento, pueda atribuir al padre trabajador, si lo estima oportuno (como en efecto lo ha hecho, mediante la reforma introducida en el art. 48.4 LET por la disposición adicional undécima de la Ley Orgánica 3/2007), el derecho a la suspensión de su contrato de trabajo con reserva de puesto (si es trabajador por cuenta ajena) y al correspondiente subsidio por maternidad (compatible además con la prestación por paternidad creada por la misma Ley Orgánica 3/2007). El Tribunal precisa que esto no significa que la opción legislativa precedente, vigente a la fecha de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que resuelve la sentencia objeto de análisis, que no contemplaba la atribución de este derecho al padre trabajador, sea por ello inconstitucional, sino que ambas opciones respetan la regulación constitucional.

En los mismos términos se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su **STC 78/2011, de 6 de junio**, que resuelve un recurso de amparo planteado como consecuencia de la aplicación del art. 75.2 del texto refundido de la Ley de la función pública de la Región de Murcia, cuya regulación resulta idéntica a la establecida en el citado art. 48.4 LET, sobre cuya conformidad con la Constitución ya se había pronunciado en la **STC 75/2011, de 19 de mayo**.

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) **Actos inimpugnables.**
 - a) Inimpugnabilidad de la entrega en extradición.
 - b) Acto de trámite: declaración de impacto ambiental.
 - B) **Naturaleza jurídica.**
 - a) Acuerdo del Gobierno que establece las condiciones a las que deben adecuarse los planes de estudio: acto no normativo.
 - b) Calificaciones territoriales reguladas en la legislación canaria: acto administrativo.
 - c) Impugnabilidad de relación de puestos de trabajo: acto normativo.
3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
 - A) **Iniciación.**
 - a) Acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador en materia tributaria.
 - B) **Tramitación.**
 - a) Improcedencia del requerimiento de información tributaria relativo a datos incorporados a un proceso penal.
 - b) Acumulación de expedientes sancionadores.
 - c) Actuaciones inspectoras que pueden tener eficacia interruptora de la prescripción de la deuda tributaria.
 - d) Distinción entre actuaciones inspectoras y actos de ejecución.
 - C) **Terminación.**
 - a) Caducidad y determinación del plazo máximo para resolver un procedimiento de deslinde del dominio público marítimo-terrestre.
4. EFICACIA Y EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.
 - A) **Ejecución de los actos administrativos.**
 - a) Improcedencia de suspensión de traslado de centro penitenciario.
 - b) Procedencia de la suspensión de autorización de parque eólico.
 - c) Procedencia de la suspensión de órdenes de renovación y ampliación de concierto educativo.

- d) Procedencia de la suspensión de instalación de industria fabril.
- e) Procedencia de la suspensión de orden de modificación de estatutos de colegio profesional.
- f) Improcedencia de suspensión de archivo de solicitud de inclusión en catálogo de aguas privadas.
- g) Improcedencia de suspensión de denegación de solicitud de permiso de trabajo y residencia.
- h) Improcedencia de suspensión de orden de cese de actividad de explotación ganadera.
- i) Improcedencia de suspensión de multa.
- j) Improcedencia de suspensión: devolución al país de origen.
- k) Improcedencia de recurso extraordinario de revisión.

5. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

A) Revisión de oficio.

- a) Denegación de revisión de oficio: necesidad de resolución expresa.

B) Recursos administrativos.

- a) Alcance de la revisión de reclamación económico-administrativa.
- b) Improcedencia de recurso extraordinario de revisión.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

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

En este período tienen especial interés las sentencias del Tribunal Supremo sobre la naturaleza no normativa de determinados actos. Igualmente, puede ser destacada la cantidad de sentencias que se han pronunciado acerca de la suspensión de la ejecución del acto administrativo y, en especial, en relación con la renovación o ampliación de los conciertos educativos.

2. CLASES DE ACTOS

A) Actos inimpugnables

- a) *Inimpugnabilidad de la entrega en extradición*

La **STS de 13 de mayo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6.^a), recurso contencioso-administrativo núm. 142/2010, desestima el recurso contencioso-administrativo deducido contra Acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se acuerda una entrega en extradición a las autoridades argentinas. En este contexto, la sentencia recuerda la jurisprudencia reiterada sobre la naturaleza del procedimiento de extradición, como pro-

cedimiento mixto, de naturaleza administrativa y judicial, en el que se pueden distinguir tres fases: dos gubernativas, la primera y la última, estando en medio la decisiva fase judicial. Estas tres fases están perfectamente delimitadas por la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, siendo por otro lado totalmente independientes aunque se subsigan unas y otras. La primera de estas fases, tiene la finalidad de iniciar el procedimiento de extradición, ante las solicitudes deducidas por el país extranjero que corresponda y de decidir si ha lugar o no, a continuar el procedimiento en vía judicial. La segunda es la fase judicial, no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado. La tercera fase, objeto de controversia en el litigio concreto, se concreta en la actuación del Gobierno decidiendo la entrega física de la persona reclamada o a la denegación de la extradición, una vez que se le ha comunicado el auto del Tribunal declarando procedente la extradición. Esta denegación, sin embargo, se limita a los supuestos específicamente previstos en el párrafo segundo del artículo 6 de la Ley 4/1985, esto es: «Atendiendo al principio de reciprocidad, o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España». Por ello, dicha jurisprudencia ha destacado que la decisión sobre si resulta procedente la extradición, desde una perspectiva de la legalidad, corresponde al Poder Judicial, y dentro de éste a la específica competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y que «la actuación posterior y última del Gobierno es un típico acto de soberanía propia del Poder Ejecutivo, para cuya efectividad ha fijado el artículo 6 de la Ley 4/1985, unos criterios que, desde luego, no se refieren al control de la legalidad de la extradición, sobre la que exteriormente ha decidido la Sala Penal de la Audiencia Nacional».

Pues bien, en aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso de autos, se desestima el recurso contencioso dado que la decisión del Consejo de Ministros prevista en el artículo 6 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, que es la adoptada en la resolución aquí recurrida, es una decisión de carácter político excluida del control jurisdiccional en cuanto al fondo y respecto de la cual solamente cabe el control por la jurisdicción de los elementos reglados de ésta a los que al recurso ni siquiera hace referencia. Por otra parte, dada la insistencia del recurrente en su condición de nacional español —en realidad con doble nacionalidad española-argentina—, el Tribunal Supremo advierte, de conformidad con el artículo tercero de la Ley citada 4/1985, que la cualidad de nacional corresponde apreciarla al Tribunal competente para conocer de la extradición, y que por ello carece de virtualidad aducir con respecto al acuerdo impugnado una falta de decisión acertada sobre la cualidad de nacional.

b) Acto de trámite: declaración de impacto ambiental

La **STS de 8 de abril de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.^a), recurso de casación núm. 1139/2007, reitera la jurisprudencia del propio Tribunal sobre la consideración como acto de trámite de los informes de impacto medio ambiental del Real Decreto Legislativo 1302/1986. Esta jurisprudencia ha venido interpretando en forma muy restrictiva la posibilidad de control jurisdiccional de las declaraciones de impacto medio ambiental ya que las considera como acto de trámite o no definitivos que se integran, por su naturaleza, como parte de un procedimiento y no son susceptibles de impugnación independiente de su decisión final.

B) Naturaleza jurídica

a) Acuerdo del Gobierno que establece las condiciones a las que deben adecuarse los planes de estudio: acto no normativo

Las **SSTS de 11 y 13 de mayo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4.^a), recursos de casación núm. 132/2009 y núm. 177/2009, respectivamente, conocen de la impugnación de un Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se establecen las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudio conducentes a la obtención de títulos que habiliten para el ejercicio de las distintas profesiones reguladas de Ingeniero. En lo que aquí interesa, el Tribunal afirma que estos Acuerdos carecen de naturaleza normativa, ya que constituyen un desarrollo del Real Decreto 1393/2007, que faculta al Gobierno a establecer las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudios de los títulos que habiliten para el ejercicio de actividades reguladas en España. Por ello, afirma el Tribunal, no es necesario que adopte la forma de Real Decreto: «se trata de un acto no normativo de aplicación a una pluralidad de destinatarios que en nada modifica el Real Decreto 1393/2007». Antes al contrario, de su lectura se concluye que la denominación del título, ciclo y duración, requisitos de la formación, garantía de la adquisición de competencias, es decir, los distintos apartados del Acuerdo, no innovan el ordenamiento, sino que se limitan a remitir o bien a la normativa aplicable, o a reiterar lo dicho en otras normas legales o reglamentarias. Constituye, pues, una redundancia.

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

Las **SSTS de 8 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, se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de una «calificación territorial», solicitada para la legalización de una vivienda, sótano y murado. Esta Sentencia recuerda otras 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.

c) Impugnabilidad de relación de puestos de trabajo: acto normativo

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de abril de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), Sentencia núm. 10115/2011, recuerda que la jurisprudencia atribuye a las relaciones de puestos de trabajo la naturaleza de disposición de carácter general. Esta

consideración ha tenido como finalidad, siempre, permitir el acceso a la jurisdicción: las relaciones de puestos de trabajo se asimilan a las disposiciones generales para lograr la aplicación del sistema de impugnación indirecta previsto en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora bien, dicho esto, el Tribunal se plantea que es preciso aclarar si ello debe implicar la inadmisibilidad del recurso directo contra aquéllas, presentado fuera de plazo de dos meses desde la publicación en diario oficial (pues no hay notificación personal a los posibles interesados), cuando no ha hecho indicación expresa, en el acto de publicación, del régimen de recursos precedente. En la valoración de la vulneración, o no, del derecho a la tutela judicial efectiva, no es posible quedarse en una formal atribución de naturaleza jurídica, sino que es preciso indagar si la interpretación que se haga en la normativa resulta exageradamente exigente respecto de la viabilidad de la acción. Desde este punto de vista, el Tribunal considera que es contrario a la Constitución Española pretender que el interesado conozca que la publicación no contiene indicación de recursos, ni si agota o no la vía administrativa, porque según cierta doctrina del Tribunal Supremo debe ser asimilada a ciertos efectos a las disposiciones generales, y así sepa que no cabe recurso administrativo alguno y sí el recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses y ante qué órgano.

Por otro lado, resulta también contrario al principio de tutela judicial efectiva remitir a la parte a otro pleito idéntico al presente, que podría entablarse mediante el elemental recurso de solicitar a la Administración lo que aquí se solicita y, ante su denegación, impugnar el acto de denegación e indirectamente la relación de puestos de trabajo en que se base éste, por la vía del artículo 26 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Resulta contrario a la más elemental economía procesal y al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas el que se inadmita ahora el recurso contencioso-administrativo para remitir a la parte a otro recurso posterior.

Por tanto, concluye el Tribunal, sin discutir el carácter de las relaciones de puestos de trabajo como disposiciones generales, es lo cierto que, en este caso, tanto el escrito de solicitud, como el recurso de reposición, no dejan de ser una petición a la Administración. Y, ante su denegación por la Administración, es posible impugnar tal acto de denegación e, indirectamente, la relación de puestos de trabajo. Es decir, el escrito pudo ser considerado como una solicitud de modificación por la Administración de la relación de puestos de trabajo. Por lo que, en definitiva, considera el Tribunal que debe rechazarse la inadmisibilidad apreciada por la Administración.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) **Iniciación**

a) Acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador en materia tributaria

La **STS de 12 de mayo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), recurso de casación núm. 410/2007, desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de instancia, que estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Resolución del TEAC, desestimato-

ria de la reclamación económico-administrativa interpuesta contra una sanción impuesta por la comisión de infracción tributaria grave en materia del Impuesto sobre Sociedades. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo afirma, en interpretación del artículo 49.2.j) del Reglamento General de la Inspección de los Tributos (RGIT), que dicho plazo preclusivo para la notificación del Acuerdo de iniciación resultaba aplicable, de forma general, con independencia de que el actuario hubiera o no hecho constar en el acta la procedencia de la apertura de un procedimiento sancionador. Por ello, se anula el procedimiento sancionador y dicha sanción, dado que el tiempo transcurrido entre el Acta de disconformidad y la notificación del Acuerdo de iniciación de dicho expediente sancionador supera el plazo preclusivo establecido con carácter general en el artículo 49.2.j) del RGIT.

B) Tramitación

a) *Imprudencia del requerimiento de información tributaria relativo a datos incorporados a un proceso penal*

La **STS de 5 de mayo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.ª), recurso de casación núm. 2454/2008, conoce de la impugnación de la Resolución del TEAR de Andalucía, recaída en reclamación interpuesta contra requerimiento de información relativa al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre Sociedades. Confirmando el pronunciamiento de la sentencia de instancia, el Tribunal Supremo declara la improcedencia del requerimiento de información dado que los datos solicitados se encuentran incorporados a un proceso penal, que tiene carácter preferente en su tramitación, por lo que dar respuesta a aquél podría suponer violación del secreto de las actuaciones penales.

En este contexto, el Tribunal Supremo afirma que no es aplicable el artículo 77 de la Ley General Tributaria, relativo a las infracciones y a las sanciones tributarias, y cuyo apartado 6, en cuanto prohíbe simultanear procedimientos penales y administrativos sobre iguales hechos contra el mismo sujeto, constituye un instrumento al servicio de la máxima *non bis in idem*, que emana del principio de legalidad sancionadora proclamado en el artículo 25.1 de la Constitución. Con este designio, existiendo en curso una causa penal, las autoridades administrativas deben abstenerse de intervenir hasta tanto se pronuncien los jueces de dicho orden, de tal modo que si imponen una condena ya no cabrá la represión administrativa, mientras que si aquéllos terminan su tarea sin infligir sanción alguna, queda expedito el camino para que la Inspección tributaria examine las eventuales responsabilidades administrativas presentes en la conducta del obligado. De esta manera el artículo 77 de la LGT sólo cobra sentido en procedimientos sancionadores, lo que no acontece en el presente caso en el que el conflicto surge en torno a un requerimiento de información que se produce en el seno de un procedimiento de comprobación relativo a unas liquidaciones del IRPF.

b) *Acumulación de expedientes sancionadores*

La **STS de 6 de mayo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), recurso contencioso-administrativo núm. 607/2008, conoce de la impugnación del Acuerdo

del Consejo de Ministros, en el que se repone y deja sin efecto parcialmente el acuerdo del mismo Consejo por el que se resolvió un procedimiento sancionador resultante de la acumulación de dos expedientes sancionadores incoados contra una entidad mercantil. Entre otras cuestiones, la sentencia se pronuncia sobre la procedencia del acuerdo de acumulación, que puede ser impugnado en la vía contencioso-administrativa, junto con el acto que pone fin al procedimiento (artículo 107.1 LRJPAC), y rechaza la argumentación del demandante, que sostenía que se habría producido infracción del artículo 73 de dicha Ley, ya que —decía— no se acumuló el expediente más nuevo al más antiguo, sino al revés, la competencia no era del mismo órgano y no existía la identidad y conexión necesarias para acordar la acumulación.

El Fundamento jurídico tercero de la Sentencia recuerda el significado de la acumulación de expedientes en los siguientes términos: «La acumulación de los dos expedientes sancionadores, refundiéndolos en uno a efectos de su resolución es una técnica de dirección del procedimiento que busca la congruencia en la actuación y manifestación de voluntad de la Administración, evitando resoluciones contradictorias para resolver un mismo asunto, lo que, además de perturbador del quehacer administrativo, resulta perjudicial para los propios interesados. A falta de prohibición normativa expresa, la acumulación puede aplicarse a los expedientes sancionadores que se examinan, dada la delimitación amplia que establece al respecto la LRJPAC». En aplicación al caso, el Tribunal Supremo destaca que en el acuerdo de acumulación se hace constar que los hechos que han dado lugar a ambos expedientes son idénticos. Así se desprende de las actuaciones administrativas, en las que la imputación se dirige en ambos casos contra la misma entidad por venta no autorizada de agua incumpliendo las condiciones de la concesión, por lo que existe el requisito de la identidad sustancial del artículo 73 LRJPAC. Asimismo carece de relevancia la mayor o menor antigüedad de los procedimientos que se refunden, ya que el efecto esencial de la acumulación de expedientes es el de que todas las cuestiones a resolver deben ser examinadas en un solo procedimiento y decididas en un único acto final. La acumulación no suspende el curso de los procedimientos a acumular (artículo 77 LRJPAC) y, por ello, cuando alguno de los procedimientos que se acumula se encuentra en una fase de procedimiento más avanzada que los otros, su tramitación se suspenderá hasta que los demás lleguen al mismo estado de tramitación. En relación con el traslado de la competencia al órgano que dicta la resolución final, en este caso al Consejo de Ministros, el Tribunal Supremo confirma que es el órgano de competencia específica, el superior de los llamados a resolver y el competente respecto de las infracciones muy graves, conforme al Texto Refundido de la Ley de Aguas, por lo que se cumple el requisito en cuanto a la competencia del órgano a efectos de la acumulación de expedientes.

El acuerdo del Consejo de Ministros desacumula los dos expedientes, en los que se habían cumplimentado los mismos trámites, los esenciales de la instrucción de ambos procedimientos sancionadores, por lo que señala el Tribunal Supremo que la acumulación no ha causado ningún perjuicio a la entidad sancionada. Los expedientes acumulados conservan identidad y ni la acumulación sana la caducidad del procedimiento que había incurrido en ella ni la declaración de caducidad de éste extiende tal defecto al otro que no había caducado, y que puede mantenerse —como se ha mantenido en el acuerdo impugnado— siempre que se hayan cumplido todas las garantías del procedimiento sancionador.

c) *Actuaciones inspectoras que pueden tener eficacia interruptora de la prescripción de la deuda tributaria*

La **STS de 18 de mayo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), recurso de casación núm. 3627/2007, desestima el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de instancia que desestima el recurso contencioso-administrativo presentado contra resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativo Central y Económico-Administrativo Regional de Galicia en materia de Impuesto sobre Sociedades.

En este contexto, la sentencia reitera en sus Fundamentos de Derecho 1.º y 2.º su jurisprudencia en torno a las características que han de reunir los actos de la Administración para que puedan tener eficacia interruptora de la prescripción en aplicación del artículo 66 de la Ley General Tributaria. Para que la «acción administrativa» pueda interrumpir los plazos de prescripción, la LGT —artículo 66.1.a)— exige que se trate de una acción, no sólo realizada con conocimiento formal del sujeto pasivo, sino que, además, sea «conducente al reconocimiento, regulación, inspección, aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del Impuesto devengado por cada hecho imponible», es decir, que integre un mínimo contenido que pueda calificarse de «acción» de la Administración dirigida a alguna de las finalidades acabadas de apuntar. Así, señala el Tribunal Supremo que «la jurisprudencia ha sentado con reiteración que del texto del artículo 66.1.a) de la Ley General Tributaria, se deduce que no cualquier acto tendrá la eficacia interruptora que en dicho precepto se indica, sino sólo los tendencialmente ordenados a iniciar o proseguir los respectivos procedimientos administrativos o que, sin responder meramente a la finalidad de interrumpir la prescripción, contribuyan efectivamente a la liquidación, recaudación o imposición de sanción en el marco del Impuesto controvertido, quedando excluidas, por tanto, las denominadas “diligencias argucias”, dictadas con el exclusivo propósito de aparentar el progreso de la actividad inspectora evitando el transcurso del plazo de seis meses, sin que materialmente constituyan actos de verdadero impulso».

En aplicación al caso, tras el análisis del contenido de las tres diligencias controvertidas, el Tribunal Supremo concluye que cada una de dichas diligencias tiene un contenido concreto en consonancia con la actividad inspectora que se estaba realizando y supone un avance en el procedimiento inspector. Dado que era imposible el examen en un solo acto de toda la documentación, el Tribunal Supremo confirma que se realizaba una actividad indispensable y propia de la labor inspectora, por lo que dichas diligencias tuvieron efectivamente eficacia interruptora de la prescripción de la deuda tributaria, y por consiguiente, desestima el recurso de casación.

d) *Distinción entre actuaciones inspectoras y actos de ejecución*

En la **STS de 3 de mayo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), recurso de casación núm. 4723/2009, se desestima un recurso de casación en el que también se alegaba la prescripción de la deuda tributaria por la paralización durante más de seis meses de las actuaciones inspectoras en materia tributaria. Según los recurrentes, a los efectos del artículo 31 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, se produjo una interrupción injustificada de las actuaciones inspectoras por el tiempo que medió entre el conocimiento por la Inspección de la retroacción de actuaciones ordenada por el Tribunal

Económico-Administrativo Central y la comunicación de su efectiva reposición. En este supuesto, el Tribunal Supremo recuerda su jurisprudencia sobre el ámbito de aplicación del artículo 31.4 RGIT, y en particular sobre la distinción entre actuaciones inspectoras y actos de ejecución: «No ha lugar a plantear la prescripción sobre la base de la injustificada paralización de las actuaciones de la Inspección de los Tributos, en relación a la adopción de los actos de ejecución de las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos y Órganos jurisdiccionales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 31.4 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, porque la doctrina jurisprudencial reiterada y completamente consolidada, sobre la interpretación de este precepto, se refiere a la injustificada paralización de las actuaciones de la Inspección de los Tributos, a partir del momento de iniciación de su actividad de comprobación e investigación, hasta la notificación del acto resolutorio del expediente incoado, pero no al retraso en que los Órganos competentes de la Inspección de Hacienda puedan incurrir en la ejecución de las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos y Órganos Jurisdiccionales, ejecución que se regula en el primer caso en el Reglamento de Procedimiento de las Reclamaciones Económico-Administrativas, y en el segundo por Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y, porque, además, cuando los Órganos competentes de la Inspección de los Tributos, ejecutan una resolución de un Tribunal Económico-Administrativo, o una sentencia de un Tribunal Contencioso-Administrativo, no están propiamente ejerciendo una actividad inspectora, es decir, no se trata de una “actuación de la Inspección” a los efectos del artículo 31.4 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos» (Fundamento Jurídico Segundo, reiterando el pronunciamiento de la STS de 6 de junio de 2003, de la misma sala y sección).

En aplicación al caso enjuiciado, el tiempo que media entre el momento en que la Inspección tiene conocimiento de la resolución económico-administrativa que ordena retrotraer el procedimiento y aquel en el que lo hace, con independencia de las actuaciones que desarrolle a continuación (bien completar las diligencias, bien dictar directamente nueva liquidación), no tiene carácter de «tiempo inspector» a los efectos del artículo 31 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, en la redacción aplicable a los hechos de este litigio. Por ello, no procede la prescripción de la deuda tributaria y se desestima el recurso de casación.

C) Terminación

a) *Caducidad y determinación del plazo máximo para resolver un procedimiento de deslinde del dominio público marítimo-terrestre*

La **STS de 6 de abril de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.^a), recurso de casación núm.1795/2007, estima el recurso de casación y anula la resolución impugnada por caducidad del procedimiento en que fue adoptada. Se trata de un procedimiento iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 4/1999, de modificación de la LRJPAC, y con anterioridad a la Ley 53/2002, que establece un plazo máximo de veinticuatro meses para resolver el deslinde regulado por la Ley de Costas. Dentro de estas coordenadas temporales, para la determinación del plazo máximo para resolver el procedimiento de deslinde del dominio público marítimo-terrestre objeto de controversia, la sentencia señala que el procedimiento de deslinde de dominio público marítimo-terrestre

desarrollado en el Reglamento de la Ley de Costas, contiene una serie de trámites obligados desde su incoación con unos plazos que, sumados, superan el de tres meses, por lo que se ha de entender que las normas reguladoras del procedimiento fijan un plazo superior a tres meses para dictar resolución expresa. Por otra parte, dado que este plazo está establecido por norma reglamentaria es aplicable lo dispuesto en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por Ley 4/1999, según el cual el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora sin que pueda exceder de seis meses, salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor (como ahora sucede con la redacción dada al artículo 12.1 de la Ley de Costas por Ley 53/2002) o así venga previsto en la normativa comunitaria europea.

En la aplicación al caso, como en los procedimientos de deslinde marítimo-terrestre, iniciados a partir del 14 de abril de 1999 en que entró en vigor la Ley 4/1999 y antes de la vigencia de la Ley 53/2002 ocurrida el 1 de enero de 2003, no existía norma con rango de Ley ni norma comunitaria europea que fijase un plazo específico para notificar las resoluciones de los procedimientos de deslinde de dominio público marítimo-terrestre y el Reglamento de la Ley de Costas establecía un plazo superior a tres meses, el plazo máximo para notificar la resolución expresa en un procedimiento de deslinde marítimo-terrestre era el de seis meses, de manera que, transcurrido dicho plazo sin haberse notificado tal resolución expresa, procedía declarar la caducidad del procedimiento y ordenar el archivo de las actuaciones.

4. EFICACIA Y EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Ejecución de los actos administrativos

a) *Improcedencia de suspensión de traslado de centro penitenciario*

La **STS de 17 de mayo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.^a) se pronuncia sobre los requisitos para acordar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo objeto del recurso contencioso-administrativo. La Sentencia recuerda que, para acordar la suspensión, se deben producir daños o perjuicios de reparación imposible o difícil. En concreto, en el caso analizado, el Tribunal considera que el traslado de un centro penitenciario a otro no origina perjuicio relevante: el mero cambio de centro no supone modificar la situación o los beneficios penitenciarios que disfrutara y, en concreto, no se acredita que el traslado al centro penitenciario supusiera la imposibilidad de continuar su tratamiento de desintoxicación.

b) *Procedencia de la suspensión de autorización de parque eólico*

La **STS de 10 de mayo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.^a) acuerda la procedencia de la suspensión de una autorización de parque eólico. En este caso, el Tribunal, tras realizar la correspondiente ponderación entre el interés público en juego y los perjuicios que se pueden causar por la suspensión, considera que ha de prevalecer el interés público, por la existencia de una importante irregularidad en la tramitación de la autorización del proyecto, ya que se ha omitido la declaración de impacto ambiental. El interés público de protección ambiental justifica la suspensión.

c) Procedencia de la suspensión de órdenes de renovación y ampliación de concierto educativo

Las **SSTS de 14 de abril de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4.^a), recurso de casación núm. 3967/2010 y recurso de casación núm. 3737/2010, reiteran el criterio de las salas de instancia que accedieron a conceder la suspensión de la ejecución de las órdenes autonómicas sobre solicitud de renovación y ampliación de concierto educativo. La Administración autonómica considera que existe un cambio de identidad del centro si el centro escolariza alumnos de ambos sexos a partir del curso 2010/2011. El Tribunal sustenta su decisión en que de no acceder a la suspensión el recurso perdería su finalidad legítima, conforme al artículo 130.1 LJCA, puesto que «de denegarse la medida cautelar de suspensión, derivaría una situación difícilmente reversible, porque si la sentencia que se dictase fuese favorable, sería ineficaz al haberse verificado un cambio esencial en la identidad del centro, con los consiguientes efectos en orden a la matriculación de alumnos de ambos sexos, la inhibición de algunos padres a matricular a sus hijos el próximo año ante dicha circunstancia, y la posibilidad de que, caso de estimarse el recurso, habrían de salir del centro los alumnos de distinto sexo a los que tradicionalmente han sido admitidos, con el consiguiente perjuicio para unos y otros, a lo que ha de agregarse que el carácter temporal de la aprobación inicial del concierto, afectaría, a su vez, a las matriculaciones puesto que el proceso de admisión finaliza en el mes de marzo próximo, fecha en la que debe quedar despejada la situación del centro en cuanto al mantenimiento de su identidad actual». Ponderando los intereses en conflicto «contrapone el mantenimiento de la identidad del centro y de los intereses de los padres sobre el modelo de educación para sus hijos, con el interés general de la efectividad del concierto en los términos aprobados. No existe dato objetivo que determine el perjuicio del interés general por el mantenimiento, por el momento, de la identidad del centro».

En términos similares, las **SSTS de 5, 12 y 25 de abril de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4.^a), recursos de casación núm. 3832/2010, núm. 1124/2010 y núm. 3866/2010, respectivamente.

d) Procedencia de la suspensión de instalación de industria fabril

La **STS de 6 de mayo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.^a), recurso de casación núm. 2693/2010, se pronuncia de forma favorable a la suspensión cautelar de la concesión de la autorización ambiental integrada para la instalación de una factoría. En este caso, para el Tribunal, el criterio fundamental para acceder a la suspensión de la ejecución es que, de otra forma, se perdería la finalidad legítima del recurso, siendo complementario el criterio de la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto.

e) Procedencia de la suspensión de orden de modificación de estatutos de colegio profesional

La **STS de 4 de abril de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6.^a), recurso de casación núm. 4359/2008, se pronuncia de forma favorable a la suspensión cautelar de la ejecución de una Orden autonómica por la que se modifican los Estatutos del Ilustre

Colegio de Abogados de Santiago de Compostela, en cuanto incluye en su ámbito territorial determinados partidos judiciales. Tras el repaso de la normativa y de los criterios para adoptar esta medida, el Tribunal concluye con la justificación de la adopción de la medida cautelar.

f) *Improcedencia de suspensión de archivo de solicitud de inclusión en catálogo de aguas privadas*

La **STS de 20 de mayo de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.^a), recurso de casación núm. 3994/2010, considera que, en este caso, no existe *periculum in mora*, ni es aplicable al caso la doctrina del *fumus boni iuris*, por lo que no procede acceder a la solicitud de suspensión de la ejecución de la resolución de archivo, por falta de subsanación, de una solicitud de inclusión de aprovechamiento de aguas en el catálogo de aguas privadas.

g) *Improcedencia de suspensión de denegación de solicitud de permiso de trabajo y residencia*

La **STSJ de Murcia de 28 de abril de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), Sentencia 387/2011, rechaza la solicitud de suspensión de la ejecución de un acto por el que se deniega la solicitud de permiso de trabajo y residencia. Siendo el acto impugnado de contenido negativo, según la jurisprudencia, habría que denegar la medida cautelar positiva, ya que la solución contraria supondría de hecho acceder a lo que ha sido denegado en vía administrativa.

h) *Improcedencia de suspensión de orden de cese de actividad de explotación ganadera*

La **STSJ de Murcia de 20 de abril de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), Sentencia 371/2011, conoce de la impugnación de un Decreto municipal que ordenó al recurrente el cese de la actividad de explotación de ganado vacuno de cebo, que venía desarrollando sin licencia. Es cierto que el cese de cualquier actividad lleva en sí unos daños y perjuicios evidentes, pero, frente a éstos, debe prevalecer el interés general en que no se siga desarrollando una actividad sin control administrativo y presuntamente ilegal, en el sentido de no autorizada. Además, de la ejecución no resultan daños y perjuicios de imposible reparación, toda vez que siempre podría obtenerse una compensación económica si prosperara su pretensión. En consecuencia, la denegación de suspensión es conforme a derecho, pues se han valorado los intereses en conflicto, se le ha dado prevalencia al interés general frente al particular del recurrente.

i) *Improcedencia de suspensión de multa*

La **STSJ de Murcia de 20 de abril de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2.^a), Sentencia 370/2011, desestima la solicitud de suspensión cautelar del acto administrativo impugnado, que acuerda imponer una multa. El apelante no presenta documentación que acredite sus medios económicos, ni la imposibilidad de hacer efectiva la multa, ni prueba alguna que acredite, aunque sea de forma indiciaria, su buen derecho.

j) Improcedencia de suspensión: devolución al país de origen

La **STSJ de Murcia de 15 de abril de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.ª), Sentencia 391/2011, confirma la procedencia de la denegación de suspensión de la ejecución de una resolución de la Delegación del Gobierno de Murcia que acordaba la devolución del recurrente a su país de origen.

Sin embargo, la **STSJ de Murcia de 8 de abril de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.ª), Sentencia 350/2011, considera que es procedente otorgar la suspensión de la ejecución de una orden de devolución porque, en este caso, el recurrente acredita con diversa documentación tener arraigo en el territorio nacional.

k) Improcedencia de recurso extraordinario de revisión

La **STSJ de Murcia de 1 de abril de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.ª), Sentencia 10306/2011, conoce de la impugnación de una resolución municipal que ordena el cese del ejercicio profesional de un estudio de danza, por carecer de la oportuna licencia de apertura. Considera el Tribunal que acordar el cese de la actividad supondría un quebranto irreparable a la recurrente al tener en cuenta los efectos sobre la clientela vinculada al estudio de danza y a su prestigio, lo cual equivaldría a frustrar la finalidad del recurso.

5. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Revisión de oficio

a) Denegación de revisión de oficio: necesidad de resolución expresa

La **STSJ de Castilla y León de 7 de abril de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.ª), Sentencia núm. 856/2011, conoce de la impugnación de la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la petición de revisión de oficio del artículo 102 LRJPAC. En este caso, no se dicta resolución expresa en la que se haya desestimado o inadmido la revisión de oficio por lo que, en opinión del Tribunal, lo que procedería, desde un punto de vista formal, es anular la resolución presunta recurrida, con el fin de que la Administración tramitase y ultimase el correspondiente expediente, dictando la resolución que procediera en derecho. Más, como sucede que, siquiera sea por el elevado tiempo transcurrido desde que se dictó la Orden cuya nulidad se pide (nueve años), es claro que en ningún caso podrá prosperar la petición de nulidad formulada, por razones de economía procesal y con el fin de evitar más dilaciones, el Tribunal dicta un pronunciamiento de desestimación de la revisión de oficio.

B) Recursos administrativos

a) Alcance de la revisión de reclamación económico-administrativa

La **STS de 7 de abril de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4.ª), recurso de casación núm. 872/2006, se pronuncia sobre las facultades de los órganos económico-

administrativos. En este caso concreto, al resolver la reclamación económico-administrativa el TEAC acordó estimar parcialmente la reclamación, anulando la liquidación y el acuerdo sancionador, que debían ser sustituidos por sendos actos de conformidad. El Tribunal parte del artículo 40 del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo, que concuerda con lo dispuesto en el artículo 169 de la LGT, «las reclamaciones tributarias atribuyen al órgano competente para decidirlos en cualquier instancia la revisión de todas las cuestiones que ofrezca el expediente de gestión y el de reclamación ante el órgano inferior, hayan sido o no planteadas por los interesados, a quienes se le expondrá para que puedan formular alegaciones».

La extensión de la facultad de revisión que otorga la ley a los órganos económico-administrativos, como sin duda se desprende del texto del artículo citado, es amplísima, en tanto que aquel texto no ofrece limitación alguna, comprendiendo, pues, todos los supuestos susceptibles de revisión, desde la mera modificación a la nulidad radical, pasando por decidir cuantas cuestiones se deriven del expediente. Por ello, la posibilidad de ordenar al órgano competente que girara una nueva liquidación, es una opción de las que legítimamente le corresponde, pues es la propia ley la que autoriza la revisión sin restricciones, comprendiendo, claro está, la de ordenar nueva liquidación atendiendo a la real trascendencia fiscal de las operaciones examinadas.

Ciertamente, tan amplias facultades deben ir acompañadas por las garantías necesarias para preservar la seguridad jurídica subjetiva y la defensa en plenitud de los interesados.

b) Improcedencia de recurso extraordinario de revisión

La **STSJ de Castilla y León de 19 de abril de 2011** (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1.^a), Sentencia 945/2011, recuerda los requisitos para la admisión de un recurso extraordinario de revisión del artículo 118 LRJPAC, que exige que se trate de errores materiales o de hecho, que habrán de ser manifiestos y resultar de una forma patente, de modo que no existan dudas acerca de su existencia. De esta suerte, habrán de quedar excluidas del concepto de «error de hecho» aquellas cuestiones relativas a interpretación, determinación o aplicación indebida de las normas, así como la apreciación misma de las pruebas. Además, dado el carácter excepcional del recurso, habrá de ser interpretado restrictivamente, siendo necesario examinar si en el caso concurre o no el error de hecho denunciado, debiendo tenerse en cuenta que es necesario que concurra error no en los preceptos aplicables, sino en los supuestos de hecho, es decir, que los hechos en virtud de los cuales se ha dictado el acto sean inexactos o no se correspondan a la realidad. Aplicando la anterior doctrina al caso objeto del proceso, concluye el Tribunal que es procedente la desestimación del recurso extraordinario de revisión.

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) **Concepto de «contrato público de obras».**
 3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN.
 - A) **Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por causa justificada de interés público. Compensación de los gastos que tuvo que realizar una empresa licitadora.**
 4. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.
 - A) **Aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible en la ejecución de los contratos administrativos.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

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

2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) **Concepto de «contrato público de obras»**

La **STJUE de 26 de mayo de 2011**, Asunto C-306/08, apartados 88 a 91, afirma que de acuerdo con el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, y del artículo 1, apartado 2, letra b) de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de

los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, el concepto de «contratos públicos de obras» se refiere a los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos, por una parte, y una o varias entidades adjudicadoras, por otra, que tengan por objeto: a) conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II de la Directiva 93/37 y en el anexo I de la Directiva 2004/18, o de una obra definida en el artículo 1, letra c), de la Directiva 93/37 y del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18; o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora.

Asimismo, reitera la STJCE que un contrato sólo puede considerarse «contrato público de obras» si su objeto responde a la definición dada en el apartado anterior. En ningún caso, las obras accesorias que no formen parte del objeto del contrato pueden justificar la clasificación de éste como contrato público de obras [así se desprende de los considerandos decimosexto de la Directiva 92/50 y décimo de la Directiva 2004/18 en relación con el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 y el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, respectivamente].

Además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué cuerpo normativo de la Unión referente a la contratación pública debe en principio aplicarse. Esta determinación debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que sólo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato.

3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) **Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por causa justificada de interés público. Compensación de los gastos que tuvo que realizar una empresa licitadora**

La **SAN de 13 de junio de 2011**, recurso contencioso-administrativo núm. 381/2010, FFDD 2.º y 3.º, analiza un supuesto en el que en un procedimiento de contratación, una vez realizada por la mesa de contratación la revisión de la documentación administrativa y calificación, y la posterior a la apertura de las ofertas económicas, el órgano de contratación dicta resolución por la que renuncia a la celebración del referido contrato por razones de interés público, motivadas por los recortes presupuestarios acordados por el Consejo de Ministros, sin que se hubiera adjudicado provisionalmente.

Una de las empresas licitadoras reclama a la Administración una indemnización en compensación por los gastos incurridos para licitar en el referido concurso por los siguientes conceptos: por los trabajos de preparación de piezas; aval prestado y comisión trimestral del aval. La entidad recurrente considera que debe ser compensada en los gastos que tuvo que realizar para poder presentar un proyecto en dicha campaña publicitaria, pues se trataba de una campaña publicitaria muy específica (versaba sobre el DNI electrónico) por

lo que no es posible aprovechar lo ideado, planificado y gastado en esta campaña para estos proyectos. A su juicio, no es lo mismo acudir a un concurso y no ser elegido, en cuyo caso se asumen los gastos, que la imposibilidad de hacerlo por haberse renunciado a la campaña en cuyo caso, a su juicio, los gastos son absolutamente inútiles al no poderlos usar para otras campañas ni otros clientes.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la SAN considera compensables los gastos financieros causados por la concesión del aval desde el día de su aportación al expediente administrativo hasta el día de su devolución. Sin embargo, no estima procedente la compensación del resto de los gastos reclamados, al considerar que forman parte de los gastos que derivan de la actividad de la empresa, de acuerdo a lo previsto en el artículo 139 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Tales gastos no deben ser compensados cuando la Administración por causas justificadas renuncia a la continuación del concurso, pues este supuesto es asimilable a aquellos en los que la empresa no resulta ser adjudicataria de un concurso o se declara desierto el concurso. En estos casos, los licitadores que concurren tienen que realizar un trabajo y un desembolso para preparar la mejor oferta y el proyecto más interesante para ser adjudicatarios del concurso. No se aprecian, en contra del criterio sostenido por la parte recurrente, diferencias entre uno y otro supuesto pues en ambos la empresa realiza un trabajo y unos gastos destinados a fin concreto (en este caso la preparación de una campaña publicitaria) que no resultan trasladables o utilizables en otras campañas, dadas las singularidades que cada una de ellas presenta y, sin embargo, ello no determina el derecho a obtener una indemnización por tal concepto. Se trata de actuaciones que deben considerarse implícitas a su libre decisión de participar en un concurso, un riesgo inherente a la presentación de un proyecto a un concurso en el que se ha de contar con la posibilidad de no resultar adjudicatario del mismo, por lo que se considera que tales gastos no han de ser indemnizados cuando, como en el supuesto que nos ocupa, el concurso se suspende por la concurrencia de una causa justificada, cuya existencia no ha sido cuestionada en el procedimiento.

4. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) **Aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible en la ejecución de los contratos administrativos**

La SAN de **26 de mayo de 2011**, recurso contencioso-administrativo núm. 1076/2010, FFDD 2.º y 3.º, analiza un supuesto en el que la empresa adjudicadora solicita de la Administración una indemnización en aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible «por incrementos extraordinarios en los precios de productos litigantes bituminosos durante la ejecución de las obras del proyecto “Autovía A-42, de Levante a Extremadura. Tramo Ciudad Real-Puertollano. Subtramo Poblete (S)-Argamasilla de Calatrava (N)”, como indemnización adicional a la revisión de precios derivada del incremento del precio de los litigantes en el momento de la ejecución de las obras».

Ante ello, la SAN esgrime que el principio general en la contratación administrativa de riesgo y ventura conlleva a que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Sector

Público, siendo la obligación del contratista una obligación de resultado. Añadiendo que el cauce indemnizatorio previsto, parte de la idea de culpabilidad, negligencia o incumplimiento de sus obligaciones imputable a la Administración, rigiendo supletoriamente los artículos 1105 y 1124 del Código Civil, por lo que si no existe esta culpabilidad de la Administración —y salvo los casos de fuerza mayor— toda actuación ajena a las partes cae dentro de los riesgos imprevisibles que debe asumir el contratista, en virtud del principio de riesgo y ventura.

A mayor abundamiento, señala la SAN que «el Tribunal Supremo, en diferentes sentencias (por todas, de 18 y 25 de abril y 6 de mayo de 2008), ha enfatizado la vigencia del principio de riesgo y ventura en casos como el presente, con indicación de que el solo incremento de los precios de los materiales del contrato únicamente puede tener trascendencia cuando se produzca un verdadero y real desequilibrio económico financiero». Entendiendo que en el caso analizado, «el posible incremento de coste de los litigantes era circunstancia que la ahora actora debía conocer y prever, que consta en autos que hubo una revisión de precios, que la certificación final se verificó sin formulación de salvedad alguna, que, según su propia valoración, el aumento de los precios de los litigantes supuso una influencia del 3,30% sobre el importe de la liquidación definitiva, y que, además, no existe una acreditación exacta y objetiva al efecto, más allá de una nutrida documentación de parte, por lo que la Sala, tal como la doctrina legal aconseja, ha de ponderar, a la vista de esas circunstancias, preprocesales y procesales, el caso concreto, deduciendo si ha habido o no desequilibrio financiero, lo que aquí no es dable inferir, bajo el prisma del principio de riesgo y ventura y de la consideración de que tampoco se advierta enriquecimiento injusto alguno por parte de la Administración, extremos que inevitablemente desembocan en una decisión desestimatoria».

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL.

- A) **Alteración de términos municipales. El deslinde consensuado y firmado por los Ayuntamientos afectados es conforme a Derecho.**
- B) **Competencias municipales. Regulación de telecomunicaciones: limitaciones a la instalación de antenas.**
- C) **Denominación de las entidades locales. Mayoría legalmente exigible para la adopción de acuerdos en materia de alteración del nombre y de la capitalidad del municipio. Contradicción sobrevenida entre el criterio legal previsto en la Ley autonómica y el que hoy establece el artículo 47.2 LRBRL, después de la modificación introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre. Doctrina constitucional sobre las consecuencias que la modificación sobrevenida de las bases estatales genera sobre la norma autonómica de desarrollo preexistente.**
- D) **Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales.**
 - a) **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.**
 - b) **Derecho a formular ruegos y preguntas en los plenos ordinarios.**
- E) **Organización municipal. Motivación del nombramiento por el sistema de libre designación del Secretario General del Pleno.**

2. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS.

Competencia para aprobar los Estatutos de los Colegios de Abogados Territoriales.

3. FEDERACIONES DEPORTIVAS.

Alcance de sus potestades administrativas a la hora de publicar resultados deportivos y aplicación de la normativa de protección de datos a estas entidades.

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL

- A) **Alteración de términos municipales. El deslinde consensuado y firmado por los Ayuntamientos afectados es conforme a Derecho**

La **STS de 8 de marzo de 2011** (recurso 3288/2009) resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Carballo contra la sentencia dictada por la Sección Segunda

de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia de fecha veintidós de noviembre de dos mil siete contra el Decreto 83/2004, de 23 de abril, por el que se resolvió el expediente de deslinde entre los términos municipales de los Ayuntamientos de Coristanco y Carballo declarando no haber lugar al recurso.

El Tribunal de instancia llegó a la conclusión de que el Decreto impugnado era conforme a Derecho puesto que sostiene en el fundamento jurídico tercero de su sentencia que, habida cuenta que de acuerdo con la citada doctrina jurisprudencial hay que dar preferencia al deslinde consensuado en el año mil novecientos veintiocho «en el que intervinieron y firmaron el acta correspondiente además de los representantes de los Ayuntamientos de Coristanco y Ponteceso, el segundo y el tercer teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Carballo, apareciendo además en ella los sellos de los tres Ayuntamientos, mientras que en el año mil ochocientos ochenta y nueve, no consta intervención alguna de representantes del de Coristanco».

Contra la citada sentencia se aduce al amparo del artículo 88.1.d) LJCA un único motivo de casación que se fundamenta en la errónea interpretación y aplicación de las Leyes de 30 de septiembre de 1870 y 23 de marzo de 1906, así como el Real Decreto de 30 de agosto de 1889 y jurisprudencia que lo aplica, ya que, a su juicio, la sentencia parte de una premisa errónea, cual es, que existen deslindes anteriores y consensuados, por lo que, en su opinión, debe prevalecer el deslinde de mil ochocientos ochenta y nueve. Sostiene además el recurrente que el Tribunal *a quo* omite toda referencia a los vicios denunciados en el deslinde de mil novecientos veintiocho, por la falta de designación de representante por el Ayuntamiento de Carballo.

El TS estima que, tal y como ya argumentó en su STS de 30 de noviembre de 2010, que la integración de otros hechos son intrascendentes atendido el contenido de la sentencia impugnada, pues la Sala de instancia al valorar las pruebas practicadas en autos, terminantemente declara la preferencia del deslinde practicado en el año mil novecientos veintiocho, consensuado por ambos Ayuntamientos, mientras que frente al realizado en el año mil ochocientos ochenta y nueve no se puede predicar esta circunstancia.

Por otra parte, la sentencia recurrida resolvió todas las cuestiones planteadas en el recurso, por lo que no incurrió en los vicios de incongruencia y falta de motivación, que debieron fundamentarse en el artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional pues el Juzgador debe explicar la interpretación y aplicación del Derecho que realiza, pero no le es exigible una puntual respuesta de todas las alegaciones y argumentaciones jurídicas que las partes puedan efectuar. El TS, finalmente, aprovecha para recordar la limitación que tiene en sede casacional este Tribunal para revisar la apreciación de la prueba realizada en la instancia, pues esto sólo es posible, cuando su valoración haya sido ilógica, arbitraria, irracional o contraria a los Principios Generales del Derecho; extremo que en el caso enjuiciado, ni siquiera ha sido planteado por la Corporación municipal recurrente.

B) Competencias municipales. Regulación de telecomunicaciones: limitaciones a la instalación de antenas

Ya analizamos en el número anterior la STS de 15 de marzo de 2011 (recurso 4803/2007), en la que se contenía un análisis sobre la doctrina jurisprudencial en materia de limitacio-

nes a la instalación de antenas, en la que se analizaba corrección jurídica de la Ordenanza municipal del Ayuntamiento de Valladolid aprobada por Acuerdo del Pleno de 5 de noviembre de 2002. En el período consultado para la elaboración de esta crónica, el Tribunal Supremo se ha vuelto a pronunciar, por **STS de 12 de abril de 2011** (recurso 1809/2008), sobre la legalidad de la citada Ordenanza en el seno de un recurso de casación interpuesto por otra de las operadoras afectadas frente a la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 6 de noviembre de 2007, que estimaba parcialmente el recurso contencioso interpuesto, que fue desestimado.

Aunque los fundamentos jurídicos de esta segunda sentencia se corresponden básicamente con los de la anterior, se añade aquí un pronunciamiento sobre la validez de la exigencia municipal a las operadoras de presentar un plan técnico de implantación, que contemple sus previsiones de instalación de elementos de radiocomunicación en el término municipal, lo que a juicio del Tribunal Supremo tiene cabida en las competencias municipales en la materia, como ya se sostuvo en las SSTS de 4 de mayo y de 5 de octubre de 2010 (recursos 4801 y 5973/2006), en las que se manifestó que la finalidad de dicha exigencia es racionalizar el uso del dominio público y reducir el impacto negativo que sobre el medio ambiente ejercen las instalaciones de radiocomunicación, y en las que se reiteró la doctrina fijada en las SSTS de 24 de mayo de 2005 y 17 de enero de 2009, que disponen:

«En las sentencias de veinticuatro de mayo de dos mil cinco —recurso 2603/2006— y de 17 de enero de 2009 —recurso 5583/2007—, hemos razonado que “la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que antes se han relacionado. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento”».

C) Denominación de las entidades locales. Mayoría legalmente exigible para la adopción de acuerdos en materia de alteración del nombre y de la capitalidad del municipio. Contradicción sobrevenida entre el criterio legal previsto en la Ley autonómica y el que hoy establece el artículo 47.2 LRBRL, después de la modificación introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre. Doctrina constitucional sobre las consecuencias que la modificación sobrevenida de las bases estatales genera sobre la norma autonómica de desarrollo preexistente

Mediante acuerdo plenario de 29 de noviembre de 2004 el Cabildo Insular de Tenerife, previo acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de San Juan de la Rambla de 7 de abril de 2004, aprobó definitivamente la alteración de la capitalidad de ese municipio por mayoría absoluta del número legal de sus miembros. Una asociación de vecinos interpuso contra el citado acuerdo recurso contencioso-administrativo por considerar que la citada mayoría, si bien se ajustaba al *quorum* exigido en el artículo 47.2.d) LRBRL, no cumplía sin embargo el previsto por su parte en el artículo 131.2 de la Ley autonómica 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones públicas de Canarias, y que exige para ese tipo de

acuerdos «el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, la mayoría absoluta del número legal de miembros de la [correspondiente] Corporación».

En su recurso la asociación recurrente solicitó al órgano judicial que, en el caso de considerar que el citado precepto autonómico pugnaba con lo dispuesto en la legislación básica del Estado, planteara ante el Tribunal Constitucional la oportuna cuestión de inconstitucionalidad. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santa Cruz de Tenerife rechazó plantear la cuestión de inconstitucionalidad solicitada por considerarlo innecesario para resolver el conflicto normativo denunciado por la recurrente, pues en su criterio «el precepto básico estatal [artículo 47.2.d) LRBRL] debe prevalecer sobre el precepto dictado por la Comunidad Autónoma en [su] desarrollo» y, en consecuencia, desestimó el recurso.

Interpuesto recurso de apelación, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias lo desestimó y confirmó el criterio de instancia afirmando que no cabe plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando el conflicto de normas detectado puede resolverse por vía interpretativa, como entendió era precisamente el caso en el que, de acuerdo con la técnica del «desplazamiento», «las normas autonómicas existentes en materias que regula posteriormente el Estado en virtud del ejercicio de sus competencias pierden su eficacia».

Con estos antecedentes, y luego de promover sin éxito el oportuno incidente de nulidad de actuaciones, la asociación recurrente interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional denunciando que las citadas Sentencias vulneraron su derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión (artículo 24.1 CE) al inaplicar una ley posconstitucional válida y en vigor sin haber planteado previamente la preceptiva cuestión de inconstitucionalidad.

Como podrá advertirse enseguida bajo el particular conflicto planteado en el presente asunto luce un problema constitucional de primer orden: dilucidar si la renovación de la legislación básica del Estado determina la invalidez de la legislación autonómica sobrevenidamente incompatible con las nuevas bases estatales o, en cambio, provoca simplemente su desplazamiento y pérdida de eficacia en virtud del principio de prevalencia del artículo 149.3 CE.

Naturalmente, las consecuencias de seguir una u otra solución son igualmente muy significadas. En el primer caso, el juez ordinario que conozca del asunto no podrá por propia iniciativa inaplicar el precepto legal autonómico por su posible contradicción con la Constitución, sino que deberá promover la oportuna cuestión de inconstitucionalidad. En el segundo, en cambio, el juez ordinario podrá inaplicar la norma autonómica sin necesidad de plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad.

La **STC 66/2011, de 16 de mayo**, se pronuncia a favor de la primera solución. De modo congruente otorga el amparo solicitado afirmando que las Sentencias impugnadas, al dejar inaplicado el citado precepto autonómico por razón de su posible contradicción con la Constitución sin haber promovido una cuestión de inconstitucionalidad, vulneraron los derechos de la asociación demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE). En consecuencia, el Tribunal declara la nulidad de las Sentencias impugnadas y ordena retrotraer las actuaciones

al momento anterior al de dictar la Sentencia de instancia para que el órgano judicial dicte otra respetuosa con los citados derechos fundamentales.

Para llegar a esta conclusión, que es la misma a la que el Tribunal Constitucional había llegado ya en la STC 1/2003, de 16 de enero, la Sentencia recuerda que «la disconformidad sobrevenida de las disposiciones autonómicas cuestionadas con las nuevas bases adoptadas por el legislador estatal determina la actual inconstitucionalidad de aquellas disposiciones originariamente respetuosas del orden constitucional de distribución de competencias, pues debe recordarse que es doctrina de este Tribunal que la normativa estatal a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas en procesos constitucionales en los que se controla la eventual existencia de excesos competenciales ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión por parte de este Tribunal sobre la regularidad constitucional de los preceptos recurridos» (FJ 4). Lo que en el caso considerado determina que el canon de enjuiciamiento sea el constituido por el *ius superveniens*, esto es, por el artículo 47.2.d) LRBRLE en la redacción dada al mismo por la Ley 57/2003, y que resulta incompatible con lo dispuesto en el artículo 131.2 de la Ley autonómica 14/1990.

En consecuencia, para el Tribunal Constitucional, «la modificación de la legislación básica estatal no ha determinado el desplazamiento o la pérdida de eficacia de la norma autonómica, sino su inconstitucionalidad sobrevenida». Pero esta conclusión y la consecuente depuración del ordenamiento es una decisión «que corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes».

El Magistrado Sr. Delgado Barrio, que ya había manifestado su opinión discrepante a la citada STC 1/2003, firma un interesante voto particular alertando nuevamente sobre el abandono del principio de prevalencia del artículo 149.3 CE en el que termina la tesis mayoritaria, y que es en su criterio, «ante todo y sobre todo, una inaplicación de la Constitución». Y para probarlo subraya las «sorprendentes» consecuencias prácticas en las que desemboca la inaplicación del citado principio y que cifra señaladamente en el inevitable y «complejo peregrinaje procesal» a que obliga la Sentencia de la que discrepa y que, según subraya, ha de concluir paradójicamente con el dictado de una nueva sentencia jurisdiccional con el «mismo fallo que la que ahora anulamos».

D) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales

- a) *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*

Según era de esperar, en el período consultado abundan 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 anterior, resulten de 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 convocaban 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 70 a 72/2011, de 17 de mayo, 76 y 77/2011, de 27 de mayo, 81 a 86/2011, de 6 de junio, 90 a 94/2011, de 13 de junio, 95 a 98/2011, de 17 de junio, y 100 a 103/2011, de 20 de junio.** En total veinticuatro Sentencias, a las que hay que sumar las más de cinco 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 anterior.

b) Derecho a formular ruegos y preguntas en los plenos ordinarios

En el pleno del Ayuntamiento de Santo Domingo de la Calzada de 27 de abril de 2010, en el apartado de ruegos y preguntas, una concejala hizo unas desafortunadas declaraciones sobre la actuación del Ayuntamiento a la luz de unos trágicos sucesos sucedidos en una ciudad hermanada. Como consecuencia de dicha intervención, el Alcalde exigió a la concejala que se retractase y pidiese disculpas al equipo de Gobierno, o no le permitiría hacer uso de la palabra. El 30 de abril el Alcalde le dirigió escrito instando a que pidiese disculpas por su comentario. En los plenos de 1 y 29 de junio de 2010, el Alcalde reafirma su voluntad de no permitirle hablar, salvo si es para pedir disculpas por sus comentarios. Frente a esa decisión, la concejala interpuso recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Logroño, que entendió que esa actuación no suponía privación de su derecho a la participación en los asuntos públicos previsto en el artículo 23 de la Constitución.

Recurrida la sentencia anterior en apelación, el **TSJ de La Rioja, por Sentencia de 8 de marzo de 2011** (recurso 10/2011), lo estima entendiendo que tal derecho fundamental sí se ha vulnerado. Ello deriva del análisis de la propia normativa de régimen local.

Así, el artículo 12 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, establece que los miembros de las Corporaciones Locales tienen el derecho y el deber de asistir, con voz y voto, a las sesiones del Pleno y a las de aquellos otros órganos colegiados de que formen parte. Entre las atribuciones del Pleno, según establece el propio Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales en su artículo 50.2 contempla la de controlar y fiscalizar los órganos de gobierno municipales, pudiendo para ello formularse proposiciones, mociones, ruegos y preguntas. Más adelante, el Reglamento en su artículo 97 establece que en las sesiones ordinarias del Pleno cualquier miembro de la

corporación puede formular ruegos y preguntas, tanto orales como escritas (en los puntos 6 y 7 de este precepto se define qué se entiende por ruego y pregunta). En consecuencia, vistos los artículos anteriores, cualquier miembro de la corporación tiene derecho a plantear ruegos y preguntas, no sólo los portavoces de los grupos municipales.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo afirma que, de acuerdo al artículo 95 de este reglamento, el único medio previsto legalmente para corregir la actuación de un miembro de la Corporación Local que profiera palabras o conceptos ofensivos al decoro exigido es el llamamiento al orden por parte de su Presidente, que, de no ser atendido tras tres llamadas en la misma sesión, puede dar lugar a que el Alcalde le ordene el abandono de la reunión y, de no hacerlo, lo expulse. La corrección puede tener su respuesta en la misma sesión, pero no existe cobertura legal alguna para imponer el silencio de un concejal de forma permanente. No puede ser, pues, condicionado o limitado el derecho de un concejal a formular ruegos y preguntas, como sanción por su intervención en una sesión anterior, pues ello no puede ampararse en las facultades de dirección y orden que corresponden al Alcalde durante el desarrollo de los plenos.

E) Organización municipal. Motivación del nombramiento por el sistema de libre designación del Secretario General del Pleno

La STSJ de las Islas Baleares de 10 de marzo de 2011 (recurso 222/2010), estima el recurso de apelación interpuesto frente al nombramiento efectuado por el Ayuntamiento de Palma para el cargo de Secretario General del Pleno municipal, que recayó en una persona mediante el sistema de libre designación, tras la convocatoria efectuada en Resolución de 3 de febrero de 2009 de la Dirección General de Cooperación Local del citado Ayuntamiento.

La sentencia apelada, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Palma, consideró que el cargo de Secretario General del Pleno del Ayuntamiento está sometido al régimen de libre designación por tratarse de un cargo directivo conforme establece el artículo 130.1 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local y es, por tanto, un cargo de confianza. En consecuencia, el ámbito de discrecionalidad de la Administración para adoptar la decisión es amplio. Ese parecer es confirmado por la Sala del Tribunal de apelación, manteniendo su criterio dictado en sentencias anteriores (de 18 de octubre de 2002 y de 13 de junio de 2003), en las que se decía que los puestos de confianza y de alta responsabilidad son puestos susceptibles de ser cubiertos por la vía de la libre designación. Y el puesto de Secretario General es, según la Sala, un puesto directivo y de alta responsabilidad, si bien «la responsabilidad que supone el ejercicio de ese cargo, en la relación interadministrativa exige una base de mutua confianza precisamente por la capacidad decisoria que ostenta, lo cual exige una buena sintonía entre los máximos responsables de esa administración». Esto se deduce del conjunto de competencias que le son reconocidas por el artículo 122.5 de la Ley de Bases del Régimen Local y de los artículos 37 y siguientes del Reglamento Orgánico del Pleno del Ayuntamiento de Palma. Por ello, y según ha señalado el Tribunal Constitucional, la pérdida de confianza en el responsable de ese puesto comporta automáticamente el cese en el cargo, pues «para el desempeño de un puesto de libre designación resulta indispensable la existencia de una relación de confianza garante del buen funcionamiento del servicio, y que, cuando se trata de un puesto de libre desig-

nación, el nombramiento, y también el cese, son discrecionales» (SSTC 190/2001, de 1 de octubre y 127/1995, de 25 de julio).

Ahora bien, hay que tener en cuenta la doctrina sobre la necesidad de motivar los nombramientos efectuados por el sistema de libre designación, de acuerdo con lo establecido, entre otras, en la STS de 30 de septiembre de 2009, pues la libertad de la que dispone la Administración para efectuar esos nombramientos no es absoluta, sino que se encuentra limitada por los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a los cargos públicos, previstos en los artículos 23.2 y 103 de la Constitución, excluyendo cualquier atisbo de arbitrariedad, prohibido en el artículo 9.3 de la Norma Fundamental. Esa exigencia de motivación, que contempla el artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ha de incluir una valoración del perfil de los candidatos y, en particular, aquellos méritos que, coincidentes con los hechos e intereses que concurren en esa plaza, justifican la designación efectuada, pues, como dice el Tribunal es esa motivación «la que aporta transparencia al procedimiento selectivo y enerva todo atisbo de arbitrariedad y voluntarismo en la selección y permite el control jurisdiccional posterior para constatar el respeto y sometimiento a los principios constitucionales».

Pues bien, la Sala considera que la motivación en el supuesto de autos es insuficiente y no permite la revisión de esa decisión. Para llegar a esta conclusión, entiende que la administración municipal es libre y soberana en las amplias facultades discrecionales que ostenta para decidir cuál o cuáles de los méritos que ostentan los candidatos presentados se consideran preponderantes y prioritarios para ejercer el puesto de trabajo para una mejor satisfacción de los intereses públicos. Ahora bien, aunque sea un nombramiento de libre designación y en el substrato de la relación interadministrativa se contemple una especial relación de confianza en la persona que ha de llevar a cabo esas tareas de alta responsabilidad propias del puesto directivo de que se trata, sin embargo, no es posible exonerar a la Administración de llevar a cabo una motivación suficiente que justifique y explique la decisión adoptada, porque lo contrario no permite excluir una decisión adoptada en base a un mero voluntarismo, cayendo en una decisión de carácter arbitrario con vulneración de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución, que desborda los límites de la discrecionalidad administrativa y no respeta los principios constitucionales de mérito y capacidad.

En el presente caso, no se ha dicho cuál es el perfil que se considera conveniente para ocupar el puesto. Tampoco se han evaluado los méritos de los candidatos y no se explica cuál es el perfil de la persona nombrada y por qué se la considera de forma preponderante sobre el resto de los candidatos. Por lo tanto, no se motiva en qué medida y por qué los méritos alegados por la candidata elegida resultan preferentes sobre los del resto de aspirantes. Sólo con la motivación de todos esos extremos es posible la revisión jurisdiccional posterior y el examen de la decisión administrativa adoptada.

Al constituir la apreciación de la motivación insuficiente un vicio de naturaleza formal, la Sala anula el acto impugnado y ordena la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la emisión del informe que constituye la base de la decisión del nombramiento por el órgano competente, con el fin de que sea emitido uno nuevo que cumpla las exigencias de motivación necesarias.

2. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

Competencia para aprobar los Estatutos de los Colegios de Abogados Territoriales

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid dictó Sentencia de fecha 9 de mayo de 2007 desestimando el recurso interpuesto por el Colegio Provincial de Abogados de La Coruña contra la desestimación presunta del recurso de reposición deducido frente al Acuerdo del Pleno del Consejo General de la Abogacía Española, que denegaba: a) declinar la competencia en relación a la aprobación de los Estatutos particulares del Colegio de Abogados de La Coruña y b) la aprobación de su artículo 1.2 que establecía el ámbito territorial del Colegio. Interpuesto recurso de casación por el actor, el **TS** declara en su **Sentencia de 13 de abril de 2011** (recurso 3208/07) no haber lugar al recurso, con condena en costas de la corporación recurrente.

La actora en el recurso plantea que a) como consecuencia del Real Decreto 1643/1996, de 5 de julio, el Consejo General de la Abogacía Española carece de competencias para aprobar los Estatutos particulares de los Colegios de Abogados Gallegos, pues no es legislación básica del Estado y, por tanto y conforme al artículo 18.1 de la Ley de Colegios Profesionales de Galicia 11/2001, de 18 de septiembre, la competencia corresponde a la Consellería competente de la Junta Gallega y b) Que, en cualquier caso, nos encontramos ante un conflicto entre Colegios de Abogados Gallegos acerca de la extensión territorial de sus competencias, cuya resolución compete —artículo 26.d) de la expresada Ley Gallega de Colegios Profesionales— al Consejo de la Abogacía Gallega.

Sin embargo, el TS avala los argumentos del TSJ. La Sala de instancia rechaza con toda rotundidad que nos encontremos ante un conflicto entre Colegios de Abogados de la Comunidad Autónoma Gallega, sino en presencia de un Proyecto de Estatutos particulares del Colegio de Abogados de La Coruña sometido a la aprobación del Consejo General de la Abogacía Española, que ha denegado la aprobación de un apartado del artículo 1 de dicho Proyecto. En su sentencia afirma que no existe la pretendida antinomia entre el Estatuto General de la Abogacía Española —en aplicación de cuyo artículo 68.g) le compete «aprobar los Estatutos particulares elaborados por cada Colegio y sus reformas»— y el artículo 18.1 de la Ley del Parlamento Gallego de Colegios Profesionales 11/2001, pues sus competencias son distintas y se mueven en parámetros diferentes.

Recoge a continuación la sentencia, en apoyo de su argumento la Sentencia del TS de 17 de diciembre de 2003 que «estamos ante un procedimiento bifásico o, si se prefiere, complejo, o sea ante un procedimiento de procedimientos, y que el acto jurídico —de contenido normativo— que a través de él emerge, es un acto complejo, integrado por dos voluntades, cuya concurrencia es necesaria para que el Estatuto General se perfeccione (la publicación posterior en el BOE es un requisito de eficacia): la elaboración y aprobación por el Consejo General de que se trate y la posterior aprobación por el Gobierno. Pero el texto se elabora y se aprueba en la primera fase, la fase corporativa, a reserva de las eventuales observaciones que pueda formular el Gobierno, a fin de depurar el texto de posibles ilegalidades —y así lo tiene dicho este Tribunal Supremo—. Por eso, el Gobierno no puede elaborar un nuevo texto o modificar el sometido a su aprobación; lo que puede hacer es negar su aprobación, expresando las razones de esa negativa, y devolver al Consejo el texto definitivo que éste le remitió para su reconsideración».

Añade la sentencia que esa primera fase, corporativa, comprende la elaboración por cada Colegio de su proyecto de Estatutos particulares que ha de ser aprobado por el Consejo General de la Abogacía, y la segunda fase, posterior —aprobación por el órgano competente de la Xunta—, con la que surge el acto jurídico de contenido normativo para cuya eficacia será preciso su publicación en el Boletín de la Comunidad Autónoma Gallega. En tal sentido recuerda la Sala el contenido del artículo 18.1 de la Ley de Colegios Profesionales de Galicia, conforme al cual, «Los colegios profesionales comunicarán a la Consellería competente en materia de colegios profesionales los estatutos aprobados, así como sus modificaciones a los efectos de su aprobación definitiva, previa calificación de legalidad, e inscripción en el registro de colegios. La aprobación definitiva deberá producirse en el plazo máximo de seis meses; transcurrido el citado plazo sin declaración expresa, la misma se entenderá de carácter favorable. La resolución de carácter desfavorable, que deberá ser motivada, determinará la devolución de los estatutos. Aprobados los estatutos, se publicarán en el Diario Oficial de Galicia mediante orden de la Consellería competente en materia de colegios profesionales».

Partiendo de estas premisas entiende la Sala que la cuestión sometida a debate viene desde antiguo y, en concreto, del Decreto de 25 de abril de 1953, y radica en la subsistencia de Colegios de Partido (con jurisdicción limitada al partido judicial correspondiente) y de Colegios Provinciales (con jurisdicción en todo el territorio de la provincia, salvo el partido judicial correspondiente al Colegio de Partido, si existiera). Y precisa que «la fórmula por la que optó el artículo 2.3 del Estatuto General de la Abogacía —legítima como podía haber sido otra, con independencia de las preferencias de cada uno— fue: 3. En las provincias con varios Colegios de Abogados, cada uno de ellos tendrá competencia exclusiva y excluyente en el ámbito territorial que tenía al promulgarse la Constitución española de 1978, cualquiera que sea el número de partidos judiciales que ahora comprenda. 4. La modificación de las demarcaciones judiciales no afectará al ámbito territorial de los Colegios de Abogados, que tendrán competencia en los nuevos partidos judiciales que puedan crearse en su territorio. 5. En caso de creación de partidos judiciales que comprendan territorios de distintos Colegios, éstos podrán acordar la modificación de su ámbito territorial a fin de que la competencia colegial afecte a partidos judiciales completos, salvo que los Colegios interesados convengan otra cosa. Si no se alcanzare acuerdo entre los Colegios, el Consejo de Colegios de la respectiva Comunidad Autónoma o, en su defecto, el Consejo General de la Abogacía atribuirá la competencia colegial, ponderando adecuadamente las circunstancias concurrentes».

La cuestión, entiende la Sala, queda pues reducida a determinar el ámbito territorial al que extendía su competencia el Colegio demandante en la fecha en la que se promulgó la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, y precisa que «Los problemas que surgieron como consecuencia de las modificaciones introducidas en las demarcaciones judiciales por el Decreto de 11 de noviembre de 1965 (demarcaciones vigentes en diciembre de 1978) —con percusión clara en los Colegios de Abogados de partido y provinciales—, motivó la publicación de la Orden de 16 de julio de 1968, dictada al amparo de la autorización otorgada por el artículo 10 del Decreto “para adoptar las determinaciones que exija el cumplimiento y ejecución” y, ciertamente y aun cuando el Decreto se limitaba a la modificación de demarcaciones judiciales, no consideramos que la referida Orden se extralimite al establecer un criterio interpretativo para resolver los conflictos, evidentes, surgidos —como

consecuencia de la alteración de los partidos judiciales— entre las dos clases de Colegios de Abogados que resultaban afectados por esas modificaciones y ello cualquiera que fuese la dicción literal del artículo 8 del Decreto de 1965, pues necesariamente las alteraciones de las demarcaciones judiciales tenían que afectar a los Colegios de Partido en primera línea y, por derivación, a los Colegios de Abogados Provinciales, de ahí el tenor del artículo 1 de la citada Orden de 16 de julio de 1968, sin que, a nuestro juicio, suponga vulneración alguna del principio de jerarquía normativa, sino interpretación integradora del Decreto».

Y afirma la sentencia que «No existe tampoco, en este punto, contradicción con la Ley Gallega de Colegios Profesionales 11/2001, de 18 de septiembre (tres meses posterior al Estatuto General de la Abogacía), pues su artículo 11.4 se refiere a los Colegios que se creen en un futuro: “El ámbito territorial mínimo de los colegios de nueva creación será la provincia”, sin que contenga previsión normativa respecto de los ya existentes».

En definitiva, y al no acoger ninguno de los motivos impugnatorios de la Corporación actora, se confirman los particulares impugnados del Acuerdo del Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 20 de febrero de 2004.

3. FEDERACIONES DEPORTIVAS

Alcance de sus potestades administrativas a la hora de publicar resultados deportivos y aplicación de la normativa de protección de datos a estas entidades

La SAN de 1 de abril de 2011 (recurso 329/2009) resuelve favorablemente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación Española de Salvamento y Socorrismo, contra la resolución de fecha 29 de enero de 2010 por la que se desestima el recurso de reposición planteado frente a la anterior resolución de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) de 2 de diciembre de 2010 por la que se impone a la recurrente una multa por importe de 3.000 euros por infracción de lo dispuesto en el artículo 44.3.d) en relación con el artículo 6.1 LOPD, es decir, por haber tratado los datos sin el consentimiento del afectado sin que haya norma legal que lo ampare en el desarrollo de las funciones administrativas de las Federaciones Deportivas.

La resolución de la AEPD se refiere a la naturaleza jurídica de la Federación ahora recurrente y señala que «La Federación publicando las calificaciones del campeonato 2007/2008 ha efectuado una función pública de colaboración con la Administración deportiva en este caso, se debe señalar que esta publicación obtenida en marzo y septiembre 2008, no deriva de la normativa de la Federación Española, que no prevé para la temporada 2007/2008 dicha publicación, sino sólo del listado de salidas y su corrección, tratándose más bien del ámbito propio organizativo de la Federación, sin que exista norma administrativa que la imponga».

Siempre según la AEPD, «la difusión a través de Internet de los datos de los participantes en la competición, no suponen una delegación de competencias públicas, y por tanto la Federación no está en este caso concreto realizando funciones de Administración ni ejerciendo las competencias propias que le atribuye la Ley, obedeciendo sin embargo dicha publicación a la propia iniciativa organizativa de la Federación imputada, no pudiéndose tener

en cuenta las alegaciones formuladas por ésta en el sentido de ejercer competencias propias de una Administración Pública ni actuaciones de colaboración con la Administración.

Además, este tipo de tratamiento consistente en exponer en la web los resultados, implica dar a conocer en sentido extenso los datos de nombre y apellidos, DNI que figuran en los resultados, con lo que la relación que nace entre las dos partes, se da a conocer a terceros en cuanto a los datos de los que son titulares sus portadores, que en principio no consta hayan otorgado su consentimiento para este fin, ni existe norma antes que se difundan los resultados, que habilite tal extremo».

La AEPD entiende que no puede ampararse la publicación en la aplicación del artículo 6.2 LOPD por existir una relación entre Federados y Federación. En este sentido, se puede convenir que el tratamiento de los datos amparados por esta relación debe compatibilizarse con los principios de tratamiento no excesivo y adecuado, y partir de una finalidad «determinada, explícita y legítima» para la que se hayan recogido, principios recogidos en el artículo 4.1 LOPD.

La AEPD matiza que «No puede caracterizarse la publicación de los resultados en la web de la Federación como necesaria para el mantenimiento de la misma, pues antes de esta publicación, de hecho las relaciones entre ambas partes se han mantenido y se han cumplido, siendo dicha publicación un plus que la Federación ha contemplado, si bien al margen de los requisitos informativos y de obtención del consentimiento».

El TS, por su parte, arguye que en cuanto a la condición de Administración de las Federaciones Deportivas, sin perjuicio de reconocer que participan de ciertas funciones de carácter público, la jurisprudencia es uniforme en reconocer un carácter mixto en atención a la clase de funciones que ejercen (STS; Sala Tercera de fecha 22 de diciembre de 2010). El artículo 30.2 de la ley del deporte es claro al decir que las Federaciones deportivas españolas, además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración pública. Por lo tanto, es necesario atender a las funciones que tiene atribuidas por la normativa específica y, como dice la parte recurrente, hay que atender a lo que señala el artículo 33.1 de la Ley cuando señala que las Federaciones deportivas españolas, bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes ejercerán las siguientes funciones: a) Calificar y organizar, en su caso, las actividades y competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal.

En relación con el caso de autos, en lo que se refiere a si la actuación de la Federación, al publicar los resultados del campeonato de Castilla y León con el DNI y el nombre de los clasificados, puede considerarse como ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo por delegación, el TS afirma que «las Federaciones Deportivas ejercen por delegación como función pública de carácter administrativo no sólo la correspondiente al apartado f) del artículo 33.1 (potestad disciplinaria) sino la totalidad de actividades que se describen en el citado precepto. Artículo 33.1.a) de la Ley del Deporte establece que las federaciones deportivas españolas, bajo la coordinación y tutela del Consejo superior de deportes ejercerá las siguientes funciones: “calificar y organizar, en su caso, las actividades y competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal”». Según entiende esta Sala, la publicación de los resultados de las competiciones deportivas no puede sino considerarse la fase final del proceso competitivo cuya organización compete a las federaciones, ejer-

ciendo por delegación funciones públicas de carácter administrativo al amparo del citado precepto. La organización de la competición comprenderá varias fases y no concluirá el ejercicio de la función administrativa por delegación hasta que no se realiza la publicación final de los resultados obtenidos por cada uno de los deportistas participantes.

Ahora bien, la AEPD en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 46 LOPD (según el cual cuando las infracciones a que se refiere el artículo 44 fuesen cometidas en ficheros de los que sean responsables las Administraciones públicas, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará una resolución estableciendo las medidas que procede adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción), debió establecer las medidas que considerase que procedía adoptar para que cesasen o se corrigiesen los efectos de la infracción toda vez que, en estos casos, no se produce el efecto sancionador derivado de la misma infracción en relación a ficheros privados, procediendo, por ello, anular la resolución impugnada por considerar que la Agencia debió abstenerse de sancionar a una entidad como la recurrente cuando ejercía las funciones en las que se produjo la publicación que se denunció. Aunque la consideración de función pública a la publicación de los resultados excluye la aplicación del régimen sancionador en un caso como el presente, también hay que tomar en consideración cómo la aplicación de lo preceptuado en el artículo 6.2 LOPD, cuando señala que no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias o cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento, también servirá para excluir la exigencia de consentimiento en un caso como el presente de exigir la prestación del consentimiento para el tratamiento de los datos cuando se está ejerciendo una función administrativa.

Por estos razonamientos la AN estima el recurso.

MIGUEL CASINO RUBIO
JESÚS DEL OLMO ALONSO
VANESA RODRÍGUEZ AYALA
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SUMARIO

1. CONCEPTO DE SANCIÓN.
 - A) **No es sanción.**
2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD.
 - A) **Principio de legalidad, igualdad y potestad sancionadora: no cabe la invocación del derecho a la igualdad en la ilegalidad.**
 - B) **Principio de legalidad y ejecución de la sanción.**
 - C) **No vulnera la reserva de ley un reglamento que, dentro de los márgenes marcados por la ley, establece nuevas graduaciones dentro de las sanciones.**
 - D) **Reserva de ley e instrucciones de la Agencia Española de Protección de Datos.**
 - E) **Prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva.**
 - F) **Obligación de interpretar restrictivamente el tipo sancionador.**
 - G) **El principio de tipicidad exige que la Administración, y no los tribunales, precise de manera suficiente y correcta el tipo infractor.**
3. ANTIJURIDICIDAD.
 - A) **Admisión de las infracciones de mero riesgo o peligro.**
 - B) **Ejercicio ilegítimo de un derecho fundamental que no excluye la antijuridicidad.**
 - C) **Ejercicio legítimo de un derecho que excluye la antijuridicidad, incluso en relaciones de sujeción especial.**
4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD,
 - A) **Exclusión de la culpabilidad por la existencia de una incertidumbre jurídica sobre la licitud de la conducta y un cierto grado de confianza legítima,**
 - B) **Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad.**
 - C) **El error mecanográfico o *lapsus calami* como error invencible que exime de culpa.**
 - D) **No hay culpa, ni siquiera *in vigilando* o *in eligendo*, cuando la falta de ingreso de los tributos se debe a la comisión de un delito por parte del gestor.**
 - E) **Falta de lealtad del agente comercial que exime de culpabilidad a la empresa matriz.**

5. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*.
 - A) El órgano administrativo sancionador también se encuentra vinculado por los hechos declarados no probados en resolución judicial penal firme.
 - B) La suspensión del procedimiento sancionador se produce por el simple conocimiento del inicio de actuaciones penales, sin necesidad de declararla expresamente.

6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
 - A) Contenido del derecho fundamental a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario militar, incluso durante las diligencias previas.
 - B) Legitimación del denunciante.
 - C) Las denuncias de tercero no inician el procedimiento administrativo sancionador, que siempre se incoa de oficio.
 - D) No cabe iniciar un procedimiento sancionador si existe un procedimiento idéntico previo que aún no se ha resuelto o no ha caducado.
 - E) Momento en que debe darse audiencia a la Junta Local de Seguridad.

7. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.
 - A) La mera incoación del procedimiento sancionador no afecta a la presunción de inocencia.
 - B) El principio *in dubio pro reo* es una regla de aplicación excluida cuando el órgano decisor no duda al valorar las pruebas practicadas.
 - C) No informar del derecho a realizar un contraanálisis invalida el valor probatorio de las muestras.
 - D) Valor probatorio de los partes militares.
 - E) Las denuncias anónimas carecen de valor probatorio.
 - F) No hay vulneración del derecho a la prueba por denegar las propuestas si eran irrelevantes o se referían a hechos ya acreditados por otros medios.
 - G) Las actas de inspección levantadas por funcionario interino tienen el mismo valor probatorio que las levantadas por funcionarios de carrera.

8. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
 - A) Discrepancia entre la sanción propuesta y la finalmente impuesta.

9. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
 - A) La ampliación de trámites a petición del interesado tiene como límite el plazo general de caducidad del procedimiento.
 - B) Caducidad del procedimiento disciplinario contra guardias civiles. Límites al cambio de jurisprudencia.
 - C) Los documentos del procedimiento caducado pueden fundamentar la iniciación e integrar el nuevo expediente sancionador cuando tengan valor independiente o hayan sido expresamente ratificados en el nuevo expediente.

10. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES.
 - A) **La regla de que la comisión de la infracción no resulte beneficiosa como criterio de graduación de la sanción.**
 - B) **Irrelevancia de la situación patrimonial de las personas jurídicas sancionadas para determinar la cuantía de las sanciones.**

 11. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR CUMPLIMIENTO DE LA SANCIÓN.
 - A) **El cumplimiento de la sanción, incluso indebidamente ejecutada, extingue la responsabilidad.**

 12. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA.
 - A) **La determinación de la sanción como un proceso reglado justifica su modificación o reducción por los tribunales.**
 - B) **Sustitución de la sanción impuesta por la Administración por otra distinta prevista para ese tipo de infracciones.**
 - C) **Sustitución de la infracción y de la sanción.**
 - D) **Anulación de la sanción y mantenimiento de otras responsabilidades no sancionadoras del ilícito administrativo.**
 - E) **La proporcionalidad de la sanción se basa en elementos fácticos que no pueden ser valorados en la fase de casación.**
-

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) **No es sanción**

- La declaración de desistimiento en el procedimiento de otorgamiento de una concesión sobre el dominio público marítimo-terrestre cuando el solicitante no acepte las condiciones ofertadas o no realice ninguna manifestación al respecto, prevista en el art. 146.11 del Reglamento de Costas: **STS de 25 de febrero de 2011**, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo 1009/2007). La sentencia también parece negar el carácter sancionador de la pérdida de fianza que conlleva la declaración de desistimiento: «no podemos compartir que la norma reglamentaria, el art. 146.11 del Reglamento de Costas, contenga una sanción administrativa, pues no prevé un ilícito administrativo al que se anude una respuesta punitiva. Tan sólo se describe un comportamiento administrativo —que no se realice ninguna manifestación o no se acepten las condiciones de la concesión— al que se le confiere un efecto jurídico que es tener por desistido al peticionario, con la consecuencia accesoria de la pérdida de la fianza».
- La indemnización exigida por los daños causados al dominio público hidráulico, aun cuando venga fijada en la misma resolución por la que se impone, además, una sanción de multa: **STS de 23 de febrero de 2011**, Sección Quinta (recurso contencioso-

administrativo 562/2008), puesto que «dicha indemnización, por los daños causados al dominio público hidráulico, es una medida legal diferente de la estrictamente sancionadora».

- Las penalidades contractuales derivadas de las correspondientes cláusulas: **STSJ de Madrid de 8 de febrero de 2011** (recurso de apelación 561/2010), que tras citar el art. 1.3 REPEPOS, y la Disposición Adicional Octava LRJPAC, añade que «la regla general es que tales penalidades no son sanciones en sentido estricto y en consecuencia no debe seguirse el procedimiento sancionador, criterio que puede verse reflejado en Sentencias del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1995 y 6 de marzo de 1997, que las configura como medio coercitivo o de presión que se aplica para asegurar el cumplimiento regular de la obligación principal, es decir, el contrato, por parte del contratista, subsumible en los poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuye a la Administración contratante. Son, por tanto, estipulaciones de carácter accesorio, debidamente plasmadas en el contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal de que se trate».

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Principio de legalidad, igualdad y potestad sancionadora: no cabe la invocación del derecho a la igualdad en la ilegalidad

Frente a la actuación de *Onda Chipiona TV, SL*, entidad que venía emitiendo una señal local de televisión sin contar con la necesaria concesión administrativa, la Junta de Andalucía acordó la incoación de un expediente sancionador y la adopción de la medida cautelar consistente en el cese de la actividad de la recurrente y en el cierre de sus instalaciones. La entidad mercantil estimó que con esta medida se producía una vulneración del principio de igualdad, dado que existían otras emisoras en su misma situación contra las que no se actuó. La **STS de 7 de febrero de 2011**, Sección Séptima (recurso de casación 5438/2009), señala que «la desigualdad de la que se considera víctima la recurrente la afirma porque dice que otras emisoras que se hallan en las mismas condiciones en que ella se encontraba no han sido objeto de expediente sancionador. Sin embargo, no consta esa identidad y, en todo caso, no puede servir para eludir ese procedimiento argumentar que a otros, que también incumplen las normas sobre televisión local, no se les ha incoado, pues no hay igualdad en la ilegalidad».

B) Principio de legalidad y ejecución de la sanción

Un soldado fue sancionado, por resolución de 17 de octubre de 2007, con arresto de un mes y un día por la comisión de una falta disciplinaria grave. Mediante nueva resolución de 28 de noviembre de 2007, y atendiendo a los informes médicos sobre su salud mental, la autoridad sancionadora acordó que el cumplimiento del arresto se produjera en su «domicilio familiar con autorización para salir del mismo con ocasión de efectuar consultas médicas o para la observancia de sus deberes religiosos». La posibilidad de cumplir el arresto en el domicilio, aun constituyendo una medida favorable para su destinatario, no venía expre-

samente prevista en la Ley disciplinaria 8/1998 para las sanciones impuestas por este tipo de faltas. Esta norma se limitaba a prever que la autoridad sancionadora pudiera acordar de oficio la suspensión de la ejecución de la sanción por plazo inferior a su prescripción, o la inejecución cuando mediare justa causa para ello y no se causara perjuicio a la disciplina. En consecuencia, la **STS de 15 de febrero de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario 92/2010), estima que, «aunque esta Sala acepte que, sin duda, la intención de la autoridad sancionadora pretendía favorecer al sancionado en el cumplimiento de la sanción de arresto de forma menos gravosa para él», debe declararse «nula de pleno derecho» la resolución de 28 de noviembre, «ya que la autoridad militar sancionadora legalmente podía resolver manteniendo el cumplimiento de la sanción en un establecimiento militar, suspendiendo la ejecución del cumplimiento por plazo inferior a su prescripción o acordando su inejecución por mediar causa justa para ello y no causar perjuicio a la disciplina; (...) pudo optar por alguna de dichas alternativas, pero no llevar a efecto su cumplimiento del modo como lo hizo, de forma no prevista en la legislación vigente, aunque pretenda justificarse como una interpretación dictada en beneficio del sancionado para suavizar sus condiciones de cumplimiento y pudiera invocarse y esté reconocida esta forma de cumplimiento de los arrestos en el art. 13 de la Ley disciplinaria para los arrestos impuestos por falta leve».

C) No vulnera la reserva de ley un reglamento que, dentro de los márgenes marcados por la ley, establece nuevas graduaciones dentro de las sanciones

La Ley estatal 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, estableció, con carácter básico, un conjunto de infracciones y un sistema de graduación de sanciones, previendo que las infracciones leves fueran castigadas con multa de 30 a 600 euros, las graves con multa de 601 a 10.000 euros y las muy graves con multa de 10.001 a 600.000 euros. En desarrollo de esta normativa básica, la Comunidad Valenciana aprobó el Decreto 57/2006, de 21 de abril, en el que, partiendo de la graduación prevista en la ley, se especificaba que las sanciones por infracciones leves, graves y muy graves debían dividirse, a su vez, en grado mínimo, medio y máximo. De este modo, las infracciones muy graves podrían imponerse en su grado mínimo, entre 10.001 y 30.000 euros, en su grado medio, entre 30.001 y 60.001 euros, y en su grado máximo, entre 60.001 y 600.000 euros. Esta previsión reglamentaria es denunciada por la Abogacía del Estado al entender que permitiría imponer la sanción en la cuantía más baja dentro de las sanciones muy graves, posibilitando posibles fraudes de ley. La **STS de 15 de marzo de 2011**, Sección Cuarta (recurso de casación 3506/2008), rechaza las alegaciones al entender que «los tres grados en que se dividen las sanciones aplicables a cada grupo de infracciones se ajustan estrictamente a lo dispuesto en la ley estatal. El legislador ha conferido amplio margen a su reglamentación de desarrollo para determinar las sanciones correspondientes a cada uno de los tres grados, y en ese sentido no advertimos tacha de ilegalidad».

D) Reserva de ley e instrucciones de la Agencia Española de Protección de Datos

Una clienta dejó de pagar a *Orange* una factura en concepto de baja del servicio de telefonía. Sin requerimiento previo de pago, la compañía telefónica cedió los datos de la deuda

al fichero de morosidad *ASNEF*, circunstancia que motivó la imposición de una sanción a la empresa de telefonía por parte de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). La compañía sancionada recurrió alegando que la infracción imputada no se encontraba tipificada en la LOPD sino en la Instrucción 1/1995 de la propia Agencia, instrumento insuficiente para integrar el tipo de la infracción. A ello, la **SAN de 11 de marzo de 2011** (recurso contencioso-administrativo 483/2009), replica que la citada instrucción posee rango normativo suficiente y confirma la sanción impuesta: «La exigencia de requerimiento previo de pago para proceder a la inclusión de los datos del acreedor moroso en los ficheros correspondientes tiene como objeto que el “deudor”, o la persona obligada, conozca la existencia de la deuda vencida y exigible y la posibilidad de ser incluido en un fichero de morosos en el supuesto de no hacerla efectiva (...) es cierto que es un requisito que no se recoge en la LOPD, sino que procede de la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, publicada en el BOE de 4 de marzo de 1995». No obstante, y remitiéndose a la STS, Sala Tercera, de 16 de febrero de 2007, la sentencia recuerda que la potestad atribuida a la Agencia de dictar instrucciones «no consiste en atribuir el desarrollo reglamentario de la Ley a la Agencia, sino que, como Ente Público al que se encomienda el control de aplicación de la Ley, dirija tal aplicación estableciendo las instrucciones precisas para conseguir que el tratamiento de datos se ajuste a los principios que la Ley dispone». Al igual que ocurre «con la potestad de dictar Circulares de otro ente público de semejante naturaleza (...) como es el caso de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», el Tribunal Supremo considera «que el legislador, valorando las características de este sector, establece un Ente Público para el control de la aplicación de la Ley, que actúa con plena independencia en el ejercicio de sus funciones, «a cuyo efecto le atribuye la potestad de dictar Instrucciones que, de un lado, va más allá de la genérica potestad *ad intra* reconocida en el art. 21 de la Ley 30/1998 a los órganos administrativos para dirigir las actividades de los órganos jerárquicamente subordinados, en cuanto lo establecido en dichas Instrucciones por la Agencia, como Ente público de control, viene a ordenar la actuación de los operadores en el tratamiento automatizado para su adecuación a los principios establecidos en la Ley, con carácter obligatorio y eficacia *ad extra* (...) y de otro lado, la potestad atribuida a la Agencia deja a salvo y no alcanza al desarrollo reglamentario de la Ley a través de la elaboración de las correspondientes disposiciones generales, que corresponde al Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria». De este modo, «la Instrucción 1/1995 tiene la consideración de norma reglamentaria a los efectos de integración del tipo infractor previsto en el art. 44.3.d) LOPD, no habiéndose traspasado por la citada Instrucción los límites de la habilitación legal conferida, que se ha limitado a precisar y desarrollar el tipo de infracción previamente establecido en la Ley».

E) Prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva

La empresa *Tempomur ETT, SL* fue sancionada por contratar diversos trabajadores extranjeros para prestar servicios como peones agrícolas en Navarra, comprobándose que once de ellos no contaban con autorización válida para trabajar en ese ámbito geográfico, sino en los territorios de Murcia y Almería. La infracción tipificada como muy grave en la norma se refería, sin embargo, a la «contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de trabajo». La **STSJ de Murcia de 4 de marzo de 2011** (recurso contencioso-administrativo 6/2008) anula la sanción por

estimar que los trabajadores contratados sí contaban con autorizaciones de trabajo, aunque el empleador no respetase el ámbito territorial señalado en aquéllas. La sanción de dicha conducta significaría una aplicación analógica de la norma citada, que está prohibida en el Derecho Administrativo Sancionador: «La interpretación restrictiva de las normas sancionadoras impone que éstas no puedan entenderse aplicables a supuestos o situaciones distintas de las expresamente previstas en ellas (...). En el presente caso, es evidente que no cabe extender la falta de autorización para trabajar a la falta de autorización para trabajar en un ámbito geográfico determinado. En todo caso, esa falta de autorización constituirá un incumplimiento, el atinente a la modificación del ámbito geográfico de la autorización, pero no es una conducta prevista en la norma sancionadora aplicada».

F) Obligación de interpretar restrictivamente el tipo sancionador

La entidad mercantil *Tecnología y Gestión Telefónica, SAU (TGT)*, contratada por *Uni2* para realizar actuaciones de *telemarketing* y captación de clientes, incluyó en su fichero de clientes a un particular con el que había contactado pero que nunca manifestó su voluntad de contratar ningún servicio. Ante estos hechos, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) sancionó a *TGT* como autora de la infracción prevista en el art. 44.4.a) LOPD (recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos). Dicha sanción fue anulada por la Audiencia Nacional al entender que no se había probado la existencia de engaño o fraude en la captación de los datos, por lo que los hechos únicamente podrían ser constitutivos, como máximo, de la infracción prevista en el art. 44.3.d) LOPD (tratamiento de datos sin el consentimiento de su titular). La AEPD recurre esta sentencia argumentando la dificultad de probar el fraude o engaño «dada su naturaleza oculta o maliciosa» y el hecho de que la tutela del derecho a la vida privada «se opone a (...) interpretaciones tan restrictivas de los tipos sancionadores». La **STS de 22 de febrero de 2011**, Sección Sexta (recurso de casación 4790/2007), desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia al entender que «la tipicidad en materia sancionadora es una garantía elemental de civilización, antes incluso que del Estado de Derecho en sentido propio; y, precisamente por ello, no cabe relajar su observancia so pretexto de lograr una mayor efectividad en la protección del bien jurídico tutelado por la norma sancionadora, que en este caso es el derecho a la vida privada. Así, si la prueba del fraude o deslealtad es muy difícil por el carácter oculto de éstos (...), la única conclusión aceptable con arreglo al principio de legalidad en materia sancionadora (...) es que el art. 44.4.a) LOPD resultará escasamente aplicable en la práctica y que la Administración deberá esmerarse especialmente a la hora de hacer acopio del material probatorio de cargo».

G) El principio de tipicidad exige que la Administración, y no los tribunales, precise de manera suficiente y correcta el tipo infractor

La entidad *Gas Natural* fue sancionada como autora de la infracción prevista en el anterior art. 78.b) LGT. La sanción fue posteriormente anulada por la Audiencia Nacional por entender que los hechos eran constitutivos de una infracción distinta, tipificada en el art. 78.1.f) LGT, lo que suponía la vulneración del principio de tipicidad por parte de la Administración. Interpuesto recurso de casación por la Abogacía del Estado, la **STS de 9 de febrero de 2011**, Sección Segunda (recurso de casación 84/2006), confirma la sentencia de

instancia indicando que «cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de tipicidad obliga a la Administración a identificar no sólo de forma suficiente, sino también *correcta*, la norma específica en la que se subsumen los hechos que se imputan al sujeto infractor». De este modo, y citando la STC 297/2005, de 21 de noviembre, recuerda que «el principio de tipicidad exige que la Administración sancionadora precise de manera suficiente y correcta, a la hora de dictar cada acto sancionador, cuál es el tipo infractor con base en el que se impone la sanción, sin que corresponda a los órganos de la jurisdicción ordinaria ni a este Tribunal buscar una cobertura legal al tipo infractor o, mucho menos, encontrar un tipo sancionador alternativo al aplicado de manera eventualmente incorrecta por la Administración sancionadora».

En sentido muy similar se pronuncia la **STS de 7 de marzo de 2011**, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo 327/2009), en relación con una sanción impuesta a la entidad deportiva *Real Madrid, Club de Fútbol*, por alumbramiento de aguas subterráneas con destino a riego en las instalaciones deportivas del Parque de Valdebebas. La resolución sancionadora aplicaba como fundamento para imponer la sanción el art. 116.3.c) TRLA, que tipifica como infracción el alumbramiento de aguas subterráneas con incumplimiento de las condiciones impuestas en la autorización, pero en la misma resolución se afirmaba, simultáneamente, que la infracción sancionada se tipificaba en el art. 116.3.b) TRLA, que contempla el alumbramiento de aguas sin autorización. La sentencia constata, en primer término, que «no es admisible lógicamente que se sancione al mismo tiempo por incumplir las condiciones de una autorización (...) y por carecer de ella» y que «de la lectura de los antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho del acuerdo de Ministros podría desprenderse (...) que el tipo sancionador que la Administración quiso aplicar a la entidad recurrente era, en realidad, el del art. 116.3.b) TRLA». No obstante, añade que «no es admisible que este Tribunal (...) corrija, por incorrecta, la aplicación de ese tipo del art. 116.3.c) TRLA y adopte un papel que desborde el control de la potestad sancionadora de la Administración que constitucionalmente nos corresponde para completar el procedimiento sancionador». A ello se opondría el principio de tipicidad, que «exige que cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora sea la propia resolución administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su motivación (...), identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción. Sólo así puede conocer el ciudadano en virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona».

3. ANTIJURIDICIDAD

A) Admisión de las infracciones de mero riesgo o peligro

Un guardia civil fue sancionado con la separación del servicio como autor de la falta muy grave consistente en «el incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades, desempeñando una actividad privada, salvo las exceptuadas en la legislación sobre las mismas». En concreto, los hechos consistieron en desarrollar actividades propias de encargado (apertura y cierre, ordenación del material para la venta, despacho al público de la mercancía, etc.) en un quiosco de prensa regentado por su compañera sentimental. Entre otras alegaciones, el sancionado indicó que su actuación en ningún caso comprometió la necesaria objetividad e imparcialidad de su función como guardia civil, por lo que no se habría producido lesión

alguna al bien jurídico protegido. La **STS de 8 de marzo de 2011**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar 114/2009), aclara, sin embargo, que «resulta irrelevante para tener por cumplido el tipo disciplinario (...) que su realización redunde o no en el perjuicio del servicio, o cuestione la objetividad e imparcialidad esperable de cualquier miembro de la Guardia Civil, sin que se exijan tales circunstancias por la norma al tratarse de un tipo disciplinario, formulado en blanco, de mero riesgo y de ejecución instantánea, en que el bien jurídico que se protege es la total dedicación profesional de los destinatarios de la norma».

B) Ejercicio ilegítimo de un derecho fundamental que no excluye la antijuridicidad

Un funcionario del Cuerpo Técnico de Hacienda con destino en la Aduana Marítima de Valencia y Delegado Sindical de *GESTHA*, realizó el día 28 de abril de 2008 un total de 79 accesos a la aplicación de gestión aduanera BUDANET con la finalidad de obtener información detallada de las declaraciones aduaneras de importación de aceite de girasol originario de Ucrania en los recintos aduaneros de todo el territorio nacional entre el 1 de enero y el 25 de abril de 2008. Dicha información fue difundida al día siguiente por el sindicato *GESTHA* a través de una nota de prensa. Por los hechos referidos, fue sancionado como responsable de la comisión de una falta disciplinaria muy grave. El funcionario recurrió la sanción alegando que la conducta realizada estaba amparada en las libertades sindical, de expresión y de información, y motivada por la situación de crisis sanitaria provocada por determinadas partidas de aceite de girasol procedentes del citado país europeo. La **SAN de 22 de febrero de 2011** (recurso de apelación 16/2010), deniega que los citados derechos fundamentales justifiquen en el caso la divulgación de información confidencial. Por una parte, y de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, considera que «el representante sindical debe observar (...) un deber de sigilo profesional en el ejercicio de sus funciones (...) respecto a aquellas materias que el legislador ha considerado que deben gozar de esa confidencialidad (...). A ello hay que añadir que hizo una utilización abusiva y desviada de los fines de información ya que el comunicado de *GESTHA* (...) afirma (...) que la Dirección de Aduanas tolera el incumplimiento de la Ley en las importaciones consintiendo y posibilitando la omisión de los controles debidos. No se emite un juicio de oportunidad sobre la conveniencia de reforzar controles o mejorar la gestión aduanera —lo que entraría dentro del ejercicio de la libertad de expresión— sino que se imputa una determinada conducta contraria a la Ley. Por otra parte (...) la actividad del recurrente no tenía por finalidad la localización de las partidas de aceite al objeto de evitar un daño a la salud pública ya que éstas se habían localizado por el Ministerio y se habían adoptado las medidas oportunas siendo ese hecho público y notorio».

C) Ejercicio legítimo de un derecho que excluye la antijuridicidad, incluso en relaciones de sujeción especial

El Colegio Oficial de Ingenieros Navales sancionó a una de sus colegiadas por conductas subsumibles en una falta leve del código deontológico. Los hechos consistieron en la impugnación a lo largo del tiempo de los diversos procedimientos por los que varios colegas, también colegiados, obtuvieron el título de doctores. El Colegio Profesional fundamentaba su decisión en que la sancionada había obtenido el doctorado por el mismo procedimiento

y no obtenía beneficio alguno con su interposición. La colegiada alegó a su favor el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, por el que resultaría improcedente que fuera sancionada. La **STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2011** (recurso contencioso-administrativo 471/2006), anula la sanción al entender que «este Tribunal no puede por menos que invocar el derecho de los ciudadanos a solicitar de la autoridad administrativa que revise un acto administrativo dictado por ella consagrado en el art. 107 de la Ley 30/1992, por lo que se refiere a la vía administrativa y, de otro lado, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en lo relativo al recurso a la vía jurisdiccional (...) lo que comprende (...) el acceso a la jurisdicción, y, en consecuencia, el derecho a promover una actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (...) El ejercicio de un derecho previsto en las Leyes nunca puede ser censurable o constitutivo de infracción administrativa so pena de incurrir en la privación de derechos a un ciudadano que no está legitimado para realizar ninguna persona, entidad privada o pública ni siquiera respecto de aquellos con los que mantiene una relación de sujeción especial como es el caso de la actora. Por lo tanto, el ejercicio de ambos derechos, uno de legalidad ordinaria y otro derecho fundamental previsto en la Constitución, en sí mismo, no puede ser considerado una conducta imputable a modo de infracción administrativa».

Por su parte, la **STSJ de Madrid de 31 de marzo de 2011** (recurso de apelación 301/2010), anula la sanción impuesta a un particular que se negó a permitir el acceso de la Policía Local a su vivienda con el fin de practicar unas actuaciones inspectoras en materia urbanística, hechos que fueron sancionados como negativa u obstrucción a la labor inspectora. Estima la sentencia que la conducta sancionada fue constitutiva del legítimo ejercicio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, toda vez que los agentes municipales no contaban con autorización judicial sustitutiva de la voluntad del sancionado, pues «si el ayuntamiento entiende que es necesario acceder a un domicilio particular para realizar una inspección y se le deniega la entrada, lo procedente es solicitar autorización judicial al juzgado contencioso-administrativo, pero no puede imponer una sanción a un particular que está ejerciendo un derecho constitucional: el derecho a negarse a que entren en su domicilio sin autorización judicial».

4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) **Exclusión de la culpabilidad por la existencia de una incertidumbre jurídica sobre la licitud de la conducta y un cierto grado de confianza legítima**

Una Comunidad de Regantes fue sancionada con multa de 600.000 euros como autora de una infracción en materia de aguas por la derivación de aguas públicas para riego sin autorización y la producción de importantes daños al dominio público hidráulico. La **STS de 23 de febrero de 2011**, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo 562/2008), constata la inexistencia de autorización, por lo que considera que «estamos, pues, en presencia de un acto típico y antijurídico», pero anula la sanción al entender que no concurre el elemento de la culpabilidad en la conducta de la sancionada, que se consideraba implícitamente autorizada por la conducta de la Conferencia Hidrográfica para realizar las actividades de derivación de agua y riego. La sentencia entiende que «la actuación de la Comunidad recurrente se sitúa en un terreno ajeno al de una voluntad infractora por cuanto

su actuación venía siendo conocida y consentida por la propia Administración: ésta había declarado la zona de riego como de interés nacional, había acordado con los usuarios del Sector la modificación del sistema de riego, había construido y sufragado la planta elevadora del agua desde el río Guadiana, había dispuesto para la Comunidad un aprovechamiento provisional, y había establecido un sistema de legalización de la situación que, iniciado por la Comunidad, sin embargo no había obtenido respuesta expresa. Y es más, por la captación de aguas había girado a la recurrente la correspondiente liquidación por tarifas de agua (...) En consecuencia, la utilización, en tal situación de conocimiento, consentimiento y autorización tácita, de la potestad sancionadora, deviene improcedente por faltar el elemento subjetivo imprescindible en tal actuación».

Una argumentación similar es desarrollada por la **STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2011** (recurso contencioso-administrativo 684/2007). En los hechos enjuiciados, dos contribuyentes, agricultores sin ninguna formación jurídica que habían sido objeto de una expropiación, no incluyeron los intereses de demora del pago del justiprecio en su declaración del IRPF, en la creencia de que ninguna de las cantidades percibidas por la expropiación se encontraban sujetas a tributación, de acuerdo con el contenido del acta de mutuo acuerdo, en la que se expresa: «El pago del precio convenido está exento de toda clase de gastos, impuestos y gravámenes o arbitrios del Estado, Comunidad Autónoma, Provincia o Municipio». Pese a ello, y tras las oportunas actuaciones inspectoras, se les impuso una sanción tributaria por dicha omisión. La **STSJ de Cataluña de 16 de febrero de 2011** (recurso contencioso-administrativo 684/2007), aprecia falta de culpabilidad y anula la sanción al considerar que «en ese estado de cosas que hemos calificado como presidido por la inseguridad jurídica y por la confusión, la Administración del Estado, en trance tan significativo como la fijación del justiprecio por mutuo acuerdo con el expropiado, hace constar en el acta el contenido del art. 49 de la Ley de Expropiación Forzosa, sin ninguna otra información adicional que aclarara el alcance de la exención, por lo que entendemos del todo verosímil que los recurrentes, teniendo en cuenta además sus circunstancias personales, razonablemente creyeran que la percepción del justiprecio no les iba a suponer ninguna tributación, esto es, que la exención mencionada se extendía a la alteración patrimonial derivada de la transmisión de los elementos patrimoniales, creencia propiciada en cierto modo por la propia Administración del Estado (...). [En consecuencia,] hemos de concluir que la declaración no revistió el carácter de manifiestamente errónea o temerariamente producida, por lo que las sanciones han de ser anuladas». También se sitúa en esta línea la **SAN de 16 de febrero de 2011** (recurso de apelación 187/2010), que vuelve a anular una sanción impuesta a una empresa de servicios contratada por la Administración para realizar tareas que incluían actividades propias de empresas de seguridad privada sin estar dada de alta como tal, atendiendo al hecho de que fue la propia Administración quien adjudicó el contrato, pese a que constaba la ausencia de dicho requisito.

B) Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad

La Administración tributaria impuso a *Gas Natural* tres sanciones correspondientes a otras tantas infracciones simples tipificadas en el anterior art. 78.1 LGT, de conformidad con el cual «constituyen infracciones simples el incumplimiento de obligaciones o deberes tributarios exigidos a cualquier persona, sea o no sujeto pasivo, por razón de la gestión

de los tributos y cuando no constituyan infracciones graves». Los hechos consistieron, en concreto, en omitir en las declaraciones resúmenes anuales de relaciones de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF, correspondientes a los ejercicios 1992, 1993 y 1994, la retribución en especie obtenida por los trabajadores de *Gas Natural* por la recepción de electricidad suministrada por determinadas empresas eléctricas por precio inferior al de mercado y con las que *Gas Natural* tenía suscrito un acuerdo. No obstante, la **STS de 9 de febrero de 2011**, Sección Segunda (recurso de casación 84/2006), a partir de cierta jurisprudencia contradictoria que cita, constata que «en las fechas de presentación de las declaraciones no existía una doctrina jurisprudencial clara sobre la naturaleza de la bonificación acordada entre *Catalana de Gas y Electricidad, SA* y las compañías eléctricas de Cataluña». A ello se sumaría que «no estaba obligada la parte a formular consulta» a la Administración tributaria (lo que había sido utilizado por la Administración sancionadora para entender concurrente la culpabilidad) y que «en otras actuaciones de comprobación finalizadas en el año 1990, relativas a los ejercicios 1984 a 1988 (...) la Inspección nada señaló sobre la no inclusión de los importes correspondientes por el concepto controvertido en las declaraciones anuales presentadas». En atención a todo ello, la sentencia declara la inexistencia de culpabilidad, estima el recurso y anula las sanciones.

C) El error mecanográfico o *lapsus calami* como error invencible que exime de culpa

Novallar de Cunit, SL resulta sancionada por infracción tributaria grave. Demostrado que la infracción respondió a un error mecanográfico o *lapsus calami*, la **STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2011** (recurso contencioso-administrativo 751/2007), anula la sanción al apreciar un error de hecho que considera invencible: «Como ha quedado adelantado, la resolución del TEARC que aquí se impugna considera que no basta alegar, sin mayores precisiones, que se ha sufrido un simple error en la confección del modelo de declaración-liquidación, y que sólo el error invencible supone una ausencia de culpabilidad, mientras que el vencible excluye el dolo pero no la culpa, debiendo el invencible alegarse y probarse por quien lo padezca, y tenerse en cuenta las circunstancias psicológicas y de cultura del infractor. La Sala, por el contrario, no aprecia el carácter vencible del error mecanográfico o de transcripción invocado. (...) También ahora hemos de llegar a la misma conclusión exculpatoria de la responsabilidad por infracción tributaria, pues estamos igualmente ante un error de transcripción, en la declaración del ejercicio de 2003, de las bases imponibles correspondientes al ejercicio de 2000 (que fueron correctamente trasladadas en las declaraciones de los ejercicios de 2001 y 2002). Reiteramos, pues, que no existe, en suma, merecimiento de la sanción o pena administrativa».

D) No hay culpa, ni siquiera *in vigilando* o *in eligendo*, cuando la falta de ingreso de los tributos se debe a la comisión de un delito por parte del gestor

Eurogamma, SL es sancionada por una infracción tributaria grave sobre retenciones del trabajo en el IRPF. La entidad recurrió la sanción, alegando falta de culpabilidad, toda vez que el responsable de la falta de ingreso de las retenciones fue el gestor que le cumplimentaba las obligaciones tributarias y que se apropió indebidamente de aquéllas, incurriendo en ilícito penal. Aunque la condena penal se produjo con posterioridad a la resolución sancio-

nadora, la **STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 2011** (recurso contencioso-administrativo 657/2007), aprecia por ese motivo la falta de culpabilidad alegada y anula la sanción recurrida: «consta declarado probado en la causa penal que las cantidades entregadas al asesor (y que éste se apropió, incurriendo en un ilícito penal) eran para el pago de los tributos, apareciendo de las actuaciones que las infracciones tributarias se cometieron en la elaboración de las declaraciones y autoliquidaciones presentadas, confeccionadas de tal forma por el asesor precisamente como medio para la comisión del delito por el que ha sido condenado, sin dato de ninguna clase que permita entender que la recurrente conocía tal proceder o que, mediante una normal diligencia, la pudo haber conocido. En tales circunstancias, no cabe apreciar en la recurrente la indispensable negligencia, ni siquiera a título de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, al mediar una conducta delictiva, condenada penalmente, del asesor. No hay responsabilidad objetiva alguna en esta materia que permita atribuir sin más al obligado tributario la responsabilidad derivada de las actuaciones tipificadas penalmente de su asesor o representante, ideadas y ejecutadas en perjuicio del propio obligado tributario».

E) Falta de lealtad del agente comercial que exime de culpabilidad a la empresa matriz

La Administración tributaria sancionó a *IFB International Freightbridge España, SA* por irregularidades en el Impuesto de Sociedades en relación con el volumen de negocio desarrollado en Valencia, ciudad en la que la delegación de la empresa se llevaba a través de un contrato de agencia. Tras un pleito civil entre la empresa y su agente en Valencia, quedaron demostradas las irregularidades cometidas por este último en el desempeño de sus funciones. Sobre esta base, la **STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 2011** (recurso contencioso-administrativo 629/2007), aprecia falta de culpabilidad en la empresa sancionada y anula la sanción: «No podemos olvidar que la conducta del obligado tributario no puede incardinarse en una negligencia propia en la casa matriz, toda vez que en la propia acta de disconformidad se apunta al principio que, debido a una gran serie de irregularidades graves acaecidas en la Delegación de Valencia, la sociedad no pudo controlar la actividad en aquella Delegación, carecía de datos y ello precisamente dio lugar al pleito civil seguido en su contra por el Agente nombrado. A ello se suma la circunstancia de que en las Delegaciones de Barcelona y Madrid, los libros de contabilidad eran llevados conforme a una buena praxis y sus resultados coincidían con los ingresos reflejados en las declaraciones respectivas. Para decirlo de una manera gráfica, parece ser que la situación en Valencia “se le escapó de las manos” a la sociedad y ello no puede considerarse culpabilidad ni falta de la diligencia debida, por lo que la Sala considera que debe ser anulada la sanción impuesta».

**5. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS:
NON BIS IN IDEM**

A) El órgano administrativo sancionador también se encuentra vinculado por los hechos declarados no probados en resolución judicial penal firme

A tan interesante conclusión, que va mucho más lejos de lo establecido en el art. 137.2 LRJPAC, llega la **STS de 22 de febrero de 2011**, Sección Quinta (recurso contencioso-

administrativo 587/2009). En los hechos, la entidad mercantil *Senoble España, SA* había sido sancionada con multa de 300.506,06 euros como responsable de una infracción muy grave por realizar vertidos causantes de daños muy graves al dominio público hidráulico. Los mismos hechos habían dado lugar, previamente, a que se siguieran actuaciones penales contra el Consejero Delegado de la Empresa, dando lugar a sentencia penal firme en la que se hacía constar, en la declaración de hechos probados, que «no ha quedado suficientemente probado que los vertidos hayan provocado daños en las especies animales y vegetales que desarrollan su vida en el ecosistema de Villarrubia, ni tampoco que tales vertidos representen un potencial riesgo grave para el equilibrio del sistema natural, dado que no es conocida la naturaleza de los vertidos, a excepción hecha de que contienen nitrógeno». A pesar de que la resolución penal no declara hechos probados, sino justamente lo contrario, la **STS de 22 de febrero de 2011**, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo 587/2009), considera, a la vista del art. 137.2 LRJPAC, que «la Administración demandada, al resolver el procedimiento sancionador seguido contra la entidad *Senoble España, SA*, (...) ha prescindido completamente de los hechos declarados probados en la citada sentencia dictada por el Juzgado Penal (...)». De este modo, estima que «es suficiente una lectura atenta de los hechos declarados probados por la jurisdicción penal y de la magistral valoración de la prueba realizada por el juez para deducir que, en contra del parecer de la Administración demandada, no se ha demostrado que el vertido haya causado daños al dominio público hidráulico». Como consecuencia, califica la infracción como leve y sustituye la sanción impuesta por la Administración por otra de 240,40 euros.

B) La suspensión del procedimiento sancionador se produce por el simple conocimiento del inicio de actuaciones penales, sin necesidad de declararla expresamente

Tras un accidente laboral que ocasionó la muerte a cuatro trabajadores, la Administración inició, con fecha de 20 de abril de 2004, un procedimiento sancionador contra las empresas que formaban la Unión Temporal de Empresas encargada de la obra. Con fechas de 30 de abril y 10 de mayo de 2004 las empresas objeto del procedimiento presentaron escritos comunicando la incoación de Diligencias penales previas. El 8 de octubre, la Administración remitió oficio al Juzgado comunicando la suspensión del procedimiento sancionador por concurrencia con el orden penal y solicitando la remisión de la resolución que pusiera fin al proceso penal. Ese mismo día se comunicó a las empresas la suspensión del procedimiento sancionador. Tras dictarse sentencia absolutoria se reanudó el procedimiento sancionador, que acabó con la imposición de una multa de 420.708,47 euros por la comisión de una falta muy grave, apreciada en su grado máximo, dictada el 27 de octubre de 2005. Las empresas sancionadas alegan la caducidad del expediente, al entender que la resolución sancionadora se dictó transcurridos más de seis meses desde el inicio del procedimiento. En particular, consideran que el procedimiento no se suspendió hasta el 8 de octubre, momento en que la Administración les comunicó formalmente dicha suspensión. En sentido contrario, la **STS de 16 de febrero de 2011**, Sección Cuarta (recurso de casación 3827/2009), considera que el procedimiento se encontraba suspendido desde el 30 de abril, es decir, cuando las empresas comunicaron el inicio de actuaciones penales, «y ello porque la suspensión se produce por el conocimiento por la autoridad de la existencia de actuaciones penales por los mismos hechos y fundamentos en relación al mismo presunto responsable, como

ocurrió en este supuesto. A lo anterior no se opone el hecho de que la autoridad laboral no solicitase de la judicial la comunicación del resultado del proceso penal iniciado hasta meses después de haber quedado suspendido el expediente sancionador».

En sentido contrario, la **STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2011** (recurso contencioso-administrativo 456/2006), estima que corresponde a la Administración acordar expresamente la paralización del procedimiento sancionador, para lo cual, además, debe haber constatado previamente la identidad de hechos, sujetos y fundamentos. Así lo deduce del art. 111 de la Ley 6/1993, de 15 de julio, de Residuos, y el art. 5.1 del Decreto 278/1993, sobre el procedimiento sancionador de aplicación a los ámbitos de competencia de la Generalitat de Catalunya, aplicables al supuesto enjuiciado, relativo a una sanción impuesta por la Agencia de Residuos de Cataluña por la comisión de diversas infracciones en materia de producción y tratamiento de residuos. Recurrida la sanción por caducidad del procedimiento, la Administración aduce que el procedimiento se suspendió en varias ocasiones por apertura y reapertura de diligencias penales por los mismos hechos. Sin embargo, la citada sentencia estima la caducidad porque «[la Agencia de Residuos de Cataluña], sin haber constatado en el procedimiento administrativo sancionador dato alguno que permitiese tener conocimiento de que se seguía un proceso penal por hechos que objetiva y subjetivamente eran sustancialmente idénticos a los del procedimiento administrativo sancionador, ordenó la suspensión del procedimiento administrativo sancionador (...). Por consiguiente, se aprecia que las Resoluciones (...) de suspensión del procedimiento administrativo sancionador, carecen de virtualidad para suspender el plazo de seis meses para la tramitación y resolución del mismo».

6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) **Contenido del derecho fundamental a la asistencia letrada en el procedimiento disciplinario militar, incluso durante las diligencias previas**

Tras detectar en tres ocasiones distintas restos de cannabis en la orina de un guardia civil, se iniciaron actuaciones tendentes a esclarecer la posible comisión de una infracción disciplinaria. Entre tales actuaciones, y antes de formular pliego de cargos, se produjo un interrogatorio al que el guardia civil acudió asistido de letrado. No obstante, cuando éste solicitó intervenir para repreguntar al declarante, se le denegó dicha petición aduciendo que se trataba de «mera asistencia legal» y que no «se le causa ninguna indefensión en el estado actual del procedimiento». La **STS de 21 de febrero de 2011**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar 96/2010), estima, sin embargo, que «no puede compartir que el contenido del asesoramiento de abogado, con que el expedientado puede contar en todas las actuaciones del procedimiento sancionador (...), se limite a la presencia sólo pasiva del asesor sin poder participar éste en el acto de que se trate, haciendo las observaciones pertinentes o bien, como es el caso, formulando al declarante las preguntas que procedan (...). Así cobra sentido aquel derecho de asistencia legal y puede afirmarse que, también en ese acto, el encartado tuvo la posibilidad de defenderse, pues aun no existiendo acto formal de imputación disciplinaria, el sentido del interrogatorio (...) estaba dirigid[o] a obtener el reconocimiento de los tres episodios de consumo». Ello justificaba que el letrado pudiese repreguntar al encartado, «y al no consentirlo el Instructor limitó injustificada-

mente su derecho a defenderse, aun cuando a instancia de aquél pudiera practicarse nueva diligencia de declaración tras la notificación del Pliego de Cargos».

B) Legitimación del denunciante

Un grupo de ciudadanos denunció al ex Presidente de la Junta de Andalucía ante la Inspección General de Servicios por haber ratificado, como presidente del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, la resolución del Consejo Rector de la Agencia IDEA por la que se concedía un incentivo a *Minas de Aguas Teñidas SAU*, entidad de la que era apoderada la hija del denunciado. No obstante, con apoyo en dos informes jurídicos emitidos por la Consejería de Justicia y Administración Pública, el Consejo de Gobierno acordó no incoar expediente sancionador por considerar que el denunciado no incurrió en infracción del deber de inhibición. La **STSJ de Andalucía de 13 de enero de 2011** (recurso contencioso-administrativo 719/2009), anula la citada resolución y condena a la Junta de Andalucía a incoar el correspondiente expediente sancionador contra el denunciado, después de afirmar la legitimación de los denunciantes para recurrir ante la jurisdicción. Para ello, recuerda la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo conforme a la cual se admite «la legitimación del denunciante para acudir a la vía contencioso-administrativa cuando lo que se pretende en el proceso no es la imposición de una sanción (...) sino que (...) [se] acuerde la incoación del oportuno procedimiento y [se] desarrolle una actividad de investigación y comprobación a fin de constatar si se ha producido (...) una conducta irregular (...). Como la pretensión de los denunciantes (...) se circunscribe a que se revoque el Acuerdo, para que se incoe el correspondiente expediente (...) y se investiguen los hechos denunciados (...), y no la imposición de una sanción, es perfectamente admisible el recurso conforme a la Doctrina expuesta, pues el control que desde este órgano judicial ha de hacerse del acto de no incoación, no puede llegar a sustituir como alega el letrado de la Administración, al Consejo de Gobierno en el ejercicio de su potestad disciplinaria, pero sí debe controlar que en el ejercicio de dicha potestad se realice una actividad investigadora razonable que descarte unos hechos que podrían constituir, de ser adverbados, una posible responsabilidad administrativa».

C) Las denuncias de tercero no inician el procedimiento administrativo sancionador, que siempre se incoa de oficio

Así lo sostiene la **STS de 15 de marzo de 2011**, Sección Sexta (recurso de casación 2936/2008), dictada en materia de protección de datos, que indica que «el art. 69.1 de la Ley 30/1992 deja claro que, en todo caso, los procedimientos sancionadores se iniciarán de oficio, ya sea por propia iniciativa, como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia, de manera que la existencia de denuncia no supone la iniciación del procedimiento ni altera la forma de producirse la misma, que siempre es de oficio».

D) No cabe iniciar un procedimiento sancionador si existe un procedimiento idéntico previo que aún no se ha resuelto o no ha caducado

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) impuso una sanción de multa a *Preventiva Compañía de Seguros y Reaseguros, SA*, que fue impugnada por ésta al entender

que había recaído en un expediente ya caducado. Estando aún pendiente de sentencia, la AEPD adoptó un acto por el que declaraba caducado el expediente (revocando implícitamente la sanción) y otro acto más, con la misma fecha, incoando un nuevo expediente sancionador por el mismo hecho, dado que la infracción aún no había prescrito. Como resultado de este segundo procedimiento sancionador volvió a imponerse la misma sanción de multa. La sancionada impugnó el acto por el que se declaraba caducado el primer expediente, obteniendo su anulación por STS de 23 de febrero de 2010 (de la que dimos noticia en nuestra crónica en la Revista núm 50). La **STS de 8 de febrero de 2011**, Sala Sexta (recurso de casación 4623/2007), se ocupa ahora de enjuiciar la validez de la sanción impuesta en el segundo procedimiento sancionador. Para ello, parte de su anterior sentencia, que «dejó definitivamente sin efecto la resolución (...) que declaraba caducado el primer procedimiento sancionador. Por ello, y dado que aquel primer procedimiento sancionador no puede considerarse caducado, la iniciación (...) de un segundo procedimiento sancionador por el mismo hecho ha de tenerse por ineficaz. Y esto implica necesariamente la ineficacia de la sanción impuesta en ese segundo procedimiento sancionador». La solución adoptada causa una cierta extrañeza, pues parece negar el carácter *ope legis* de la caducidad del procedimiento sancionador, proclamado en muchos pronunciamientos, como en la casi simultánea **STS de 14 de febrero de 2011**, Sección Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 245/2008).

E) Momento en que debe darse audiencia a la Junta Local de Seguridad

El art. 29.2 de la Ley Orgánica 1/1992 de protección de la seguridad ciudadana establece un listado de sanciones que podrán imponer los Alcaldes por infracciones graves o leves en ciertas materias «previa audiencia de la Junta Local de Seguridad». Frente a la práctica común de que dicha audiencia se solicitara y evacuara antes de que constaran en el expediente las alegaciones de los imputados, la **STS de 9 de febrero de 2011**, Sección Cuarta (recurso de casación en interés de ley 17/2009), considera que «la recta interpretación del precepto no puede ser otra (...) que esa audiencia se produzca una vez que se hayan presentado las alegaciones por el presunto responsable de la infracción cometida. Las razones para ello son las que derivan del conocimiento que las Juntas poseerán acerca del estado de la seguridad y la convivencia ciudadana en el municipio e, incluso, en el lugar concreto del mismo en que acaecieron los hechos denunciados, y que podrán ser útiles a la autoridad a la hora de formar el criterio que le lleve a sancionar de un modo u otro la conducta enjuiciada o, en su caso, archivar el expediente incoado».

7. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) La mera incoación del procedimiento sancionador no afecta a la presunción de inocencia

Como ya indicamos en un epígrafe anterior, la Junta de Andalucía acordó la incoación de un expediente sancionador contra *Onda Chipiona TV, SL*, por emitir una señal local de televisión sin contar con la necesaria concesión administrativa. La entidad imputada alegó la

infracción de su derecho fundamental a la presunción de inocencia porque las mediciones en que descansaba la actuación administrativa se hizo con aparatos cuyas características técnicas no constaban, habiéndose reconocido errores en mediciones anteriores. La **STS de 7 de febrero de 2011**, Sección Séptima (recurso de casación 5438/2009), aclara, no obstante, que «la presunción de inocencia no ha sido lesionada por una resolución que se limita a iniciar el procedimiento disciplinario. Serán en su seno y en el eventual proceso judicial que se entable contra la resolución dictada en él, donde deberán valorarse los elementos de hecho a partir de los que la Administración ha considerado procedente incoar un expediente sancionador».

B) El principio *in dubio pro reo* es una regla de aplicación excluida cuando el órgano decisor no duda al valorar las pruebas practicadas

Un guardia civil sancionado con un año de suspensión de empleo por la comisión de una falta grave alega la posible vulneración del principio *in dubio pro reo*. Sin embargo, la **STS de 1 de marzo de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario 94/2010), aclara que «el principio *in dubio pro reo* únicamente puede estimarse infringido, en su aspecto normativo, cuando reconociendo el Tribunal sentenciador una duda sobre la concurrencia de alguno de los elementos integradores del tipo, opta por la solución más perjudicial para el acusado, pero no cuando, como sucede en el caso actual, el Tribunal sentenciador no alberga duda alguna. El principio *in dubio pro reo* nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay: existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación».

C) No informar del derecho a realizar un contraanálisis invalida el valor probatorio de las muestras

Un guardia civil fue sancionado con seis meses de suspensión como autor de la infracción consistente en «embriagarse o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con habitualidad». La sanción se basó en la existencia de tres analíticas de orina, a partir de muestras tomadas en tres fechas distintas, que dieron resultado positivo a cannabis. No obstante, únicamente en relación con la última de ellas se informó al sancionado de su derecho a practicar un contraanálisis. La **STS de 21 de febrero de 2011**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario 96/2010), anula la sanción indicando que «nuestra jurisprudencia es invariable al estimar afectado el derecho de defensa en los casos en que se omite la instrucción del derecho a solicitar la práctica de contraanálisis de las muestras sobre las que se realizó la primera analítica que arrojó resultado positivo, y asimismo, en cuanto a negar la virtualidad probatoria del resultado no contrastado, con afectación también del derecho esencial a la presunción de inocencia».

D) Valor probatorio de los partes militares

Como recuerda la **STS de 15 de febrero de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario 93/2010), «no constituye el “parte” una mera denuncia, sino que

sus contenidos tienen plena virtualidad para enervar la presunción de inocencia salvo, lógicamente, cuando queden desvirtuados por otros elementos probatorios». En el supuesto de hecho, el parte emitido por un superior, que descubrió a un guardia civil durmiendo durante el servicio, se consideró prueba de cargo suficiente para sancionarlo por desatención del servicio.

E) Las denuncias anónimas carecen de valor probatorio

Así lo establece la **STS de 1 de marzo de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario 94/2010), en relación con la denuncia presentada en una Comandancia de la Guardia Civil en la que se acusaba a un guardia civil de realizar numerosas actuaciones profesionales privadas en vulneración de las normas sobre incompatibilidades.

F) No hay vulneración del derecho a la prueba por denegar las propuestas si eran irrelevantes o se referían a hechos ya acreditados por otros medios

Una jueza fue sancionada con traslado forzoso a órgano distante más de cien kilómetros por la comisión de la falta disciplinaria muy grave del art. 417.13 LOPJ de abuso de la condición de juez para la obtención de trato favorable. Los hechos sancionados consistieron en la orden dada verbalmente al Inspector Jefe de una Comisaría de Policía para que practicara actuaciones policiales encaminadas a investigar la comisión de un posible delito contra la propiedad en una perfumería, en la que estimaba que podrían estar vendiéndose falsificaciones de perfumes de marcas reconocidas. La encargada de dicha perfumería se había negado el día anterior a descambiar un frasco de perfume adquirido por la sancionada unos días antes y que presentaba ciertos defectos. Mientras se realizaban las actuaciones policiales, la jueza acudió de nuevo a la perfumería, donde finalmente le devolvieron el precio del perfume. Terminadas las actuaciones policiales y comprobadas las copias de las facturas y justificantes de la lícita adquisición de los perfumes, la sancionada acordó el sobreseimiento. Como motivos de impugnación de la sanción, la jueza alega la denegación por parte del Instructor de que se practicara como prueba la toma de declaración del titular del establecimiento, con el fin de acreditar que en ningún momento se dio a conocer como juez y que el importe le fue devuelto por los defectos del perfume y no porque se hiciera valer la condición de juez. La **STS de 7 de marzo de 2011**, Sección Séptima (recurso contencioso-administrativo 630/2009), aclara que los hechos sancionados fueron «la improcedente orden que la demandante dio a la Policía de que practicara determinadas diligencias en el establecimiento con el que había tenido diferencias a causa de la adquisición de un perfume y no (...) que la actora hiciera valer directamente ante el dueño y la empleada de ese establecimiento su condición de juez para conminarles con ello a la devolución del importe». Por lo tanto, concluye la sentencia que la declaración solicitada como prueba era «irrelevante para la actuación sancionadora porque (...) el hecho que dio soporte al abuso apreciado fue la encomienda que la demandante hizo a la Policía y no a sus manifestaciones ante el titular y la empleada del establecimiento. Por tanto, la denegación de que esa declaración se practicara como prueba en el expediente sancionador no significó la privación de una garantía que fuese determinante de un resultado de real indefensión con los hechos a los que se dio trascendencia disciplinaria».

G) Las actas de inspección levantadas por funcionario interino tienen el mismo valor probatorio que las levantadas por funcionarios de carrera

Dos administrados fueron sancionados con una multa por la comisión de una infracción consistente en la realización de obras en una parcela inscrita en el catastro rústico. Los sancionados alegaron que el funcionario que levantó acta de inspección era interino, por lo que carecería de la condición de «autoridad», sólo atribuible a los funcionarios de carrera (según el art. 7.2 de la Ley autonómica 2/1989, de 22 de febrero, de la Función Pública Balear, aplicable en el supuesto examinado, y después derogada por la Ley Balear 3/2007, de 27 de marzo), lo que había de provocar que el acta careciera del valor probatorio reforzado atribuible únicamente a los funcionarios de carrera. La **STSJ de Islas Baleares de 11 de febrero de 2011** (recurso de apelación 287/2010), confirma la sanción al considerar que «la indicación de la Ley autonómica 2/1989, de 22 de febrero, no viene referida al valor probatorio de las actuaciones del funcionario en cuestión. La norma debe interpretarse en el sentido de que tales puestos no son propios de personal eventual o laboral, pero sí por interinos en caso de vacante, ya que de otro modo no se entiende cuándo y cómo los funcionarios interinos podrían ocupar plazas vacantes de funcionarios de carrera (...). En conclusión, desde el momento en que el funcionario interino ejerce las mismas funciones de los funcionarios de carrera, adquieren por ello las potestades que el art. 137.3 de la Ley 30/1992 establece para los funcionarios a quienes se les reconoce la condición de autoridad».

8. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Discrepancia entre la sanción propuesta y la finalmente impuesta

FIPONSA es sancionada por el Ministerio de Economía y Hacienda por la comisión de una infracción en materia de mercado de valores relacionada con la compra de valores en autotocartera. La empresa sancionada alega nulidad de la resolución sancionadora por omisión de un trámite esencial, pues la multa propuesta por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) era de importe inferior a la que finalmente impuso la Ministra sin haber oído de nuevo al comité consultivo previsto por la norma aplicable. La **SAN de 26 de enero de 2011** (recurso contencioso-administrativo 605/2009), rechaza esta alegación sobre la base de que no «ha tenido lugar una agravación objetiva de la sanción en cuanto a que el importe se mantiene dentro de la cuantía que equivaldría al grado mínimo de la posible multa a imponer: la Ministra no ha alterado la gravedad de la infracción sancionada, que es calificada de muy grave tanto por la CNMV como por la Orden Ministerial. La Ministra ha ejercitado con arreglo a derecho una competencia que le es propia, estableciendo dentro de los límites impuestos por la ley, la sanción que considera más ajustada a las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho constitutivo de la infracción tipificada por la ley».

9. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) La ampliación de trámites a petición del interesado tiene como límite el plazo general de caducidad del procedimiento

A la empresa *Applus Servicios Tecnológicos, SL* se le impone una sanción tributaria por deducción improcedente en el Impuesto de Sociedades. El expediente se inició el 13 de

julio de 2005 y el acuerdo sancionador se notificó el 12 de enero de 2006, es decir, dentro de los seis meses de plazo legal para tramitar el procedimiento. Sin embargo, la entidad sancionada había solicitado una ampliación del plazo para formular alegaciones concedido por la Administración actuante el 20 de diciembre de 2005 y que, en principio, vencía el 7 de enero de 2006. La solicitud de ampliación se presentó el 5 de enero de 2006 en el Registro General de Documento de Sant Cugat del Vallés y no fue recibida por la Delegación Central hasta el 17 de enero de 2006, es decir, cinco días después de notificada la resolución. En coherencia con su solicitud de ampliación, la recurrente sostenía que el plazo para formular alegaciones terminaba el 16 de enero de 2006, habiéndose producido, pues, la caducidad del procedimiento. A ello se opone la **SAN de 2 de febrero de 2011** (recurso contencioso-administrativo 185/2008), rechazando los citados argumentos y confirmando la sanción recurrida: «Una de las características de la “caducidad” es la de que no cabe interrupción del plazo que la determina. El procedimiento sancionador tiene establecido el plazo de seis meses, transcurridos los cuales sin que se haya dictado y notificado una resolución expresa se extingue. Ese plazo de configuración legal no puede ser alterado por la voluntad de las partes intervinientes, es decir, ni por la Administración, ni por el contribuyente. Si la Administración accede a una ampliación de uno de los trámites previstos en el procedimiento, a solicitud del interesado, dicha petición y respuesta se han de amoldar o acomodar al plazo legal, que, por sí mismo, es improrrogable, al tratarse de un plazo fatal de “caducidad”. Por ello, ni el administrado, ni la Administración, en su caso, pueden fijar las consecuencias procedimentales del incumplimiento del plazo legal sobre el sustrato de la bondad administrativa al otorgar una ampliación que supone una derogación del plazo legalmente fijado. Con esto la Sala quiere poner de relieve que, en el presente caso, la entidad no puede aprovecharse de su actuar a la hora de presentar el escrito en el que solicitaba una ampliación del plazo para formular alegaciones, pues gozaba desde el 20 de diciembre de 2005, hasta, en principio, el 7 de enero de 2006 para presentarlas, mientras que dicho escrito lo presenta dos días antes de su finalización y ante organismo distinto del que era el competente para, en su caso, resolver sobre dicha petición. Por ello, se desestiman los argumentos sobre la caducidad, así como los efectos de los que la entidad hacía derivar de su apreciación» (FJ 3).

B) Caducidad del procedimiento disciplinario contra guardias civiles. Límites al cambio de jurisprudencia

Según dimos cuenta en nuestra crónica anterior [Revista núm. 52, crónica VII.9.A)], la STS de 20 de diciembre de 2010, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario 5/2010), ha venido a reconocer la posibilidad de que los expedientes disciplinarios tramitados contra guardias civiles puedan caducar, incluso cuando dicha posibilidad no venga expresamente prevista en la norma disciplinaria (caso de las faltas leves). No obstante, este cambio jurisprudencial tiene un alcance limitado. En particular, no resulta aplicable a los expedientes iniciados conforme a la normativa anterior, es decir, la Ley Orgánica 11/1991. Para las sanciones impuestas bajo la vigencia de dicha norma, se sigue sosteniendo que «el régimen disciplinario específico de la Guardia Civil (y el de las Fuerzas Armadas), es ajeno a los efectos generales que se predicán de la caducidad de los expedientes y procedimientos sancionadores», por lo que «el efecto que se sigue del agotamiento del plazo establecido para concluir el expediente de que se trate es el de volver a correr el plazo prescriptivo previsto para la falta cometida, entendido como volver a computarse de nuevo e íntegramente

el plazo de prescripción que corresponda». Así lo declara la **STS de 1 de marzo de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario 94/2010).

C) Los documentos del procedimiento caducado pueden fundamentar la iniciación e integrar el nuevo expediente sancionador cuando tengan valor independiente o hayan sido expresamente ratificados en el nuevo expediente

Un guardia civil es sancionado con separación del servicio por la comisión de la falta muy grave de incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades. Contra dicha sanción alega la nulidad de los informes y pruebas incorporadas al expediente disciplinario y en las que se basó la resolución sancionadora, al proceder de un expediente anterior concluido por resolución en la que se declaró su caducidad y se acordó su archivo. En primer lugar, la **STS de 8 de marzo de 2011**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar 114/2009), recuerda que «el acuerdo de iniciar un nuevo expediente sancionador (si llega producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que con el valor de denuncia determinaron la iniciación del expediente caducado (...). Por ello, ninguna objeción puede hacerse al hecho de que el nuevo expediente (...), se iniciara con el informe del Comandante Jefe Accidental y con dos informes del Teniente del GIC de la comandancia de Ceuta (...), pues (...), la caducidad del expediente no determina la falta de efectos de los actos que tienen valor independiente, como son el Acta e Informe en los que se funda el acuerdo de inicio, respecto del cual se produjeron con anterioridad. Su incorporación al nuevo expediente determina que dichos documentos queden sujetos al régimen y efectos ligados a éste, sin perjuicio de la caducidad del anterior procedimiento y de su falta de efectos en éste». En segundo lugar, la sentencia estima que «por lo que se refiere a la prueba testifical es cierto que, en principio, no deben surtir efecto en el nuevo expediente las pruebas que se practicaron en el primero dado que éste ha sido archivado, pero nada impide que habiendo comparecido personalmente los testigos en el segundo expediente, el contenido de su nueva declaración ratifique lo declarado en el anterior, pues en tal caso, que es lo ocurrido en el supuesto actual, esta comparecencia y declaración constituye una nueva prueba, aunque su contenido se remita, por economía procesal, a confirmar lo declarado en el anterior expediente».

10. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO.
PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) La regla de que la comisión de la infracción no resulte beneficiosa como criterio de graduación de la sanción

El Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) impuso a *Endesa Distribución Eléctrica, SAU*, una multa de 900.000 euros por la comisión de la infracción consistente en incurrir en una de las conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (abuso de posición dominante en el mercado de la instalación de acometidas en la isla de Mallorca). Para la determinación de la cantidad que debía pagarse como multa, que alcanzó prácticamente el límite máximo previsto por la Ley, el TDC utilizó como criterio de graduación, entre otros, el beneficio obtenido por la práctica sancionada, a pesar de que éste no se encontraba expresamente previsto entre los criterios recogidos por la Ley de Defensa de

la Competencia. La **STS de 10 de febrero de 2001**, Sección Tercera (recurso de casación 3042/2008), confirma, sin embargo, «la procedencia de tener en cuenta como criterio de ponderación el beneficio obtenido por la conducta infractora» pues, «en todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del “principio de proporcionalidad” en el art. 131.2 de la Ley 30/1992». Cabe añadir que una aplicación estricta de este principio habría llevado a la imposición de una sanción mucho mayor, aunque ello habría implicado superar la cuantía máxima prevista para las multas correspondientes a este tipo de infracciones por la LDC.

B) Irrelevancia de la situación patrimonial de las personas jurídicas sancionadas para determinar la cuantía de las sanciones

La Comisión Nacional de la Competencia sanciona a cuatro asociaciones de farmacéuticos por una conducta restrictiva de la competencia en el mercado español de medicamentos genéricos sometidos a prescripción médica y al sistema de precios de referencia, consistente en realizar una recomendación colectiva para tratar de homogeneizar el comportamiento de las oficinas de farmacia en relación con un determinado laboratorio. El importe de las multas era de 400.000, 300.000 y 150.000 euros, respectivamente. Las organizaciones recurrentes alegaban que las elevadas sanciones impuestas podían conllevar su desaparición al superar con creces el presupuesto de las entidades y su patrimonio. A ello, la **SAN de 18 de enero de 2011** (recurso contencioso-administrativo 266/2009) replicó: «El presupuesto anual de las entidades sancionadas no puede determinar en este caso una disminución del importe de la sanción ya que su dimensión económica no viene determinada por su presupuesto sino que debe tenerse en cuenta la capacidad económica de sus asociados siendo las oficinas de farmacia miembros de esas asociaciones las que contribuyen con sus cuotas al sostenimiento de las mismas las que soportarán de forma indirecta el pago de la multa. De otro modo se perdería el carácter disuasorio de la multa ya que si se aceptara el criterio del recurrente bastaría constituir una asociación con un limitado presupuesto por parte de entidades con superior capacidad económica para limitar el importe de las sanciones».

11. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR CUMPLIMIENTO DE LA SANCIÓN

A) El cumplimiento de la sanción, incluso indebidamente ejecutada, extingue la responsabilidad

Tal y como se indicó en un epígrafe anterior, la **STS de 15 de febrero de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario 92/2010), confirmó la nulidad de pleno derecho de la resolución por la que se permitió que un soldado, sancionado con un mes y siete días de arresto, pudiera cumplir en su domicilio particular la sanción impuesta, pues, aun tratándose de una medida favorable para él, no se encontraba expresamente prevista en la ley. La sentencia de instancia, a raíz de declarar la nulidad de dicha resolución, consideró que el sancionado había sido indebidamente privado de libertad en forma no prevista por el Ordenamiento jurídico, por lo que reconoció el derecho a una indemnización.

zación patrimonial a su favor y, finalmente, la prescripción de la sanción. La sentencia de casación, sin embargo, aclara que «aunque la privación de libertad cumplida por el sancionado y el acto administrativo que la sustenta hayan sido declarados nulos, lo cierto es que la sanción ha sido cumplida y no resulta posible declarar de nuevo extinguida la responsabilidad disciplinaria del sancionado [por prescripción de la sanción] cuando ya se ha extinguido por el cumplimiento de la sanción. En efecto, la extinción de la responsabilidad sancionadora, como la penal, se produce, entre otras causas, por el cumplimiento de la sanción (...). En el caso presente, la sanción ha sido cumplida y se ha extinguido el derecho del Estado de castigar la infracción disciplinaria cometida. El cumplimiento supone para el sancionado que “ha saldado su deuda con la sociedad”; que ha pagado su culpa. No cabe exigirle un nuevo cumplimiento como tampoco cabe declarar de nuevo la extinción de su responsabilidad por otra causa distinta, como es la prescripción (...). Extinguida la responsabilidad disciplinaria de la manera más habitual, como es su cumplimiento, no cabe apreciar ninguna otra causa de extinción».

12. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) **La determinación de la sanción como un proceso reglado justifica su modificación o reducción por los tribunales**

Tras confirmar la proporcionalidad de la sanción impuesta por el Comité Permanente de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias a dos ciudadanos colombianos que intentaban abandonar el país sin declarar que llevaban 250.000 euros en el doble fondo de sus mochilas, la **STS de 28 de febrero de 2011**, Sección Tercera (recurso de casación 5809/2008), señala en un *obiter dictum* que el «principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción sino su modificación o reducción».

B) **Sustitución de la sanción impuesta por la Administración por otra distinta prevista para ese tipo de infracciones**

Un guardia civil alumno fue sancionado como autor de una falta grave consistente en «la observancia de conductas gravemente contrarias a la dignidad de la Guardia Civil» con la sanción de baja en el Centro Docente. Los hechos constitutivos de la infracción consistieron en encontrarse en el interior de su vehículo en un aparcamiento controlado por toxicómanos que impedían el paso a éste a las personas desconocidas o que no iban a comprar droga, siendo identificado primero por agentes del Cuerpo Nacional de Policía y luego por una Patrulla de la Guardia Civil ante la que reconoció que había acudido para adquirir cocaína para su autoconsumo. No obstante, atendiendo a que los hechos fueron calificados como falta grave (y no muy grave), la **STS de 4 de febrero de 2011**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario 125/2010), considera más adecuada la sanción de suspensión de haberes y servicios, que fija por sí misma en su extensión máxima de veinte días.

C) Sustitución de la infracción y de la sanción

La constructora *Vallehermoso División Promoción, SAU*, fue sancionada con multa de 601.012,06 euros como autora de una infracción muy grave en materia de aguas consistente en «la ejecución, sin la debida autorización administrativa, de otras obras, trabajos, siembras o plantaciones en los cauces públicos en las zonas sujetas legalmente a algún tipo de limitación en su destino o uso». La **STS de 28 de febrero de 2011**, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo 96/2009), tras constatar que la actuación por la que fue sancionada no había causado ningún daño al dominio público hidráulico, considera que «al no existir daños derivados de la conducta infractora (...) no cabe imputar a dicha entidad una infracción grave o muy grave (...), pues la tipificación de la infracción en alguno de estos grados presupone la causación de daños (...) Y por la misma razón (...), tampoco cabe incardinar la conducta en el tipo de infracción menos grave (...). Por tanto, la conducta de la demandante únicamente resulta encuadrable en la infracción leve (...), que se refiere a la misma conducta básica (la ejecución de obras sin la debida autorización administrativa) en los supuestos en que no se derivaren de tales actuaciones daños para el dominio público». Fijado el tipo, la propia sentencia procede a determinar la sanción correspondiente (multa) y a su individualización (6.000 euros), «atendiendo a la importancia y envergadura de la obra que emprendió sin esperar a obtener la autorización».

D) Anulación de la sanción y mantenimiento de otras responsabilidades no sancionadoras del ilícito administrativo

Según se indicó en un epígrafe anterior, la **STS de 23 de febrero de 2011**, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo 562/2008), anuló la sanción impuesta en materia de aguas a una Comunidad de Regantes por no concurrir el necesario elemento de culpabilidad. No obstante, constatados los daños producidos al dominio público hidráulico en la suma de 305.420,83 euros, la sentencia aclara que «si bien no puede ser sancionada (...) por la citada ausencia de culpabilidad (...), ello, sin embargo, no le exime del deber de cumplir con la indemnización que en la resolución impugnada también se le reclama».

E) La proporcionalidad de la sanción se basa en elementos fácticos que no pueden ser valorados en la fase de casación

Contradiendo su práctica habitual, el Tribunal Supremo sostiene en la **STS de 2 de marzo de 2011**, Sección Sexta (recurso de casación 4211/2007), dictada en relación con una sanción impuesta en materia de protección de datos, que «las circunstancias a tener en cuenta a la hora de graduar la sanción y el art. 45.5 de la Ley Orgánica [de Protección de Datos] son circunstancias fácticas que fueron ya debidamente apreciadas por el Tribunal y que no pueden ser revisadas en casación, partiendo de la base de que es aquel Tribunal el que tiene una percepción directa de los hechos y al que le corresponde su valoración a través del examen de la prueba obrante en autos».

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO BUENO ARMILLO
MANUEL A. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. SUJETOS DE LA EXPROPIACIÓN.
 - A) **Incompetencia de los Ayuntamientos para decretar la expropiación de terrenos para la instalación de líneas eléctricas cuando la obra no esté previamente configurada en el planeamiento como sistema general o dotación urbanística.**
3. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO.
 - A) **Cómputo de las expectativas urbanísticas: evolución de la doctrina jurisprudencial.**
 - B) **Modificación de la calificación de un terreno expropiado con posterioridad al inicio del expediente expropiatorio: fecha a la que debe referirse la valoración.**
4. GARANTÍAS SUSTANCIALES.
 - A) **Procede denegar la solicitud de retasación del justiprecio cuando el expropiado acepta el *quantum* indemnizatorio sin formular reserva o protesta alguna, renunciando tácitamente a la retasación.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Para redactar la presente crónica se han tenido en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia en materia expropiatoria producidos en el segundo trimestre de 2011, de los que se reseña la doctrina más relevante.

2. SUJETOS DE LA EXPROPIACIÓN

- A) **Incompetencia de los Ayuntamientos para decretar la expropiación de terrenos para la instalación de líneas eléctricas cuando la obra no esté previamente configurada en el planeamiento como sistema general o dotación urbanística**

La STSJ de Castilla y León de 15 de abril de 2011 (recurso núm. 211/2010) resuelve en apelación el recurso interpuesto por una sociedad mercantil interesada en la instalación de

determinados tendidos eléctricos contra la Sentencia de 31 de mayo de 2010 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Burgos que acordaba estimar íntegramente el recurso interpuesto por un vecino de Buniel (Burgos) contra el acuerdo del Pleno de dicho Ayuntamiento por el que se acordaba la expropiación de los terrenos necesarios para soterrar el referido tendido.

La Sala desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia esgrimiendo la falta de competencia del Ayuntamiento demandado para promover la expropiación y necesidad de ocupación en estos casos. Entiende la Sala, en concreto, que si bien las Corporaciones locales tienen competencia en materia urbanística, en el presente caso no existe prueba de que el soterramiento de la línea eléctrica y la necesidad de modificar su trazado esté configurado en el planeamiento como un sistema general o como dotación urbanística para cuya ejecución pueda el Ayuntamiento utilizar la expropiación forzosa, siendo competente para acordar la expropiación en estos casos la Comunidad Autónoma por cuyo territorio transcurre la línea de transporte de energía eléctrica, que es —por lo demás— la Administración territorial que cuenta con competencias en materia de autorizaciones de distribución de energía eléctrica.

3. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) **Cómputo de las expectativas urbanísticas: evolución de la doctrina jurisprudencial**

Bajo la vigencia del TRLS de 1976, las expectativas urbanísticas fueron un elemento más de valoración de los suelos no urbanizables entendidas éstas como «las posibilidades, futuras e hipotéticas, que el terreno puede tener, por determinadas circunstancias (proximidad a núcleos urbanos, situación o interés especial y otras) de ser utilizado, mediando la oportuna modificación del planeamiento, para una finalidad urbanística», según declaró reiteradamente la jurisprudencia emanada bajo la vigencia de aquel texto legal. Frente a ello, el TRLS de 1992 estableció en sus artículos 48 y 49 que el suelo no urbanizable y el urbanizable no programado se tasarían con arreglo al valor inicial, que se determinaría aplicando los criterios contenidos en las disposiciones que regulan las valoraciones catastrales del suelo de naturaleza rústica «sin consideración alguna a su posible utilización urbanística». La jurisprudencia entendió que este inciso eliminaba la consideración de las expectativas urbanísticas, sin perjuicio de poder valorar los incrementos de valor fundados en el destino que sectorialmente se estableciera para el suelo o basados en el destino a que se fuese a dedicar el suelo expropiado, supuestos —por lo demás— ciertamente marginales (dan testimonio de esta interpretación, entre muchas otras, las SSTS de 20 de junio de 1997 —RJ 5946— y de 12 de diciembre de 2002 —RJ 2003/35—).

La entrada en vigor de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, alteró de nuevo el panorama. Tras algunas vacilaciones iniciales, la jurisprudencia admitió que esta Ley permitía considerar, al valorar el suelo, su valor real de mercado (mediante la aplicación de los métodos de valoración establecidos en la Ley) en atención a las circunstancias de cualquier clase que concurran a conformarlo y, entre ellas, de las expectativas urbanísticas. Ciertamente, una mención explícita al «valor real» que se conte-

nía en el artículo 25 de la Ley se suprimió en su tramitación parlamentaria a causa de una enmienda de los Grupos Parlamentarios vasco y canario, aunque sin embargo se mantuvo la referencia en la Exposición de Motivos, donde se leía lo siguiente: «En lo que concierne a los criterios de valoración del suelo, la Ley ha optado por establecer un sistema que trata de reflejar con la mayor exactitud posible el valor real que el mercado asigna a cada tipo de suelo, renunciando así formalmente a toda clase de fórmulas artificiosas que, con mayor o menor fundamento aparente, contradicen esa realidad y constituyen una fuente interminable de conflictos, proyectando una sombra de injusticia que resta credibilidad a la Administración y contribuye a deslegitimar su actuación. Se elimina así la actual dualidad de valores, inicial y urbanístico ... de forma que, a partir de ahora, no habrá ya sino un solo valor, el valor que el bien tenga realmente en el mercado del suelo, único valor que puede reclamar para sí el calificativo de justo que exige inexcusablemente toda operación expropiatoria». Esto, unido al establecimiento del método de comparación de fincas para valorar el suelo rústico (artículo 26), propició la valoración franca de dichas expectativas. La STS de 26 de octubre de 2006 (RJ 8823) resumía esta interpretación del siguiente modo:

«como decíamos entre otras en la Sentencia de 22 de junio de 1999 (recurso 3138/1995) al referirse a las expectativas urbanísticas, la Ley 6/1998 ha restablecido el criterio de la Ley del Suelo de 1976 al disponer en su artículo 26 que el valor del suelo no urbanizable se determinará por el método de comparación a partir de valores de fincas análogas y no hacer reserva alguna en relación con la imposibilidad de tener en cuenta las expectativas urbanísticas que por tanto, podrán ser tenidas en cuenta. En todo caso, y por lo que a las expectativas urbanísticas se refiere, debe tenerse en cuenta lo que es una reiterada jurisprudencia de esta Sala (por todas, Sentencia de 5 de abril de 2006 —recurso 3909/2003—) en el sentido de que es necesario que quede acreditada la realidad de las expectativas urbanísticas, pudiendo constituir un índice de tales expectativas, una edificación progresiva de la zona o el hallarse a escasos kilómetros de un núcleo urbano, con una razonable previsibilidad de que en un tiempo significativo en términos económicos, el terreno vaya a ser incorporado al proceso urbanizador. Resulta, pues, indispensable que se pongan de relieve datos tan relevantes como los referidos, para poder apreciar si hay tales expectativas urbanísticas, del mismo modo que cuando se acude al método de comparación previsto en el artículo 26 de la Ley 6/1998, es necesario que se concreten las fuentes objetivas de las que se extraen los valores que se manejan para determinar la analogía de las fincas, cuyos valores se comparan según los criterios previstos en dicho precepto».

Sin embargo, la cuestión tuvo que ser replanteada de nuevo a la vista de la modificación operada en la Ley 6/1998 por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, que pretendió impedir la valoración de expectativas urbanísticas. No obstante, esta modificación legal dejó intacto el artículo 26 de la Ley 6/1998 (relativo a la valoración del suelo no urbanizable), aunque sí modificó el artículo 27.2 de aquella Ley (sobre valoración del suelo urbanizable) estableciendo que «El valor del suelo urbanizable, no incluido por el planeamiento en los ámbitos a los que se refiere el apartado anterior y hasta tanto no se apruebe el planeamiento de desarrollo que establezca la legislación urbanística, se determinará en la forma establecida para el suelo no urbanizable, sin consideración alguna de su posible utilización urbanística». La redacción contrasta con la anterior, en la que el suelo urbanizable no programado se valoraba por remisión al rústico, sin más aditamentos.

A la vista de esta reforma, la jurisprudencia ha tenido que dilucidar si la modificación legal de 2003 implica que deban dejar de valorarse expectativas urbanísticas en el suelo «urbanizable no programado», y si *a fortiori* ello implicaba que debieran dejar de valorarse en el suelo no urbanizable (para el cual nada decía la reforma de 2003). El problema ha estado coleando en estos términos hasta la aprobación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo y del TRLS de 2008, que abandona el método de comparación por el de capitalización para la nueva categoría del «suelo rural», comprensiva del rústico y del urbanizable no programado, que descarta las expectativas urbanísticas en su valoración (artículo 23.2 y Disposición Adicional Séptima).

En el ínterin que media entre la reforma de 2003 y el nuevo texto legal, la jurisprudencia ha sido vacilante en razón de los nada claros términos en que quedó redactada la Ley 6/1998 tras la aludida reforma. De ello dan prueba un buen número de sentencias del Tribunal Supremo recaídas todas ellas el trimestre de 2011 analizado en este número, de las que son representativas las **SSTS de 6 de junio** (recurso núm. 375/2010), **de 13 de junio** (recurso núm. 393/2010), **de 20 de junio** (recurso núm. 373/2010) y **de 27 de junio** (recurso núm. 382/2010), entre otras. Todas ellas declaran que no ha lugar a los recursos de casación para la unificación de la doctrina deducidos contra varias sentencias del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha que estimaban procedente valorar las expectativas urbanísticas frente a lo que venía siendo la doctrina de la propia Sala de instancia. Según la nueva doctrina adoptada por dicha Sala:

«la negativa a valorar expectativas urbanísticas (...) supone negarse a valorar un elemento realmente concurrente en el valor del bien, esto es, supone la afirmación expresa y consciente de que no se pagará por el bien su valor real, esto es, lo que el interesado habría podido obtener libremente en el mercado, sino un valor puramente ficticio. Tomando como referencia la exposición de motivos de la Ley 6/1998, de 13 de abril, supone afirmar que el valor que se establezca no va a “reflejar con la mayor exactitud posible el valor real que el mercado asigna a cada tipo de suelo”; supone que, conscientemente, se opta por una “fórmula artificiosa” que “contradice la realidad del valor del bien” y que “puede constituir una fuente interminable de conflictos”; supone adoptar conscientemente una fórmula que “proyecte una sombra de injusticia”, que “reste credibilidad a la Administración” y que, nada menos, “contribuya a deslegitimar su actuación”; y, en fin, supone renunciar expresa y voluntariamente a aplicar el que según el legislador es “el único valor que puede reclamar para sí el calificativo de justo”, valor que es el que “exige inexcusablemente toda operación expropiatoria”.

Por otro lado, debe también tomarse en consideración que el artículo 33.3 de la (*sic*) establece como garantía expropiatoria el abono de una indemnización, y que el concepto de indemnización, por definición, viene ligado al del mantenimiento de la “indemnidad”. Pues bien, sin entrar ahora en el problema de si una ley que explícitamente excluya la valoración de cualquier expectativa urbanística puede presentar problemas de constitucionalidad, a lo que sí abocan sin embargo las reflexiones realizadas más arriba, a juicio de la Sala, es a la idea de que si una norma desea ordenar que se aplique un valor distinto del único valor justo posible, distinto del único que no deslegitima la actuación administrativa, entonces deberá hacerlo de forma clara y diáfana, inequívoca (por ejemplo, la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, establece en su artículo 22 que el suelo rústico se valorará exclusivamente mediante capitalización de rentas agrarias, y que no podrán considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial o urbanística

que no hayan sido aún plenamente realizados). Ahora bien, la situación de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, aun tras la modificación introducida por la Ley 10/2003, dista de ser comparable en cuanto a claridad. Si es cierto que resulta ineludible, evidentemente, atender a lo que el legislador haya dicho con esta modificación, no es posible desligarse de la forma en que lo ha dicho y de la ambigüedad e imprecisión de la reforma.

En primer lugar, como hemos señalado más arriba, nada se dice en el artículo 26, que es el aplicable al caso, sobre una modificación del régimen de valoración anterior. Es imposible desconocer este hecho. El artículo 26 no se modifica ni se reforma, y es éste, precisamente, el artículo en el que, con apoyo en la exposición de motivos de la Ley, se ha fundado la jurisprudencia para entender que cabe incluir en la comparación de valor cualquier circunstancia que realmente concorra, entre ellas las expectativas urbanísticas. Es difícil entender que el legislador haya querido una modificación del valor del suelo no urbanizable si ni siquiera ha modificado el artículo que regula su valor, máxime cuando en la Ley del Suelo de 2007 ha demostrado que puede ser explícito si desea serlo.

Es cierto que en el artículo 27.2 de la Ley se remite, para valorar el suelo “urbanizable no programado” al valor del suelo “no urbanizable”, y añade: “sin consideración alguna a su posible utilización urbanística”. Ahora bien, resulta descabellado entender que el legislador pretende excluir las expectativas en el suelo “urbanizable no programado” y no en el “no urbanizable”. Sin embargo, no resulta menos chocante entender que el legislador ha querido modificar el sistema de valoración del suelo “no urbanizable” sin modificar el artículo que lo regula, y ello a través de una interpretación indirecta por la vía del artículo 27.2, máxime cuando es el artículo 27 el que toma como base al 26 y no al contrario. Tampoco ayuda a la interpretación el hecho de que el artículo 27.1, para suelo “urbanizable programado”, excluya “los elementos especulativos del cálculo y aquellas expectativas cuya presencia no esté asegurada”, pues desde luego nadie niega que la presencia de las expectativas ha de estar asegurada, como hemos dicho más arriba (otra cosa es si en el futuro llegarán o no a realizarse, si la potencia acabará en acto, o no), y además deberá también estar probada, y no deberse a meras especulaciones a largo plazo que no provoquen un incremento real y verificado, actual, del valor del suelo.

Pues bien, la falta de claridad y precisión del legislador no pueden resolverse eliminando la valoración de las expectativas cuando, como dijimos, son las que (en su caso) proporcionan el único valor justo, y cuando, como vemos, la norma es de difícil comprensión en su intención. Repárese en que, como decimos, se modifica el artículo 27 y se deja intacto el 26. Ahora bien, el artículo 27 precisaba de por sí una nueva redacción (pues contenía remisiones desfasadas al artículo 16 de la misma Ley), de modo que tampoco es seguro que su designio sea precisamente el de eliminar la posibilidad de valorar expectativas. Lo cierto es que la expresión “sin consideración alguna de su posible utilización urbanística” se incluye en el artículo que regula el suelo urbanizable, cuyo párrafo primero regula el “programado” y el segundo, el “no programado”. Si en el programado se dice que la valoración va vinculada al aprovechamiento determinado para ese suelo, la mención que se incluye en el párrafo segundo puede entenderse como forma de aclarar que en este suelo no hay un aprovechamiento real determinando aún, y que por tanto no debe ser tomado en consideración, y no como una voluntaria exclusión de un factor de valoración como el que venimos tratando. Una cosa es que no se pueda tomar en cuenta un aprovechamiento que no se ha establecido como aplicable al suelo, aunque un suelo inmediato sí pueda tenerlo, y otra que no quepa valorar el suelo conforme al valor que tiene realmente en el mercado, aunque sea sobre la base de los cálculos de los operadores económicos sobre el futuro probable de dicho suelo.

En resumen, si se quiso eliminar de la valoración del suelo no urbanizable la consideración de las expectativas urbanísticas se hizo de una forma tan extraña, confusa e indirecta que no podemos por menos que dudar de que así se haya querido hacer, en particular cuando se trata de un giro copernicano en el sistema de valoración y de un sistema de valoración que contradiría las tajantes manifestaciones de la E.M. de la misma Ley sobre cuál sea el único valor justo posible».

En vistas de este razonamiento —que por su interés ha merecido ser íntegramente transcrito—, el Tribunal Supremo rechaza que pueda interponerse un recurso de casación para la unificación de doctrina pues, conforme a su doctrina sobre los requerimientos para la interposición de un recurso tan excepcional, éste no cabe cuando estamos ante un cambio de criterio motivado y que no puede considerarse irrazonable que, sobre cuestiones de hecho o de Derecho, pueden realizar los órganos judiciales de instancia, ya que dichos cambios de criterio motivados son perfectamente ajustados a Derecho.

B) Modificación de la calificación de un terreno expropiado con posterioridad al inicio del expediente expropiatorio: fecha a la que debe referirse la valoración

La STS de 24 de junio de 2011 (recurso núm. 5692/2008), resuelve el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Navarra contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 29 de septiembre de 2008. El asunto tiene origen en la expropiación de un terreno para la ejecución del proyecto denominado «Construcción del nuevo acceso norte a Pamplona mediante los túneles de Ezcaba». El acuerdo del Jurado de Expropiación de Navarra, de 16 de diciembre de 2005, consideró que a efectos del cálculo del justiprecio el terreno expropiado era suelo no urbanizable. Disconforme con ello, acudió la expropiada a la vía jurisdiccional, donde la Sala de instancia acogió sustancialmente su pretensión considerando que la apreciación del Jurado de considerar no urbanizables los terrenos expropiados se explicaba porque este órgano había referido la valoración al momento en el que la Administración requirió la hoja de aprecio al expropiado; momento en el que el Plan urbanístico vigente clasificaba dichos terrenos como no urbanizables. Sin embargo, la Sala puntualiza que no es esa la fecha que había que tener en cuenta en este caso, sino la del inicio de mutuo acuerdo; momento en el que el Plan vigente calificaba los terrenos expropiados una parte como urbano, otra como urbanizable programado y no programado y otra como no urbanizable, tal como fue acreditado en los autos. En coherencia con esta constatación, el Tribunal Superior de Justicia anuló el acuerdo del Jurado y fijó un nuevo justiprecio adecuado a la clasificación urbanística de cada una de las partes del terreno expropiado.

Al examinar el criterio seguido por la Sala de instancia para resolver el recurso de casación deducido contra esa sentencia, el Tribunal Supremo se plantea el problema de la modificación de la clasificación urbanística del terreno expropiado con posterioridad a la iniciación del procedimiento expropiatorio. Tal y como se ha apuntado, la Sala de instancia entendió que el momento al que debía referirse la valoración del bien expropiado no era el de requerimiento de la hoja de aprecio sino el del inicio de las gestiones de mutuo acuerdo. El Tribunal *a quo* cita para ello el criterio jurisprudencial según el cual el referir la valoración al momento de requerimiento de hoja de aprecio al expropiado tiene como finalidad

evitar que retrasos en la tramitación del expediente expropiatorio demorando la apertura de la pieza de justiprecio perjudiquen al interesado. Si cuando esa demora no existe, o es la propia del trámite, se admite la compensación mediante el abono de intereses, cuando es notoria o concurren excepcionales circunstancias, ese espíritu favorable al expropiado obliga a optar, en general, por la última de las alternativas expuestas y referir la fecha de valoración a la de inicio de las gestiones para hacerlo mediante acuerdo. Y si ello es así, es general, con más mayor razón lo era en el presente caso en el que entre esa fecha y la de requerimiento para la presentación de la hoja de aprecio se produjo ni más ni menos que un cambio en el planeamiento que supuso que el terreno expropiado pasase de urbano a no urbanizable con destino forestal.

La cuestión casacional es, por tanto, aclarar cuándo ha de entenderse iniciado el expediente de justiprecio a los efectos de los artículos 24 y 25 de la LEF en un caso como el que acaba de exponerse. En este punto, el Tribunal Supremo ratifica la tesis de la Sala de instancia y declara no haber lugar al recurso de casación planteado, afirmando que de los citados preceptos legales, y muy particularmente del artículo 25 de la LEF,

«se sigue que la determinación del justiprecio ha de iniciarse inmediatamente después de que se declare la necesidad de ocupación de los bienes afectados por la expropiación. El artículo 28 del Reglamento de desarrollo del mencionado texto legal es más preciso en este punto, pues dispone, por lo que ahora específicamente interesa, que “el expediente de justiprecio a que se refiere el capítulo III de la Ley se entenderá iniciado, a todos los efectos legales, el día siguiente a aquél en que haya adquirido firmeza el acuerdo declaratorio de la necesidad de la ocupación con independencia de la fecha en que la Administración expropiante extienda la correspondiente diligencia de apertura”. Esta norma reglamentaria establece, así, una especie de presunción absoluta de que el expediente de justiprecio comienza automáticamente con la adquisición de firmeza de la declaración de la necesidad de ocupación. Es bien conocido cómo según una jurisprudencia constante, que la sentencia impugnada menciona y el Gobierno de Navarra invoca en apoyo de su tesis impugnatoria, el artículo 28 del Reglamento no puede prevalecer frente al artículo 25 LEF, precepto legal que aquella norma reglamentaria está llamada a desarrollar. De aquí que esta Sala mantenga que, cuando la iniciación efectiva del expediente de justiprecio —por medio del requerimiento de la hoja de aprecio al expropiado— tiene lugar tiempo después de la declaración de la necesidad de ocupación, es a dicho momento de iniciación efectiva del expediente de justiprecio al que hay que estar; es decir, ése debe ser el momento a que referir no sólo la tasación económica del bien expropiado, sino también las características físicas y jurídicas del mismo que puedan ser relevantes para la valoración. La razón de ser de esta construcción jurisprudencial es evitar que el retraso en la tramitación por parte de la Administración pueda perjudicar al expropiado, que con la aplicación del artículo 28 del Reglamento —mucho más favorable a la Administración expropiante que el relativamente ambiguo artículo 25 LEF— no tendría derecho a hacer suya la revalorización del bien expropiado como consecuencia del simple transcurso del tiempo. Es claro, dicho sea incidentalmente, que esa construcción jurisprudencial, parte del presupuesto de que los bienes, especialmente los inmuebles, tienden a aumentar de valor. La consecuencia de todo ello es que, adoptando una interpretación favorable al expropiado, el artículo 28 del Reglamento se reputa no conforme a la ley —y, por consiguiente, inaplicable— en aquellos supuestos en que el retraso en la efectiva iniciación del expediente de justiprecio haya podido suponer un incremento de valor del bien expropiado.

Sin embargo, cuando esa circunstancia no se da, no hay razón alguna para desviarse del tenor literal del artículo 25 LEF, según el cual la determinación del justiprecio debe comenzar inmediatamente después de la declaración de la necesidad de ocupación; ni tampoco para dejar de aplicar la presunción del artículo 28 del Reglamento. No tendría sentido que una construcción jurisprudencial tendente a tutelar al expropiado frente a las consecuencias negativas del retraso de la Administración en la tramitación terminase favoreciendo a aquélla. En supuestos como el presente, en que —con o sin retraso administrativo— se produce un cambio en la clasificación urbanística del terreno expropiado con posterioridad a la declaración de la necesidad de ocupación y además dicho cambio es perjudicial para el expropiado por implicar una disminución del valor de aquél, el criterio jurisprudencial corrector de las consecuencias perversas del retraso administrativo carece de apoyo. De aquí que, en esa hipótesis, la valoración haya de hacerse según la clasificación urbanística que el terreno tenía en el momento en que comenzó el procedimiento expropiatorio».

4. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) **Procede denegar la solicitud de retasación del justiprecio cuando el expropiado acepta el *quantum* indemnizatorio sin formular reserva o protesta alguna, renunciando tácitamente a la retasación**

La **STS de 11 de marzo de 2011** (recurso núm. 6298/2006), declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de julio de 2006 (recurso núm. 126/2002), confirmatoria de denegación de una solicitud de nueva retasación del justiprecio fijado por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, derivado de la expropiación de una finca situada en Moratalaz (Madrid).

La Administración expropiante consideró improcedente la retasación por cuanto el justiprecio de la finca expropiada fue fijado por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa el 21 de octubre de 1992 y definitivamente el 24 de febrero de 1993 (porque medió un recurso de reposición), y fue abonado el 15 de febrero de 1995, según se hacía constar en el Acta de pago de conformidad con el expropiado, por lo que lo fue dentro del plazo de los dos años previsto en el artículo 58 de la LEF, sin que la retasación resulte procedente en los supuestos de retraso en el pago del justiprecio fijado por un Tribunal. Frente a ello, la demandante entiende que si la fijación del justiprecio por el Jurado fue recurrida en reposición el 4 de diciembre de 1992, y éste se resolvió el 24 de febrero de 1993 aunque su fecha de resolución límite fuera el 5 de enero de 1993, la fecha que debió tenerse en cuenta es aquella en la que tuvo que estar resuelto el recurso; esto es, el 5 de enero. La Sala de instancia consideró que a los efectos del cómputo del plazo para tener derecho a la retasación el *dies a quo* sería el 5 de enero de 1995 y a dicha fecha no se había realizado el pago o consignación del justiprecio, por lo que la solicitud de retasación se formuló en plazo hábil, y desde ese punto de vista debió ser admitido.

Pese a ello, la Sala de instancia también entiende que la parte recurrente, en el acta suscrita unos días después al percibir la cantidad adeudada, renunció a su derecho a solicitar una cuarta retasación. Especial valor proporciona el Tribunal *a quo* al acta de pago levantada el 15 de febrero de 1995, en la que se lee lo siguiente: «reconociéndose la parte

expropiada por enteramente pagada en cuanto a los intereses de demora y aumento de retasación de la finca “Hacienda de Pavones” de Moratalaz de la cantidad concurrente, otorgando para ello (la) más firme y eficaz carta de pago». La Sala interpreta esta declaración como una renuncia al derecho de retasación, pues habiéndose expresado el acta en esos términos, la parte expropiada debió salvar su derecho a la retasación en el momento en que recibió el pago tardío del justiprecio fijado administrativamente. Añade la Sala que el pago recibido el día 15 de febrero de 1995 incluía todas las cantidades debidas en ese momento y que el posterior ejercicio del derecho a la retasación no se ajusta a los términos claros y limpios del pago, que se acepta con anterioridad en términos precisos y rotundos «otorgando para ello (la) más firme y eficaz carta de pago» sin que la inclusión del inciso «de la cantidad concurrente» tenga el valor que pretende darle la parte actora de reserva del derecho a la retasación, ya que existiendo, como existía, un pleito pendiente sobre justiprecio, tal mención debe entenderse en el sentido de salvaguardar los intereses y derechos que de ese litigio pendiente pudieran nacer. Concluye el Tribunal *a quo que* en el momento de presentarse la solicitud de retasación que fue desestimada por la Administración, el derecho de la parte solicitante estaba extinguido por renuncia al haber recibido el pago sin reserva de ese derecho.

En vistas de este razonamiento, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a la casación pretendida apoyándose en su jurisprudencia según la cual el expropiado puede manifestar mediante actos propios una voluntad de renuncia a la retasación y de acomodación al *quantum* indemnizatorio fijado por el Jurado, como ocurre cuando, transcurridos los dos años establecidos por el artículo 58 LEF, acepta el pago sin formular reserva o protesta alguna en cuanto a la retasación, que es lo sucedido en autos, en que el propietario expresó en acta darse por enteramente pagada, tal y como interpretó la Sala de instancia, pues del contexto de las expresiones allí contenidas y de las actuaciones y pagos realizados no puede concluirse cosa distinta.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.
 - A) **Responsabilidad sanitaria.**
 - B) **Responsabilidad por omisión en la vigilancia de la actividad de menores de edad en centros escolares.**
 - C) **Responsabilidad por omisión de controlar las actividades fraudulentas de terceros. Caso Fórum Filatélico-Afinsa: inexistencia de una obligación de vigilancia por las Autoridades financieras y fiscales.**
 - D) **Antijuridicidad.**
 - E) **Suelo con la clasificación urbanística de urbano consolidado cuyo aprovechamiento se ve frustrado por el descubrimiento de restos arqueológicos y su declaración como Bien de Interés Cultural por Decreto: indemnización procedente.**
3. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO.
 - A) **Legitimación pasiva: no alcanza a los daños que pueda sufrir un empleado de una empresa contratista en el desempeño de sus tareas.**
 - B) **Plazo. *Dies a quo*. Distinción entre daños permanentes y daños continuados.**
4. RESPONSABILIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POR DILACIONES: ASPECTOS PROCESALES.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica abarca un período que alcanza hasta final de 2010 en el que se han dictado un número muy considerable de sentencias. Destacamos en estas crónicas algunos pronunciamientos en relación con la responsabilidad sanitaria, que, como de costumbre, constituyen el mayor porcentaje del total de los habidos. Asimismo reseñamos la solución, negativa, dada en relación a la posible responsabilidad por omisión de vigilancia en el famoso caso Fórum Filatélico-Afinsa. O una sentencia que estima que existe la obligación de indemnizar los daños derivados de la denegación de licencia para edificar en suelo urbano cuando se encuentran hallazgos arqueológicos declarados bien de interés cultural. O, finalmente,

entre otras, una sentencia sobre responsabilidad del Tribunal Constitucional, que constituye el segundo paso en la construcción de este género de responsabilidad tras la que comentamos en el número 49 de esta crónica.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) Responsabilidad sanitaria

A la hora de enjuiciar las reclamaciones derivadas de la asistencia sanitaria el criterio clave lo constituye el del cumplimiento o no de la llamada *lex artis ad hoc* (incluida la obligación de recabar el consentimiento informado en los casos prescritos por la ley). Comentamos a continuación algunos pronunciamientos destacados que suscitan cuestiones diversas:

- En las **SSTS de 5 de octubre de 2010**, Ar. 6994, y **de 22 de noviembre de 2010**, Ar. 8620, se considera responsable a la Administración cuando un paciente contrae una infección en un hospital, aunque sea un riesgo que no se ha logrado eliminar del todo en la práctica médica.
- La **STS de 3 de noviembre de 2010**, Ar. 7883, aborda el delicado tema de hasta dónde debe indemnizarse por un diagnóstico tardío, ya que en estos casos es muy complejo determinar cuál hubiera sido la evolución de la patología en caso de diagnóstico más precoz:

«La responsabilidad de las administraciones públicas es objetiva al residenciarse en el resultado antijurídico. Ya, en el ámbito sanitario, su evidencia constituye una obligación de medios. Y, así a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que una actuación correcta y a tiempo conforme a las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Como dice la Sentencia de esta Sala y Sección de 25 de mayo de 2010, recurso de casación 3021/2008, han de ponerse “los medios precisos para la mejor atención”.

Y añade la STS de esta Sala y Sección de 23 de septiembre de 2010, recurso de casación 863/2008, que la privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de “pérdida de oportunidad” —sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez, recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001, 4429/2004 y 5927/2007— se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias».

- La **STS de 27 de octubre de 2010**, Ar. 7702, analiza el caso de la falta de información a los futuros padres sobre las anomalías apreciadas en las ecografías realizadas y los evidentes riesgos de malformación que implicaban, que originó que

no pudieran decidir libremente sobre la prosecución o no del embarazo. Estima procedente la indemnización. En este supuesto, el daño se evalúa en la elevada cantidad de 601.317,10 euros, pues el Tribunal Supremo considera que no sólo es indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino también los mayores costes o gastos anudados al síndrome de Down con que nace el hijo.

- La **STS de 18 de octubre de 2010**, Ar. 7387, aplica dos importantes correctores al principio según el cual debe ser el reclamante el que pruebe el nexo causal: la doctrina del daño desproporcionado y la de la facilidad probatoria, que se conectan en este caso en su razonamiento de forma inescindible. Considera que, pese a que no se haya acreditado una desviación de la *lex artis*, la desproporción del resultado implica una inversión de la carga de la prueba, que hace que sea el centro sanitario el que deba ofrecer una explicación causal compatible con su diligencia y la de los médicos implicados, con fundamento en su cercanía a las fuentes de la prueba.
- En la **STS de 22 de noviembre de 2010**, Ar. 8620, se condena a indemnizar a la Administración por falta de acreditación del consentimiento informado, habiéndose actualizado uno de los riesgos inherentes a la intervención en cuestión. También se condena a la Administración a indemnizar cuando la información previa es insuficiente, y no contempla posibles secuelas de la entidad de la efectivamente sufrida, como ocurre en la **STS de 25 de octubre de 2010**, Ar. 7550.

B) Responsabilidad por omisión en la vigilancia de la actividad de menores de edad en centros escolares

Como ya hemos hecho notar en diversas crónicas, la jurisprudencia se muestra muy exigente en la obligación de vigilancia de los menores por parte de la Administración educativa para prevenir posibles daños. En el período considerado, la **STS de 8 de noviembre de 2010**, Ar. 7945, analiza el caso de un niño que al asomarse a un hueco a media altura en la medianera entre el colegio y una finca colindante, recibe por parte de un tercero y de forma intencionada un golpe con una fregona, que le causa lesiones oculares. El tribunal de instancia había desestimado la reclamación, al estimar que el daño había de imputarse a la acción delictiva de un tercero, pero el Tribunal Supremo casa la sentencia y estima que la Administración debe responder al no haber puesto fin a la situación de peligro que suponía la existencia del hueco, de la que podía esperarse un suceso como el acaecido (subyace en este razonamiento la teoría de la causalidad indirecta adecuada, como puede verse).

C) Responsabilidad por omisión de controlar las actividades fraudulentas de terceros. Caso Fórum Filatélico-Afinsa: inexistencia de una obligación de vigilancia por las Autoridades financieras y fiscales

Las **SSTS de 13 de diciembre de 2010**, Ar. 8997, y **9 de diciembre de 2010**, Ar. 2011/696, resuelven desde el punto de vista de la eventual responsabilidad administrativa el célebre caso de los afectados por la estafa piramidal de la compraventa de sellos. El Tribunal Supremo descarta la responsabilidad administrativa que se pretendía anudar a la omisión de actuar para prevenir el daño por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el

Ministerio de Economía y Hacienda, el Banco de España y la Agencia Estatal de Administración Tributaria, ya que no se trataba de una actividad sometida a la disciplina financiera. Y añade:

«Confiar el ahorro y su rentabilidad personal o individual e incluso colectivo de una familia o de un grupo en un negocio como el que llevaban a cabo las empresas Fórum y Afinsa cuya razón de ser era la revalorización de un bien tangible como los sellos de correo sin destino postal sino de coleccionismo filatélico, requería de un mínimo asesoramiento que no fuera únicamente el de los impulsores del negocio. La filatelia es ante todo una afición para el disfrute personal del coleccionista que recoge, ordena y clasifica sellos, sobres y otros documentos postales y no un negocio como se hizo creer por las empresas creadas a ese fin. Y puede ser, quizás, una inversión generalmente a muy largo plazo, y salvo muy contadas ocasiones con muy escasa rentabilidad, salvo que el afortunado coleccionista consiga reunir timbres franqueados o no, que alcancen un alto valor bien por los errores que contengan, por su corta tirada o por otra razón excepcional. De modo que utilizar ese bien como refugio del ahorro es una actuación arriesgada y generalmente poco provechosa. Y, desde luego, constituye una actividad entre particulares que queda exenta del control de la Administración por más que exista ya una norma que intente proteger a quienes entren en ese mercado de bienes tangibles para evitar como ocurrió en este caso y, algún otro también conocido en España, que se desencadenen situaciones como las aquí enjuiciadas de las que no puede hacerse responsable no ya por acción sino ni tan siquiera por omisión a la Administración del Estado».

D) Antijuridicidad

Traemos a este apartado tres casos en que se descarta la indemnización en ausencia de daño antijurídico:

- La **STS de 5 de noviembre de 2010**, Ar. 7934, tiene como presupuesto el registro de un *pub* por parte de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en el marco de una operación de prevención de venta y consumo de sustancias estupefacientes, en el que se incautan este tipo de sustancias. Se instruyó como consecuencia de éste expediente sancionador, adoptándose como medida cautelar la clausura del local por la existencia de «elementos suficientes que justifican la adopción de la medida cautelar de clausura del establecimiento». La resolución del procedimiento decretó sanción económica y de cierre temporal, descontándose de ésta los días de cierre cautelar. La sanción fue posteriormente anulada judicialmente, por falta de acreditación de la práctica y el resultado del dictamen de la Dirección Provincial de Sanidad relativo al análisis y control de las sustancias previamente remitidas por el Jefe Superior de Policía. El propietario del local reclamó entonces daños y perjuicios, pero el Tribunal Supremo, dando por buena la solución del Tribunal de instancia, considera que no concurrió ninguna irregularidad en la adopción de la medida cautelar ni siquiera en la sanción, ya que ésta fue adoptada dentro del margen de apreciación legalmente lícito, a la vista de elementos probatorios suficientes, y ello pese a que finalmente, por la ausencia del dictamen de la Dirección Provincial de Sanidad, la sanción fuera anulada, no por falta de tipicidad sino por ausencia de prueba de cargo suficiente. De esta forma, no concurre uno de los

requisitos esenciales del instituto de la responsabilidad patrimonial como es el carácter antijurídico de la lesión.

- Los hechos de la **STS de 23 de noviembre de 2010**, Ar. 8645, consisten en la concesión al recurrente de una administración de loterías por acto administrativo que posteriormente fue anulado por vía jurisdiccional. El Tribunal Supremo considera procedente la indemnización por el daño emergente, esto es, por el importe que tuvo que gastar el recurrente para realizar las obras de acondicionamiento de local a fin de desarrollar la actividad que le había sido autorizada, pero no la del lucro cesante reclamado, por cuanto el daño no es antijurídico.
- Finalmente, la **STS de 17 de noviembre de 2010**, Ar. 8529, analiza un anecdótico caso en torno a las relaciones entre el llamado «derecho al olvido» y la responsabilidad administrativa, con ocasión de la publicación en el BOE de un indulto, prevista en la ley, inclusiva del nombre y apellidos del indultado y del delito indultado. El recurrente es un abogado con el mismo nombre y apellidos que un beneficiario de indulto, que sostiene que dicha publicación, y el acceso universal a ésta utilizando un buscador de Internet y tecleando el nombre y apellidos, le causó un daño en su honor, por la confusión de identidades, que repercutió gravemente en la pérdida de clientela. Sostiene que debieron publicarse otros datos, como DNI y fotografía, que hubieran permitido evitar el daño. El Tribunal Supremo reconoce que, por cálculo de probabilidades, se pueden dar estas situaciones. Pero considera que no es imputable al Estado «el resultado de la operativa de los buscadores de Internet». Se trataría de un daño que el perjudicado tiene el deber de soportar. Además, en el caso concreto, no considera acreditado el nexo causal. Podríamos añadir, por nuestra parte, que el supuesto abunda en la necesidad de replantear el sentido y el modo de la publicación de datos personales en boletines oficiales, como han hecho ya países de nuestro entorno, tema este que excede del objeto de esta crónica. Pero en todo caso, y desde el exclusivo punto de vista de la responsabilidad, la solución de excluir la causalidad por el mero dato de que el acceso se haga por intermediación de un buscador parece una solución demasiado simplista, máxime en un sistema de responsabilidad objetiva como el nuestro. Todo ello con independencia de que el caso concreto fuera discutible si se había producido, en efecto, un daño real económico derivado de la confusión de identidades.

E) Suelo con la clasificación urbanística de urbano consolidado cuyo aprovechamiento se ve frustrado por el descubrimiento de restos arqueológicos y su declaración como Bien de Interés Cultural por Decreto: indemnización procedente

La **STS de 15 de diciembre de 2010**, Ar. 2011/292, es relevante porque, contra el criterio de la instancia, considera que en el caso de un suelo con la clasificación urbanística de urbano consolidado, cuyo aprovechamiento se ve frustrado por el descubrimiento de restos arqueológicos y su declaración como Bien de Interés Cultural por Decreto, los derechos urbanísticos no son una mera expectativa sino que tienen contenido patrimonial consolidado y, por tanto, existe lesión antijurídica y procede indemnizar.

Se adopta esta solución casando la sentencia de instancia que había estimado lo siguiente:

«El caso es que, según las normas reguladoras del derecho de propiedad del suelo entonces vigentes (fundamentalmente Ley 6/1998 del Suelo y Ordenación Urbana) y constante jurisprudencia, el contenido del derecho de propiedad del solar en cuestión no incluía los contenidos urbanísticos para edificar el proyecto pretendido, que era, en todo caso, una mera expectativa cuya realización dependería de que la licencia solicitada se adaptara a la Ley y al planeamiento. El establecimiento de la protección de un bien de interés cultural, no privó de ningún derecho preexistente. La demandante sigue siendo dueña de su solar, con un contenido de su propiedad del suelo establecido por las normas aplicables, que incluyen las disposiciones de protección del Patrimonio Histórico estatales y autonómicas (artículo 19.1 Ley 6/1998). La actuación de la Junta de Andalucía, no redujo el contenido concreto del derecho de propiedad del suelo, lo precisó en línea con el resto de las normas aplicables. Tampoco se puede concluir que, si no hubiera existido retraso en resolver por la Junta de Andalucía, el Ayuntamiento habría otorgado la licencia, porque la incoación del procedimiento suspendía las licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas, así como los efectos de las ya otorgadas (artículo 16 LPH). Con esta prohibición, la licencia otorgada por el Ayuntamiento sería nula. En suma, no hay daño indemnizable, por lo que falta la concurrencia de uno de los requisitos necesarios para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada».

El Tribunal Supremo parte de esta recopilación de su doctrina jurisprudencial:

«La jurisprudencia de este Tribunal Supremo en esta materia de la responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico, enjuiciando supuestos en que una norma posterior, ya sea de rango legal o fruto de la revisión o modificación del planeamiento, o en que la protección debida de determinados bienes, u otras causas, impiden el desarrollo urbanizador antes previsto, descansa en una idea de partida que en síntesis puede ser expresada de este modo: El contenido económico del derecho de propiedad del suelo es el que corresponde a su valor inicial, es decir, al de un terreno no urbanizable, que sólo tiene el aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal propio de su naturaleza. Por ende, las facultades o contenidos urbanísticos artificiales, que no son inherentes a esa naturaleza, sino producto de la concreta ordenación urbanística, como adiciones o añadidos que derivan de la clasificación y calificación prevista en una norma o plan de ordenación, no pasan de ser meras expectativas, que sólo se adquieren, consolidan e ingresan en el patrimonio del propietario mediante la participación de éste en el proceso urbanizador a través del gradual cumplimiento de los deberes urbanísticos que son su contrapartida. Es entonces cuando nace el derecho a su indemnización y a la de los gastos ocasionados para ese cumplimiento que hayan devenido inútiles».

Toma en consideración, en el caso de autos, que la parcela estaba clasificada y calificada como suelo urbano residencial, por lo que al tiempo de producirse la declaración del Bien de Interés Cultural y de frustrar con ello aquel proyecto urbanizador, había pasado a formar parte del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo, el derecho a materializar el aprovechamiento urbanístico que le correspondía. Por ende, la privación de ese derecho, aunque amparada por la aplicación de las normas sobre protección del Patrimonio Histórico, no deja de constituir una lesión antijurídica y como tal indemnizable,

pues el propietario de dicho suelo no tiene el deber jurídico de soportar el daño que a él en concreto le produce esa protección en interés y beneficio de la colectividad. Dispone que el importe del daño causado a indemnizar por el concepto de privación del aprovechamiento urbanístico patrimonializado es el que resulte de restar al precio de adquisición el valor que aquel suelo en aquel momento hubiera tenido como suelo carente de todo aprovechamiento de esa naturaleza.

3. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO

A) **Legitimación pasiva: no alcanza a los daños que pueda sufrir un empleado de una empresa contratista en el desempeño de sus tareas**

La **STS de 29 de octubre de 2010**, Ar. 7759, descarta que la Administración contratante deba indemnizar a un trabajador que por su propia conducta o la de la empresa para la que trabajaba por no proporcionarle la formación, advertencias y vigilancia bastantes sufra un accidente en su jornada laboral.

B) **Plazo. *Dies a quo*. Distinción entre daños permanentes y daños continuados**

La **STS de 9 de diciembre de 2010**, Ar. 8916, recuerda la distinción entre daños permanentes y daños continuados:

«[...] por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Ejemplo de un daño de este tipo, cuyo resultado lesivo queda determinado por la producción del hecho o acto causante, sería el de la pérdida de un brazo, o de una pierna. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción, y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. Daños continuados, en cambio, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos. O, como dice el artículo 145.2 de la Ley 30/1992, para los daños físicos o psíquicos inferidos a las personas físicas, “desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”».

En el caso resuelto en dicha sentencia, de una reclamación del abono de emolumentos dejados de percibir durante el tiempo que el reclamante estuvo privado de la condición de Magistrado, los daños han de calificarse como permanentes por lo que el plazo para ejercitar la pretensión nació desde el momento de notificación de la sentencia que anuló la sanción de la traja causa dicha falta de abono.

En aplicación de esta misma distinción, la **STS de 25 de octubre de 2010**, Ar. 7561, considera que, en un caso de daños físicos, el cómputo comienza desde la fecha del diagnóstico definitivo de la dolencia crónica, siendo así que los tratamientos paliativos no alteran la certeza del diagnóstico y no impiden el inicio del cómputo.

4. RESPONSABILIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL POR DILACIONES: ASPECTOS PROCESALES

En la revista núm. 49 comentamos el primer caso en que el Tribunal Supremo admitió la posible responsabilidad del Tribunal Constitucional por su funcionamiento anormal, la STS de 26 de noviembre de 2009. Como apuntamos entonces, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, añadió un apartado 5 al artículo 139 de la Ley 30/1992, con la siguiente redacción: «El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado».

Viene a esta crónica un nuevo pronunciamiento, la **STS de 16 de noviembre de 2010**, Ar. 8514. Se trata de una reclamación por dilaciones en la tramitación de recurso de amparo, que, según el recurrente, habían determinado que la situación de prisión que padecía se prolongara indebidamente en el tiempo, al no acordarse la suspensión provisional de la pena de prisión que había sido solicitada en el proceso de amparo, resolviendo finalmente el Tribunal Constitucional la estimación de su recurso con anulación de las anteriores sentencias por las que había sido condenado. El Tribunal Supremo insiste en que el cauce oportuno no es el diseñado para el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia de los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que ni el Tribunal Constitucional es Administración de Justicia, ni dicho cauce procedimental permite que sea el Tribunal Constitucional el que aprecie si existió o no mal funcionamiento, como expresamente prevé el nuevo artículo 139.5 de la Ley 30/1992. La propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, señala el Tribunal Supremo, prevé un procedimiento incidental —artículo 58— para tramitar peticiones de indemnización deducidas en relación con sus decisiones de concesión o denegación de la suspensión, peticiones que deben sustanciarse ante los Jueces y Tribunales que conocieron del asunto. Y no corresponde tampoco al Tribunal Supremo, como se le solicitaba, decidir en vía de recurso cuál sea la vía que debe seguirse si la del artículo 292 de la LOPJ no es la adecuada, aunque, afirma, ya se apuntó la vía en la Sentencia del Pleno de la Sala de 26 de noviembre de 2009, si bien para el asunto litigioso allí juzgado, además de la específica vía del procedimiento incidental a la que ahora él mismo alude.

Como puede verse, se trata aún de un régimen en construcción, también en su aspecto procesal.

EMILIO GUICHOT REINA
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA

SUMARIO

1. ACCESO.

- A) Derecho de acceso al empleo público. Deben incluirse en la oferta de empleo público todas las plazas vacantes cubiertas por interinos.**
- B) Requisitos para el acceso al empleo público.**
 - a) No se justifica la determinación de la edad máxima de 35 años para el acceso a la escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía.
 - b) Puede participar en las pruebas selectivas una aspirante que se encuentra en condiciones de obtener el título necesario aunque no haya abonado las tasas para su expedición.
- C) Concurso-oposición. Asignación a los méritos por servicios prestados en la Administración convocante de una puntuación superior a la otorgada en concepto de servicios prestados en otras Administraciones. Vulnera el principio de igualdad por carecer de justificación objetiva y razonable.**
- D) Personal laboral. El personal laboral que accede por promoción interna puede permanecer en su puesto de trabajo.**

2. DERECHOS RETRIBUTIVOS.

- A) Cuestiones generales.**
 - a) La reducción salarial dispuesta por un Real Decreto-Ley no supone una afectación del derecho a la negociación colectiva en el sentido constitucional del término.
- B) Trienios.**
 - a) Reconocimiento con carácter retroactivo desde la fecha de expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva 1999/70/CE al Derecho interno.
- C) Complemento de destino.**
 - a) La competencia para establecer el complemento de destino de los cuerpos nacionales al servicio de la Administración de Justicia corresponde al Estado.
- D) Complemento de productividad.**
 - a) Su configuración ligada exclusivamente al grupo de titulación supone una desnaturalización del complemento.

E) **Gratificaciones por servicios extraordinarios.**

- a) Las gratificaciones son un concepto retributivo para los servicios prestados fuera de la jornada normal.

3. DERECHOS COLECTIVOS. NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

- A) **La reorganización de la plantilla de personal de una Administración para adecuarla a su realidad organizativa debe ser objeto de negociación colectiva.**

4. DERECHOS LABORALES.

- A) **El permiso por parto sólo podrá cederse al padre en el caso de que ambos progenitores trabajen y la madre esté incluida en un régimen de Seguridad Social.**
- B) **La posibilidad de acumular las horas del permiso de lactancia en jornadas completas también corresponde al padre.**
- C) **El derecho a la reducción de jornada por guarda legal otorga al funcionario la capacidad de elección del momento concreto en el que va a ser ejercitada y su extensión.**
- D) **La denegación del derecho a prolongar la edad de jubilación exige la adecuada aprobación del correspondiente Plan de Ordenación de Recursos Humanos.**

5. RÉGIMEN DISCIPLINARIO.

Entre los criterios de proporcionalidad para la graduación de las sanciones disciplinarias pueden tenerse en cuenta los precedentes muy semejantes.

1. ACCESO

- A) **Derecho de acceso al empleo público. Deben incluirse en la oferta de empleo público todas las plazas vacantes cubiertas por interinos**

El art. 10.4 del BEP señala con toda claridad que las plazas vacantes cubiertas por funcionarios interinos deben incluirse en la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento, y si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización. La falta de observancia de este precepto no sólo constituye una ilegalidad, sino que, tal como ha declarado la **STS de 29 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso de casación 2210/2007, supone también vulneración del derecho consagrado en el art. 23.2 CE, por negación de los procesos de selección legalmente establecidos.

- B) **Requisitos para el acceso al empleo público**

- a) *No se justifica la determinación de la edad máxima de 35 años para el acceso a la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía*

Al amparo del RD 614/1995, por el que se aprueba el Reglamento de los Procesos Selectivos y de Formación en el Cuerpo Nacional de Policía, se convocó oposición fijando en

35 años la edad máxima para el acceso por turno libre a la Escala Ejecutiva, categoría de Inspector, del Cuerpo Nacional de Policía. Si bien el art. 56.1.c) EBEP dispone que sólo por ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa, para el acceso al empleo público, la **STS de 21 de marzo de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso de casación 626/2009, no declara la nulidad de la norma reglamentaria citada, por tratarse de una disposición anterior al EBEP.

Por otra parte, para determinar si la fijación de la edad máxima aludida tiene o no justificación objetiva y razonable, la Sala tiene en cuenta una serie de términos de comparación que estima válidos, como son los relativos a la inexistencia de límite de edad para acceder a esa misma Escala Ejecutiva del CNP por promoción interna, así como la supresión de una edad máxima distinta de la edad de jubilación forzosa para el acceso a puestos de Inspector del Cuerpo de Mozos de Escuadra. Aprecia la Sala que no hay razón para fijar una edad máxima de acceso a la Escala Ejecutiva por el turno libre cuando tal límite no existe para el acceso a esa misma Escala por promoción interna. Otro tanto afirma la STS de 21 de marzo de 2011 respecto de la inexistencia de tal límite de edad para el acceso a los puestos de Inspector de Mozos de Escuadra, que realizan en Cataluña funciones similares a las que lleva a cabo el CNP en el resto de España.

En definitiva, la Sala no encuentra la debida justificación del límite máximo de edad ni aprecia que tal límite sea esencial ni determinante para desempeñar los cometidos propios de la Escala Ejecutiva del CNP.

b) Puede participar en las pruebas selectivas una aspirante que se encuentra en condiciones de obtener el título necesario aunque no haya abonado las tasas para su expedición

La **STS de 8 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso de casación 4121/2011, desestima el recurso interpuesto por la Administración recurrente y confirma la Sentencia de instancia y la interpretación que ésta hizo de las bases de la convocatoria. Una de las bases mencionadas disponía que los aspirantes debían reunir los requisitos de titulación o estar en condiciones de obtenerlos dentro del plazo de presentación de las solicitudes. Otra de las bases de la convocatoria se refería a los documentos que debían presentar los aspirantes que hubieran superado el proceso selectivo exigiendo, respecto de los relativos a la titulación exigida, «fotocopia compulsada del título exigido o, en su caso, fotocopia de la justificación acreditativa de haberlo solicitado, habiendo abonado los correspondientes derechos para su obtención antes de la finalización del plazo de presentación de solicitudes».

La STS de 8 de abril de 2011 confirma la Sentencia de instancia que anuló la resolución por la que se excluyó a la aspirante que abonó los derechos de solicitud del título exigido para el acceso cuando ya había vencido el plazo de presentación de las solicitudes, por estimar que para participar en el proceso selectivo basta con estar en condiciones de obtener el título requerido, sin necesidad de disponer de tal documento en el momento de presentar la solicitud correspondiente, pues no son aplicables aquí las normas de acreditación de los requisitos exigidos por las bases de la convocatoria para el nombramiento de los aspirantes que han superado el proceso selectivo.

C) Concurso-oposición. Asignación a los méritos por servicios prestados en la Administración convocante de una puntuación superior a la otorgada en concepto de servicios prestados en otras Administraciones. Vulnera el principio de igualdad por carecer de justificación objetiva y razonable

No es conforme a Derecho que en un proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo Administrativo de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco se otorgue mayor puntuación a los servicios prestados en las Administraciones del País Vasco que a los prestados en otras Administraciones. Así lo declara la **STS de 18 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso de casación 3013/2008, en primer lugar, porque el Cuerpo Administrativo no es privativo de la Administración vasca y se corresponde con tareas ordinarias de simple tramitación, por lo que hay que suponer una identidad esencial entre todos estos Cuerpos con independencia de la Administración de la que se trate.

En segundo lugar, la Sala estima que las referencias genéricas de la Administración vasca al modelo específico de función no permiten apreciar qué elementos diferenciales concurren en los cometidos de los funcionarios pertenecientes al Cuerpo mencionado y los diferencian de los de las restantes Administraciones.

En consecuencia, la STS de 18 de mayo de 2011 concluye que la atribución de una puntuación superior a los servicios prestados en las Administraciones vascas es contraria al principio de igualdad, pues carece de una justificación suficiente y razonable.

D) Personal laboral. El personal laboral que accede por promoción interna puede permanecer en su puesto de trabajo

La **SAN de 5 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso 12/2011, confirma que la normativa aplicable (EBEP y RD 364/1995) a los concursos de promoción interna permite que quienes lo superen (funcionarios o personal laboral) puedan permanecer en su puesto de trabajo, quedando excluidos del sistema de adjudicación de puestos. Se trata de una ventaja o preferencia que se reconoce a todos los que participan en los concursos de promoción interna, con independencia de que sean funcionarios o personal laboral.

2. DERECHOS RETRIBUTIVOS

A) Cuestiones generales

a) *La reducción salarial dispuesta por un Real Decreto-Ley no supone una afectación del derecho a la negociación colectiva en el sentido constitucional del término*

El **Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 85/2011, de 7 de junio**, ha inadmitido la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en relación con diversos preceptos de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2010, en la redacción dada por el art. 1 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del

déficit público. La primera duda de constitucionalidad se refiere a los artículos que disponen una minoración de la masa salarial del personal laboral del sector público, con efectos del 1 de junio de 2010, del 5% de las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos que integran la nómina y que les corresponda percibir según los convenios colectivos que resulten de aplicación. Según la Audiencia, dichos preceptos supondrían una vulneración del art. 86.1 CE, toda vez que este tipo de norma no puede afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I CE. En este caso, afectaría directamente al derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), en la medida en que forma parte del contenido de derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), dado que los preceptos legales cuestionados han modificado y dejado sin efecto las retribuciones pactadas en el convenio XI de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda.

Según el Auto, además de la forma defectuosa en que se ha llevado a cabo en este caso el trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC, los preceptos legales cuestionados no suponen una «afectación» en el sentido constitucional del término, del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, en cuanto ni regulan el régimen general de dicho derecho, ni la intangibilidad del convenio colectivo se configura como uno de sus elementos esenciales, por lo que no han franqueado el límite material que al decreto-ley impone el art. 86.1 CE de no afectar a los derechos, deberes y libertades del título I CE. Como ya ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Constitucional, del art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida (STC 210/1990, de 20 de diciembre). En virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario.

En segundo lugar, se cuestiona la constitucionalidad de la disposición adicional novena del Real Decreto-Ley por vulnerar el principio de igualdad (art. 14 CE) por fijar normas especiales y no mencionarse al personal laboral de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda. Frente a la regla general de reducción de la masa salarial del personal al servicio del sector público, se excepciona al personal no directivo de las sociedades mercantiles públicas que perciban aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público destinados a cubrir déficit de explotación, así como al personal laboral no directivo de las entidades públicas empresariales RENFE, ADIF y AENA, salvo que por negociación colectiva las partes decidan su aplicación.

Pues bien, considera el Tribunal que tampoco puede estimarse consistente en este caso el juicio del órgano promotor de la cuestión sobre la aplicabilidad al caso de la disposición adicional novena. «El órgano judicial no cuestiona ni en momento alguno imputa una lesión del principio de igualdad a la regla general prevista en el art. 1 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, de reducción salarial para el personal laboral del sector público, sino que la lesión del citado principio constitucional sería únicamente imputable a la mencionada disposición adicional en cuanto establece unas normas especiales que excluyen de esa regla general al personal laboral de determinadas entidades públicas empresariales, lo que para el órgano judicial supone un trato más beneficioso que el que se da al personal laboral del resto de entidades públicas empresariales. Ello así, como el Fiscal General del Estado pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, en la hipótesis en que fuera consi-

derada inconstitucional por quiebra del principio de igualdad la disposición cuestionada, la consecuencia no sería la extensión del régimen que el órgano judicial califica de más beneficioso para el resto de las entidades públicas empresariales, sino la nulidad de esa disposición que excepciona la aplicación de aquella regla general y que no contempla en su ámbito de aplicación ni se refiere en momento alguno al personal de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda». En consecuencia, la cuestión de inconstitucionalidad resulta también inadmisibile en relación con la disposición adicional novena del Real Decreto-Ley toda vez que, dada su falta de aplicabilidad y relevancia, de su validez no depende la decisión del proceso *a quo* (art. 35.1 LOTC).

B) Trienios

- a) *Reconocimiento con carácter retroactivo desde la fecha de expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva 1999/70/CE al Derecho interno*

La **STS de 7 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2011/3063, ha desestimado el recurso de casación en interés de ley planteado por la Junta de Galicia respecto al abono de los trienios. Se pretendía que el TS dictara sentencia fijando como doctrina legal correcta que «de conformidad con el artículo 25.2 EBEP y respecto de las reclamaciones de abono de trienios formuladas después de su entrada en vigor, los funcionarios interinos sólo tienen derecho al abono de los trienios devengados con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP». Basaba su pretensión fundamentalmente en la imposibilidad de aplicar directamente la normativa comunitaria y en los términos poco claros de la STJUE de 22 de diciembre de 2010, en la que se basó la sentencia impugnada para reconocer el devengo de los trienios.

A juicio del TS, no obstante, no plantea dudas la aplicabilidad directa de la Directiva 1999/70/CE, que tuvo por objeto la aprobación de un Acuerdo Marco para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación, estableciendo un conjunto de condiciones mínimas que garantizaran la aplicación de estos principios, y que sirvieran a los Agentes Sociales y Gobierno de cada Estado miembro para articular su transposición. Según ha interpretado la jurisprudencia comunitaria, ésta: «prohíbe de manera general y en términos inequívocos cualquier diferencia de trato no justificada objetivamente respecto a los trabajadores con contratos de duración determinada por lo que se refiere a las condiciones de trabajo. De este modo, su contenido es lo suficientemente preciso para que pueda ser invocada por un justiciable y aplicada por el juez». Asimismo, la STJUE de 22 de diciembre de 2010 reconoce que las autoridades competentes del Estado miembro de que se trata están obligadas, en virtud del Derecho de la Unión y en relación con la cláusula 4 del Acuerdo marco dotada de efecto directo, a conferir a los funcionarios interinos el derecho al pago de trienios con efecto retroactivo desde la fecha de expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva al Derecho interno, sin perjuicio del respeto de las disposiciones pertinentes del derecho español en materia de prescripción.

Concluye la Sala recordando que cuando no es posible proceder a una interpretación y aplicación de la normativa nacional conforme con las exigencias del Derecho de la Unión,

los órganos jurisdiccionales nacionales y los órganos de la Administración están obligados a aplicarlo íntegramente y a tutelar los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición contraria del Derecho interno.

C) Complemento de destino

- a) *La competencia para establecer el complemento de destino de los cuerpos nacionales al servicio de la Administración de Justicia corresponde al Estado*

La **STC 109/2011, de 22 de junio**, ha desestimado el conflicto positivo de competencias planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía frente al Real Decreto 1909/2000, de 24 de noviembre, por el que se fija el complemento de destino de los funcionarios de los Cuerpos de 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.

La Junta considera que se trata de una norma acordada de manera unilateral por el Estado al margen de los cauces institucionalizados de colaboración, lo que supone una conculcación de sus competencias en materia de personal al servicio de la Administración de Justicia en relación con su autonomía financiera puesto que, traspasada a la Comunidad Autónoma la gestión de esta materia, no ha sido acompañada de la correspondiente transferencia presupuestaria en favor de la Comunidad Autónoma para hacer frente al incremento del complemento de destino del mencionado personal. La Sentencia se pronuncia a favor de la competencia del Estado (art. 149.1.5 CE) para regular el complemento de destino al que hace referencia la norma impugnada, en tanto que elemento integrante de las retribuciones complementarias fijas del personal al servicio de la Administración de Justicia. Según la Sentencia, los distintos elementos del sistema retributivo de los cuerpos nacionales al servicio de la Administración de Justicia constituyen aspectos esenciales que garantizan la unidad de los Cuerpos de carácter nacional, al configurar una remuneración uniforme para todos sus miembros, lo que determina que su establecimiento haya de corresponder al Estado en el ejercicio de sus competencias en materia de personal al servicio de la Administración de Justicia conforme al art. 149.1.5 CE. Por ello, desde la perspectiva citada, ningún reproche ha de formularse a lo establecido por el Real Decreto 1909/2000.

D) Complemento de productividad

- a) *Su configuración ligada exclusivamente al grupo de titulación supone una desnaturalización del complemento*

La **STSJ de Andalucía de 4 de marzo de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, JUR 2011/229180, ha desestimado el recurso interpuesto por el funcionario recurrente sobre reconocimiento del derecho a percibir el complemento de «productividad media» asignado a los puestos de nivel 18 a 24 en los mismos términos e importe que son percibidos por funcionarios del Grupo C1 y C2 que desempeñan puestos de dichos niveles.

Se trata de un funcionario de la Administración de la Seguridad Social que desempeña un puesto de trabajo de Director de Administración con nivel de Complemento de Destino 24 y pertenece al Cuerpo de Gestión de la Seguridad Social (Grupo A2). Basaba su solicitud en que en dicha Administración existen puestos de trabajo de nivel de complemento de destino entre 18 y 24 que pueden ser desempeñados por funcionarios de los grupos A1, A2, C1, C2 o E, y que sólo cuando son desempeñados por los pertenecientes a los Grupos C1, C2 o E conllevan la percepción del complemento de productividad media, lo que supone una discriminación retributiva en contra de los Grupos A1 y A2, vulneradora del artículo 14 CE, pues el complemento se percibe automáticamente y sin excepción por razón del desempeño del puesto, sin consideración a la consecución de objetivos en cuantía fija y periódica.

El Tribunal reconoce que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ha desnaturalizado por completo este complemento al configurar la productividad media como una retribución periódica de devengo mensual cuyo percibo sólo depende del hecho de pertenecer a un determinado grupo de titulación, sin tener en cuenta a estos efectos la forma singular en que cada funcionario desempeñe el concreto puesto de trabajo, ni realizarse una previa evaluación del rendimiento o dedicación del funcionario en el desempeño. No obstante, y en este caso, desestima la Sala este recurso porque no se puede acreditar la discriminación alegada por el recurrente, pues ha ocupado y ocupa puestos de Director de la Administración, que sólo pueden ser asignados a funcionarios de los Subgrupos A1, A2, y para los que no está previsto el complemento de productividad media. En definitiva, en todos estos casos de puestos de trabajo de Director de Administración de la Seguridad Social, y en lo que respecta al complemento de productividad media, se produce un tratamiento igual ante situaciones idénticas.

E) Gratificaciones por servicios extraordinarios

- a) *Las gratificaciones son un concepto retributivo para los servicios prestados fuera de la jornada normal*

La **STS de 21 de marzo de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2011/2223, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la STSJ de Madrid que había confirmado el acuerdo adoptado por el pleno del Ayuntamiento de Boadilla del Monte por el que se aprobaba el sistema de gratificaciones a funcionarios por servicios extraordinarios. El Abogado del Estado entendía que ese acuerdo, al prever que las horas extraordinarias se abonaran siempre, convertía a las gratificaciones en retribuciones fijas en su cuantía y periódicas en su devengo en contra de los arts. 23 de la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública y 94 del la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local. Asimismo, sostenía que el establecimiento de un sistema de compensación horaria era también contrario a este último precepto ya que suponía unas jornadas especiales no previstas para los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

El TS confirma los argumentos empleados por la STSJ. Así, en lo atinente a las gratificaciones, entiende que no ha vulnerado dichos preceptos en la medida en que las gratificaciones son un concepto retributivo expresamente previsto en el art. 23.3.d) de la Ley

30/1984 para los servicios prestados fuera de la jornada normal. Y el acuerdo del Ayuntamiento de Boadilla del Monte ni las hace fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo, toda vez que sólo prevé remunerarlas económicamente cuando no sea posible la compensación horaria y tampoco contempla cuantías fijas, porque establece un sistema para determinar su importe en función del tiempo trabajado fuera de esa jornada normal.

3. DERECHOS COLECTIVOS. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A) **La reorganización de la plantilla de personal de una Administración para adecuarla a su realidad organizativa debe ser objeto de negociación colectiva**

La STS de 18 de marzo de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2011/2204, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Diputación de Valencia. Afirma la recurrente que los Acuerdos anulados por la sentencia impugnada no presentan incidencia alguna directa ni indirecta en las condiciones de trabajo de los funcionarios, sino que se insertan en el ejercicio de la potestad organizativa de la Diputación Provincial y así se deduce del contenido de los Acuerdos, «que se limitan a la creación de una serie de plazas que resultan necesarias para poder llevar a cabo la consolidación de la estructura de los servicios que atienden las demandas competenciales de la Diputación Provincial. A adecuar los recursos de la Diputación a las necesidades reales de estructura, a la adecuación de la Plantilla a la realidad organizativa de la Corporación Provincial y a la amortización de unas plazas que resultan innecesarias para el cumplimiento de los fines de la organización». Dado que se trata de cuestiones que afectan directamente a sus potestades de organización, deberían estar exentas de la negociación colectiva. Y aun cuando se considerase que alguna de las actuaciones llevadas a cabo por aquéllos tiene repercusión en las condiciones de trabajo, sólo sería exigible la consulta previa —que no negociación—, consulta que sí tuvo lugar.

Pues bien, para la resolución de la controversia, la Sala tiene en cuenta la normativa de la Relación de Puestos de Trabajo del sector no sanitario de la Diputación de Valencia, lo que le lleva a concluir, tal como hizo la Sala de Valencia, la obligación de la previa negociación en Mesa General de los Acuerdos impugnados. Y ello porque en cuanto las modificaciones operadas por aquéllos afectaban, entre otros aspectos, a la titulación exigida para el ingreso, amortización, características y retribuciones de los puestos de trabajo concernidos, excedían de aquellas excluidas de la obligatoriedad de negociación por el apartado 1 de la regla decimosexta de la normativa de la Relación de Puestos de Trabajo del año 1998, por lo que procede desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia impugnada. Según dicha regla, «La Diputación de Valencia, en base a su potestad de autoorganización, podrá directamente modificar la Relación de Puestos de Trabajo, cuando dicha modificación suponga creación, redistribución de puestos, revalorización de puestos de trabajo, denominación de puestos de trabajo o por ejecución de Sentencias judiciales firmes. En todos estos casos dará cuenta de ello previamente a la Comisión Paritaria de Personal. En el resto de los supuestos, la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo requerirá la previa negociación con los representantes sindicales en Mesa General de Negociación, pudiendo la Diputación, en caso de no llegar a acuerdo en tiempo prudencial, realizar las modificaciones que estime oportunas».

4. DERECHOS LABORALES

A) El permiso por parto sólo podrá cederse al padre en el caso de que ambos progenitores trabajen y la madre esté incluida en un régimen de Seguridad Social

La **STC 78/2011, de 6 de junio**, ha desestimado el amparo solicitado por el recurrente. Se trataba de un funcionario docente que había solicitado a la Consejería de Educación y Universidades de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la concesión de un permiso de maternidad con motivo del nacimiento de su hija (art. 75.2 del texto refundido de la Ley de la función pública de la Región de Murcia). La solicitud fue denegada argumentando que la esposa del recurrente no era titular del derecho al permiso de maternidad al no estar incluida dentro del régimen de Seguridad Social, sino que estaba incorporada al Colegio de Abogados de Murcia.

Pues bien, teniendo en cuenta la identidad de contenido entre el art. 75.2 de la Ley de la función pública de la Región de Murcia y el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, la sentencia desestima el recurso remitiéndose directamente a la argumentación expuesta en la **STC 75/2011, de 19 de mayo**, que desestimó la cuestión de inconstitucionalidad formulada contra el citado art. 48.4 LET por su eventual vulneración de art. 14 CE, tanto desde la perspectiva del diferente tratamiento entre mujeres y hombres a efectos de la titularidad del derecho a suspender el contrato de trabajo en supuesto de parto, como en el relativo a la comparación entre el supuesto del parto y el supuesto de la adopción o el acogimiento cuando las madres no sean trabajadoras o desempeñen una actividad profesional no incluida dentro del Sistema de Seguridad Social.

Se planteaba en la STC 75/2011, efectivamente, si el hecho de privar al padre trabajador de un derecho (a suspender su contrato de trabajo durante el período de «descanso voluntario» y a percibir el correspondiente subsidio por maternidad durante dicho período) en caso de parto cuando su esposa no desempeña actividad que dé lugar a su inclusión en algún régimen de la Seguridad Social supone una vulneración del derecho a la igualdad. El TC desestima este argumento por la propia situación diferencial que se establece entre mujeres y hombres (madres y padres), al configurar el derecho al «descanso voluntario» (y al percibo de la correspondiente prestación por maternidad, se sobreentiende) como originario de la madre, que puede cederlo —si así lo desea— al padre, siempre y cuando ambos sean trabajadores afiliados a la Seguridad Social. Es decir, al haberse configurado este derecho como un derecho de la madre, ésta no puede ceder su disfrute al padre trabajador cuando ella no sea trabajadora incluida en la Seguridad Social por la sencilla razón de que no se puede ceder lo que no se tiene. Ello explica y justifica a juicio del Tribunal que, «siendo el descanso por parto un derecho de la madre trabajadora, ésta pueda ceder al padre, cuando éste sea también trabajador, el disfrute del período de descanso “voluntario” en su integridad o parcialmente, de suerte que si la madre no desempeña actividad laboral por cuenta ajena o propia (o realiza una actividad profesional que no da lugar a la inclusión en un régimen de Seguridad Social) no puede ceder al padre, aunque sí sea trabajador, el derecho a disfrutar de ese período de descanso por maternidad, pues nadie puede ceder a otro un derecho que no tiene (*nemo plus iuris quam ipse habet transferre potest*)».

B) La posibilidad de acumular las horas del permiso de lactancia en jornadas completas también corresponde al padre

La STSJ de la Comunidad de Madrid de 5 de abril de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, JUR 2011/227536, ha estimado el recurso contencioso-administrativo formulado por un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía a quien se le había denegado su solicitud de obtener un permiso de lactancia acumulando las horas correspondientes en jornadas completas.

En concreto, cuando nació el hijo del funcionario recurrente, la madre, que trabajaba en una empresa privada, renunció al permiso de lactancia. Posteriormente, éste solicitó el disfrute acumulado de jornadas de permiso de lactancia y dicha solicitud fue denegada porque la Administración entendió que esta concreta forma de acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas sólo se reconoce a la «madre», pero no al padre. Asimismo, la denegación se basó en que la solicitud fue formulada una vez finalizado el permiso de maternidad, cuando existían unas directrices internas establecidas por el Ministerio para las Administraciones Públicas que exigían que este tipo de solicitudes fueran formuladas antes de que finalizara el permiso de maternidad, con la finalidad de garantizar una mejor organización de la prestación de los servicios. Dichas directrices no fueron publicadas ni divulgadas.

El Tribunal parte en su análisis de la dicción literal del art. 48.1 EBEP. Ciertamente, establece el precepto que «Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes: (...) f) Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen. Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente».

Reconoce la Sala, efectivamente, que de la dicción literal de estos preceptos resultaría que el derecho a solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente lo tienen reconocido sólo las funcionarias. Ahora bien, ello no concuerda con el espíritu de la ley ni con la línea jurisprudencial que ha interpretado estos preceptos. Así, como ya dijo la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2004 (Sala de lo Social), «inicialmente el permiso retribuido de lactancia, como su nombre indica tuvo, por objeto conceder a la madre un permiso que le facilitase dar de mamar a su hijo ... por lo que las SSTC 109 y 187/1993 no consideraron contrario al principio de igualdad que este permiso se concediese sólo a la mujer. No obstante, la jurisprudencia pronto destacó que la lactancia podría ser natural o artificial (así lo admitieron las SSTC citadas) y que, por lo tanto, nada impedía que también fuese disfrutado por el padre. En este sentido la Ley 3/1989 reformó el Estatuto con el fin de que pudiera ser disfrutado por la madre o el padre, comprometiendo a éste en el cuidado del menor y superando una concepción no acorde con la realidad actual en la que el cuidado del menor se vinculaba exclusivamente a la madre».

En definitiva, a pesar de la dicción literal del precepto enjuiciado, dado que el permiso de lactancia se reconoce tanto al padre como a la madre, no tendría sentido interpretar que cuando se trata de acumulación en jornadas el derecho sólo se reconoce a la madre. Una cosa es el permiso de lactancia y otra las distintas formas de disfrute, que puede realizarse mediante reducción de la jornada en una hora, bien fraccionada bien íntegra, o mediante el disfrute acumulado en días completos de todas las horas.

Tampoco ampara la Sala el argumento esgrimido por la Administración, el relativo a las instrucciones que exigían la presentación de la solicitud de su disfrute en un determinado momento. Sería irracional dejar el disfrute del derecho en manos de la propia Administración y haciéndolo depender exclusivamente de unas instrucciones internas que no han sido publicadas ni divulgadas. Entiende la Sala que, efectivamente, «habrá de ser una normativa general del debido rango (art. 6 EBEP) la que contenga las reglas sobre el momento idóneo para solicitar el disfrute del derecho y la que pueda limitar su ejercicio, es decir, una cosa es que la Administración pueda establecer criterios para organizar la concesión de las licencias y permisos, y otra muy distinta que al amparo de esa potestad de autoorganización se pretendan incluir condiciones no previstas en la Ley, sin darles la debida cobertura legal. No estamos diciendo que no se pueda imponer la condición que se ha exigido —el art. 48.1 de la Ley 7/2007 lo permitiría—, lo que no se puede es exigir el cumplimiento de una condición cuando no se ha divulgado dicha exigencia a través de la publicidad de las instrucciones».

En virtud de todas estas consideraciones, concluye la STSJ que procede la estimación del recurso en la medida en que la causa de denegación de la petición formulada carece de eficacia frente al recurrente al no haber recibido la adecuada publicidad, suponiendo una condición impuesta al ejercicio del derecho, condición no impuesta por la ley.

C) El derecho a la reducción de jornada por guarda legal otorga al funcionario la capacidad de elección del momento concreto en el que va a ser ejercitada y su extensión

La STSJ de la Comunidad de Madrid de 28 de marzo de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, JUR 2011/188979, ha estimado el recurso planteado por el funcionario recurrente frente a la resolución del Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social, que desestimó su pretensión de acumular la jornada reducida para atender al cuidado directo de un menor de 12 años en jornadas completas para disponer de 4 días adicionales al mes de inasistencia al trabajo. El funcionario se fundamenta en que la Administración no resolvió expresamente su solicitud en el plazo previsto y, en consecuencia, se produjo un silencio administrativo positivo.

La Administración demandada se opone a la pretensión actora argumentando que el art. 48.1.h) EBEP se refiere a la reducción de la jornada de trabajo por razón de guarda legal y lo que el recurrente solicita no es reducción de jornada sino la acumulación de dicha reducción en jornadas completas, supuesto no previsto legalmente, por lo que se ha de aplicar a este caso la excepción al silencio positivo prevista en el art. 43.2 de la Ley 30/1992, al no estar esta posibilidad expresamente prevista en el RD 1777/1994, de 5 de agosto, y tener efectos económicos.

Pues bien, la Sentencia estima el recurso y reconoce el derecho del funcionario a la reducción de jornada en los concretos términos solicitados, aplicando el art. 43 de la Ley 30/1992 que, como es sabido, prevé como regla general el silencio administrativo positivo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado. A mayor abundamiento, recuerda la Sala que «la interpretación del art. 48.1.h) EBEP ha de hacerse de acuerdo con los principios constitucionales que regulan la protección a la familia y a la infancia reconocidos en el art. 39.1 de la Constitución, siendo su espíritu y finalidad, posibilitar o facilitar al funcionario que atienda a sus obligaciones de guarda legal de un menor de 12 años, de una persona mayor que requiera especial dedicación, o a un discapacitado, por lo que va de suyo que la forma en que ha de manifestarse la reducción de la jornada procure, precisamente, la satisfacción de dicha finalidad. En consecuencia, la interpretación que mejor se acomoda al mandato constitucional es la de entender que se otorga al funcionario la capacidad de elección, no ya sólo del aspecto relativo al ejercicio mismo del derecho a la reducción de jornada y a su extensión, sino también a la determinación del concreto momento en que la misma va a ser desempeñada en función de su conveniencia personal, teniendo la negativa carácter excepcional y restrictivo, lo que exige que la respuesta de la Administración explicita los motivos concretos de desestimar dicha solicitud que, por otro lado, sólo puede basarse en la existencia de razones objetivas de organización del trabajo de cierta intensidad que lo impidan».

D) La denegación del derecho a prolongar la edad de jubilación exige la adecuada aprobación del correspondiente Plan de Ordenación de Recursos Humanos

La **STS de 7 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2011/2234, ha determinado la conformidad al ordenamiento jurídico de la STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2008, que había declarado el derecho del funcionario a permanecer en servicio activo hasta la edad de jubilación forzosa de setenta años de edad al entender que la denegación de tal derecho precisa un Plan de Ordenación de Recursos Humanos que no existía en el caso enjuiciado.

El TS analiza el contenido del art. 26.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario. Según dicho precepto, la jubilación forzosa se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años, modificando así la edad anterior de 70 años. No obstante, y como excepción, al interesado se le permite solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en el servicio activo hasta la edad de 70 años, siempre que se cumplan determinados requisitos legales: que el interesado reúna la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes, que el Servicio de Salud autorice la prórroga, que las necesidades de la organización lo permitan y que éstas queden reflejadas en el marco del correspondiente y preceptivo Plan de Ordenación de Recursos Humanos.

De este marco jurídico deriva el TS que la elaboración, aprobación y publicación del Plan de Ordenación de Recursos Humanos es obligatoria para la denegación de la prórroga solicitada. Se requiere la obligación de la Administración de motivar en todo caso, tanto si es favorable como si no, la decisión sobre la prolongación de permanencia en servicio activo solicitada por el personal estatutario en función de las necesidades de la organización articuladas en un plan de ordenación de recursos humanos. Ahora bien, aclara el Tribunal

que el Plan no es cualquier estudio o encuesta realizado en las distintas gerencias, sino que es un instrumento básico, exigido terminantemente por la Ley (art. 13) que no puede ni debe ser sustituido por cualquier otro texto, aun cuando estuviese consensuado en la Mesa Sectorial, pues los términos de la Ley son bien claros en este aspecto.

El Plan de Ordenación no es un mero análisis de los requerimientos de personal. Tampoco lo es cualquier estudio que se haya realizado en las distintas gerencias de Atención Primaria y las gerencias de Hospitales. El Plan de Ordenación de Recursos Humanos, por ser un documento básico, debe contemplar la regulación de los objetivos a conseguir, los objetivos de la política de personal del Instituto Catalán de la Salud, el número de médicos afectados y sus especialidades, la estructura u organización de los recursos humanos que se consideren adecuados por cumplir con el objetivo que se pretende conseguir. A ello se debe añadir que también deberán hacer mención de las medidas necesarias para conseguir una determinada organización, la cuantificación de recursos, la programación del acceso, la movilidad geográfica y funcional, así como la reclasificación de personal. En definitiva, pues, la existencia del mencionado Plan de Ordenación es la única y exclusiva causa justificativa para que la Administración Pública pueda excepcionar la prolongación de la permanencia en el servicio activo más allá de los sesenta y cinco años de edad.

En el mismo sentido se ha pronunciado también la **STS de 20 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima.

5. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Entre los criterios de proporcionalidad para la graduación de las sanciones disciplinarias pueden tenerse en cuenta los precedentes muy semejantes

La **STS de 10 de marzo de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso de casación 6402/2008, confirma la Sentencia de instancia que rebajó la sanción de separación del servicio impuesta a un Agente de la Ertzaintza a una sanción de suspensión de funciones de cuatro años. El Agente fue separado del servicio por comisión de una falta muy grave («cualquier conducta constitutiva de delito doloso que lleve aparejada pena privativa de libertad») tras haber sido condenado como autor de un delito contra la seguridad del tráfico en concurso con un delito de homicidio por imprudencia. En el caso enjuiciado se entiende vulnerado el principio de proporcionalidad al imponer la sanción de separación del servicio, pues se trata de hechos aislados en la vida profesional del Agente, el daño a la imagen y a la confianza de los ciudadanos en la Ertzaintza ya se había tenido en cuenta al calificar la infracción de muy grave y, además, en un precedente muy semejante en el que la conducta reprochada fue incluso más grave (el delito contra la seguridad en el tráfico se apreció en concurso con dos delitos de homicidio imprudente) el ertzaintza afectado solamente fue sancionado con cuatro años de suspensión de funciones.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
EVA DESDENTADO DAROCA

XI. URBANISMO

SUMARIO

1. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO.
 - A) **Junta de compensación: constitución sin notificación a propietarios de terrenos afectados.**
 - B) **Sistemas generales: establecimiento.**
2. INTERVENCIÓN URBANÍSTICA.
 - A) **Otorgamiento de licencias municipales por silencio administrativo: cómputo y límites.**
 - B) **Protección de la legalidad urbanística.**

-
1. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO
 - A) **Junta de compensación: constitución sin notificación a propietarios de terrenos afectados**

El TS debe resolver en su **STS de 15 de marzo de 2011**, Ar. 2011/2655, el problema que se plantea en la delimitación de un Plan Parcial y la inclusión en él de unos terrenos de titularidad controvertida, de manera que en la subsiguiente constitución de la Junta de Compensación, con la aprobación de sus estatutos y bases de actuación y del correspondiente proyecto de compensación, no fueron convocados y notificados los recurrentes titulares de tales terrenos.

El tribunal de instancia partió de la premisa de que la cuestión sobre la titularidad de los terrenos controvertidos escapa a la vía contenciosa donde, a su juicio, no está permitido discutir titularidades, lo que le llevó a no valorar la prueba aportada por los recurrentes y, en definitiva, a rechazar su recurso. El TS rechaza la argumentación del tribunal de instancia alegando que dicho orden jurisdiccional extiende su competencia al «conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con el recurso contencioso-administrativo» (FJ 2), según el artículo 4.1 de la Ley reguladora de dicha jurisdicción, y que por ello debió valorar

la prueba pericial y documental en relación con la titularidad dominical del suelo incluido en el Plan Parcial controvertido.

Tras analizar la prueba aportada por los recurrentes, el TS deduce de manera tajante que los terrenos propiedad de éstos se hallan incluidos sin ningún tipo de duda dentro del ámbito del Plan Parcial que se examina.

Con esta conclusión, el TS indica, primero, que al ser los recurrentes los propietarios de suelo afectado por un Plan Parcial de iniciativa particular, debieron ser convocados y notificados para su ordenación y ejecución por el sistema de compensación, lo que no sucedió en su momento, con lo cual no se puede iniciar el cómputo del plazo para impugnar dicho Plan ni los actos administrativos dictados en ejecución de éste; y segundo, que esa total falta de notificación, a pesar de haber sido ocupados los terrenos de su propiedad, determina que dichos actos de ejecución —la constitución de la Junta de Compensación, la aprobación de sus Estatutos y Bases de Actuación, y del proyecto de Compensación— sean nulos de pleno derecho, de acuerdo con las letras a) y e) del artículo 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de diciembre.

Ello lleva al TS a admitir el recurso de los recurrentes, sin embargo, indica que dicha nulidad radical del Plan Parcial y de sus actos de ejecución no implica necesariamente la retroacción de las actuaciones, sino, dado que dicho Plan ha sido ejecutado, a reconocer el derecho de los demandantes, como así lo solicitan, a ser indemnizados debidamente por los daños y perjuicios causados, de acuerdo con los terrenos aportados por los demandantes, y cuya contraprestación económica se ha de actualizar hasta el momento de hacerse efectiva.

B) Sistemas generales: establecimiento

En la **STS de 6 de mayo de 2011**, Ar. 2011/4073, el Tribunal debe resolver el problema que se plantea ante una Unidad de Ejecución en la cual se establece el uso de superficie como zona libre de uso público y el de su subsuelo como aparcamiento, explicando la recurrente que todas las unidades de ejecución, a excepción de la controvertida (y otra de titularidad municipal), tienen asignada una tipología edificatoria, una ordenanza de edificación, un sistema de actuación y un aprovechamiento, mientras que para la unidad en conflicto sólo se prevé la cesión de la superficie y la construcción de un aparcamiento público en el subsuelo, lo que vulnera el principio de justa distribución de beneficios y cargas.

En este sentido, la sentencia de instancia había indicado que «nos encontramos ante una Unidad de Ejecución, a la que se contrae el presente recurso, en la que se establece el uso de superficie como zona libre de uso público y el de su subsuelo como aparcamiento; luego es evidente el carácter dotacional público de los usos asignados a ésta; usos que integran la estructura de los sistemas generales del municipio en materia de espacios libres y equipamientos comunitarios y en relación con lo anterior hemos de advertir que el artículo 94.3.a) del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana establece que para delimitar las áreas de reparto se aplicarán las siguientes reglas: “en suelo urbano quedarán excluidos de las áreas de reparto los terrenos destinados a sistemas generales adscritos o incluidos en él”. Luego puesto este precepto legal en relación con el dato con el que hemos iniciado el presente fundamento jurídico nos encontramos que la

naturaleza de sistemas generales de la referida unidad de ejecución, excluye su inclusión en área de reparto alguno. Siendo ese el motivo por el que no se incluyó y no el señalado por la parte recurrente, relativo a que no había ordenanza de aplicación, lo que excluye que pueda prosperar la tesis que en tal sentido mantiene dicha parte» (FJ 1.º), entendiéndose además que la justa distribución de los beneficios y cargas no podía ser enjuiciado en el momento de la aprobación del instrumento de planeamiento correspondiente, sino que la plasmación de éste se debe hacer en la fase de ejecución, y es ahí donde ha de diferirse el cumplimiento de dicho principio.

Sin embargo, el TS va a aceptar el motivo de casación interpuesto al efecto, indicando que la sentencia de instancia ha infringido el principio de justa distribución de beneficios y cargas. De esta manera, indica que dicho principio constituye una exigencia básica en relación con los propietarios afectados por una actuación urbanística, y en lo referido al caso controvertido, la que se concreta en las diferentes unidades de ejecución, y dicho principio se deriva del «derecho constitucional a la igualdad del artículo 14 de la Constitución en la medida en que ha de garantizarse que ninguno de los propietarios tenga un trato discriminatorio en el reparto de beneficios y cargas» (FJ 8). Y además, continúa indicando que dicho principio se debe proyectar en todas fases de adopción de decisiones urbanísticas, desde el planeamiento a la ejecución, para concluir que, si bien es cierto que dicho principio tiene su más adecuada plasmación en la fase de ejecución, en el supuesto que nos ocupa, ya se puede apreciar la vulneración de éste en la fase de planeamiento, pues las unidades de ejecución están establecidas en el planeamiento, que fija para cada área de reparto —que coincide con cada unidad—, su aprovechamiento tipo, excepto la perteneciente a la recurrente (y otra de titularidad municipal), de modo que el diseño que realiza el propio planeamiento ya contiene los elementos discriminatorios que van a impedir la aplicación del principio de justa distribución de beneficios y cargas en la fase de ejecución.

Igualmente, el TS resalta que no estamos ante un sistema general, en contra de lo indicado en la sentencia de instancia, pues en tal caso se debería haber seguido el sistema de expropiación, sino que se trata de desarrollar una unidad, para lo cual se utiliza el sistema de compensación, pero las cesiones a las que está obligada la recurrente —la superficie para espacio libre y construir un aparcamiento en el subsuelo—, permite apreciar un déficit notorio en el reparto equitativo al que obliga el citado principio. De todo ello, el TS deriva la infracción de dicho principio y la estimación parcial del recurso de casación interpuesto.

2. INTERVENCIÓN URBANÍSTICA

A) Otorgamiento de licencias municipales por silencio administrativo: cómputo y límites

El Tribunal Supremo desestima en su **STS de 20 de mayo de 2011**, Ar. 194636, el recurso de casación interpuesto ante el mismo por la entidad «Aprovechamientos Hidráulicos del Caudal, SA» frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 11 de abril de 2005, deducido por la recurrente frente al Acuerdo de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio del Principado de Asturias de 2003 por el que se consideraban inadmisibles la denuncia de mora y, sobre el fondo del asunto, denegaba la licencia urbanística solicitada

por la demandante al Ayuntamiento de Mieres para la realización de obras mayores consistentes en la construcción de un azud de derivación y túnel (subterráneo) de paso de agua para una minicentral hidroeléctrica que se emplazaría en Olloniego, Concejo de Oviedo.

Los argumentos de la recurrente se basaban en la infracción del Ordenamiento jurídico contenidos de la sentencia de instancia, pues, siempre a juicio de la accionante, el procedimiento para el otorgamiento de la licencia se había iniciado con la solicitud presentada ante el Ayuntamiento de Mieres, entendiéndose concedida ésta al haber transcurrido el pertinente plazo sin pronunciamiento administrativo. La Sala *a quo* había considerado al respecto que la mera solicitud de licencia no iniciaba el procedimiento pues faltaba la autorización autonómica prevista en los artículos 11 y 13 de la Ley autonómica 6/1990, de 20 de diciembre, sobre Edificación y Usos en Medio Rural, que exige, para actuaciones en terrenos clasificados como no urbanizables, —como era el caso de autos en que se trata de suelo no urbanizable de especial protección de cauces—, autorización de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio del Principado de Asturias, siendo dicho permiso previo e independiente a la concesión de licencia.

El otro motivo casacional mantenido por la recurrente estima que la concesión de la licencia mediante la técnica del silencio administrativo lo es con independencia de que la solicitud sea legal o ilegal, lo que a su juicio, no resulta impedido por lo dispuesto en el artículo 178.3 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976, pues aún en la hipótesis de estar ante silencio *contra legem*, la LRJPA prevalece sobre la legislación de urbanismo por su condición de posterior y porque sólo admite como excepciones sectoriales las previstas en sus disposiciones adicionales, entre las cuales no se incluyen las referidas a procedimientos de urbanismo.

A juicio de la alta instancia jurisdiccional, los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia para desestimar el primer motivo casacional y concluir que la falta de autorización previa por parte de la Administración autonómica impedía el inicio del cómputo del plazo para obtener la licencia municipal son acertados. Y ello en atención a los argumentos expresados en el FJ 4:

«La existencia de un régimen jurídico especial respecto de las construcciones o instalaciones que no guardan relación con la naturaleza rústica de los predios (usos o edificaciones que llamaremos por este motivo “impropios”) a ubicar en el medio rural (suelos no urbanizables) ya estaba prevista en el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril, siendo su especialidad la insuficiencia de la licencia urbanística municipal, de forma tal que era precisa la obtención de una “autorización previa” por parte de la Administración del Estado. Este régimen especial se aplicaba exclusivamente a: 1) las edificaciones o instalaciones de utilidad pública o interés social que hubieran de emplazarse en este tipo de suelos, y 2) la construcción de edificios aislados destinados a vivienda unifamiliar en lugares en que no existiera la posibilidad de formación de núcleo de población (artículo 85.2 del TRLS 1976). La “autorización previa” debía concederse por el Ministro de Vivienda (para capitales de provincia o municipios de más de 50.000 habitantes, o a la Comisión Provincial de Urbanismo, en los demás casos).

Posteriormente, el Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 32988/1978, de 25 de agosto, reguló tal procedimiento en su artículo 44, en el que se puede

distinguir una fase municipal, consistente en la emisión de informe por el Ayuntamiento y una posterior fase de tramitación y resolución por la Administración central, consistente en la información pública (en todos los casos) y resolución definitiva, añadiéndose que en la resolución se debería valorar la utilidad pública o el interés social, así como la necesidad de su emplazamiento en el medio rural y, respecto de la construcción de vivienda, la posibilidad de formación de núcleo de población se efectuaría dentro de las determinaciones del planeamiento aplicable.

Este régimen pasó a la Ley del Suelo de 1992, estableció en el artículo 16.3 una regulación esencialmente idéntica a la prevista en el artículo 44 del Reglamento de Gestión de 1978, al que únicamente adicionó la aclaración de que “La autorización se entiende sin perjuicio de la necesidad de obtener licencia municipal”.

La Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, siguió manteniendo la posibilidad, de actuaciones de interés público en suelos no urbanizables, según disponía el artículo 20.1 y por último, el vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto 2/2008, de 20 de junio, contempla esta posibilidad en su artículo 13.1 que dispone: “Con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y al desarrollo rurales o por que hayan de emplazarse en el medio rural”.

Como consecuencia del ejercicio de las potestades normativas por parte de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo, este esquema se ha mantenido en sus líneas esenciales, aunque modulado al intensificarse la intervención autonómica al ampliarse los supuestos en que es precisa tal autorización previa, superándose con creces las tradicionales edificaciones de utilidad pública o interés social o vivienda familiar. Tal es el caso que ahora nos ocupa, Ley asturiana 6/1990, de 20 de diciembre, sobre Edificación y Usos en el Medio Rural de Asturias...».

Y más adelante:

«... Sobre la necesidad de ambas autorizaciones, su distinta naturaleza, relación y efectos, este Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de licencia municipal por carecer de la autorización autonómica previa (SSTS de 26 de noviembre de 2002, de 22 de diciembre de 2000, y de 27 de noviembre de 1991. En esta última, dijimos —a propósito del procedimiento que nos ocupa— que “a tenor de lo dispuesto en los artículos 85 y 86 de la Ley del Suelo, 44 y 45 del Reglamento de Gestión Urbanística, en relación con los artículos 178 y 179 de la aludida Ley del Suelo, y 1 y 4 del Reglamento de Disciplina Urbanística, la construcción sobre el suelo no urbanizable de edificios aislados destinados a vivienda unifamiliar, en lugar en que no exista posibilidad de formación de un núcleo de población, está sujeta a la obtención de dos actos autorizados, a saber: De una parte, la autorización de la Comisión Provincial de Urbanismo o, en su caso, del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo u Órgano de la Comunidad Autónoma de que se trate, al que se hubiere transferido la competencia, a otorgar por el procedimiento regulado en los artículos 43.3 de la repetida Ley del Suelo y 44 del Reglamento de Gestión Urbanística; y de otra la licencia de obras del Ayuntamiento correspondiente, a conceder mediante el procedimiento ordenado en el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Para otorgar la primera de dichas autorizaciones han de valorarse, según determinan los citados preceptos del Reglamento de Gestión Urbanística, las circunstancias en base a las cuales puede consi-

derarse que no existe posibilidad de formación de un núcleo de población; mientras que con la segunda de las autorizaciones mencionadas, esto es, con la licencia de obras, el Ayuntamiento se pronuncia acerca de las otras obras, el Ayuntamiento se pronuncia acerca de las otras determinaciones urbanísticas que hagan o no viable la edificación de que se trate. Por tanto, la necesidad de ambas autorizaciones concurrentes se produce de tal suerte que la primera es previa a la segunda y está destinada, a diferencia de ésta, al concreto aspecto de la posibilidad de formación de un núcleo urbano, controlando uno y otro acto extremos distintos de la normativa urbanística, de tal manera que la decisión del órgano autonómico o estatal vincula al Ayuntamiento que no debe posteriormente otorgar la licencia de obras propiamente dicha, pero solamente en tanto en cuanto no se conceda la previa autorización para edificar en el suelo no urbanizable; mientras que, por el contrario, el otorgamiento de esta autorización previa no vincula al Ayuntamiento competente respecto de la concesión de la licencia de obras, según se cumplan o no los restantes requisitos o condiciones de la normativa urbanística, de acuerdo con el proyecto que se haya presentado o ulteriormente se aporte, puesto que el artículo 44 del Reglamento de Gestión Urbanística no exige que, con la petición de autorización previa, se presente el proyecto técnico que sería preciso para el otorgamiento de la licencia de obras, sino solamente un plano de situación y otros datos de superficie de la parcela y características esenciales de la edificación que sean necesarios para la fiscalización de aquel requisito de imposibilidad de formación de un núcleo urbano, que es el objeto básico de control por la Administración supra municipal”.

En la Sentencia de 30 de enero de 1991, recogiendo lo declarado en la anterior Sentencia de 3 de julio de 1990, indicamos la necesidad de ambas autorizaciones y el carácter previo necesario de la autorización autonómica para la concesión de la licencia...».

Concluyendo, por tanto, que:

«Siendo esto así, y aunque es menester reconocer que el Ayuntamiento no actuó con la debida diligencia al no contestar en el plazo de tres meses, ni remitir la solicitud a la Administración Autonómica, ni requerir a la peticionaria para completar o subsanar la solicitud, no podemos entender que este segundo procedimiento, el de concesión de licencia se había iniciado válidamente cuando no se había obtenido la autorización previa que aparece configurada como requisito imprescindible, aunque no suficiente, de la licencia, pues la inactividad municipal no puede surtir efectos respecto de las competencias propias de la Administración autonómica en la concesión de la autorización previa, ya que, en tal caso, se produciría un menoscabo de las competencias propias de la Administración autonómica por causa a ella no achacable».

Igualmente acertados son, según el Tribunal Supremo, los argumentos del Tribunal Superior de Justicia de Asturias sobre la imposibilidad de obtener licencias de urbanismo *contra legem*. En este sentido, el FJ 5 mantiene que

«Expuesto lo anterior, yerra la parte recurrente al sostener la posibilidad de obtener licencias de urbanismo *contra legem* en base a las modificaciones introducidas en la LRJPA por obra de la Ley 4/1999, pretendiendo con ello salvar los obstáculos de la ausencia de autorización previa y los incumplimientos medioambientales del proyecto, pues es doctrina consolidada de esta Sala la imposibilidad de obtención, por silencio, de licencias de urbanismo *contra legem*, tanto en la redacción primitiva de la Ley 30/1992 como en la nueva redacción dada por la Ley 4/1999.

Las dudas que surgieron con motivo de la modificación del régimen del silencio producida por la Ley 4/1999 se despejaron en las SSTs dictadas por esta Sala del Tribunal Supremo el 17 de octubre de 2007 en los recursos de casación núms. 9397/2003 y 9828/2003. En ellas afirmamos que “no compartimos la tesis de que una licencia urbanística, incluso en el caso de que lo solicitado sea disconforme con el ordenamiento jurídico con el que debe confrontarse, deba entenderse otorgada por silencio administrativo por el solo hecho de que haya transcurrido el plazo para resolver sobre ella, pues el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, se cuida de advertir que la estimación por silencio lo será, o podrá así ser entendida, “salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”, siendo una norma con ese rango, como lo era el artículo 242.6 de la Ley del Suelo aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1992, que tiene el carácter de legislación básica según resulta del fundamento jurídico número 34, párrafo cuarto, de la STC 61/1997, y que no fue derogado, sino mantenido en vigor, por la disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, la que disponía en aquel año 2001 en que se solicitó la licencia objeto de la litis que “en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico”.

Con posterioridad a esas sentencias, esta Sala y Sección se pronunció sobre esta misma cuestión en la de fecha 28 de enero de 2009, dictada en el recurso de casación en interés de Ley 45/2007, en cuya parte dispositiva declaramos como doctrina legal la siguiente:

“que el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística”».

Conclusión a la que llegamos en atención a los siguientes razonamientos contenidos en los fundamentos de derecho cuarto, quinto y sexto:

«CUARTO. Vaya por delante que el artículo 8.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 ha incorporado lo que disponía el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 con una redacción más general.

Éste, declarado expresamente vigente en la disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y no derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 8/2007, establecía que “en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico”.

El artículo 8.1.b), último párrafo, del nuevo Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, dispone que “en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”.

Uno y otro son preceptos estatales básicos de raigambre en nuestro ordenamiento urbanístico (artículo 178.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976), que rigen en todo el territorio español y que los ordenamientos urbanísticos autonómicos no pueden contradecir

(disposición final primera.1 del Texto Refundido aprobado por el citado Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).

QUINTO. También es un precepto estatal básico el contenido en el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, según el cual “los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”.

Pues bien, la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística.

SEXTO. Mantenemos, por tanto, la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 30 de enero de 2002, 15 de octubre de 2002, 17 de noviembre de 2003, 26 de marzo de 2004, 3 de diciembre de 2005, 31 de octubre de 2006, 17 de octubre de 2007 y 17 de octubre de 2007.

En el mismo sentido, STS de 28 de abril de 2009, recurso de casación 3435/2005».

B) Protección de la legalidad urbanística

En su **Sentencia de 21 de julio de 2011**, Ar. 275173, el **Tribunal Supremo** desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de septiembre de 2007, que a su vez había desestimado el formulado por la mercantil «Conservas Dardo, SL» contra la Resolución de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Vivienda por la que se desestimó el recurso de reposición deducido contra otra anterior Resolución que declaró ilegalizables y ordenó la demolición de las obras de construcción efectuadas en Currás-Caleiro, en el término municipal de Vilanova de Arousa.

Los argumentos esgrimidos por el Tribunal gallego para alcanzar el fallo negativo fueron los siguientes:

«En primer lugar, en cuanto a la prescripción de la acción de reposición de la legalidad urbanística por el transcurso de cuatro años —que la demandante alegó al amparo del artículo 176 de la Ley 1/1997, del Suelo de Galicia—, es rechazada porque entiende que tal plazo no resultaba aplicable, ya que según lo dispuesto en el artículo 180.1 de la misma Ley, ésta no rige cuando los actos de edificación y uso del suelo se realizan en terrenos calificados como zonas verdes, espacios libres, dotaciones, equipamientos o suelo rústico con especial

protección, lo que era el caso de los terrenos litigiosos, clasificados al tiempo de realización de las obras como suelo no urbanizable de protección de costas.

En segundo término, se rechaza la validez de la licencia provisional de instalación de la fábrica conservera concedida por el propio Ayuntamiento como título suficiente habilitante para las obras, porque se desconoce el alcance de la misma, en la medida en que fue concedida de forma condicionada y dichas condiciones no figuran en la misma, así como por la propia naturaleza de las obras de construcción, que revela su vocación de permanencia, además de requerir previa autorización autonómica por aplicación del artículo 77.4 de la Ley 1/1997 de la Ley del Suelo de Galicia.

Un tercer argumento rechaza la caducidad del expediente de protección de la legalidad urbanística, al que le es aplicable el plazo de un año en atención a la normativa de protección del medio rural de Galicia.

Asimismo, y por lo que se refiere a la alegación de indefensión esgrimida por el recurrente por falta del trámite de audiencia posterior a la propuesta de resolución, es descartada porque a) se notificó a la demandante la resolución iniciadora del expediente, en la que constaban los hechos que motivaban su incoación, b) se concedió trámite de audiencia (el previsto en el artículo 84 de la Ley 30/1992), y c) la propia denunciada interpuso recurso de reposición contra dicha resolución.

Finalmente, se desestima la alegación de la vinculación de los actos propios que la demandante refirió respecto de una subvención concedida para la puesta en marcha de su negocio y la asistencia de autoridades autonómicas y municipales al acto de inauguración, ya que, a tenor literal del fallo, tales hechos "... obviamente no convierten en legal lo que, de conformidad a derecho, es ilegal". Y que las obras son ilegales y no susceptibles de legalización es la conclusión a la que acertadamente llegan las resoluciones recurridas en atención al planeamiento vigente (Normas Subsidiarias de 1997) que no permiten en zona de servidumbre de protección de costas obras, instalaciones o actividades que por su naturaleza no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes al dominio público marítimo-terrestre».

La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación entendiendo, acogiendo la pretensión suscitada por la Junta de Galicia, que éste debe ser inadmitido por dos razones: una, su deficiente preparación, por ausencia del juicio de relevancia previsto en el artículo 89.2 de la Ley Jurisdiccional, y segundo, porque la normativa que invoca infringida en el escrito de interposición es de naturaleza autonómica.

No obstante, al margen de estos defectos formales, el Alto Tribunal entra en el fondo de la cuestión, considerando que el recurso tampoco podría ser estimado en cuanto a su fondo, y ello por las siguientes razones:

Por lo que se refiere a la existencia de una licencia provisional de instalación concedida por el Ayuntamiento en atención al hoy derogado Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961, el completo FJ 6 mantiene la imposibilidad de acoger esta pretensión, puesto que ello choca no sólo con lo dispuesto en la propia reglamentación de actividades clasificadas, sino también contra la regla de concesión por silencio administrativo de licencias de urbanismo *contra legem*.

En relación a la primera cuestión, la contradicción con el viejo Reglamento, el Tribunal mantiene que

«1.º En primer lugar, porque este Reglamento prohíbe a los Ayuntamientos la concesión de licencias provisionales mientras no está calificada la actividad (artículo 33.3), calificación que, en el caso de Autos, ni la parte ahora recurrente alega haberse producido, ni consta que así lo fuera.

2.º En segundo lugar, porque el artículo 34 establece, de forma tajante, que una vez obtenida la licencia de instalación, “no podrá comenzar a ejercerse —la actividad— sin que antes se gire la oportuna visita de comprobación por el funcionario técnico competente no sólo por la actividad sino de que se trate, sino también por la naturaleza del daño que pudiera causarse”, cuyos términos excluyen la sustitución de tal comprobación por la asistencia de autoridades al acto de inauguración, pues tal evento, al no ser un acto jurídico, no puede suplir las formalidades procedimentales previstas en la norma, especialmente por tratarse de actividades potencialmente susceptibles de producir efectos negativos en las personas y el medio ambiente, por más que la asistencia al mismo del Presidente de la Xunta, del Consejero del Ramo, del Alcalde y demás Autoridades revelen una complacencia administrativa con la actividad.

3.º En tercer lugar, porque la licencia concedida el Ayuntamiento, en fecha 26 de marzo de 1997, se otorgó con carácter provisional y bajo las siguientes condiciones: a) La obtención de autorización del Servicio Provincial de Costas por afectar a la zona marítimo-terrestre; b) Tramitar expediente de calificación de actividad Molesta, Insalubre, Nociva y Peligrosa; y c) Solicitar la declaración de utilidad pública o interés social por tratarse de suelo clasificado como no urbanizable, añadiendo en el epígrafe segundo de ese acuerdo que “no se podrá iniciar obra alguna hasta la obtención de los requisitos indicados y, en definitiva, se conceda la licencia definitiva de obras para la construcción de la indicada fábrica de conservas...”

5.º En quinto lugar, porque como dice el Tribunal *a quo* y reconoce la recurrente, nada se dijo en la instancia ni se acreditó sobre el condicionado específico al que se sometió la licencia provisional concedida por el Ayuntamiento; y,

6.º En último lugar, porque tal licencia era *per se* insuficiente como título habilitante para la ejecución de las obras, toda vez que la clasificación formal del suelo como no urbanizable, —que no se discute requería la necesidad de la autorización por la Administración Autonómica, previa e independiente de la licencia municipal —que tampoco se obtuvo—, todo ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 77.3 y 4 de la Ley 1/1997, de Suelo de Galicia, que exigía —para autorizar construcciones e instalaciones para fines de interés general que tengan que emplazarse en el medio rural, o aquellas cuya ubicación venga determinada por las características y exigencias de la actividad—, el requisito de que, antes del otorgamiento de la licencia municipal, se hubiera producido la autorización del órgano autonómico competente».

En relación con la obtención por silencio administrativo de una licencia *contra legem*, el mismo FJ 6.º reitera, acogiendo las fundamentaciones contenidas en su Sentencia de 28 de enero de 2009, dicha imposibilidad.

Por lo que afecta al plazo de caducidad de los procedimientos de protección de la legalidad urbanística, la Sala *a quem* considera aplicable el de un año previsto en la Ley autonómica 9/2002, y no el de seis meses incluido en la Ley gallega 1/1997, y ello porque

«... es una constante en el ordenamiento jurídico español, desde el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto

Legislativo 1346/1976, de 9 de abril (TRLRHS 1976), la coexistencia, en las infracciones urbanísticas motivadas por la ejecución de actos de edificación o uso del suelo sin licencia o sin ajustarse a sus determinaciones, de dos tipos de procedimientos: (1) de carácter sancionador, que acaba con la imposición de multa a los sujetos responsable de la misma, y (2) para el restablecimiento de la realidad física alterada (*ex* artículos 225 de la TRLRHS 1976 y 51 de su Reglamento de Planeamiento Urbanístico, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio (RPU).

En estos dos tipos de procedimiento, únicamente en el primero son de aplicación, y con ciertas reservas, los principios propios de la potestad punitiva del Estado, entre ellos el de irretroactividad, pero no en el caso de la potestad ejercida e impugnada para la restauración de la realidad física alterada ilegalmente por las obras, procedimiento este último cuya obligada tramitación se enfatiza en el artículo 181.3 de la Ley 1/1997, al indicar que “En ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a restaurar el orden urbanístico vulnerado o a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación legal”.

Además, las normas que regulan el plazo de caducidad de los procedimientos previstas en el artículo 42.2 de la estatal LRJPA no tienen el carácter de disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos».

En cuanto al vicio de indefensión alegado, al haberse dictado la resolución sin concesión del trámite de audiencia a la recurrente, el FJ 9 acoge los razonamientos esgrimidos por la sentencia de instancia, y expresados más arriba.

En último lugar, y por lo que se refiere a la vinculación a los actos propios de la Junta y del Ayuntamiento, al haberse desconocido que la subvención concedida y pagada, la licencia provisional, la autorización municipal para la conexión de los vertidos a la red de saneamiento municipal y, en fin, el acto de inauguración, suponen que las obras están autorizadas, el FJ 10 se opone a ello en los siguientes términos:

«Debe advertirse que al provenir la actuación impugnada de la Administración autonómica, en puridad únicamente podría reprocharse a tal Administración, y no al Ayuntamiento, que hubiera vulnerado ese principio al adoptar actos contradictorios. Circunscribiéndonos por tanto a la actuación autonómica, no puede mantenerse que el acto administrativo impugnado, —que declara la imposibilidad de legalización de las obras y ordena su demolición—, resulte contrario a anteriores actos de esa Administración, pues tales actos, desde el punto de vista sustantivo, no han existido. Desde luego no puede afirmarse tal contradicción por la asistencia al acto de inauguración de las primeras autoridades autonómicas, pues —sencillamente— no hay acto administrativo; y, respecto de la concesión de subvención, aunque en este caso sí existe acto formal que despliega sus efectos propios, su concesión es independiente y no puede tener el efecto de legalizar lo que no es legalizable.

En efecto, la concesión de subvención, como actividad típica de fomento, despliega su eficacia en el propio procedimiento en que se inserta y en relación con la finalidad a la que sirve, pero, obviamente, es ajena e independiente de otros ámbitos de actuación administrativa, como en el supuesto de autos acontece con el urbanismo y con la determinación de las actividades permitidas en el territorio, sin que el ejercicio de potestades en cada uno de estos ámbitos deba condicionar el ejercicio de los restantes, por lo que la concesión de la subvención no puede conllevar la legalización de las obras e instalaciones.

Todo ello, por otra parte, sin perjuicio de la necesaria coordinación administrativa (*ex* artículos 103.1 de la Constitución y 3.1 de la LRJPA) que, en este caso, lamentablemente, no se ha producido.

Por otra parte, y para concluir, debemos señalar que es antigua la jurisprudencia que declara que el principio de igualdad sólo opera dentro de la legalidad, de forma que no es posible su invocación para pretender actos *contra legem*; con mayor razón lo será cuando los actos de contraste que se invocan, aun procediendo de la misma Administración, responden a ámbitos competenciales distintos».

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 de los bienes de dominio público y patrimoniales: naturaleza jurídica del subsuelo.**
- B) **Utilización de los bienes de dominio público: necesidad de respetar la costumbre en el aprovechamiento de los montes comunales.**
- C) **Prerrogativas de las Entidades locales: la potestad de recuperación de oficio y su ejercicio como consecuencia de una denuncia presentada por un particular.**

2. AGUAS CONTINENTALES.

- A) **Constitucionalidad del Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007, en relación a la formulación de recurso de inconstitucionalidad por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja contra varios de sus preceptos sobre aguas.**
- B) **Anulación del Real Decreto 1666/2008, de 17 de julio, sobre traspasos de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma.**
- C) **Inscripción en el Catálogo de aguas privadas. Doctrina jurisprudencial tradicional. Prueba de teledetección y valoración global de la prueba, sin predominio de ésta.**

3. AGUAS MARÍTIMAS.

A) **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') Las irregularidades procedimentales sólo determinan la anulabilidad del deslinde si producen indefensión.

- d') La exclusión del demanio de bienes similares a los declarados en el deslinde no justifica la sustracción de todos ellos.
 - e') El plazo para resolver y notificar la resolución sobre el deslinde es diferente en función de la fecha de incoación del procedimiento.
 - f') 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.
- d) La acción pública en defensa de la legalidad costera legitima para recurrir la Orden aprobatoria de un deslinde.

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes.

- a) Servidumbre de protección: obras autorizables.
- b) Calificación urbanística de los terrenos afectados por la servidumbre de protección.
- c) Disposiciones transitoria tercera de la Ley de Costas y transitoria novena de su Reglamento: varias cuestiones.

C) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre.

- a) Temporalidad concesional: las anteriores concesiones a perpetuidad deben adaptarse al régimen de limitación temporal de la vigente normativa de costas.
- b) Extinción concesional: caducidad.
- c) Reversión concesional.

D) Infracciones: tipos infractores.

E) Puertos.

- a) Ponencia de valores especial de los bienes inmuebles de características especiales.
- b) La falta de antijuridicidad del daño enerva la existencia de responsabilidad patrimonial.
- c) Uso privativo.

F) Pesca marítima: cabe el decomiso como sanción accesoria a las infracciones graves en materia pesquera.

4. MONTES.

- A) Las obligaciones en orden a la prevención de incendios que se imponen a la Administración en los artículos 8, 43, 44, 48 y 50 de la Ley 43/2003, de Montes del Estado, no pueden interpretarse en el sentido de considerar que han de servir para evitar cualquier incendio forestal. Denegación de responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos a raíz de un incendio forestal.**

5. PATRIMONIO HISTÓRICO.

- A) La paralización de la actividad constructiva para el desarrollo de las actuaciones arqueológicas, y la pérdida o menoscabo de los derechos edificatorios que puedan sufrir los solares en orden a conservar *in situ* e incorporar a la escena urbana un monumento histórico-artístico (una muralla bajo-medieval) descubierto a resultas de los trabajos arqueológicos, no implica por necesidad que nos encontremos ante un supuesto indemnizatorio de naturaleza urbanística.**

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: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas.

C) Aguas marítimas.

- a) Tarifas por ocupación del dominio público marítimo-terrestre.

D) Dominio público local.

- a) Tasas por utilización del dominio público local al 1,5% del volumen de ingresos.
- b) Tasas por utilización del dominio público local: la cuestión de los operadores de telefonía móvil.

E) Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

- a) Dominio marítimo-terrestre.
- b) Ferrocarriles.

F) Impuesto de Construcciones, Instalaciones y obras.

- a) Bienes públicos.

1. BIENES LOCALES

A) Objeto de los bienes de dominio público y patrimoniales: naturaleza jurídica del subsuelo

Se ha dictado la **STSJ de Andalucía (Granada) 1492/2010, de 23 de septiembre**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, que se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica del subsuelo en los bienes de dominio público y patrimoniales. En la STSJ se afirma que la calificación es la misma que tenga la superficie, es decir, que el subsuelo tendrá la naturaleza demanial o patrimonial en función de la calificación de aquélla.

La STSJ comentada realiza este pronunciamiento con motivo de la adjudicación de un contrato para la construcción y explotación de un aparcamiento que ocupa el subsuelo de

unos bienes demaniales y patrimoniales. Adjudicación que se realiza en aplicación de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas. La STSJ se pronuncia sobre la legalidad del procedimiento de adjudicación del contrato y no sobre los diversos aspectos patrimoniales que se pudieran plantear y cuya problemática excede el objeto de este comentario.

B) Utilización de los bienes de dominio público: necesidad de respetar la costumbre en el aprovechamiento de los montes comunales

Se ha dictado la **STSJ de Asturias 77/2011, de 20 de enero**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, que se pronuncia sobre las formas de aprovechamiento de los montes comunales y el valor de la costumbre, con motivo de la impugnación del Plan anual de aprovechamientos forestales en montes de utilidad pública, en el que se determinaban los disfrutes sobre un concreto monte comunal. La citada STSJ se pronuncia a favor de respetar la costumbre, teniendo en cuenta la jurisprudencia dictada al efecto y la legislación aplicable.

En concreto, en dicha STSJ se reitera la doctrina contenida en las SSTs de 23 de noviembre de 2007 y 10 de julio de 1989, en las que se afirma que no siendo posible la explotación colectiva ante todo habrá que acudir a la costumbre, teniendo incluso ésta prioridad sobre la ordenanza local (artículo 75.2 del TRLR de 1986). Esta primacía se reitera en el artículo 111 de la Ley asturiana 4/1989, de 21 de julio, de Ordenación Agraria y Desarrollo Rural; artículo en el que se afirma que en el marco de sus competencias, la Administración del Principado de Asturias procederá a la ordenación, estructuración y mejora de las posibilidades ganaderas de los terrenos sometidos al régimen de aprovechamiento de sus pastos, sin perjuicio de lo dispuesto en las ordenanzas municipales y respetando, en todo caso, la costumbre del lugar.

Partiendo de la jurisprudencia y legislación expuesta, en la STSJ comentada se dice que la Administración no ha ejercitado su competencia sobre montes respetando las disposiciones establecidas en normas de rango superior, ya que el artículo 111 de la Ley asturiana 4/1989 establece que en todo caso se respetará la costumbre del lugar, y otra Sentencia anterior ha acreditado dicha costumbre en el caso que nos ocupa, y como el único motivo por el que se excluye el derecho de pastos de esos lugares en la resolución recurrida es la no acreditación de esa costumbre, la conclusión no puede ser otra que la de declarar no conforme a Derecho dicha resolución administrativa, en la que se utilizaban criterios técnicos para repartir el aprovechamiento del monte.

C) Prerrogativas de las Entidades locales: la potestad de recuperación de oficio y su ejercicio como consecuencia de una denuncia presentada por un particular

Se ha dictado la **STSJ de Andalucía (Granada) 1767/2010, de 2 de noviembre**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, que se pronuncia sobre la legalidad de la desestimación de la petición de un vecino para que la Entidad local recuperara una plaza pública que consideraba que se había usurpado con una construcción.

En concreto, en la STSJ se afirma que el procedimiento de recuperación de oficio de los bienes de dominio público puede ejercitarse mediante denuncia de tercero, lo que da

cabida a que un particular inste de la Administración local la incoación de este procedimiento, vía denuncia. Así, la STS de 3 de diciembre de 2008 establece que «por lo que se refiere a la pretensión de que se sancione la invasión de la vía pecuaria, no existe en nuestro catálogo administrativo un derecho subjetivo público de un particular a que se sancione a otra persona. El denunciante agota su derecho en la sola denuncia. (...) El recurrente tiene, pues, derecho a hacer su denuncia, pero ésta no ha de concluir necesariamente en el sentido pretendido por él, cuyo derecho subjetivo se reduce al acto mismo de denunciar».

Y además de ese título, sigue diciendo la STSJ de Andalucía, cabría reconocer la legitimación al recurrente por la acción pública que a todos los ciudadanos otorga la Ley del Suelo en sus sucesivas versiones para el ejercicio de esa acción, así resulta también del actual artículo 4.f) de la Ley 8/2007, Ley del Suelo, y del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, artículo 30, puesto que la denuncia manifestaba que se estaban realizando construcciones en dominio público, concretamente la colocación de un portón que impedía el acceso a una plaza pública, a lo que la Administración podría obtener información sobre la construcción que se realizaba y si poseían la licencia precisa para ello.

Y, continúa diciendo la STSJ comentada, determinada la legitimación del recurrente para instar la iniciación de un procedimiento de recuperación de bienes de dominio público, así como para impugnar la concreta actividad desarrollada por el Ente local en el ejercicio de esta potestad, ha de determinarse que, en el presente caso, el Ayuntamiento realizó determinada actividad ante la denuncia presentada, que se dirigía concretamente a determinar si efectivamente el bien referido era de dominio público, y para ello obtuvo la certificación del secretario del Ente local que precisaba que no existía plaza con la denominación aportada por el recurrente en el Municipio en cuestión. Y con esta certificación denegó la solicitud presentada por el recurrente.

Dadas las actuaciones realizadas por la Administración local, en la STSJ mencionada se afirma que ha de considerarse que tal certificación es la motivación, suficiente a la luz del artículo 54 de la Ley 30/1992, para el dictado de la resolución impugnada de desestimación. Y que de dicha certificación se deduce que no se cumple uno de los requisitos exigidos para poder ejercitar el denominado *interdictum* propio, cual es que la naturaleza del bien en cuestión sea claramente de dominio público. Podría haberse justificado por el recurrente en el recurso contencioso-administrativo que el bien sí era de dominio público, pero para ello aporta tan sólo la prueba testifical, que ha de considerarse insuficiente para desvirtuar el certificado del secretario del Ente local y las manifestaciones esgrimidas por el codemandado; razón por la que esta Sala no puede revocar el acto administrativo impugnado.

2. AGUAS CONTINENTALES

A) **Constitucionalidad del Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007, en relación a la formulación de recurso de inconstitucionalidad por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja contra varios de sus preceptos sobre aguas**

El TC, por **Sentencia de 22 de junio de 2011**, ha desestimado el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de La Rioja contra los artículos 19 y 72 y disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de

Autonomía de Aragón. La Sentencia se adopta prácticamente por unanimidad, contando, no obstante, con un voto particular del Magistrado Luis Ortega.

La Sentencia enlaza en la mayoría de las cuestiones que trata con doctrina ya expresada en otras SSTC, las que ha ido emitiendo en los últimos años en esta larga serie de Sentencias dictadas en materia de aguas (a partir de la STC 247/2007 y con el importante hito de la STC 31/2010, en relación al Estatuto de Cataluña), si bien algunas cosas son nuevas en cuanto que nuevo era también el tratamiento en el Estatuto de Autonomía de Aragón. Estimo que ésta es la última de las Sentencias que el TC deberá dictar en esta materia de aguas resolviendo los múltiples recursos interpuestos contra preceptos de los EEAA aprobados en la fase de reformas estatutarias inaugurada en 2006 con los EEAA de la Comunidad Valenciana y de Cataluña. Sólo en el supuesto de las SSTC 30 y 32/2011 (ya comentadas en el núm. 52 de la Revista) se ha procedido a la anulación de preceptos estatutarios por inconstitucionales. En el resto de supuestos se ha decidido por el TC la plena constitucionalidad de los preceptos impugnados; en algún caso aislado ha habido una interpretación del precepto adecuada a la Constitución. Es fácil deducir, por tanto, que excepto en esos supuestos muy concretos de anulación o de interpretación conforme a la Constitución, la impugnación de preceptos estatutarios tenía mucho más de ruido mediático (de creación o de reflejo) que de supuestos jurídicos medianamente consistentes.

En el caso de la Sentencia de 22 de junio de 2011, el primer precepto impugnado era el artículo 19 del Estatuto, impugnación que afectaba a sus distintos apartados. En el caso del apartado primero se habla en él del «derecho de los aragoneses a disponer del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes para atender sus necesidades presentes y futuras, tanto para el consumo humano como para el desarrollo de actividades sociales y económicas que permitan la vertebración y el reequilibrio territorial de Aragón». El TC, tras recordar su doctrina sobre los derechos estatutarios establecida en las SSTC 247/2007 y 31/2010, indica que este derecho estatutario tiene su anclaje en las competencias asumidas por el Estatuto en materia de aguas (artículo 72), «competencias que no se limitan a las que se proyecten sobre el río Ebro, pues ... dichas competencias también se extienden a las aguas superficiales intracomunitarias y a las subterráneas de tal carácter aunque estas últimas tengan menor sustantividad territorial que las primeras». La conclusión es que «ningún reproche merece que los poderes públicos aragoneses resulten vinculados por la proclamación del mencionado derecho al abastecimiento de agua, vinculación que habrá de materializarse de acuerdo con el reparto competencial, esto es, respecto de las aguas de su competencia, y para el caso de su proyección sobre las aguas del río Ebro [y aquí el TC debería haber añadido las aguas de la cuenca del Júcar y del Tajo, pues el territorio de Aragón se extiende al de estas tres cuencas intercomunitarias, si bien el formal defecto que señala tiene su causa en la propia impugnación del recurrente, quizás explicable en que es la única cuenca en que la Comunidad Autónoma de La Rioja participa junto a Aragón —y, también, junto a otras siete CCAA que no se sintieron afectadas, con acierto evidente, por estas disposiciones—] sólo alcanzará al ejercicio de las potestades que correspondan a dichos poderes públicos autonómicos de acuerdo con la legislación estatal (artículo 149.1.22 CE) ... sin que el precepto estatutario contenga ninguna prescripción que se oponga a ello» (FJ 5).

El también impugnado artículo 19.2 del Estatuto de Autonomía dice que «los poderes públicos aragoneses velarán por la conservación y mejora de los recursos hidrológicos,

ríos, humedales y ecosistemas y paisajes vinculados, mediante la promoción de un uso racional del agua, la fijación de caudales ambientales apropiados y la adopción de sistemas de saneamiento y depuración de aguas adecuados». El recurso de La Rioja se dirige a cuestionar la atribución de la fijación de caudales ambientales apropiados. La defensa de la Comunidad Autónoma (operada por las Cortes de Aragón, por cierto) dice que la norma atributiva de competencias —insertada en el título que se refiere a ello— es el artículo 72.2 que sólo habla de «participar» en la fijación de caudales ambientales, y que la mención del artículo 19.2 (inserta en un título de derechos y con la expresiva referencia a «los poderes públicos») sólo es un principio rector. Y esto es exactamente lo que decide el TC indicando que la referencia a la «participación» del artículo 72 es perfectamente constitucional y sin que a través de ésta, obviamente pues la palabra utilizada es enteramente significativa, se pueda vincular al Estado.

También es impugnado el apartado 3 del artículo 19 que indica que «corresponde a los poderes públicos aragoneses, en los términos que establece este Estatuto y de acuerdo con el principio de unidad de cuenca, la Constitución, la legislación estatal y la normativa comunitaria aplicables, velar especialmente para evitar transferencias de aguas de las cuencas hidrográficas de las que forma parte la Comunidad Autónoma que afecten a intereses de sostenibilidad, atendiendo a los derechos de las generaciones presentes y futuras». La representación de La Rioja indica que la regulación de las transferencias corresponde al Estado y que, por esto, el precepto aragonés supone institucionalizar una fuente de conflictividad jurídica respecto de lo que pueda ser, desde cada perspectiva, la sostenibilidad de los recursos hídricos. El TC va a responder (de forma concordante con la posición de la defensa de Aragón y del Abogado del Estado) que «velar» no conlleva potestades concretas sino meras pautas de orientación y que el artículo 72.3, que es el que se refiere a las competencias de la Comunidad Autónoma sobre este extremo, indica que le corresponde la emisión de «un informe preceptivo para cualquier propuesta de obra hidráulica o de transferencia de aguas que afecte a su territorio», siendo esta técnica de emisión de informes que no vinculan al Estado, perfectamente constitucional como el mismo TC ha dicho varias veces en su jurisprudencia anterior. Subraya el TC, además, que esta directriz estatutaria es semejante a la que el Estatuto de la Comunidad Valenciana contenía para que sus poderes públicos persiguieran lo contrario, conseguir trasvases, y que tanto una como la otra, en cuanto no suponen imposición alguna al Estado en los términos en que se redactan, son perfectamente constitucionales.

También se impugnan determinados contenidos del artículo 72 EAAR que se juzgan inconstitucionales. En particular se discute en relación al artículo 72.1 la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre las «aguas que discurren íntegramente por su territorio» —porque éstas son irrelevantes, dice el impugnante—, y también que tenga competencia la Comunidad Autónoma sobre los «aprovechamientos hidráulicos» de su interés, porque la competencia pertenecería al Estado en cuanto dichos aprovechamientos se refirieran a aguas intercomunitarias.

El TC rechaza ambas impugnaciones. En relación al primer argumento porque la propia demanda admite que existen aguas intracomunitarias, por lo que se trata de una impugnación «preventiva» impropia de un recurso de inconstitucionalidad. La segunda impugnación también es rechazada, y ello por la poderosa razón de que guarda una perfecta congruencia con lo que dice el artículo 148.1.10 CE desde 1978, por lo que es per-

fectamente comprensible que el Estatuto de Aragón atribuya a la Comunidad Autónoma competencias exclusivas en ese supuesto.

El artículo 72.2 se impugna de forma completa; ello en cuanto atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia de participar en la planificación hidrológica; también porque recoge la competencia de adoptar medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos.

La respuesta del TC es fácil imaginarla: el artículo 72.2 habla de competencias sobre la elaboración de la planificación hidrológica «según lo dispuesto en el artículo 149.1.22 de la Constitución española y las leyes que lo desarrollan», luego nada se violenta por el artículo 72.2 dado que se remite a lo que libremente dispongan esas leyes; y añade el TC, además y conforme su jurisprudencia tradicional desde prácticamente los comienzos de la vida del TC, que la colaboración entre los poderes públicos en el Estado de las Autonomías no es necesario fundarla en preceptos concretos. Por otra parte, lo relativo a la adopción por Aragón de medidas adicionales de protección se fundamentaría en lo establecido expresamente en el artículo 149.1.23 CE.

También se reprocha por el Consejo de Gobierno de La Rioja la constitucionalidad del artículo 72.3 del Estatuto de Autonomía de Aragón que prevé la emisión por la Comunidad Autónoma de un «informe preceptivo para cualquier propuesta de obra hidráulica o de transferencia de aguas que afecte a su territorio». La impugnación se fundamenta en que la autorización de los trasvases es competencia del Estado y forma parte del Plan Hidrológico Nacional; para el impugnante el contenido del Estatuto de Autonomía de Aragón significaría una intervención singularizada de la Comunidad Autónoma de Aragón en línea de potenciación de mecanismos de bilateralidad, lo que no es respetuoso con las competencias del Estado.

El TC conforme a su jurisprudencia establecida señala que la emisión de informes es «una técnica adecuada para los supuestos de concurrencia de competencias» y que «es claro que los trasvases entre cuencas constituyen un supuesto de concurrencia de competencias, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, en el mismo soporte físico, toda vez que sobre el agua de las diferentes cuencas confluyen, además de las competencias específicas, otras diferentes (agricultura, ganadería, pesca fluvial, ocio, ordenación del territorio o medio ambiente, entre otras)». Por tanto, el informe cuestionado, como hemos afirmado para un supuesto singular, constituye «un razonable mecanismo de colaboración entre la Comunidad Autónoma y el Estado en una materia en la que es evidente que resultan afectadas e implicadas las competencias y los intereses de una y otro, sin que en modo alguno se desplace o enerve ... la competencia estatal *ex* artículo 149.1.22 CE cuando se trate de trasvases entre cuencas intercomunitarias...». Estas últimas palabras pertenecen a la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Cataluña.

Finalmente se impugnaba también la disposición final quinta del Estatuto que indica que «la planificación hidrológica concretará las asignaciones, inversiones y reservas para el cumplimiento del principio de prioridad en el aprovechamiento de los recursos hídricos de la cuenca del Ebro y de los derechos recogidos en el artículo 19 del presente Estatuto, 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 hm³». La impugnación del Consejo de Gobierno de La Rioja afirmaba que hay dos formas de interpretar este ar-

título y que una sería inconstitucional: la consistente en que esta disposición fuera vinculativa para el Estado.

Siempre cabe leer en una disposición algo que no dice, y para negar esa vinculatoriedad hubiera bastado con el recuerdo a la concepción general de la planificación hidrológica en las cuencas intercomunitarias como competencia exclusiva del Estado, algo plenamente afirmado desde la STC 227/1988. Pero, además, esta técnica de las reservas es clásica en la planificación hidrológica y esta reserva, en concreto, ya figuraba en el Plan Hidrológico de la Cuenca del Ebro (de 1998-1999) y en la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 (disposición adicional tercera). Todo ello supone (en referencia más concreta al Plan de cuenca) que todas las CCAA (La Rioja inclusive) ya mostraron su acuerdo con ella en cuanto que votaron unánimemente esta reserva con ocasión de la tramitación del Plan de cuenca.

Esto mismo es lo que recuerda el TC en el FJ 17 en el que afirma, además, que «*el tenor literal* de la disposición adicional quinta del EAAr revela que la reserva de agua de 6.550 hm³ no constituye necesariamente una regulación prescriptiva que se le imponga por el Estatuto al legislador estatal, toda vez que prevé que sea la planificación hidrológica, esto es, el legislador estatal, quien concrete (“concretará” dice el precepto) las reservas de agua de la cuenca del Ebro, concreción que se realizará “considerando” la resolución de las Cortes de Aragón que acordó [más exactamente en línea con el reparto competencial sobre el agua sería decir que “propuso”] *aquella reserva, sin que la misma vincule al Estado en su decisión*». (El resalte tipográfico es mío).

(Y justo a continuación el TC, como queriendo incidir en la constitucionalidad del precepto, llama a lo que indica el artículo 19.2.2 EAAr sobre la fijación del caudal ecológico, por lo que confunde formal e inexplicablemente —pues estoy seguro que sus miembros conocen perfectamente la diferencia— la técnica de las reservas con la de fijación del caudal ecológico o ambiental, confusión a lamentar pero que no quita ni añade nada a lo ya indicado.)

En definitiva, queda plenamente consagrada la constitucionalidad de todos los preceptos indicados sin que se haya debido hacer ningún tipo de lectura interpretativa, adecuada a la Constitución porque, obsérvese, hasta ante el precepto sobre el que más ruido mediático se realizó en el pasado, la disposición adicional quinta, indica el TC que de «su tenor literal» se desprende su plena constitucionalidad.

B) Anulación del Real Decreto 1666/2008, de 17 de julio, sobre traspasos de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma

En el núm. 52 de *Justicia Administrativa*, dábamos cuenta de la STC 30/2011, de 16 de marzo, por la que se declaraba inconstitucional y nulo el artículo 51 del Estatuto de Andalucía de 2007 que otorgaba competencias exclusivas a la Comunidad sobre lo que podríamos llamar «Guadalquivir andaluz», todo ello respondiendo al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Comunidad Autónoma de Extremadura. Pues bien, ello ha traído como lógica consecuencia la anulación del RD 1666/2008 (cuyo título completo está en la rú-

brica), hecho producido casi simultáneamente por tres Sentencias del Tribunal Supremo mediante las que se da respuesta a las tres impugnaciones contencioso-administrativas que mereció tal RD. La primera es la **STS de 13 de junio de 2011**, recurso 1/1/2009, en recurso interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; la segunda es la **STS de 14 de junio de 2011**, recurso 2/2009, respondiendo al recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Extremadura, y la tercera. **STS de 14 de junio de 2011**, recurso 66/2008, es la que resuelve el recurso interpuesto por D. Francisco Javier Flores Montoya (recurso que también podríamos denominar «Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos», porque lo que se hace constar es el interés de éstos que resultan afectados por el traspaso de medios personales indicados).

El contenido de las SSTS era más que previsible dada la previa aparición de la STC 30/2011 y no hay, por tanto, especial significado en estas Sentencias fuera de la desestimación de la inadmisibilidad aducida por las representaciones procesales del Estado y de la Comunidad Autónoma de Andalucía por falta de interés, y de la mención a la encomienda de gestión de 7 de abril de 2011, que se firmó entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía, para que ésta siguiera ejecutando determinadas competencias de gestión sobre el «Guadalquivir andaluz», sometidas a supervisión de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir debiendo ésta, también, resolver los correspondientes procedimientos administrativos que se incoen.

La aparición de estas SSTS abre el camino de su ejecución (y de la STC 30/2011), proceso que no se adivina como fácil de recorrer.

**C) Inscripción en el Catálogo de aguas privadas.
Doctrina jurisprudencial tradicional. Prueba de teledetección
y valoración global de la prueba, sin predominio de ésta**

Distintas Sentencias han aparecido en los últimos meses resolviendo variadas impugnaciones sobre la aplicación de la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas de 1985 relativa a la inscripción de aguas que van a seguir siendo privadas por voluntad de sus titulares, en el Catálogo de aguas privadas de la cuenca. Todas ellas reproducen la doctrina tradicional expresada en anteriores Sentencias del Tribunal Supremo en donde se muestra la distinción entre la inscripción en el Registro de Aguas respecto a la inscripción en el Catálogo y lo que debe ofrecer la parte que solicita la inscripción en el Catálogo. Reproduzco, aquí, ésa que llamo doctrina tradicional según las **SSTS de 9 de junio de 2004**, recurso de casación 342/2004 y **13 de octubre de 2008**, recurso de casación 6165/2004, a través de las recientes **SSTS de 5 de abril de 2011**, recurso de casación 1508/2007, **13 de mayo de 2011**, recurso de casación 3664/2007 y **19 de mayo de 2011**, recurso de casación 3344/2007:

«La interpretación que se debe hacer de lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas 29/1985, aplicable en este caso, y en el artículo 195.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, a pesar de la mención que en éste se hace “al título que acredite su derecho al aprovechamiento” no es otra que la necesidad de acreditar el destino de las aguas y la superficie regable, puesto que se trata de que la Administración conozca la existencia del aprovechamiento en cuestión, sus características y aforo.

Así, pues, lo que la Administración hace constar en el Catálogo no son derechos sino situaciones de hecho, y ello justifica, según lo declarado por el Tribunal Constitucional en la mentada sentencia (se refiere a la 227/1988), que no se otorgue a los aprovechamientos incluidos obligatoriamente en el Catálogo la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro.

Es cierto que en el apartado 2 de la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas se alude a los titulares legítimos de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas en la legislación anterior a la Ley, pero tal expresión es necesario interpretarla en armonía con lo establecido en las disposiciones transitorias segunda y tercera, apartado 2, de la propia Ley de Aguas, de cuya interpretación se deduce que, mientras para inscribir los aprovechamientos en el Registro es necesario acreditar el derecho al aprovechamiento y la no afección a otros aprovechamientos, para incluir el aprovechamiento en el Catálogo basta justificar su existencia y titularidad de hecho así como sus características y aforo, sin que de esta prueba esté excusado, en contra de lo aducido en el primer motivo de casación, el titular obligado a declarar su aprovechamiento para incluirlo en el Catálogo, no bastando, como parece entenderlo el representante procesal de la recurrente, con la mera declaración de las características y del aforo, por lo que examinaremos seguidamente, al hilo de lo alegado por dicha recurrente en la segunda parte de su segundo motivo de casación, si en este caso, a pesar de lo declarado por el Tribunal sentenciador, se deben entender acreditados las características y el aforo del aprovechamiento...».

Y conforme a la doctrina establecida todo se centra en la actividad de la Administración comprobatoria de las características ofrecidas por el solicitante de inscripción. Así en la STS de 5 de abril de 2011, se conoce de una actividad en la que la Confederación Hidrográfica del Júcar procedió a la inscripción en el Catálogo, en 2002, de las características de un aprovechamiento conforme a la solicitud llevada a cabo por su titular el 30 de diciembre de 1988 y tras una comprobación sobre el terreno de los datos aportados por el solicitante realizada el 2 de septiembre de 1997; sin embargo en 2004, la misma Confederación consideró que los datos aportados por el solicitante no se conformaban con la realidad que demostraba un estudio de teledetección realizado ente 1984 y 1986 proponiendo, entonces, realizar otro tipo de inscripción al haberse comprobado una modificación de las características esenciales del aprovechamiento realizada con posterioridad al 1 de enero de 1986 procediendo entonces, conforme a la Ley de Aguas de 1985, que el titular solicitara una concesión para su inscripción posterior en el Registro de Aguas. Ello, se decía en la Resolución del Comisario de Aguas, procedía tras una valoración en conjunto de las pruebas existentes en las que se incluía el estudio de teledetección. Tras recursos administrativos y judiciales llega el asunto al TS quien en el final del fundamento de derecho núm. 5 indica:

«... el Catálogo de Aguas privadas ha de contener realidades contrastadas, porque ni —sólo— la declaración del titular ni —sólo— la constatación extemporánea y posterior de la Administración deben acceder de forma irreversible al citado Catálogo. Sólo, pues, tras una adecuada verificación de dichos extremos, con el resto de los datos obrantes en el expediente —cual pudiera ser el sistema de teledetección o cualquier otra prueba— se podrán establecer las características esenciales del aprovechamiento, y se podrá comprobar —como en el supuesto de autos acontecía— que se habían producido, con posterioridad al 1 de enero de 1986 alteraciones o modificaciones en los aprovechamientos declarados para su anotación».

Lo mismo sucede en relación a otra Sentencia, en que la prueba ofrecida por el solicitante de la inscripción en el Catálogo de las características de su aprovechamiento se juzga insuficiente. Ése es el caso de la **STS de 31 de mayo de 2011** en la que también se afirma que la prueba de teledetección no es el elemento esencial para fundamentar la negativa de la Administración a la inscripción «sino que se incorpora como un elemento de simple refutación de la pretensión del actor, que aun sin tal informe no puede entenderse hubiera probado la bondad de su derecho. En suma el solicitante no ha aportado pruebas que acrediten las características del aprovechamiento y de explotación en la fecha de referencia» (que, obviamente, es el 1 de enero de 1986).

Y en la **STS de 19 de mayo de 2011**, basándose en la misma doctrina se indica que la Administración no ha solicitado la prueba de la propiedad de los terrenos al solicitante de la inscripción en el Catálogo sino que lo que le pedían es que acreditara «las características del aprovechamiento, que comprende los datos del volumen de agua utilizado, su destino y la superficie regable a la que sirve». Todo ello, obviamente, con referencia al 1 de enero de 1986, y como no lo ha hecho, se entiende fundamentada la negación a la inscripción en el Catálogo de aguas privadas de la cuenca (del Segura). (Citas de los fundamentos de derecho 2 y 4 de la Sentencia.)

3. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde del dominio público marítimo-terrestre

a) *Finalidad: declarar dominio público los bienes que presentan esta condición por naturaleza*

De nuevo hay que dejar constancia de pronunciamientos que confirman el carácter de dominio público por naturaleza de bienes costeros mediante el ejercicio de la potestad estatal diseñada al efecto: la potestad de deslinde (**SAN de 5 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 571/2009). Y ello con independencia de la concurrencia sobre el mismo espacio físico de competencias de otras Administraciones —singularmente las urbanísticas que detentan Comunidades Autónomas y Municipios—, que deberán coordinarse y cooperar en su ejercicio, sin que la realización de actuaciones urbanizadoras haga perder a los bienes su naturaleza demanial [**SSAN de 19 de mayo de 2011 (dos)**, Sala de lo Contencioso, recursos 503/2008, FJ 3 y 200/2008, FJ 5]. Por eso, como recuerda la **SAN de 5 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 571/2009, FJ 5, no puede pretenderse con éxito que la aprobación de un Plan General de Ordenación Urbana vincule a la Administración estatal cuando realiza posteriormente el deslinde de la zona. La declaración de demanialidad de un tramo de costa resulta inmune a las normas urbanísticas previstas en el Plan, que no pueden privar a los terrenos de las características demaniales que el deslinde se encarga de declarar. También resulta independiente para el ejercicio de esta potestad la existencia de títulos jurídicos remotos, que en ningún caso alteran las circunstancias fácticas descritas con precisión en la Ley de Costas: el deslinde tiene carácter declarativo, no constitutivo, por lo que no se ve obstado por titularidades privadas sobre los bienes (**SAN de 28 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 660/2009).

La jurisprudencia insiste muy a menudo en este carácter declarativo de la potestad de deslinde: se limita a materializar una realidad que, por naturaleza, detentan esos bienes. Por eso, no caben pretensiones indemnizatorias para compensar la transformación de un título de propiedad en un título concesional; transformación que, en sí misma, como declaró el TC, ya supone contraprestación suficiente, habida cuenta la imposibilidad de que existan enclaves privados sobre el dominio público (**SSAN de 28 y 29 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso, recursos 660/2009, FJ 3 y 79/2009, FJ 8).

Son bienes que integran el demanio costero, entre otros, la ribera del mar (**SAN de 13 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 336/2009), la zona marítimo-terrestre (**SSAN 13 y 19 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recursos 521/2009 y 503/2008), las playas y dunas litorales (**SSAN de 29 de abril y 13 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recursos 79/2009 y 521/2009), los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar (**STS de 28 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 2821/2007 y **SAN de 5 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 654/2008), los terrenos inundados por el mar que pasen a formar parte de su lecho (**SAN de 29 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 526/2010), los terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras y los desecados de su ribera (**STS de 29 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 3932/2011) y los terrenos deslindados como dominio público que por cualquier causa hayan perdido sus características demaniales y no hayan sido desafectados (**SAN de 20 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 518/2009). Sin embargo, no pertenecen al demanio los terrenos respecto de los que no quede probado su alcance por las olas en los mayores temporales conocidos (**SAN de 13 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 549/2009), ni las zonas que no se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas (**SAN de 13 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 521/2009).

b) *Efectos: declara la titularidad dominical a favor del Estado, prevaleciendo frente a inscripciones registrales en contrario*

En cuanto a sus efectos, es bien sabido que el artículo 13 de la Ley de Costas otorga al deslinde uno sustancial: el de declarar no sólo la posesión sino, asimismo, 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, tal y como recuerdan la **STS de 28 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 2821/2007, FJ 4 y la **SAN de 20 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 518/2009.

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 en ningún caso implica la revisión por la Administración de actos propios contrarios al ordenamiento jurídico, sino la determinación del dominio público marítimo-terrestre a fin de constatar si efectivamente un terreno reúne o no las características con-

templadas en los artículos 3 a 5 de aquella norma (**SAN de 29 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 526/2010).

b') Iniciación

La iniciación de un procedimiento de deslinde puede derivar de cualquier circunstancia que genere dudas acerca de si está o no correctamente delimitado el demanio costero [**SSAN de 19 de mayo de 2011 (dos)**, Sala de lo Contencioso, recursos 873/2009, FJ 3 y 200/2008, FJ 4]: alteración de su configuración (artículo 12.6 de la Ley de Costas), falta de deslinde previo en el tramo sobre el que proceder (disposición transitoria tercera del Reglamento de Costas), etc. Cualquiera de estas circunstancias es justificación suficiente para poner en marcha un expediente destinado a delimitar los bienes costeros, sin que se requiera motivación adicional (**SAN de 28 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 660/2009, FJ 5).

c') Las irregularidades procedimentales sólo determinan la anulabilidad del deslinde si producen indefensión

En la línea de una consolidada doctrina jurisprudencial en este sentido, las **SSAN de 5, 12 y 19 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recursos 8287/2009, 354/2009 y 73/2009, FJ 2, recuerdan que las irregularidades en el procedimiento de deslinde de costas sólo determinan la anulabilidad del acto administrativo cuando producen indefensión en los interesados, lo que no sucede en estos supuestos, en los que han podido alegar y probar cuanto han estimado oportuno.

d') 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 su exclusión de otros análogos, puesto que la igualdad sólo puede operar dentro de la legalidad. En ello insiste en esta oportunidad la **SAN de 19 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 503/2008, FJ 4.

e') 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, so pena de caducidad, siendo el *dies a quo* no el de la autorización de su tramitación por parte de la Dirección General correspondiente, sino el de la providencia de incoación realizada por las Demarcaciones de Costas (**SAN de 5 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 261/2008). Por supuesto, nada impide a la Administración aplicar lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992: suspensión del cómputo cuando deban solicitarse informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, por el tiempo que medie entre la petición y

la recepción del informe —debiendo comunicarse ambas fechas—, sin que pueda exceder en ningún caso de tres meses. En el supuesto sobre el que se pronuncia la **SAN de 5 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 589/2009, no consta que se haya dictado ninguna resolución acordando una prórroga semejante, ni se ha notificado a las partes nada en ese sentido. Parece, pues, que la Administración ha intentado enervar la caducidad del procedimiento mediante el subterfugio de acordar la suspensión tardíamente, por lo que la Sala procede a declarar caducado el procedimiento. En análogo sentido, tampoco hay inconveniente en ampliar el plazo normativamente establecido al amparo del apartado 6 del mismo artículo 42 de la Ley 30/1992, justificando debidamente las circunstancias concurrentes. Lo que no cabe, como en el caso reflejado por la **SAN de 29 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 749/2008, 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, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, les resultase de aplicación el plazo supletorio de tres meses que establecía la redacción original del artículo 42.2 de la Ley 30/1992 para casos semejantes: se trataba, entendía el TS, de procedimientos iniciados de oficio que no pueden calificarse de limitadores o restrictivos de derechos (**SAN de 29 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 79/2009, FJ 3).

f') 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

En cuanto al cómputo, debe recordarse que, de conformidad con la redacción dada por la Ley 53/2002 al artículo 12.1 de la Ley de Costas, el plazo de veinticuatro meses para resolver y notificar los deslindes iniciados con posterioridad al 1 de enero de 2003 contará desde la fecha del acuerdo de incoación hasta la fecha de notificación de la resolución administrativa que pone término al expediente. Como señalan las **SSAN de 5 y 13 (dos) de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recursos 261/2008, 521/2009 y 336/2009, recordando pronunciamientos semejantes previos, la especificidad del procedimiento de deslinde —con gran número de afectados que dificultan 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.

d) *La acción pública en defensa de la legalidad costera legítima para recurrir la Orden aprobatoria de un deslinde*

El artículo 109 de la Ley de Costas establece que la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo dispuesto en esa normativa es pública. Esto no significa, como ha interpretado el TS en diversos pronunciamientos, que pueda equipararse con la posibilidad de alegar indefensiones ajenas. Como recuerdan las **SSAN de 12 y 19 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recursos 285/2000 y 823/2010, la acción de deslinde sólo puede ejercitarse, de no incoarse de oficio, por persona con interés legítimo. Ahora bien: una vez practicado y aprobado, cualquier persona está legitimada para impugnarlo, ejercitando, entonces sí, la acción pública antecitada.

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes

a) Servidumbre de protección: obras autorizables

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Ley de Costas, con carácter ordinario sólo podrán autorizarse en zona de servidumbre de protección las 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. Es cierto, como recuerda la **STSJ de Murcia de 25 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 1714/2003, que la instalación de un restaurante en zona de servidumbre de protección es inicialmente autorizable, pero no lo es menos que no todo lo que no está expresamente prohibido está permitido: deben concurrir para ello las condiciones establecidas en el antecitado apartado 2. Y en este caso no es así, puesto que ni la naturaleza de las obras impone su ubicación en el demanio público como único lugar posible, ni el servicio que va a prestarse con ellas conviene o viene exigido por el mismo.

b) Calificación urbanística de los terrenos afectados por la servidumbre de protección

Por su parte, la **STS de 13 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 5212/2007, confirma la clasificación como suelo rústico de protección de costas de unos terrenos fuera de la malla urbana, sobre los que no se había producido consolidación urbanística, y que se hallaban sometidos a un régimen de especial protección por su afectación por la servidumbre de protección de costas. Tanto la normativa urbanística autonómica como la legislación sobre régimen de suelo y valoraciones imponen la categoría de no urbanizable a terrenos con estas condiciones.

c) Disposiciones transitoria tercera de la Ley de Costas y transitoria novena de su Reglamento: varias cuestiones

Las disposiciones transitorias mencionadas en la rúbrica de este apartado se refieren a diversas cuestiones relativas a la servidumbre de protección. Por un lado, y como se ha mencionado en una multiplicidad de ocasiones, reducen su extensión 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: confirman la reducción a 20 metros por tener dicha calificación en la fecha referida la **STS de 28 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 2472/2007 y la **SAN de 16 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 401/2009; ratifican la extensión común por falta de acreditación las **SSAN de 28 de abril y 5 y 6 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recursos 557/2008, 732/2008 y 263/2009.

Por otro lado, estas mismas Disposiciones declaran el respeto a los usos y construcciones existentes, así como a las autorizaciones ya otorgadas, en los términos previstos en la disposición transitoria cuarta. Incluso permiten autorizar nuevos usos y construcciones de conformidad con los planes de ordenación en vigor, siempre que se garantice la efectividad de la servidumbre y no se perjudique el dominio público marítimo-terrestre. En concreto, a lo que se refiere la **STS de 13 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 5079/2007, es que excepcionalmente autorizan a realizar edificaciones destinadas a residencia o habitación en solares vacantes para completar la fachada marítima consolidada en suelo urbano a menos de 20 metros de la ribera del mar, siempre que no excedan de la cuarta parte de su longitud total y cumplan, además del resto de requisitos establecidos en ellas, una función de homogeneización urbanística (visual y estética), lo que no sucede en este caso. Por esa razón, se confirma la denegación del Estudio de Detalle presentado a los efectos de lograr la autorización de construcción de un nuevo edificio.

C) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre

a) *Temporalidad concesional: las anteriores concesiones a perpetuidad deben adaptarse al régimen de limitación temporal de la vigente normativa de costas*

El otorgamiento de concesiones a perpetuidad sobre el dominio público costero estaba permitido por el ordenamiento anterior. Sin embargo, la declaración constitucional de demanialidad de todos los bienes que lo integran impide hoy su existencia. Como ha recordado en una pluralidad de ocasiones el TS, el consecuente plazo máximo concesional establecido por la vigente Ley de Costas también resulta de aplicación a aquellas concesiones, comenzando a computar a partir de la entrada en vigor de dicha norma. No cabe duda que la introducción de este criterio legal implica un límite para las antiguas concesiones, pero este límite no resulta indemnizable. El TC (Sentencia 149/1991) ha manifestado que estos cambios legislativos, aun cuando impliquen reducción de derechos o facultades, no supone necesariamente privación de derechos que justifique indemnización al amparo del artículo 33 de la Constitución. Recuerda ahora esta doctrina la **SAN de 5 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 793/2009.

b) *Extinción concesional: caducidad*

Cabe destacar nuevamente que, en supuestos de incumplimiento del clausulado concesional, la Administración declarará caducada la concesión de uso privativo del dominio público costero. La incoación del expediente de caducidad se realizará de oficio, pudiendo también solicitarse por los interesados que, en ausencia de respuesta de la Administración, entenderán estimada su pretensión en aplicación del mecanismo del silencio. Efectivamente, como señala la **SAN de 19 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 823/2010, el artículo 43.2 de la Ley 30/1992 (en su redacción derivada de la Ley 4/1999, aplicable en este supuesto), consagra la regla general del silencio positivo en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados. Sólo en caso de que una norma con rango de Ley o de derecho comunitario europeo estableciera lo contrario, los efectos del silencio se entenderían desestimatorios. No es éste el caso, por lo que la solicitud de los interesados en

orden a iniciar el expediente de caducidad de una concesión y a adoptar todas las medidas legalmente previstas para la paralización de las actividades desarrolladas a su amparo debe entenderse estimada ante la ausencia de resolución administrativa en plazo.

c) Reversión concesional

Por su parte, la **SAN de 12 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 750/2009, confirma la recurribilidad del acta de reversión de una concesión de costas, negada por la Administración costera. La razón estriba en el carácter dispositivo y no meramente declarativo de aquélla. En efecto, es en esta acta en la que se determinan con precisión los bienes de dominio público a revertir a la Administración, así como los de propiedad particular que, por formar una unidad imprescindible para la explotación de aquel título, también pasarían al demanio tras su extinción. Ni en la Orden de su otorgamiento ni en la Orden declarando su caducidad se describieron los bienes ni se incorporó ninguna forma de indicación de cuáles eran los bienes privados que se incorporaban al dominio público: esta labor dispositiva la realiza el acta de reversión. Por esa razón, en la medida en que se conforma como un acto de trámite que decide sobre el fondo del asunto, es recurrible *ex artículo 107.1 de la Ley 30/1992*.

D) Infracciones: tipos infractores

La ocupación no autorizada del dominio público marítimo-terrestre y de sus zonas de servidumbre constituye una infracción administrativa grave al amparo de lo dispuesto en el artículo 91.2.g) de la Ley de Costas (**STSJ de Murcia de 29 de abril de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 324/2006). Será el último deslinde aprobado el que determinará el lugar concreto por el que discurre la servidumbre de tránsito, sin que, frente a sus determinaciones, puedan oponerse alteraciones artificiales o desconocimiento (**STSJ de Baleares de 18 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 382/2008).

También constituye un tipo infractor de la misma gravedad la interrupción de los accesos públicos al mar y de la servidumbre de tránsito [apartado d) del mismo precepto], no alterando este carácter ni su provisionalidad ni el escaso número de afectados por él (**STSJ de Baleares de 18 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 237/2009).

Asimismo, lo es la ejecución no autorizada de obras e instalaciones en el demanio o el aumento de superficie, volumen o altura de las autorizadas [apartado b)], cuya calificación depende sin embargo, según jurisprudencia consolidada ya expuesta en anteriores crónicas, de su estabilidad. Sí se subsume en el tipo agravado la colocación no autorizada de un toldo, instalación desmontable conforme a la definición del concepto fijada por el artículo 51 de la Ley de Costas: elemento que requiere cierta permanencia o estabilidad, sin elaboración de materiales u obra o soldadura, pero que se monten y desmonten mediante procesos secuenciales, sin demolición y susceptibles de transporte conjunto sencillo. Pero no lo hace la colocación de sillas y mesas y de embarcaciones del tipo velomares que, al no configurarse como instalaciones sino como bienes muebles (sin fijación al terreno), no se ajustan al tipo descrito (**SSTSJ de Baleares de 29 de abril y 11 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recursos 131/2009 y 510/2009). En estos últimos casos, las conductas constituyen infracciones leves a tenor de los artículos 90.d) y 91.3 de la misma norma.

E) Puertos*a) Ponencia de valores especial de los bienes inmuebles de características especiales*

La ponencia de valores especial de los bienes inmuebles de características especiales (caso de los puertos) recoge los módulos y criterios para la valoración de dichos bienes. Se aprueba mediante resolución de los Consejos Territoriales de la Propiedad Inmobiliaria, y supone la iniciación del procedimiento de determinación del valor catastral de tales inmuebles. Frente a ella puede formularse reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Central.

Precisamente la **SAN de 10 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 490/2008, resuelve el recurso contencioso-administrativo presentado contra la desestimación de la reclamación planteada frente a la ponencia de valores especiales del puerto comercial de Valencia. La Sala va rechazando los diversos reproches del recurrente, negando el desajuste de ésta con los criterios marco de coordinación nacional de valores catastrales de los inmuebles de características especiales —debidamente desarrollados en ella—, y su disconformidad con los instrumentos de planificación aplicables a dicho puerto —dado que la referencia al Plan Director de Infraestructuras del Puerto para fijar la zona de servicio del puerto, y no del Plan de utilización de los espacios portuarios (a quien corresponde específicamente esa función), no impide su aplicación, puesto que la ejecución de aquél requiere la actualización de éste (artículos 38 y 97 de la Ley 48/2003, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general)—. Declara asimismo que los usos portuarios incluidos en el citado Plan de utilización (comerciales, náutico-deportivos, pesqueros, complementarios o auxiliares) han sido tenidos en cuenta a la hora de proceder a la valoración del suelo, tanto en la valoración por unitario como en la valoración por repercusión a las que se refiere el Real Decreto 1464/2007, por el que se aprueban las normas técnicas de valoración catastral de los bienes inmuebles de características especiales. De la misma manera, entiende suficientemente consideradas las circunstancias valorativas que se derivan del uso del suelo en régimen de concesión administrativa por tiempo limitado, aplicando el coeficiente de 0,90% previsto en aquel Real Decreto para el caso de que el elemento que integra el bien inmueble esté sujeto a tal título. Por estas razones principales, así como por consideraciones técnicas adicionales (correcta valoración de las construcciones singulares conforme al cuadro de coeficientes establecido en el Anexo de la misma norma, ajuste de los módulos de valor del suelo —MBR— y de las construcciones convencionales —MBC— con los criterios marco de coordinación nacional antecitados, etc.), se desestima el recurso.

b) La falta de antijuridicidad del daño enerva la existencia de responsabilidad patrimonial

Por su parte, la **SAN de 9 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 742/2009, confirma la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el recurrente, derivada de la denegación de exención de practicaaje. Es la Orden FOM/1621/2002, la que regula las condiciones para el otorgamiento de exenciones a dicho servicio portuario, estableciendo en su artículo 4.2 que la misma, de existir, «quedará automáticamente suspendida cuando el buque, en su tránsito o en el transcurso de alguna de sus maniobras, deba de pasar a una distancia inferior a la mitad de su eslora o a la distancia de

seguridad que pueda establecerse en el Reglamento General de Policía de los Puertos o en las Ordenanzas de cada puerto, de cualquier buque atracado en alguno de los lugares citados en el párrafo anterior (atraques, terminales, pantalanes específicos y otras instalaciones autorizadas para las operaciones de almacenamiento de mercancías peligrosas)». Aunque en el supuesto enjuiciado surgen dudas sobre estas distancias, la Sala concluye que los cálculos formulados por la Administración se han realizado con un margen de apreciación razonado y razonable, lo que enerva la posible antijuridicidad de la lesión sufrida por el interesado y, consecuentemente, la existencia de responsabilidad patrimonial.

c) Uso privativo

Como recuerda la **STSJ de Baleares de 17 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 206/2009, la concesión de uso privativo del demanio portuario no equivale a autorización ilimitada para cualquier actividad industrial, comercial o de servicio, sino que cada una de ellas debe ser controlada mediante una autorización previa (artículo 59 de la Ley 27/1992, hoy derogado pero aplicable al supuesto enjuiciado). 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.

F) Pesca marítima: cabe el decomiso como sanción accesoria a las infracciones graves en materia pesquera

La cumplimentación de los Diarios de Pesca alterando los datos relativos a las capturas, el incumplimiento de la normativa sobre los topes máximos de pesca y la identificación incorrecta en los embalajes de las especies a bordo son conductas tipificadas como infracciones graves en distintos apartados del artículo 96 de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado, que llevan acarreadas las correspondientes sanciones. Además, los artículos 101 y 103 de la misma norma prevén sanciones accesorias para este tipo de infracciones, como puede ser el decomiso de los productos o bienes obtenidos en la comisión de éstas. Con este amparo normativo, la **SAN de 5 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 7/2011, rechaza el reproche de vulneración del principio de legalidad formulado por el apelante.

4. MONTES

**A) Las obligaciones en orden a la prevención de incendios que se imponen a la Administración en los artículos 8, 43, 44, 48 y 50 de la Ley 43/2003, de Montes del Estado, no pueden interpretarse en el sentido de considerar que han de servir para evitar cualquier incendio forestal.
Denegación de responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos a raíz de un incendio forestal**

La **STS de 12 de abril de 2011**, recurso 3234/2009, desestima un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, que, a su vez, había desestimado un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación formulada por un particular ante la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, impetrando el reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración a consecuencia de los daños y perjuicios sufridos en una finca de la recurrente, y producidos por un incendio forestal.

Resultaron hechos probados que, efectivamente, hubo un incendio de grandísimas dimensiones que afectó a una superficie de miles de hectáreas de dos provincias, —Huelva y Sevilla— quemando diversas fincas tanto públicas como privadas. Sin embargo, el TSJ primero y el TS después, consideran que no concurre uno de los elementos esenciales para poder afirmar la responsabilidad patrimonial. En concreto, faltaría la existencia de un nexo de causalidad entre los daños sufridos y la actuación o inactividad administrativa.

La demanda pretendía la existencia de la relación de causalidad entre la actividad administrativa y el daño producido, pues, estima que puede hablarse de responsabilidad de la Administración por dejación de sus deberes de prevención y extinción de incendios. Esto es, por vulneración de los deberes de vigilancia y prevención que imponen a la Administración los artículos 8, 43, 44, 48 y 50 de la Ley 43/2003, de Montes del Estado. A esto, el Tribunal de instancia primero, y más tarde por aceptación, el TS luego, consideran que no ha habido un cumplimiento cabal de las obligaciones exigibles a la Administración, pues no ha quedado demostrado que el cumplimiento de dichas obligaciones no fuera suficiente.

No obstante, en los Autos, no se considera suficientemente acreditado que la causa de los daños en la finca del demandante radique o en la indebida actuación de la Junta de Andalucía en la prevención del incendio —por un cuidado inadecuado en las fincas de su titularidad, a través de las cuales pasó el incendio a la de la actora—, o en la insuficiente actividad de extinción del incendio. Es más, incluso la propia Junta de Andalucía es perjudicada por el incendio, al arder también fincas de su titularidad. Ahora bien, el luctuoso suceso no se origina en ninguna finca de titularidad autonómica sino probablemente en unos contenedores de basura en Río Tinto a varios kilómetros de distancia. Por otra parte, tampoco se considera que exista dato alguno que permita afirmar que un mayor cuidado de las fincas de la Junta de Andalucía hubiera impedido que el incendio alcanzara a la finca de la actora un incendio que venía de más de 20 km arrasando miles de hectáreas y duró cuatro días. Es más, ha quedado probado que las fincas de la Administración tenían cortafuegos, luego éstos existían, pero fueron insuficientes ante la virulencia del fuego. Menos aún se puede exigir que las actuaciones contra el fuego, que se practicaron desde el inicio y hasta la extinción, hubieran tenido que evitar todo daño en la finca de la actora.

En suma, sin decirlo expresamente en la sentencia, pero dejándolo entrever, se intuye que el TS entiende que no se puede considerar que las obligaciones de los preceptos de la Ley de Montes citados impongan a la Administración un deber de evitación en todo caso de cualquier tipo de incendios. Por todo ello se concluye, como avanzamos, que no concurre, el requisito del nexo causal entre el daño producido y el funcionamiento de Administración necesario para la declaración de su responsabilidad patrimonial y, en consecuencia, se desestima el recurso.

5. PATRIMONIO HISTÓRICO

- A) **La paralización de la actividad constructiva para el desarrollo de las actuaciones arqueológicas, y la pérdida o menoscabo de los derechos edificatorios que puedan sufrir los solares en orden a conservar *in situ* e incorporar a la escena urbana un monumento histórico-artístico (una muralla bajo-medieval) descubierto a resultas de los trabajos arqueológicos, no implica por necesidad que nos encontremos ante un supuesto indemnizatorio de naturaleza urbanística**

La controversia resuelta en la **STS de 30 de mayo de 2011**, recurso 4983/2008, tiene su origen en la reclamación de la supuesta concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración que solicitan unos particulares pretendiendo una indemnización por los perjuicios que ocasiona la paralización de la actividad constructiva para el desarrollo de la actividad arqueológica, en dos solares de la céntrica calle Príncipe de A Coruña. Los recurrentes reclaman los daños que dicha paralización les ocasiona y se traducen en la pérdida o menoscabo de los derechos edificatorios que sufren los solares de su titularidad como consecuencia de la condición impuesta por la Administración de conservar *in situ* una muralla bajo-medieval (monumento histórico-artístico) descubierta a resultas de los trabajos arqueológicos y de su incorporación a la escena urbana, para lo que sería preciso la presentación de un proyecto de puesta en valor, por lo que los particulares reclaman también los gastos originados como consecuencia de la necesidad de redactar un nuevo proyecto urbanístico.

Los restos arqueológicos hallados en el subsuelo de aquellos solares forman parte de la muralla medieval de la ciudad de A Coruña e integran el patrimonio arqueológico de Galicia, pues, conforme al artículo 55 de la Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia, integran el patrimonio arqueológico de Galicia los bienes muebles e inmuebles de carácter histórico susceptibles de ser estudiados con método arqueológico, fuesen o no extraídos, y tanto si se encuentran en la superficie como en el subsuelo. Además, el inciso final del apartado 3 del precepto citado respalda legalmente la decisión adoptada por la Administración autonómica al autorizar a la Administración a paralizar las obras o remociones y ordenar algún tipo de intervención arqueológica.

Por otra parte, los restos descubiertos ostentan la consideración de inmueble, conforme a los artículos 14 de la Ley 16/1985, del patrimonio histórico español y 44 de la Ley gallega 8/1995. Además, de acuerdo con el artículo 56.1 de este último cuerpo legal, ostentan la consideración de bienes de dominio público, pues tal naturaleza se reconoce a todos los objetos y restos materiales de interés arqueológico descubiertos como consecuencia de excavaciones arqueológicas o cualquier otro trabajo sistemático, remoción de tierras, obras de cualquier índole o de forma casual. Es decir, este último precepto entraña la demanialización de los bienes arqueológicos y su sustracción de la apropiabilidad por los particulares, tornándose, desde su descubrimiento casual o como consecuencia de excavaciones arqueológicas, en bienes de dominio público, sin que ningún particular o entidad privada pueda pretender atribución propietaria de índole alguna, quedando a salvo, respecto a bienes muebles, el premio legalmente establecido a favor del descubridor casual o por azar y del propietario del terreno en que hubiere tenido lugar dicho descubrimiento casual, que no es de aplicación a los objetos de valor arqueológico obtenidos como consecuencia de las prospecciones y excavaciones.

La resolución autonómica que determina la conservación *in situ* de los restos de la muralla medieval hallados, es conforme a Derecho en cuanto impone a los propietarios la presentación de un proyecto de puesta en valor que contenga propuesta de incorporación del elemento arqueológico a la escena urbana, pues tiene respaldo legal concreto en los artículos 61 y 63 de la Ley 8/1995 y normativa de desarrollo. Se concluye de esto que la adecuación al ordenamiento jurídico de la resolución autonómica a la que nos referimos, contradice el carácter antijurídico del daño invocado en este primer aspecto.

No merece mejor suerte la solicitud realizada por los particulares en orden a obtener una indemnización por la pérdida de derechos edificatorios que se alegan como consecuencia de la misma resolución autonómica, concretándose aquéllos en la imposibilidad de utilizar una parte de la planta baja y de las plantas bajo rasante de las parcelas para usos permitidos en el planeamiento. Tampoco para esta reclamación considera el Tribunal de Justicia que se pueda entender que existe un daño antijurídico en cuanto derivado del ordenamiento jurídico, y más en concreto del planeamiento urbanístico aplicable. En consecuencia, se concluye nuevamente que la resolución autonómica se adecua a lo previsto en la Ley 8/1995 y al Plan General de Ordenación Urbana de la ciudad, así como al PEPRI que lo desarrolla, que no obligan a construir garajes en el nuevo edificio que se proyecta. De los artículos 44.1, 47, 55 y 56 de la Ley 8/1995, se deriva que el aprovechamiento urbanístico que se reconoce a aquellos solares en el Plan General de Ordenación Urbana y en el PEPRI está condicionado a la conservación del patrimonio histórico hallado en ellos, por lo que si el aprovechamiento urbanístico que se pretende es contrario a las determinaciones normativas mencionadas, no puede surgir derecho alguno de indemnización.

En esta misma línea, los artículos 68 y siguientes de la Ley gallega 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, reconocen la virtualidad y finalidad de los planes especiales de protección, teniendo por objeto preservar, entre otros, el patrimonio cultural (artículo 69.1), para lo que podrán afectar a cualquier clase de suelo e incluso extenderse a varios términos municipales, a fin de abarcar ámbitos de protección completos, y podrán establecer las medidas necesarias para garantizar la conservación y recuperación de los valores que se deban proteger, imponiendo las limitaciones que resulten necesarias, incluso con prohibición absoluta de construir.

Los recurrentes aludían a las vinculaciones singulares creadas por el planeamiento urbanístico como generadoras de indemnización, citando el entonces vigente artículo 43 de la Ley 6/1998, que establecía que «las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares en orden a la conservación de edificios, en lo que excedan de los deberes legalmente establecidos, o que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, conferirán derecho a indemnización». El actual artículo 35.b) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, determina que «Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa».

Sin embargo el Tribunal de instancia entiende que el caso que conoce no cabe encuadrarlo en dicho precepto porque la vinculación prevista no excede el deber legal de conser-

vación, y tampoco existe un previo aprovechamiento que se vea restringido, de modo que tampoco por esa vía puede prosperar la reclamación.

Por otra parte, si bien el Plan Especial contemplaba la posibilidad de aprovechamiento del subsuelo de los solares afectados y en su artículo 27.4 establecía que la obligación de conservar no supondría una disminución del aprovechamiento reconocido, no cabe otra interpretación que aquella que respete lo previsto en el PGOU, en el que se recoge la obligación de conservar los restos de la muralla medieval que se encuentren en el subsuelo del ámbito del PEPRI, lo cual resulta acorde con el contenido que ha de ser propio de un plan general, de conformidad con el artículo 53.1.f) de la Ley 9/2002. Y un plan especial no puede alterar las determinadas de un plan general [artículo 62.b) de la Ley 9/2002].

En esta misma línea, la Sentencia recuerda que ya ha tenido ocasión de sentar el TS en sentencias como la de 8 de marzo de 2010 (recurso de casación 934/2006), que «Los planes especiales, a diferencia de los demás instrumentos de planeamiento, no ordenan el territorio desde una perspectiva integral y global, sino que su punto de vista es más limitado porque atiende a un sector concreto o a un aspecto determinado de la ordenación. Esta especificidad tiene inevitables consecuencias en sus relaciones con el Plan General, pues si la subordinación de aquél a éste fuera puramente jerárquica el Plan Especial quedaría sin ámbito propio sobre el que proyectarse, careciendo de sentido que se limitase a reproducir lo ya ordenado en el planeamiento general».

Por todo lo expuesto, el TSJ de Galicia en relación con la interpretación de la normativa gallega, desestima el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial exigida, lo que es asumido por el TS en esta sentencia.

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

a) *Hecho imponible*

Dice el **TSJ de Castilla y León (Valladolid)** mediante **Sentencia de 11 de marzo de 2011** (NR 867/2006), que para el devengo y exacción de la tarifa de utilización de agua no es necesario que se lleve a cabo de manera efectiva el uso o aprovechamiento de agua, bastando únicamente con su disponibilidad, es decir, con la posibilidad de uso o aprovechamiento, no concurriendo además prueba de la imposibilidad invocada por la actora.

b) *Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación*

La **SAN de 9 de mayo de 2011** (NR 771/2009), desestima el recurso deducido por una comunidad de regantes en relación con unas exacciones cuyo reparto se efectuaba en función del caudal de agua que integraba la concesión: se daba la circunstancia de que el caudal efectivamente concedido en ese año fue menor. Es, en definitiva, lo justo, pues se trata de repartir los costes de una inversión y los de explotación de una obra, que siguen existiendo aunque en una campaña concreta no haya agua. La Sala invoca la posible aplicación del

apartado 6 del artículo 114 (factores de corrección por eficiencia o ineficiencia), aunque señala que tenía que haberse pedido. No estamos de acuerdo con ello: este precepto es de imposible aplicación mientras los instrumentos de planificación no hayan previsto las condiciones necesarias para ello.

En otra **Sentencia de la Audiencia Nacional** de la misma fecha, **de 9 de mayo de 2011** (NR 254/2009), se discuten dos asuntos referidos a la cuantía de las exacciones. De una parte, se pide por la demandante que se supriman para el cómputo del canon de regulación cantidades que corresponden a la reparación y construcción de un nuevo aliviadero. Se desestima la pretensión, advirtiendo la Sala que «todos los gastos de inversión sean o no de primer establecimiento, están incluidos en el 54,19% de la inversión realizada para lograr ajustar la seguridad de la presa a la nueva normativa que surge en el transcurso del tiempo, de modo, que esta inversión, en este 54,19%, no constituye una rectificación de los posibles defectos de proyecto o de ejecución que tuviese el primitivo proyecto, sino que constituye la inversión necesaria para acomodar la vieja presa a las nuevas exigencias legales y técnicas. Por tanto nos hallamos que tales inversiones se incardinan en el inciso final mencionado, pues se trata de obras necesarias que se califiquen o no de primer establecimiento, lo cierto es que son necesarias para la segura ordenación del río Mijares y de la Cuenca Hidrográfica del Júcar». De otra parte, 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.

El **TSJ de Extremadura**, mediante **Sentencia de 30 de diciembre de 2010** (NR 786/2009), señala que puede emplearse alternativamente más de un criterio de reparto: el concreto caudal consumido o la superficie de riego. En la liquidación recurrida, el organismo de cuenca, ante el desconocimiento del concreto caudal de agua aprovechado, acoge el segundo sistema de determinación. En igual sentido, la **Sentencia** del mismo Tribunal **de 28 de febrero de 2011** (NR 1007/2009).

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 estima el recurso deducido en el caso de la **STSJ de Madrid de 16 de diciembre de 2010** (NR 1119/2008). 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 señala que se ajusta a derecho la aprobación de los cánones y

tarifas en el propio año de la campaña, dado que el artículo 114.7 del Texto Refundido de la Ley de Aguas establece que el organismo de cuenca aprobará y emitirá las liquidaciones reguladas en este artículo en el ejercicio al que correspondan. Es la **SAN de 9 de mayo de 2011** (NR 771/2009). La Sala advierte que una exigencia mayor (aprobación en el año anterior al de la campaña) podía sustentarse con anterioridad a la reforma de 2001, pero no con el texto actual de la Ley de Aguas.

Como ya se ha comentado en alguna otra ocasión, el criterio del **TSJ de Madrid** es más restrictivo, considerando incorrecta la aprobación en el propio año de la campaña [cfr. dos **Sentencias de 12 de enero de 2011** (NR 1292 y 1302/2008); **Sentencia de 3 de febrero de 2011** (NR 1290/2008); **Sentencia de 10 de febrero de 2011** (NR 1291/2008); **Sentencia de 17 de febrero de 2011** (NR 1150/2008); **Sentencia de 21 de febrero de 2011** (NR 72/2009); **Sentencia de 25 de febrero de 2011** (NR 1263/2009); **Sentencia de 3 de marzo de 2011** (NR 1260/2008); **Sentencia de 10 de marzo de 2011** (NR 71/2009); **Sentencia de 17 de marzo de 2011** (NR 60/2009), y **Sentencia de 25 de marzo de 2011** (NR 28/2009)].

e) Aplicación de los tributos

Con alguna frecuencia se reprocha a las liquidaciones efectuadas por los cánones y tarifas de falta de motivación y, en efecto, el cotejo de muchas de ellas no permite comprender el camino que ha conducido a la cuota tributaria. No obstante ello, los tribunales se muestran bastante condescendientes. Caso del **Tribunal Superior de Justicia de Extremadura**, en su **Sentencia de 30 de diciembre de 2010** (NR 786/2009), que dice ser suficiente el reflejo de la base imponible, constituida en el caso de autos por la superficie y la aplicación de las cuotas, así como la fecha de aprobación. A las alegaciones de la recurrente, que dice desconocer los criterios que se siguieron para incluir su finca en una determinada zona o la concreta dotación del caudal que se le imputa, se le contesta diciéndole que la sustancia de la exacción está en la concesión de la que era titular el sujeto pasivo, de manera que le habría resultado muy sencillo acreditar que la dotación unitaria por hectárea que se hizo no era la que tenía autorizada.

No obstante ello, 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. Sí acoge la pretensión de la recurrente la **STSJ de Extremadura de 28 de febrero de 2011** (NR 910/2009), en un caso algo escandaloso, 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

Aunque de normal nos abstenemos de comentar cuestiones puramente procesales, sí merece la pena un apunte de la **STS de 7 de marzo de 2011** (NR 385/2007). Va a ser la propia sentencia la que declare la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto en relación

con la tarifa de utilización del agua, rectificando de oficio la cuantía inicialmente fijada. En origen se trataba de dos liquidaciones referidas a la Tarifa, una para lo que llama la Administración hídrica «término fijo» y otra para el «término variable». El Alto Tribunal rechaza acumular sus importes a los efectos de determinar la cuantía.

B) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja

a) *Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas*

La **STS de 11 de mayo de 2011** (NR 3274/2007) declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la concesionaria del servicio contra la modificación de las tasas (que luego exige a los usuarios). La recurrente alegaba el desequilibrio que introducía en los términos de la concesión.

También comentamos un peculiar asunto resuelto por la **STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de diciembre de 2010** (NR 3004/2003). La Sala anula la resolución municipal por la que obligaba a los promotores urbanísticos al pago de una prestación patrimonial equivalente a los aportes de agua a ejecutar en suelo urbano no consolidado. Aunque el tribunal no equipara su exigencia a la de una tasa de abastecimiento de agua, ni le otorga naturaleza tributaria, sí señala que se trata de una prestación patrimonial coactiva a las que se refiere el artículo 31 de la Constitución y que no puede ser impuesta por el Ayuntamiento sin cobertura legal.

C) Aguas marítimas

a) *Tarifas por ocupación del dominio público marítimo-terrestre*

La **STSJ de Valencia de 21 de diciembre de 2010** (NR 3036/2008), pone de manifiesto los defectos en la regulación de las tasas o cánones por ocupación del dominio público marítimo-terrestre previstos en la Ley de Costas. En el caso de autos se discutía el gravamen correspondiente a la concesión de granja marina para el cultivo de la dorada y la lubina; la Sala entiende que no hay manera de calcular la cuota a partir de la citada normativa, que en ningún caso se adapta a realidades de este tipo.

La **Sentencia** del mismo tribunal valenciano **de 25 de noviembre de 2010** (NR 826/2008), explica de manera razonada cómo actuar en un caso en el que el titular de un quiosco de playa, excediéndose de lo que se le había autorizado, instala mesas, sombrillas y hamacas. Se justifica cómo calcular el importe a exigir (al margen de las sanciones) y se debate sobre su naturaleza.

D) Dominio público local

a) *Tasas por utilización del dominio público local al 1,5% del volumen de ingresos*

Como se sabe, el artículo 24 del TRLHL establece una fórmula de cuantificación alternativa a la determinación del beneficio que representa la ocupación demanial para ciertas em-

presas suministradoras de interés general. La Ley autoriza cuantías en el 1,5% del volumen de ingresos obtenidos por las empresas en el término municipal.

La **STSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2011** (NR 4/2009) se refiere a esta modalidad. Se trata de una empresa comercializadora de gas natural. La resolución tiene dos partes bien definidas, puesto que se acumulan liquidaciones que se corresponden con períodos situados antes y después de la última gran reforma legal, que tuvo lugar cara al año 2003.

Respecto de los primeros, la Sala desestimaré la pretensión de la reclamante, rechazando que el sistema no pudiera emplearse sobre empresas no titulares de la redes (comercializadoras) antes de la citada reforma. El requisito exigible era que sus servicios afectasen a una mayoría de la vecindad, como era el caso de autos, a la vista de la importancia económica del aprovechamiento (criterio cualitativo y no cuantitativo).

Más éxito tendrá la impugnación referida a los nuevos ejercicios. La empresa discrepa en cuanto a la determinación de las bases sobre las que girar el 1,5%, señalando que deben ser excluidas las cantidades obtenidas como consecuencia del suministro a las empresas de cogeneración de energía eléctrica. Esta exclusión aparece en la ley, si bien con una redacción no demasiado precisa. A diferencia del Juzgado de instancia, la Sala entiende que el sujeto pasivo sí ha logrado acreditar la condición de esas cantidades y, por ello, admite su reducción.

b) *Tasas por utilización del dominio público local:
la cuestión de los operadores de telefonía móvil*

A la espera de que el Tribunal Supremo dé una solución definitiva al problema de estas ordenanzas fiscales que definen un sistema de cuantificación similar para estas empresas que el previsto para las suministradoras antes mencionadas, los Tribunales Superiores de Justicia siguen resolviendo los casos que se le plantean, sin que ofrezcamos una reseña específica por su carácter repetitivo.

E) Impuesto sobre Bienes Inmuebles

a) *Dominio marítimo-terrestre*

Las **SSTSJ de Castilla y León (Burgos)** resuelven asuntos referidos a la contribución por embalses en los que el organismo de cuenca figura como sustituto del contribuyente [**Sentencias de 20 de febrero de 2011** (NR 3/2011); **1 de abril de 2011** (NR 24/2011) y **29 de abril de 2011**]. En la **Sentencia de 4 de marzo de 2011** (NR 5/2011), el organismo de cuenca denuncia que la notificación del valor catastral se efectuase al contribuyente (el Ministerio del Medio Ambiente), irregularidad que termina haciendo ineficaz el referido valor catastral cara al año de que se trata. Finalmente, en otra **Sentencia** del mismo tribunal **de 10 de marzo de 2011** (NR 6/2011), se resuelve sobre la extensión de la exención, previamente reconocida al lecho o vaso del embalse, a la presa. La Sala reconocerá la completitud de la exención, dado que el organismo justifica el uso público y gratuito del embalse. Se abordan los efectos de la consignación catastral del carácter público y gratuito o no del embalse, advirtiendo el TSJ que se admiten pruebas complementarias.

b) *Ferrocarriles*

En el caso de autos se discute la aplicación de la exención referida a los terrenos ocupados por líneas de ferrocarriles y los edificios enclavados en los mismos terrenos que estén dedicados a estaciones, almacenes o a cualquier otro servicio indispensable para la explotación de dichas líneas. La recurrente era una sociedad de tranvías metropolitanos; los edificios estaban destinados a cocheras y se trata de la **STSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2011** (NR 80/2010). La Sala confirmará la procedencia de la exención.

F) Impuesto de Construcciones, Instalaciones y obras

a) *Bienes públicos*

La **STSJ de La Rioja de 1 de marzo de 2011** (NR 326/2010), aborda la tributación de las obras de ampliación del Hospital de Calahorra. No beneficiándose por exención o bonificación alguna, el conflicto se reduce a la fijación de la base imponible. La Sala de Logroño estima el recurso y declara improcedente incluir en la base imponible los gastos generales del contratista y el beneficio industrial.

En parecido sentido se pronuncia el **TSJ de Castilla-La Mancha**, mediante **Sentencia de 7 de marzo de 2011** (NR 78/2010). Se trataba de un centro de salud y la partida a excluir la denominaron «gastos y servicios de gestión de obras».

ELOY COLOM PIAZUELO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
BEATRIZ SETUAIN MENDIA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE

SUMARIO

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA.
 - A) Evaluación de impacto ambiental. Acceso a la Justicia y organizaciones no gubernamentales de protección del medio ambiente. Directivas 85/337/CEE y 2003/35/CE.
 - B) Medio ambiente y autorización para la construcción y explotación de una central eléctrica. Techos de emisión nacionales para determinados contaminantes de la atmósfera. Facultades de los Estados miembros durante el período transitorio y capacidad de los particulares de acudir a los Tribunales nacionales para reclamar el cumplimiento del Derecho europeo. Directiva 2001/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2001, sobre techos nacionales de emisión de determinados contaminantes atmosféricos.
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
 - A) Derecho a la conclusión de un procedimiento en un plazo razonable. Obligación de las autoridades públicas de asegurar la aplicación de una decisión judicial definitiva. Derecho al respeto del domicilio frente a atentados de carácter inmaterial o incorporal que superen un umbral determinado. Obligación de los poderes públicos de adoptar medidas que garanticen el respeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la vida privada y familiar incluso en las relaciones privadas.
 - B) Derecho de propiedad. Justificación de la injerencia en el derecho de propiedad desde el punto de vista del interés general. El respeto del justo equilibrio entre los imperativos del interés general y los de la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo. El medio ambiente como motivo que justifica la restricción del derecho de propiedad.
3. AGUAS CONTINENTALES.
 - A) Impugnación de decisiones de trasvase en la transferencia Tajo-Segura. Concepto de aguas excedentarias y caudal ecológico. No necesidad de evaluación de impacto ambiental ni de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.
4. AGUAS MARÍTIMAS.
 - A) Anulación de Plan de Ordenación de Recursos Naturales por invadir competencias estatales.

5. ALMACENAMIENTO DE CO₂.

- A) **La reserva provisional a favor del Estado para la exploración de estructuras subterráneas susceptibles de almacenar dióxido de carbono no tiene incidencia directa en el medio ambiente y por lo tanto no requiere la aplicación de la legislación ambiental.**

6. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.

- A) **No existe un trámite específico de evaluación ambiental que haya de seguirse respecto a proyectos que pueden afectar a la Red Natura 2000. La exclusión del trámite de Evaluación de Impacto Ambiental en estos casos es legítima.**
- B) **La instalación de un parque eólico que puede afectar a una ZEPA requiere de un procedimiento de Evaluación Ambiental ordinario. Procede la suspensión cautelar de la autorización.**

7. DEPURACIÓN DE AGUAS RESIDUALES, RAMINP.

- A) **Las obras de ampliación de una estación depuradora de aguas residuales, aun siendo calificadas de interés general, están sometidas a la aplicación de las normas sobre distancias mínimas contenidas en el RAMINP.**

8. FISCALIDAD AMBIENTAL.

A) Tributos estatales en materia de aguas.

- a) Canon de control de vertido: sujetos pasivos.
b) Canon de control de vertido: cuantificación.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas.

- a) Hecho imponible.
b) Cuantificación.
c) Impuesto sobre el daño medioambiental causado por el agua embalsada de Galicia.

C) Impuestos sobre la energía.

- a) Impuesto sobre hidrocarburos.

D) Impuestos sobre el transporte.

- a) Impuesto sobre determinados medios de transporte.
b) Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica.
c) Otros tributos sobre el transporte.

E) Tributos sobre residuos.

- a) Tasas municipales por recogida de basuras.

F) Otros impuestos autonómicos ambientales.

- a) Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente de Castilla-La Mancha.

1. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

A) Evaluación de impacto ambiental. Acceso a la Justicia y organizaciones no gubernamentales de protección del medio ambiente.**Directivas 85/337/CEE y 2003/35/CE**

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

La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de diversos preceptos de las Directivas 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente en su versión modificada por la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003.

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

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

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

Consiguientemente planteó ante el Tribunal de Justicia una serie de preguntas cuyo objetivo fundamental era dilucidar el predominio del art. 10 bis de la Directiva 85/337/CEE sobre una normativa interna que parte del presupuesto del interés o derecho público

subjetivo violentado como medida de la admisibilidad y, en concreto, de la aplicabilidad de todo ello a los recursos puestos por las organizaciones no gubernamentales de protección del medio ambiente.

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

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

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

(...)

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

(...).

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

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

B) Medio ambiente y autorización para la construcción y explotación de una central eléctrica. Techos de emisión nacionales para determinados contaminantes de la atmósfera. Facultades de los Estados miembros durante el período transitorio y capacidad de los particulares de acudir a los Tribunales nacionales para reclamar el cumplimiento del Derecho europeo. Directiva 2001/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2001, sobre techos nacionales de emisión de determinados contaminantes atmosféricos

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de mayo de 2011**, recaída en los **Asuntos Acumulados C-165/09 y C-167/08**, resuelve una decisión prejudicial planteada con arreglo al art. 234 CE por el Raad van State (Países Bajos) mediante resoluciones de 29 de abril de 2009, recibidas en el Tribunal de Justicia el 30 de abril en los procedimientos planteados entre distintas asociaciones medioambientales y particulares contra dos órganos administrativos y en el que participan también las tres empresas eléctricas interesadas (RWE, Electrabel y E.On, simplificando).

La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de la Directiva 2001/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2001, sobre techos nacionales de emisión de determinados contaminantes atmosféricos (Directiva abreviada como NEC en la Sentencia), así como de la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, en su versión original y en la codificada mediante la Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación (Directiva PCIC en la Sentencia), si bien lo más importante se dice en relación a la primera directiva citada.

En la narración de lo sucedido antes de la petición de cuestión prejudicial hay que hacer notar que distintas asociaciones medioambientales y particulares interpusieron recursos contra las decisiones administrativas de autorización de tres centrales eléctricas que entrarían en funcionamiento en 2012 y 2013 (lo que va a tener su interés) y que funcionarían con carbón pulverizado y biomasa.

Lo que fundamentalmente imputan los recurrentes es que habida cuenta de que los techos de emisión fijados para el Reino de los Países Bajos no se respetarían (en su opinión) al finalizar el año 2010 según lo previsto por la Directiva 2001/81/CE, las autoridades competentes no deberían haber autorizado la construcción y explotación de estas centrales o, al menos, deberían haber acompañado los permisos de condiciones más estrictas.

Ante esta problemática, el Raad van State plantea al Tribunal de Justicia una serie de preguntas centradas en la actitud que deberían haber tenido las autoridades administrativas entre el 27 de octubre de 2002 (fecha de vencimiento de la obligación de incorporación al derecho interno) y el 31 de diciembre de 2010 (finalización del período transitorio para la implementación de lo previsto en la Directiva 2001/81/CEE) en relación al otorgamiento de los permisos de construcción y explotación de las centrales.

A mayor abundamiento, la primera fecha de 2002 marca el comienzo de la obligación de adoptar programas que permitan cumplir los objetivos de la Directiva y la segunda, el momento en que deben respetarse, en relación a las emisiones de diversos gases, las cantidades que se recogen en el Anexo I de la Directiva. Estas fechas se relacionan también con

lo previsto en los arts. 4 y 6 de la Directiva NEC, respectivamente. También se pregunta sobre la capacidad de plantear recursos por un particular durante ese tiempo y en relación a las cuestiones controvertidas.

Lo primero que hace el Tribunal de Justicia es comparar el tipo de obligaciones que las Directivas PCIC y NEC establecen. A esos efectos indica que la PCIC «establece los principios reguladores de la concesión de permisos y la supervisión de las grandes instalaciones industriales, basados en un enfoque integrado y en la aplicación de las mejores técnicas disponibles, que son las más eficaces para alcanzar un elevado nivel de protección del medio ambiente, habida cuenta de los costes y ventajas» (punto 73 de la Sentencia). Frente a ello, «la Directiva NEC pretende ... limitar las emisiones de todas las fuentes de contaminantes acidificantes y eutrofizantes y de precursores de ozono para reforzar la protección en la Comunidad del medio ambiente y de la salud humana, con el objetivo a largo plazo de no superar las cargas y los niveles críticos» (punto 74).

Ello es apuntalado con lo que se dice en el punto 75: «Además, como se desprende claramente del art. 4, así como de los considerandos undécimo y duodécimo de la Directiva NEC, ésta se basa en un enfoque puramente programático, en virtud del cual los Estados miembros disponen de un amplio margen de maniobra respecto a la elección de las políticas o medidas que deben adoptar y proyectar, con arreglo a programas nacionales sobre el conjunto de las fuentes contaminantes, y con objeto de reducir progresivamente y de manera estructural las emisiones, en particular, de SO₂ y NO_x, a cantidades que no rebasen, como muy tarde al finalizar el año 2010, los techos de emisión establecidos en el anexo 1 de dicha Directiva. *De ello se deriva que la consecución de los objetivos fijados por ella no puede interferir directamente en los procedimientos de concesión de permisos medioambientales*» (el resalte tipográfico es mío).

A continuación se plantea lo que los Estados deben realizar durante el período transitorio antes señalado y esta cuestión se trata a partir de una jurisprudencia tradicional que parte de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie, C-129/96*, y que consiste en abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el cumplimiento de los objetivos previstos por la respectiva Directiva. Eso debe comprobarse por el órgano jurisdiccional nacional debiendo tenerse en cuenta «que una comprobación como ésa debe realizarse necesariamente desde una apreciación global, teniendo en cuenta el conjunto de las políticas y medidas adoptadas en el territorio nacional de que se trate» (punto 81 de la Sentencia). En conclusión:

«De ello se deduce que una medida singular específica, referida a una sola fuente de SO₂ y de NO_x, como la resolución de concesión de un permiso ambiental para la construcción y explotación de una instalación industrial, no parece capaz, por sí sola, de comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva NEC, esto es, limitar las emisiones a la atmósfera de esas fuentes contaminantes a cantidades totales anuales que no rebasen los mencionados techos nacionales, como muy tarde en 2010. Esta conclusión es válida, con mayor razón, cuando, en circunstancias como las de los litigios principales, la instalación de que se trata no entrará en servicio antes del año 2012» (punto 83 de la Sentencia).

Otra cuestión es la del cumplimiento de obligaciones de carácter positivo durante el período transitorio. A esos efectos el Tribunal señala la obligación de elaborar programas

de reducción progresiva de las emisiones en cuestión que debían poner a disposición del público y de las organizaciones interesadas. Igualmente estos programas se deben actualizar y también se deben elaborar y actualizar inventarios nacionales de dichas emisiones. Pero todo esto no lleva a cuestionar los permisos que se den durante el tiempo transitorio, pues ello sería contradictorio con el amplio margen que para el cumplimiento de estos programas se da a los Estados, lo que les permite garantizar cierto equilibrio entre los diferentes intereses que concurren, y no les impone compulsiones que serían contrarias al principio de proporcionalidad (punto 89 de la Sentencia).

Finalmente se trata la cuestión de la capacidad de los particulares de invocar ante los tribunales nacionales las obligaciones impuestas por los arts. 4 y 6 de la Directiva NEC. En este tema también se recuerda la jurisprudencia tradicional (desde la Sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros asuntos acumulados), para indicar que en todos los supuestos en que las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no adapte el Derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haga una adaptación incorrecta (punto 93 de la Sentencia comentada).

Tras la exposición de este punto de partida, el Tribunal afirma que el art. 4 de la Directiva PCIC (que se refiere a la obligación de los Estados de cumplir en el año 2010 los objetivos de emisión de determinados gases a los niveles que figuran en el Anexo I) no cumple estos requisitos pues «dicho artículo tiene un carácter meramente programático, pues se limita a enunciar un objetivo que hay que conseguir, dejando a los Estados miembros un amplio margen de maniobra respecto a los medios aplicables para alcanzarlo» (punto 97). Ello determina que los particulares no pueden invocar directamente dicho artículo «para pedir ante los Tribunales, antes del 31 de diciembre de 2010, que las autoridades competentes denieguen o limiten la adopción de una resolución de concesión de un permiso ambiental como los controvertidos en los litigios principales, o que adopten medidas de compensación específicas a raíz del otorgamiento de un permiso de ese tipo» (punto 98 de la Sentencia).

Cosa distinta es lo que sucede con «el art. 6 de la Directiva NEC, que sí presenta un carácter incondicional y suficientemente preciso en la medida en que, en términos inequívocos, impone a los Estados miembros ... que elaboren programas de reducción progresiva de las emisiones nacionales ... con objeto de cumplir los techos establecidos en el anexo 1 de dicha Directiva como muy tarde al finalizar el año 2010 y ... que pongan esos programas a disposición del público y de las organizaciones interesadas, como las organizaciones ecologistas, por medio de información clara, comprensible y fácilmente accesible» (punto 99).

Como se verá, por lo tanto, la doctrina establecida en esta Sentencia tiene el máximo interés y su aplicabilidad no se reduce, obviamente, a este pleito y Directivas concretas, sino que puede igualmente aplicarse a todos aquellos casos (frecuentes en el derecho ambiental europeo) en los que la normativa fije objetivos a conseguir en un determinado momento y procedimientos para que, finalmente, ello pueda tener lugar. La aclaración que sobre las obligaciones en ese tiempo de Estados y particulares (para ellos también derechos) se establece en esta Sentencia tiene el mayor interés y, además, acierto.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- A) **Derecho a la conclusión de un procedimiento en un plazo razonable. Obligación de las autoridades públicas de asegurar la aplicación de una decisión judicial definitiva. Derecho al respeto del domicilio frente a atentados de carácter inmaterial o incorporeal que superen un umbral determinado. Obligación de los poderes públicos de adoptar medidas que garanticen el respeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la vida privada y familiar incluso en las relaciones privadas**

La **Sentencia de 3 de mayo de 2011**, en el **Asunto Apanasewicz contra Polonia**, resuelve la demanda presentada por una ciudadana polaca contra este Estado por violación de los arts. 6 y 13 del Convenio europeo. La violación se produce como consecuencia de la falta de ejecución efectiva de una sentencia definitiva adoptada en 2001, en la que se exigía al propietario de una fábrica de hormigón, construida en la parcela adyacente a la de la demandante, que pusiera fin a su actividad. Asimismo se plantea en la demanda la excesiva duración del procedimiento civil. Además, la demandante alega la violación del art. 8 del Convenio como consecuencia del no respeto por las autoridades de su obligación positiva de proporcionarle protección contra la injerencia continua en su derecho al respeto de su vida privada y familiar, como consecuencia de la actividad de su vecino.

El Tribunal rechaza la solicitud del Gobierno de archivar la demanda como consecuencia de su declaración unilateral reconociendo la violación del derecho de la demandante a un procedimiento concluido en un plazo razonable y proponiendo entregarle 19.000 zlotys a título de satisfacción equitativa. El Tribunal recuerda que esa posibilidad, contemplada en el art. 37.1.c) del Convenio, está condicionada a que, en función de las circunstancias del caso, se concluya que la declaración unilateral ofrece base suficiente para concluir que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio no exige que se continúe con el examen del asunto. En este caso concreto la declaración unilateral del Gobierno únicamente alude al respeto de un plazo razonable, mientras que en la demanda se han planteado otras cuestiones. A ello se añade que la suma ofrecida a título de satisfacción equitativa no puede considerarse como reparación adecuada, a la vista de los criterios aplicables habitualmente en casos similares.

En cuanto a la violación de los arts. 6 y 13 del Convenio el Tribunal rechaza la excepción planteada por el Gobierno que consideraba que la demandante no había agotado las vías internas de recurso, al tener todavía a su disposición diversas acciones conforme al Derecho interno frente a la duración no razonable del procedimiento. Para el Tribunal el asunto no se refiere sólo al no respeto de un plazo razonable sino más bien a si, en razón de la inejecución prolongada de decisiones adoptadas en su favor, la demandante ha sufrido una denegación de justicia. En cuanto al fondo la sentencia recuerda que el art. 6 del Convenio protege la aplicación de decisiones judiciales definitivas y obligatorias que, en un Estado que respete la preeminencia del Derecho, no pueden quedar inoperantes en perjuicio de una de las partes. En ese sentido se afirma que una vez que la decisión judicial interna es definitiva debe ser aplicada con una claridad y una coherencia razonables por las autoridades públicas, para evitar en lo posible la inseguridad jurídica y la incertidumbre de los sujetos de Derecho concernidos por su aplicación. A este respecto el Tribunal con-

sidera que debe examinar si las autoridades han respetado las obligaciones positivas que les incumben en virtud del art. 6 del Convenio, en particular si las medidas adoptadas por ellas para asegurar la aplicación de una decisión judicial han sido adecuadas y suficientes, correspondiendo a cada Estado dotarse de un arsenal jurídico adecuado y suficiente para asegurar el respeto de sus obligaciones positivas.

El Tribunal recuerda que este asunto concierne a dos períodos de ejecución: civil y administrativo, conducidos de forma paralela por las autoridades. Respecto del de ejecución civil la obligación de las autoridades consiste en actuar de manera diligente y asistir a la demandante en sus actuaciones tendentes a hacer ejecutar la sentencia adoptada en su favor. En este sentido, y teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación impuesta por la sentencia, la única medida de ejecución que podía solicitar la demandante era que el demandado fuese castigado con una multa por la falta de ejecución. La demandante planteó siete demandas sucesivas solicitando multas para el demandado, la mayoría favorablemente acogidas por los tribunales nacionales, a pesar de lo cual no se obtuvo resultado alguno por la oposición del demandado a la ejecución, prefiriendo soportar las consecuencias de carácter pecuniario. En cuanto a si las autoridades han actuado con la diligencia debida el Tribunal recuerda que el procedimiento civil se ha prolongado por más de veinte años, constatándose la superación de un plazo razonable por la jurisdicción interna. En cuanto a la ejecución administrativa son las propias autoridades quienes deben actuar de oficio para hacer aplicar las decisiones adoptadas y restablecer la situación conforme a la ley. El Tribunal observa que el procedimiento administrativo dirigido a la ejecución de la orden de demolición de la fábrica está pendiente desde hace diez años, si bien en septiembre de 2001 se concedió una suspensión de cinco años, por el impacto negativo que la ejecución inmediata podía tener sobre los empleos a nivel local. La sentencia señala que si bien un motivo de orden social como el señalado puede ser válido para retrasar la ejecución, la decisión por la que se concedía la suspensión precisaba que debía permitirse a las personas implicadas encontrar una solución alternativa a la demolición, en particular organizando el traslado de la fábrica a otro emplazamiento, de forma que dejase de infringirse el plan local de urbanismo. El Tribunal advierte no se ha demostrado que a la expiración del plazo dado al deudor se haya adoptado medida alguna para resolver el problema planteado por la implantación actual de la fábrica. Además, el deudor no sólo no se ha conformado a la decisión administrativa adoptada en su contra sino que ha procedido de forma irregular ampliando las instalaciones de la fábrica, lo que conduce al Tribunal a afirmar que su comportamiento dilatorio ha contribuido a la extensión del procedimiento. No obstante, se añade que es inaceptable que las autoridades se acojan a las maniobras dilatorias de un particular para justificar su falta de diligencia y la ausencia de celeridad en la aplicación de decisiones definitivas.

Por otra parte, las autoridades no han hecho uso suficiente de las medidas coercitivas que tenían a su disposición conforme al Derecho interno, recordando a este respecto que sólo se ha pronunciado una multa administrativa respecto del deudor de la obligación. Por todo ello concluye el Tribunal que, en razón de la duración global de los procedimientos, de la ausencia de la debida diligencia de las autoridades y del recurso insuficiente por éstas a las medidas coercitivas disponibles, no se ha proporcionado a la demandante una protección judicial efectiva, privando a las disposiciones del art. 6.1 del Convenio de efecto útil, lo que implica la existencia de una violación de dicho artículo.

En cuanto a la violación del art. 8 del Convenio el Tribunal recuerda que el derecho al respeto del domicilio no sólo incluye el derecho a un simple espacio físico sino también a su disfrute con plena tranquilidad. En ese sentido constituyen atentados contra ese derecho no sólo los de carácter material o corporal, tales como la entrada en el domicilio de personas no autorizadas, sino también los inmateriales o incorporales, como los ruidos, emisiones, olores y otras injerencias, si son suficientemente graves para impedir a una persona disfrutar de su domicilio. A continuación la sentencia recuerda que, si bien el Convenio no reconoce expresamente el derecho a un medio ambiente sano y en calma, cuando una persona padece de manera directa y grave ruidos u otras formas de contaminación, cabe plantear una cuestión desde el ángulo del art. 8 del Convenio. Este artículo contempla una obligación para los poderes públicos de adoptar medidas que garanticen el respeto de los derechos contemplados en dicho artículo hasta en las relaciones privadas. Tanto si se aborda el asunto desde la perspectiva de esa obligación positiva como si se hace desde la de una injerencia de una autoridad pública a justificar conforme al parágrafo 2, la cuestión central es buscar el equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto.

En el caso concreto no existe controversia respecto de la afectación directa de la demandante por las molestias provocadas por la actividad de su vecino, en particular por el ruido resultante de la explotación de la fábrica. Debe determinarse si la intensidad de dichas molestias supera el umbral mínimo de gravedad para que pueda establecerse la responsabilidad de las autoridades nacionales conforme al art. 8 del Convenio. El Tribunal recuerda que la apreciación de ese umbral es relativa y depende de diversos factores: principalmente la intensidad y la duración de las molestias, sus efectos físicos y mentales, el contexto general, así como el hecho de saber si el perjuicio ocasionado era comparable a aquel ligado a los riesgos medioambientales inherentes a la vida en toda sociedad moderna. El Tribunal apunta que este asunto difiere de otros por él resueltos en relación con la ausencia de protección adecuada de los demandantes por el mismo Estado contra las molestias resultantes de la actividad de otro particular (asuntos relativos al funcionamiento de un taller mecánico y un garaje, de una granja de cría de cerdos, de un pequeño taller de chatarra o de un taller de costura). En estos casos la demanda se declaró inadmisibles ya que las molestias ocasionadas a los demandantes, en particular el ruido, no sobrepasaban los umbrales autorizados, y los interesados no demostraron haber sufrido un perjuicio particular por las molestias o incluso que no se habían efectuado mediciones técnicas apropiadas de las mismas. En el presente asunto la actividad que constituye el origen de las molestias de la demandante presenta una envergadura mucho más importante. Así lo reconocía el tribunal civil, que ordenó la finalización de la actividad de la fábrica dado que su funcionamiento ocasionaba molestias a la demandante en el disfrute de su propiedad en una medida que excedía los inconvenientes normales de la vecindad. Para ello se fundó en circunstancias tales como el carácter irregular de los trabajos llevados a cabo por el propietario de la fábrica, la importante duración de las molestias y su fuerte intensidad, la proximidad directa de las propiedades así como la falta de compatibilidad entre la naturaleza de la actividad del propietario de la fábrica y la afectación atribuida a los terrenos en la reglamentación urbanística pertinente. El tribunal interno apoyaba sus conclusiones en que los datos recogidos con ocasión de las mediciones efectuadas *in situ* probaban un nivel elevado de ruido, superior a los umbrales prescritos por la legislación interna y los estándares internacionales pertinentes. Además, durante el período concernido, el propietario realizó ilegalmente obras de acondiciona-

miento de la fábrica con el objetivo de incrementar su actividad. Por todo ello se considera que se ha superado el umbral mínimo de gravedad exigido para que el art. 8 del Convenio sea aplicable al caso. A continuación el Tribunal concluye que, si bien no puede afirmarse que las autoridades nacionales no hayan adoptado ninguna medida, debe constatar que a día de hoy las adoptadas, aplicadas esencialmente a iniciativa de la demandante, han resultado totalmente inoperantes, por lo que las autoridades no se han ajustado a sus obligaciones conforme al art. 8 del Convenio, que por tanto ha sido objeto de violación.

Por último el Tribunal rechaza la pretensión de la demandante de que se le conceda una suma de 700.000 zlotys (aproximadamente 175.000 euros) en concepto de daño material, ya que no ha demostrado que esa suma solicitada guarde relación directa con la violación del Convenio constatada. Sin embargo, sí le atribuye los 15.000 por ella solicitados en concepto de daño moral.

B) Derecho de propiedad. Justificación de la injerencia en el derecho de propiedad desde el punto de vista del interés general. El respeto del justo equilibrio entre los imperativos del interés general y los de la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo. El medio ambiente como motivo que justifica la restricción del derecho de propiedad

En la **Sentencia de 3 de mayo de 2011**, en el **Asunto Paratheristikos Oikodomikos Synetairismos Stegaseos Ypallilon Trapezos Tis Ellados contra Grecia**, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos conoce de la demanda presentada por una asociación de empleados del Banco de Grecia, cuya única actividad es la construcción de urbanizaciones de vacaciones para sus asociados, que alega la superación del plazo razonable en el procedimiento interno, por lo que se plantea la violación del art. 6.1 del Convenio, así como la de su derecho al respeto de sus bienes, conforme al art. 1 del Protocolo núm. 1. La vulneración de esos derechos se plantea en el marco de los procedimientos seguidos por la demandante con el fin de proceder a la construcción de una urbanización en terrenos de su propiedad.

Tras aceptar la solicitud del demandante en relación con la violación del art. 6 por considerar que los cuatro años y dos meses transcurridos en el procedimiento seguido ante una sola jurisdicción no pueden en ningún caso considerarse compatibles con el plazo razonable señalado en el citado artículo, el Tribunal se pronuncia en sentido también favorable a la violación del derecho de acceso a un tribunal, consagrado en el art. 13, que como se recuerda en la sentencia implica la garantía de un recurso efectivo ante una instancia nacional que permita plantear una queja por el no respeto de la obligación de resolver las causas en un plazo razonable. A este respecto el Tribunal recuerda que ya ha constatado en otras ocasiones que el Derecho griego no ofrece un recurso efectivo conforme al citado art. 13, y añade que no se ve ninguna razón en este caso para separarse de esa jurisprudencia, dado que el Gobierno no afirma que el ordenamiento jurídico griego se haya dotado de una vía de recurso adecuada entre las anteriores sentencias y la actual.

Por lo que respecta a la violación del art. 1 del Protocolo núm. 1, que para la demandante resulta de la clasificación de su propiedad en una zona de protección absoluta que implica la supresión de cualquier posibilidad de uso, el Tribunal reconoce la existencia de

una injerencia de las autoridades en el derecho de la demandante a disponer de sus bienes. En cuanto a la justificación de esa injerencia desde el ángulo del art. 1.2 del Protocolo núm. 1, se recuerda en la sentencia que, en un ámbito tan complejo y difícil como el de la ordenación del territorio, los Estados disfrutaban de un gran margen de apreciación en cuanto al diseño de su política urbanística. A eso se añade que la injerencia en el derecho de la demandante al respeto de sus bienes responde a exigencias de interés general. Por otro lado, el objetivo legítimo de proteger el patrimonio natural o cultural, por importante que sea, no dispensa al Estado de su obligación de indemnizar a los interesados cuando el atentado contra su derecho es excesivo. La conclusión es que el Tribunal debe verificar que en el caso concreto se respeta de manera compatible el equilibrio entre el interés general y el derecho de la demandante al respeto de sus bienes.

El Tribunal advierte que tanto el Consejo de Estado como el Gobierno justifican las restricciones a la propiedad de la demandante, entre otras razones, por la necesidad de protección del medio ambiente natural y cultural de la región. Sobre este particular apunta la sentencia que si bien ninguna disposición del Convenio está especialmente destinada a asegurar una protección general del medio ambiente en cuanto a tal, la sociedad se preocupa sin cesar de su preservación. El medio ambiente constituye un valor cuya defensa suscita en la opinión pública, y en consecuencia en los poderes públicos, un interés constante. Imperativos económicos e incluso ciertos derechos fundamentales, como el de propiedad, no debe verse reconocida su primacía frente a consideraciones relativas a la protección del medio ambiente, en particular cuando el Estado ha legislado en la materia. Los poderes públicos asumen una responsabilidad que debe concretarse mediante la intervención en el momento oportuno con el fin de no privar de efecto útil a las disposiciones protectoras del medio ambiente que han decidido aplicar. Es decir que pueden admitirse límites al derecho de propiedad a condición de que se respete el justo equilibrio entre el interés individual y el colectivo.

Para determinar si la protección del medio ambiente puede considerarse como proporcionada a los inconvenientes causados a la demandante el Tribunal acude a los elementos siguientes: que el único objetivo de la asociación es la construcción de alojamientos de vacaciones para los empleados del Banco de Grecia. Que en 1966 el Prefecto de la región de Ática concedió su autorización para la compra por la demandante de la superficie en litigio. Sin embargo, aunque el Ministerio de obras públicas había aprobado un estudio para la construcción de la urbanización, el procedimiento no pudo avanzar porque el Estado hizo valer su derecho de propiedad sobre esa superficie. El litigio subsiguiente fue resuelto a favor de la demandante por el Tribunal de casación, pero la demandante está aún inmersa en otros procedimientos judiciales y administrativos con el Estado por oponerse al montante del IVA que se le impuso sobre su propiedad y por la calificación de una parte de esa superficie como zona forestal. Por otra parte, mientras dos decisiones del Organismo de ordenación del territorio de Atenas, de 11 de julio de 1996 y de 9 de noviembre de 1997, excluyeron el terreno de la demandante de los límites de la región de Lavrio, que disfrutaba de protección medioambiental, el Decreto de 19 de febrero de 2003 clasificaba el terreno en zonas A y C, lo que llevaba a la demandante a recurrir la anulación de ese Decreto al Consejo de Estado, recurso que era rechazado. El Tribunal menciona a continuación otros asuntos similares también en relación con Grecia (*Z.A.N.T.E.-Marathonisi A.E.* y *Anonymos Touristiki Etairia Xenodocheia Kritis*) que presentan cierta similitud con este

asunto y en los que el Tribunal consideró que el criterio empleado por las jurisdicciones administrativas en relación con el examen de las solicitudes de indemnización o el recurso de anulación de los demandantes respecto del bloqueo de su propiedad se distinguía por un particular rigor, ya que asimilaba cualquier terreno que se situase fuera de la zona urbana como un terreno destinado a uso agrícola, avícola, silvícola o de divertimento público. En particular, la referencia al destino del terreno, término *per se* vago e indefinido, no permitía al juez interno tener en cuenta el derecho que eventualmente rigiese *in concreto* su explotación antes de la imposición de la restricción concernida.

El Consejo de Estado consideró también que estaba permitido modificar el destino de un bien y que las restricciones litigiosas eran compatibles con la naturaleza de la propiedad de la demandante como terreno no urbano. Igualmente se estimó que el derecho a explotar la propiedad litigiosa no se había hecho inoperante teniendo en cuenta su destino, como superficie fuera de la zona urbana y por tanto no destinada a ser construida. El Tribunal recuerda que la clasificación en zona A entraña la total prohibición de construir y la clasificación en zona C un cierto permiso pero con condiciones tales que hacen que la existencia misma de la demandante quede desprovista de sentido y que los motivos que llevaron a la compra de la superficie en litigio queden totalmente caducos. Se señala también que la demandante no ha percibido indemnización alguna por el bloqueo de su propiedad.

La sentencia añade que el Tribunal no puede suscribir el argumento del Gobierno de que la demandante no ha tenido la diligencia debida al no construir durante el período en que podía hacerlo, antes de la adopción del Decreto de 19 de febrero de 2003. En ese sentido se recuerda que la demandante se había librado de su litigio con el Estado respecto del derecho de propiedad de su terreno, pero existían todavía procedimientos pendientes en relación con la imposición de 14.573.447,54 euros en concepto de IVA por el período de 1982 a 1992 y la calificación de una gran parte de su terreno en zona forestal y por tanto no susceptible de construcción. Por todo ello se concluye que el criterio empleado en la sentencia del Consejo de Estado, así como el comportamiento de las autoridades durante todo el período que siguió a la adquisición de la superficie litigiosa por la demandante, y en todo caso desde la contestación del derecho de propiedad por el Estado, han roto 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 ha existido violación del art. 1 del Protocolo núm. 1. La sentencia termina con la reserva de la cuestión de la atribución de una satisfacción equitativa a la demandante para un momento posterior, en el caso de que las partes no llegasen a un acuerdo.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) **Impugnación de decisiones de trasvase en la transferencia Tajo-Segura. Concepto de aguas excedentarias y caudal ecológico. No necesidad de evaluación de impacto ambiental ni de planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia**

Tres Sentencias del TS se han dedicado en los últimos meses a tratar de cuestiones problemáticas en relación a esta transferencia, en la que las distintas decisiones administrativas adoptadas son frecuentemente objeto de recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La primera de ellas es la **STS de 14 de abril de 2011**, recurso 1/2009, que resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Castilla-La Mancha contra el acuerdo del Consejo de Ministros adoptado en su reunión de 24 de octubre de 2008 en el que se acordó el trasvase de 44.5 hm³ desde la cabecera del Tajo y con destino al Acueducto Tajo-Segura. Se imputa por el recurrente a este acuerdo falta de motivación; igualmente se dice que no garantiza el mantenimiento del caudal ecológico de 6 m³ en Aranjuez.

La primera cuestión, la falta de motivación, se soluciona mencionando los distintos informes presentes en el expediente administrativo que el recurrente conoce. No hace falta que esos informes se hayan incorporado al acto administrativo si, se insiste, el recurrente los conoce y, por tanto, no se da una situación de indefensión.

En cuanto a la situación de aguas excedentarias, se recuerda que la fijación de lo que se entienda como tales se halla en la disposición adicional tercera de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, que dispone la necesidad de que las aguas embalsadas en el conjunto de embalses Entrepeñas-Buendía alcancen los 240 hm³ para que puedan tener lugar decisiones de trasvase y, a partir de esta cifra, las aguas tienen el carácter de excedentarias y se pueden trasvasar en un volumen tal que siempre respete la permanencia de esa agua embalsada. Pues bien, y aunque la superación de ese volumen «no da derecho al trasvase sin más», sí que constituye un volumen mínimo a partir del cual los órganos competentes pueden adoptar las decisiones de trasvase.

Y, finalmente, se indica que la invocación de la falta de cumplimiento del caudal ecológico establecido en la Ley 52/1980 no se ha probado. Por todo lo cual se rechaza el recurso interpuesto.

La segunda **Sentencia** es también **de 14 de abril de 2011**, recurso 629/2008, y en ella la «Asociación de Municipios Ribereños de los Embalses de Entrepeñas y Buendía» impugna el acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de octubre de 2008 (parece que el mismo al que se refiere la anterior Sentencia).

Una de las cuestiones que se plantea es la necesidad de que el Acuerdo del trasvase referido debería haber sido objeto de evaluación de impacto ambiental. Esto es rechazado por la STS que se comenta para lo cual se indica que, conforme a la jurisprudencia del TC (STC13/1998, de 22 de enero), la normativa sobre evaluación de impacto ambiental corresponde a la Administración que realiza o autoriza el proyecto de la obra, instalación o actividad que se encuentra sujeta a su competencia y, por tanto, en este caso sería la del Estado. Además, una decisión de trasvase no es un «proyecto» sino un mero desembalse de aguas, por lo que no está incluido en los supuestos en los que se exigiría evaluación de impacto ambiental y, por tanto, tampoco procede, como piden los recurrentes, el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia para que se apreciara el cumplimiento, o no, de la Directiva 97/11, pues al no tratarse de un «proyecto», tampoco estaría de ninguna forma incluido el trasvase en el ámbito de dicha Directiva. Y, finalmente, está claro del expediente examinado que se ha respetado el volumen de embalse de 240 hm³ en el conjunto Entrepeñas-Buendía, por lo que las aguas a trasvasar son excedentarias y respeta la decisión de trasvase el marco jurídico establecido.

Finalmente, la tercera **Sentencia** mencionada es **de 20 de mayo de 2011**, recurso 258/2008, y es interpuesto por la misma Asociación mencionada en el comentario a la

anterior sentencia, contra el Acuerdo de trasvase del Consejo de Ministros de 28 de marzo de 2008. Los temas planteados son los mismos que se han indicado en el comentario a la anterior Sentencia y merecen el mismo rechazo por parte del TS.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Anulación de Plan de Ordenación de Recursos Naturales por invadir competencias estatales

La **STS de 10 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso, recurso 2102/2007, anula parcialmente el Decreto de la Generalidad valenciana por el que se aprobó el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) del parque natural marítimo-terrestre de la Serra Gelada, al exceder el ámbito competencial autonómico e invadir competencias estatales. En efecto, el Decreto impugnado extendía el ámbito de aplicación del PORN a las aguas territoriales o mar exterior, lo que, al socaire de la doctrina sentada por la STC 38/2002, está vetado a las Comunidades Autónomas por situarse en el ámbito de competencias exclusivas del Estado. Sólo en ocasiones especiales, cuando las circunstancias y características específicas del espacio a proteger puedan demandar que la competencia autonómica se extienda en alguna medida sobre el mar territorial —singularmente cuando así venga exigido por la continuidad y unidad de dicho espacio físico— cabría este tipo de actuación, lo que no ocurre en este supuesto. La competencia ambiental autonómica —sobre espacios naturales protegidos en este caso— limita su ámbito de actuación a las aguas interiores y los islotes situados en ellas, sin que quepa extenderla al mar territorial, que no es territorio autonómico, sino bien de dominio público del Estado.

5. ALMACENAMIENTO DE CO₂

A) La reserva provisional a favor del Estado para la exploración de estructuras subterráneas susceptibles de almacenar dióxido de carbono no tiene incidencia directa en el medio ambiente y por lo tanto no requiere la aplicación de la legislación ambiental

En la **STS de 17 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, recurso 104/2010, se resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la AGRUPACIÓN DE VECINOS Y AMIGOS DE LLANES-AVALL contra el Real Decreto 1999/2009, de 11 de diciembre, por el que se dispone la declaración de la zona «Asturias Centro», que comprende la provincia de Asturias y parte de la plataforma continental, como zona de reserva provisional a favor del Estado para la exploración de estructuras subterráneas susceptibles de almacenar dióxido de carbono.

La asociación recurrente basó su pretensión anulatoria de la totalidad de la citada norma en una infracción 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 y de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de de-

terminados planes y programas en el medio ambiente. En ambos casos, señalaba la necesidad de haber abierto un trámite de información pública en el procedimiento reglamentario que dio lugar al RD 1999/2009, de 11 de diciembre. También alegó desviación de poder, invasión de competencias del Principado de Asturias y falta de un preceptivo dictamen del Consejo de Estado.

El TS comienza por reconocer interés legítimo a la citada asociación, ya que sus fines son proteger el medio ambiente del Concejo de Llanes y la norma impugnada afecta a la plataforma continental de dicha entidad local (FJ 2) para pasar después a analizar los motivos de fondo.

En ambos casos, el TS considera que la reserva provisional a favor del Estado para exploración de recursos de la Sección b), conforme a la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, no es una actividad que tenga incidencia directa en el medio ambiente, al no suponer la alteración o modificación de la realidad física afectada. Por ello, no puede calificarse de plan, programa o disposición de carácter general relacionada con el medio ambiente a las que alude el art. 16 de la Ley 27/2006 y en consecuencia no requiere de trámite de información pública (FJ 3). Igualmente, no requiere del trámite de participación ciudadana previsto en la Ley 9/2006, de 18 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, ni del sometimiento del proyecto de Real Decreto a informe del Ministro de Medio Ambiente. El TS resalta el carácter limitado de la norma impugnada, y el hecho de que le precedió la publicación en el BOE y en el BOPA de la resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 28 de noviembre de 2007, por la que se ponían en conocimiento de los interesados las intenciones de efectuar esta reserva (FJ 3).

En segundo lugar, el TS descarta la desviación de poder, pues la norma deriva de una facultad reconocida al Estado para reservarse zonas de cualquier extensión en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental, en el que el aprovechamiento de yacimientos y recursos geológicos puedan tener especial interés para el desarrollo económico y social. Además, en el informe de la Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias sobre la actuación de exploración presentada por la empresa pública HUNOSA, se pone de relieve el interés estratégico de establecer en esa Comunidad una zona de reserva a favor del Estado que le permita almacenar dióxido de carbono, teniendo en cuenta que las centrales eléctricas asturianas emiten al año 17 millones de toneladas de gases de efecto invernadero (FJ 4).

En tercer lugar, el TS descarta que se hayan invadido competencias del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, al corresponder la competencia para la declaración de zonas de reserva de recursos mineros a favor del Estado al Consejo de Ministros, de acuerdo con la Ley de Minas (FJ 5).

Finalmente, el TS descarta que en el caso particular se requiriera dictamen del Consejo de Estado, porque, pese a tratarse de una disposición de carácter general, su naturaleza concierne al ejercicio de potestades ejecutivas contempladas en la legislación de minas (FJ 6).

Por todo ello, el TS desestima el recurso sin hacer expresa imposición de costas procesales conforme al art. 139.2 LJCA.

6. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

A) **No existe un trámite específico de evaluación ambiental que haya de seguirse respecto a proyectos que pueden afectar a la Red Natura 2000. La exclusión del trámite de Evaluación de Impacto Ambiental en estos casos es legítima**

En la **STS de 24 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, recurso 121/2009, se resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Diputación Foral de Álava contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 2008, por el que se declara excluido del trámite de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un centro penitenciario en Iruña de Oca (Álava).

La recurrente alega la nulidad de pleno derecho del citado acuerdo por no someter el proyecto a Evaluación de Impacto Ambiental, vulnerándose así la Directiva 92/43/CEE de Hábitats y su transposición a Derecho interno mediante la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, ya que el proyecto afectaría al lugar de interés comunitario del río Zadoya. Por su parte, el Abogado del Estado alega que dicho espacio natural no se ve afectado por el proyecto, pero que, aunque lo fuera, la norma aplicable sería la disposición adicional segunda del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, de Evaluación de Impacto Ambiental (RDL EIA), y por tanto cabría la exclusión, por parte del Gobierno, de la evaluación del citado proyecto.

El TS comienza por indicar que la supuesta colisión entre la citada normativa no es tal, y que todas las normas son aplicables. Reconduce el supuesto de la construcción de un centro penitenciario al art. 3 del RDL EIA, según el cual, los proyectos comprendidos en el anexo II y que puedan afectar a los espacios de la Red Natura 2000 (como es el caso) sólo deben someterse a EIA cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso.

En el supuesto particular, tanto la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, así como el resto de Administraciones Públicas consultadas (Gobierno de Navarra y Ayuntamiento de Pamplona), entendieron necesario el sometimiento del proyecto a EIA por sus afecciones medioambientales. Sin embargo, el Gobierno excluyó dicho trámite amparándose en la disposición adicional segunda del RDL EIA, que permite la exclusión de proyectos del trámite de evaluación de impacto ambiental por motivos excepcionales.

El TS señala que dicho precepto se haya en el mismo plano normativo que la disposición adicional cuarta de la misma Ley, que incorpora las exigencias de la Ley de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad recogiendo la necesidad de someter a una «adecuada evaluación» aquellos proyectos que puedan afectar directa o indirectamente a espacios de la Red Natura 2000. El TS interpreta dicha norma como una excepción a la posibilidad de excluir la EIA prevista en la disposición adicional segunda (FJ 3).

A continuación, el TS se pronuncia sobre el alcance de la «adecuada evaluación» a la que llama la citada disposición adicional cuarta. Analiza el contenido de dicha disposición, así como del art. 45 de la Ley de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad para concluir que ninguno regula con detalle una evaluación ambiental, sino que ambos preceptos se limitan a establecer objetivos genéricos y necesidad de medidas compensatorias. Por tanto, concluye el TS, «no existe un procedimiento de evaluación ambiental específico en cum-

plimiento de las exigencias de la Directiva de Hábitats y de la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad» (FJ 4).

El TS pasa entonces a analizar si en el supuesto particular se ha procedido a realizar una adecuada evaluación, como el RDL EIA exige, llegando a la conclusión, a la luz del contenido del acuerdo del Consejo de Ministros, que incluye tanto un estudio de impactos como medidas para paliar la posible afección al río Zadoya, de que se ha cumplido con la exigencia comunitaria y nacional de conservación de espacios de la Red Natura 2000. Si bien, el TS resalta también que pese a no ser exigido por la norma, lo más adecuado en el supuesto particular hubiera sido realizar una evaluación de impacto ambiental específica (FJ 5).

Por lo tanto, el TS desestima el recurso sin hacer especial imposición de costas procesales.

B) La instalación de un parque eólico que puede afectar a una ZEPA requiere de un procedimiento de Evaluación Ambiental ordinario. Procede la suspensión cautelar de la autorización

En la **STS de 24 de mayo de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, recurso 3613/2010, se resuelve un recurso de casación interpuesto por «PRODUCTORA DE ENERGÍA EÓLICA, SA», contra el auto del TSJ de Castilla y León de 28 de julio de 2009, que estimaba un anterior recurso de ASOCIACIÓN PARA EL ESTUDIO Y LA PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA «URZ» contra la resolución del Viceconsejero de Economía de la Junta de Castilla y León de 24 de enero de 2007, por la que se otorgaba autorización administrativa al Parque Eólico «Villabandín II y Ampliación a Villabandín II» en los términos municipales de Riello y Murias de Paredes (León).

El auto de instancia había suspendido cautelarmente la citada resolución por falta de una adecuada evaluación ambiental y en apariencia de buen derecho de los recurrentes. Así, destaca que se procedió a una evaluación ambiental simplificada pese a ser necesaria una ordinaria, por afectar el proyecto a la zona de especial protección para las aves de «Omaña». El auto indicaba también que de no procederse a dicha suspensión, «se producirían perjuicios de difícil reparación al modificarse la realidad física existente con las infraestructuras y la instalación de los aerogeneradores previstos en el acto impugnado, afectando a las aves, alterando su hábitat, pudiendo también producir la mortandad de las mismas por colisión con esos aerogeneradores...».

La recurrente en casación alega que la sentencia de instancia hizo un uso indebido del *fumus boni iuris*, prejuzgando el fondo del asunto, y que realizó una valoración indebida del interés público en mantener la garantía del suministro eléctrico.

Respecto a la apariencia de buen derecho, el TS sostiene que el Tribunal de instancia apreció legítimamente esta circunstancia, dado que la instalación afectaba a una zona especial de protección de las aves y a que ya existía un precedente jurisprudencial del mismo órgano en el que se anulaba una autorización análoga de otro parque eólico en la misma zona juzgando también insuficiente la modalidad de evaluación ambiental simplificada (FJ 5).

Respecto al interés público en la garantía del suministro eléctrico, el TS considera razonable el razonamiento de la sentencia de instancia, añadiendo además que la reper-

cusión de dicha medida cautelar sobre un solo parque eólico en el sistema eléctrico es mínima (FJ 6).

Por todo ello, el TS desestima el recurso de casación e impone las costas a la parte recurrente conforme al art. 139.2 LJCA (FJ 7).

7. DEPURACIÓN DE AGUAS RESIDUALES, RAMINP

A) Las obras de ampliación de una estación depuradora de aguas residuales, aun siendo calificadas de interés general, están sometidas a la aplicación de las normas sobre distancias mínimas contenidas en el RAMINP

En la **STS de 6 de junio de 2011**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, recurso 2738/2008, se resuelve un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 17 de abril de 2008. Dicha Sentencia estimaba en parte un recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 1 de julio de 2004 de la Confederación Hidrográfica del Norte de España por la que se aprobaba el anteproyecto de ampliación de la estación depuradora de aguas residuales de Lugo y anulaba dicha Resolución por no ajustarse al art. 4 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RAMINP), que exige una distancia de 2.000 metros de dichas instalaciones respecto a núcleos urbanos.

El Abogado del Estado alega que la calificación de la obra de ampliación como obra hidráulica de interés general conforme a la Ley 22/1997, de 8 de julio, eximía a ésta de todo trámite de control ambiental salvo el de evaluación de impacto ambiental (EIA), que sí se cumplió. Debido al principio de competencia y coordinación administrativa recogido en el art. 128 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (RDL 1/2001, de 20 de julio), el RAMINP no debía ser aplicable.

Dice también el Abogado del Estado que aun en el supuesto de que el RAMINP fuera aplicable, la obra de ampliación de la Estación Depuradora de Aguas Residuales de Lugo no sería una industria fabril de carácter peligroso o insalubre, dado que se trata de un servicio público esencial para el medio ambiente.

Finalmente, se alega que los informes incorporados al expediente administrativo justificaban la concurrencia de circunstancias excepcionales que dispensaban de la aplicación del régimen de emplazamiento y distancia (FJ 2).

El Tribunal Supremo comienza por negar que el sometimiento al trámite de EIA excluya la aplicación del RAMINP, ya que ambos son procedimientos de control ambiental distintos y complementarios, lo que además se deduce de la disposición adicional segunda, apartado b), del RDL regulador de la EIA.

Recuerda, en segundo lugar, que la actividad de depuración de aguas residuales ha de ser considerada molesta e insalubre y por lo tanto subsumible en el ámbito de aplicación del RAMINP, y cita para ello la STS de 28 de diciembre de 2005. Cita también jurisprudencia que aplica específicamente la regla de la distancia mínima a las estaciones depuradoras (STS de 1 de abril de 2004).

El TS aclara que para exceptuar esta regla, prevista en el art. 15 RAMINP, «es necesario que concurren circunstancias excepcionales debidamente justificadas y bastantes para hacer asumible el sacrificio de los valores e intereses que la regla general protege, y que no son otros que la defensa de la salubridad y del medio ambiente». Si la Sentencia de instancia, previo análisis y valoración de la documentación del expediente no consideró suficientemente motivada la excepcionalidad, el TS no puede revisar dicha valoración de la prueba salvo que se alegue que ésta sea arbitraria, irracional o conculque preceptos o principios generales del derecho, cosa que el Abogado del Estado no hizo (FJ 3).

Por todo ello, el TS desestima el recurso de casación imponiendo las costas procesales a la parte recurrente, que conforme al art. 139 LJCA se fijan en 1.500 euros.

8. FISCALIDAD AMBIENTAL

A) Tributos estatales en materia de aguas

a) *Canon de control de vertido: sujetos pasivos*

Ante las dudas que pudiera generar una demanda tachada en la sentencia de confusa en relación con quién es el sujeto pasivo del tributo, la Sala de Cáceres advierte que el sujeto pasivo es «quien lleve a cabo el vertido», rechazando que la mancomunidad de municipios que explota una instalación de tratamiento de agua potable y es, por tanto, titular de la autorización, quiera escudarse en circunstancias tan peregrinas como la financiación autonómica de la planta. Es la **STSJ de Extremadura de 27 de enero de 2011** (NR 282/2009).

b) *Canon de control de vertido: cuantificación*

Para tratar cuestiones propias de la cuantificación de este tributo siempre conviene introducir una explicación mínima acerca de las reglas de cálculo del mismo. El importe se alcanza multiplicando el volumen de vertido autorizado por el precio unitario de control de vertido. Este precio unitario se calcula multiplicando el precio básico por metro cúbico por un coeficiente de mayoración o minoración. Así pues, los elementos a considerar son tres: el volumen de vertido; el precio básico de control de vertido por metro cúbico, y el coeficiente de mayoración o minoración.

El precio básico por metro cúbico se fija en 0,01202 euros para el agua residual urbana y en 0,03005 euros para el agua residual industrial. Estos precios básicos podrán revisarse periódicamente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

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 **SAN de 11 de abril de 2011** (NR 791/2001), resuelve un nuevo caso que enfrenta a la empresa Sniace con el organismo de cuenca. Como en otros muchos, no aceptará los argumentos de la actora en cuanto al coeficiente de mayoración, pero sí aceptará reducir el número de días del año a computar, habida cuenta de las paradas en la actividad justificadas.

De otra parte, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de febrero de 2011** (NR 1298/2006), desestima el recurso deducido en relación con la tasa exigida por el vertido producido por una central térmica. Pretendía la recurrente que, para el cálculo, se tuvieran en cuenta coeficientes diferentes en función de que el vertido se correspondiera con aguas de refrigeración y con aguas residuales. No acoge la pretensión la Sala de Valladolid, aceptando las explicaciones ofrecidas por el organismo de cuenca. Éstas serían las razones principales del rechazo: primero, la corrección de aplicar los coeficientes generales «para el conjunto del vertido, puesto que solamente existe un punto de vertido para el conjunto de aguas residuales y de refrigeración, sin existir actualmente ningún sistema de separación o medición de la parte del afluente que correspondería a aguas de refrigeración». Y, segundo, la previsión de la norma respecto de vertidos mixtos, mediante un sistema que se aplicaría si la solicitud de autorización del vertido hubiera desglosado los volúmenes de las distintas clases (lo que no sucede en el caso de autos).

Finalmente, la antes reseñada **STSJ de Extremadura de 27 de enero de 2011** (NR 282/2009), respalda plenamente la actuación de la Confederación del Guadiana que liquidó el canon a una Mancomunidad de municipios, en relación con el vertido clandestino de lodos procedente de sus instalaciones de tratamiento de agua potable. En particular, la cuantificación mediante sistemas de estimación indirecta, calculando el volumen vertido en un porcentaje del volumen de agua autorizado y, por supuesto, aplicando el coeficiente de mayoración más alto.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas

a) Hecho imponible

El TSJ de Galicia examina un supuesto referido a su canon de saneamiento, en cuanto a un industrial de autolavado de vehículos que se abastecía de agua subterránea. La cuestión que se plantea es a partir de qué fecha puede serle exigido el canon: la Sala no prefiere ni lo querido por la administración (fecha de adquisición de la maquinaria) ni lo querido por el sujeto pasivo (fecha en la que declara que entraron las instalaciones en funcionamiento), sino un intermedio referido a la formalización del alquiler de los terrenos en los que se ubicaría la empresa. Es la **STSJ de Galicia de 24 de febrero de 2011** (NR 15176/2010).

b) Cuantificación

En el caso resuelto por la **STSJ de Galicia de 24 de febrero de 2011** (NR 15176/2010, vista *supra*), el tribunal aceptará el mecanismo de estimación objetiva a través del cual

se medirá el hecho imponible del canon de saneamiento de Galicia, todo ello teniendo en cuenta que la empresa carecía de aparato de medida del consumo de agua extraída de fuentes propias.

En las **Sentencias de 26 de diciembre de 2010** (NR 93/2010) y **1 de febrero de 2011** (NR 142/2010), el **TSJ de La Rioja** acepta la comprobación efectuada por la Administración tributaria, con empleo de técnicas de estimación indirecta y corrección de la autoliquidación presentada. La circunstancia de que las declaraciones sean incompletas o inexactas, por falta de analíticas, justifica la actuación de la Administración.

c) Impuesto sobre el daño medioambiental causado por el agua embalsada de Galicia

La **STSJ de Galicia de 25 de noviembre de 2010** (NR 15854/2010) resuelve un asunto referido al relativamente reciente Impuesto sobre el daño medioambiental causado por el agua embalsada de Galicia. Se impugna una orden de desarrollo, por cuestiones de procedimiento. La Sala estimará el recurso deducido, señalando la falta de informe de la Secretaría General Técnica de la Consellería del ramo, así como la falta del preceptivo dictamen del Consello Consultivo.

C) Impuestos sobre la energía

a) Impuesto sobre hidrocarburos

La Audiencia Nacional había dictado Sentencia desestimatoria del recurso deducido por el sujeto pasivo relativo a liquidación girada en concepto de Impuesto Especial sobre Hidrocarburos. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación mediante **STS de 3 de febrero de 2011** (NR 2347/2006). El asunto trata de la aplicación de las exenciones referidas a la fabricación, importación o comercialización de alcoholes y aceites producidos a partir de productos de origen vegetal, destinados a su uso como carburante (bioetanol para uso como biocombustible), en el campo de actividades piloto para el desarrollo tecnológico de productos menos contaminantes. En particular, de la interpretación del término «proyecto piloto» a estos efectos, el Alto Tribunal examina la normativa y la jurisprudencia comunitaria y hace hincapié en que la legislación española ha tenido muy en cuenta esta última a la hora de trasladar los planteamientos comunitarios: «tendrán la consideración de “proyectos piloto para el desarrollo tecnológico de productos menos contaminantes” los proyectos de carácter experimental y limitados en el tiempo, relativos a la producción o utilización de los productos indicados y dirigidos a demostrar la viabilidad técnica o tecnológica de su producción o utilización, con exclusión de la ulterior explotación industrial de los resultados de los mismos. Podrá considerarse acreditado el cumplimiento de estas condiciones respecto de los proyectos que afecten a una cantidad reducida de productos que no exceda de la que se determine reglamentariamente». En el caso de autos para nada se alude a la existencia de un proyecto de investigación.

Más fortuna ha tenido otra empresa de ecocarburantes en el caso resuelto por el **TSJ de Murcia, Sentencia de 28 de enero de 2011** (NR 386/2006). El asunto se centraba en la regularización efectuada a la actora de las pérdidas de producto, en el Impuesto sobre

el Alcohol y Bebidas Derivadas al entender de la Administración tributaria. La Sala, por el contrario, dará la razón al sujeto pasivo en que no se ha producido el hecho imponible en ese impuesto, sino en el de Hidrocarburos, atendiendo a la naturaleza del producto (bioetanol) y al uso o destino previsto (carburante), lo que beneficiará claramente a dicho sujeto. Dice el TSJ: «la sujeción se produce en función del destino efectivo del producto que es su utilización como biocarburante suministrado a refinerías (CEPSA y REPSOL) que fabrican gasolina sujeta al Impuesto sobre Hidrocarburos. El elemento determinante de la sujeción no es la naturaleza del producto (alcohol procedente de productos agrícolas o vegetales), sino el destino efectivo que se le da como carburante, teniendo en cuenta que el segundo de dichos preceptos considera como biocarburante el alcohol etílico producido a partir de productos agrícolas o de origen vegetal, ya se utilice como tal o previa modificación química. En este caso el biocarburante enviado estaba desnaturalizado con ETBE y se remitió a las refinerías citadas para realizar la fabricación de aditivos para gasolinas sin plomo».

D) Impuestos sobre el transporte

a) *Impuesto sobre determinados medios de transporte*

No es fácil hallar sentencias o resoluciones referidas a este impuesto que de verdad interesen a la «fiscalidad ambiental» más allá de la calificación general que pueda recibir este tributo. Por esta razón, no abundan los comentarios.

Damos cuenta hoy de una sentencia, tampoco muy perfilada, pero que tiene su relevancia. Es la **STSJ de Madrid de 9 de febrero de 2011** (NR 1008/2008), que estima el recurso interpuesto por el contribuyente que se pretende acreedor de la bonificación por familias numerosas, aun sin haberla solicitado con carácter previo a la matriculación. Dice la Sala: «Si bien es cierto que las normas referidas exigen que con anterioridad a la matriculación del vehículo se presente ante la Administración Tributaria un escrito solicitando la aplicación de la referida reducción fiscal; no obstante, nada impide la operatividad de la reducción si, reuniendo los requisitos sustantivos precisos para ello al momento de la matriculación del vehículo, por error propio o inducido por la Administración no se solicita por el contribuyente con tal carácter previo sino en un momento posterior. Y por ello aunque, en el presente caso, los recurrentes no solicitaron la reducción del 50% antes de la matriculación, a pesar de que reunían todos los requisitos precisos para ello, a tal omisión no puede en ningún caso atribuírsele la consecuencia de pérdida del derecho, ya que tal consecuencia para su operatividad debería estar expresamente prevista en la norma, no siendo ello así. De esta forma, la errónea declaración del contribuyente no puede tener otras consecuencias que la de proceder a su revisión debiendo entenderse que lo que se ha producido es un ingreso indebido por el contribuyente, que conlleva a la obligatoriedad de su devolución».

b) *Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica*

Algo parecido sucede con el impuesto municipal sobre vehículos de tracción mecánica; más acentuado porque resulta casi imposible hallar asuntos residenciados fuera de los

Juzgados de lo Contencioso, salvo que se cuestione la legalidad de ordenanzas fiscales. Es el caso de la **STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de enero de 2011** (NR 712/2010). Se declara la ilegalidad de un precepto contenido en una Ordenanza referido a la exención para vehículos matriculados a nombre de minusválidos. Se le dice al Ayuntamiento «que la Ley faculta a los Ayuntamientos a concretar la forma de acreditar un requisito, pero no para añadir uno adicional. En efecto, la Ley exige tres requisitos para la exención: a) que se declare un 33% de minusvalía; b) que un vehículo se matricule a nombre del minusválido, y c) que el vehículo se utilice para uso exclusivo del minusválido. Es en relación con este tercer requisito cuando la Ley otorga al Ayuntamiento la facultad de concretar la forma de acreditar el uso exclusivo (“justificar el destino del vehículo ante el Ayuntamiento de la imposición, en los términos que éste establezca en la correspondiente ordenanza fiscal”). Sin embargo, el párrafo controvertido introducido en la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento demandado, exige que el minusválido tenga una reducción de su movilidad, condición no impuesta por la Ley y que por tanto vulnera los límites de la potestad concedida».

c) Otros tributos sobre el transporte

El **TSJ de Justicia de Castilla y León (Burgos) en Sentencia de 4 de marzo de 2011** (NR 114/2009), declara ajustada a derecho la parte de la tasa por expedición de documentos que gravaba la autorización de paso de vehículos pesados. Según la Sala de Burgos el hecho de que los vehículos paguen el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica no impide la exigencia de la tasa, más teniendo en cuenta que la circulación de estos vehículos se autoriza en zonas que normalmente les están prohibidas.

E) Tributos sobre residuos

a) Tasas municipales por recogida de basuras

El servicio de recogida de residuos sólidos urbanos tiene una particularidad poco frecuente: es de recepción obligatoria. Esta circunstancia decide el sentido de muchos asuntos. En el caso resuelto por el **Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Tarragona, en Sentencia de 25 de enero de 2011** (NR 685/2009), se sustancia un interesante asunto referido a unas viviendas nuevas. Dice la magistrada-jueza que la tasa es exigible desde el final de la obra y no desde la obtención de las cédulas de habitabilidad: señala que su devengo no puede hacerse depender de la obtención de un documento cuya solicitud corre por cuenta del titular y que es expedido por otra administración. Dicho de otra manera, para que resulte exigible la tasa debe existir la posibilidad de utilizar el servicio o la posibilidad de estar en disposición de utilizarlo. Por lo demás, afirma que el servicio se presta efectivamente, como lo demuestra la existencia de contenedores a menos de 150 metros.

La **STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2010** (NR 925/2008) estima el recurso deducido contra la modificación de la tasa de basuras, por las deficiencias obrantes en los estudios económico-financieros. Se proponía una elevación del 7%, sin otra justificación que la recomendación de una subida (incluso mayor) desde el consorcio en el que se integraba el ayuntamiento.

F) Otros impuestos autonómicos ambientales*a) Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente de Castilla-La Mancha*

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de enero de 2011** (NR 1053/2007) desestima el recurso deducido por la empresa Repsol Petróleo por el concepto de emisiones de gases a la atmósfera desde sus refinerías. La recurrente cuestiona el régimen de estimación indirecta que resultaría aplicable, pues considera que acaba gravando riquezas ficticias. En ese sentido pidió a la Sala que plantease cuestión de inconstitucional, lo que no se aceptó.

La **Sentencia** de este mismo Tribunal **de 21 de febrero de 2011** (NR 1169/2007) declara también no haber lugar a plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con diversos aspectos controvertidos de la Ley que lo regula. Es cierto que los motivos que se aducen son similares a los que en otros casos dieron origen al planteamiento de cuestiones. Lo que sucede en el caso de autos es que todo arranca de una autoliquidación con ingreso y una ulterior solicitud de devolución de ingresos indebidos que será rechazada. Es precisamente la naturaleza del acto impugnado la que lleva a la decisión del Tribunal: la cuestión no es relevante para el enjuiciamiento de si los actos impugnados son o no ajustados a derecho.

JAVIER DOMPER FERRANDO
ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
SERGIO SALINAS ALCEGA
BEATRIZ SETUAIN MENDIA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

SUMARIO

1. NOTA PRELIMINAR.
2. ENERGÍA ELÉCTRICA.
 - A) **Tarifa eléctrica: revisión.**
3. FOMENTO.
 - A) **Incumplimiento parcial.**
 - B) **Incumplimiento. Caducidad del procedimiento.**
4. GAS. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA EN LA REGULACIÓN DE TARIFAS, PEAJES Y CÁNONES.

1. NOTA PRELIMINAR

Este número recoge las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los Cuadernos Aranzadi números 6 a 9 del año 2011.

2. ENERGÍA ELÉCTRICA

A) **Tarifa eléctrica: revisión**

La Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008 fue objeto de diversos recursos contencioso-administrativos que han dado lugar a otras tantas sentencias que a continuación se comentan.

Mediante la **STS de 14 de febrero de 2011**, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso-administrativo (recurso 111/2009) interpuesto por la Federación Española de Familias Numerosas contra la citada orden ministerial. En cuanto a los aspectos formales, el Tribunal confirma la legitimación activa de la recurrente, al concurrir un claro vínculo entre ella y el objeto

del proceso, pero desestima la infracción del principio de audiencia constitucional, puesto que, de acuerdo con su tradicional jurisprudencia acerca de los artículos 105.a) CE y 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno, dicho trámite se califica como participación funcional preceptivamente impuesta, sin que quepa exigir la de aquellas asociaciones que no ostentan «por ley» su representación.

El principal motivo sustantivo se refiere a la eventual infracción del principio constitucional de igualdad, al considerar la demandante que las familias numerosas están obligadas a contratar, en razón del número de personas que conviven en el domicilio, una determinada tarifa que es más cara en potencia y en energía y a soportar recargos por exceso de consumo. Tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad, con referencia expresa al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal niega que exista vulneración alguna de tal principio, puesto que las situaciones subjetivas que se ofrecen como término de comparación no son homogéneas ni equiparables. Por ello, no cabe alegar, se dice, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2007, en la que la vulneración del principio de igualdad se refiere a una tarifa recogida en una ordenanza fiscal sobre el suministro de agua que, al tener una parte fija y otra variable, sí tenía un efecto discriminatorio al gravar más a quienes no incurrieran en exceso de consumo, por tratarse de varias personas que conviven en un mismo domicilio. Adicionalmente, la Sala no estima tampoco la infracción del mandato legal de protección a las familias numerosas de los artículos 13 y 14 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, ya que en ellos no se exige un concreto desarrollo reglamentario, como el pretendido por la recurrente, sino una actividad de la Administración en forma de medidas de apoyo a dichas familias. De acuerdo con la Sentencia de 6 de mayo de 2010 de esta misma Sala, la naturaleza de tales medidas puede ser decidida libremente por el legislador, con lo cual tampoco puede entenderse vulnerado el principio rector del artículo 39 CE.

Por otra parte, la **STS de 15 de febrero de 2011** de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso-administrativo (recurso 109/2009) interpuesto por la Asociación Española de Cogeneración (ACOGEN) contra el Anexo IV, apartado primero y el artículo 2.4 de la misma orden ministerial. De forma muy sucinta, el Tribunal se limita a negar que haya quedado acreditado el pretendido incumplimiento del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, en dos cuestiones muy técnicas relativas al cálculo de las actualizaciones de las tarifas. Por un lado, se niega la vulneración del artículo 44 del citado Real Decreto, que se refiere a la forma de cálculo de actualización de las tarifas y primas de las instalaciones del subgrupo a.1.1 y, por otro, la de lo establecido en su Anexo VII, relativo a la metodología de actualización de la retribución de las instalaciones de cogeneración del mismo subgrupo.

La revisión de las tarifas aplicables al sector eléctrico y, en particular, para las entidades acogidas al régimen previsto en la Disposición Transitoria Undécima de la Ley del Sector Eléctrico, es también objeto de la **STS de 16 de febrero de 2011** de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (recurso 89/2009), en la que se resuelve el recurso planteado por la Asociación Española de Empresas Eléctricas (ASEME) contra la Orden ITC/1857/2008, de 26 de junio, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2008.

En este caso, el Tribunal desestima el recurso planteado en base a dos observaciones. En primer lugar, por el carácter transitorio y meramente voluntario del régimen retributivo previsto en la citada Disposición Transitoria Undécima de la Ley del Sector Eléctrico. Así, se afirma que difícilmente pueden esgrimirse argumentos de legalidad respecto de una supuesta deficiencia en la actualización del régimen tarifario previsto en la mencionada Orden cuando éste se trata de un régimen a extinguir y las empresas distribuidoras pueden abandonarlo en cualquier momento. De este modo, se llega a la conclusión de que el régimen retributivo configurado por la Orden impugnada se configuraría como una opción voluntaria que, para incurrir en ilegalidad, requeriría una inequívoca infracción de las exigencias taxativas prevista en la Ley. Pero, en este sentido, y en segundo lugar, la Sala entiende que no se ha acreditado tampoco infracción alguna del ordenamiento jurídico puesto que, a diferencia de lo que mantenía la actora, la exigencia legal de una «retribución económica adecuada» prevista por la Ley del Sector Eléctrico no supone necesariamente que ésta haya de mantenerse siempre en la misma cuantía, sin sufrir variación alguna, sino que lo que se exige es que sea adecuada. Por lo tanto, hubiera correspondido a la entidad recurrente probar, no ya que la retribución de las distribuidoras afectadas iba a sufrir una reducción respecto a ejercicios pasados, sino que las cantidades resultantes suponían una retribución manifiestamente insuficiente e inadecuada en términos absolutos.

Finalmente, la **STS de 22 de febrero de 2011** (recurso 105/2009), desestima también el recurso planteado por Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, SAU frente a la Orden ITC/2524/2009, de 8 de septiembre, por el que se regula el método de cálculo del incentivo o penalización para la reducción de pérdidas a aplicar a la retribución de la distribución para cada una de las empresas distribuidoras de energía eléctrica.

La Sala considera, en primer lugar, que la Orden impugnada no infringe el principio de jerarquía normativa por cuanto a través de ella el Ministro de Industria, Turismo y Comercio hacía uso de la habilitación conferida por el Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero. Igualmente, aunque la citada Orden no contenía una explicación pormenorizada de los nuevos límites retributivos fijados en su artículo 4, se entiende que ello no da lugar a la nulidad de la norma reglamentaria, puesto que, como se ha señalado en varias ocasiones, cuando se trata de disposiciones generales de orden marcadamente técnico o económico no es exigible que se justifiquen de modo pormenorizado todos y cada uno de los parámetros, variables o coeficientes utilizados para establecer un determinado valor. Finalmente, se rechaza también la pretendida nulidad de los coeficientes de pérdidas zonales fijadas por el artículo 5 de la mencionada Orden, y es que dicho precepto se limita a prever para el futuro, una vez que la Comisión Nacional de Energía haga su propuesta al respecto, por lo que hasta que no se concrete el régimen jurídico de dichos coeficientes zonales no habría base suficiente para contrastar su contenido con las normas de rango superior.

3. FOMENTO

A) Incumplimiento parcial

La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos acordó decretar el incumplimiento parcial en la concesión de una subvención de incentivos regionales en la Zona de

Promoción de Canarias, incumplimiento que se cifró en un 31,13%. Frente a dicho acuerdo se interpuso recurso alegando que el incumplimiento parcial debía reducirse al 13,57%.

El incumplimiento que se imputa a la entidad beneficiaria de la subvención corresponde al no mantenimiento de los puestos de trabajo que se había comprometido a crear (supuesto habitual en los casos de incumplimiento de condiciones de las subvenciones).

La recurrente no cuestiona la existencia del incumplimiento parcial de las condiciones relativas a la creación y mantenimiento de los puestos de trabajo, pero discrepa en lo relativo al cálculo de este incumplimiento. El objeto del pleito queda así centrado en la determinación del cálculo del incumplimiento parcial.

El Tribunal Supremo, en la **Sentencia de 11 de febrero de 2011** (recurso 39/2010), analiza los argumentos de las partes en litigio sobre la forma de computar la estabilidad de los puestos de trabajo y desestima lo alegado por la recurrente en base a lo ya sostenido en su anterior Sentencia de 7 de noviembre de 2007 (recurso 151/2006).

El Tribunal Supremo concluye que ante un incumplimiento como el examinado las consecuencias para la subvención han de determinarse en la forma en que lo hizo la Administración, sin que el cálculo realizado vulnere el principio de proporcionalidad.

B) Incumplimiento. Caducidad del procedimiento

En la sentencia objeto de este comentario se impugna el acuerdo de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos por el que se determinó el incumplimiento de las condiciones de una subvención, incumplimiento que una vez más se imputa al no mantenimiento de los puestos de trabajo comprometidos. La singularidad de esta sentencia consiste en que el acuerdo de la CDAE se impugna por razones formales, ya que la recurrente estima que el acuerdo se dictó en el seno de un procedimiento caducado. Para la recurrente el acuerdo se dictó una vez se había superado el plazo de doce meses desde su iniciación, plazo establecido en el artículo 45.5 del Reglamento de incentivos regionales (RD 899/2007, de 6 de julio). Si bien también se alegó de forma subsidiaria que no se había producido el incumplimiento, esta cuestión no fue examinada por la sentencia al apreciar la existencia de la caducidad.

El Tribunal Supremo, en la **Sentencia de 15 de febrero de 2011** (recurso 460/2009), se limitó, como hemos dicho, a analizar la cuestión relativa a la caducidad. Con esta finalidad reconoce en primer lugar la aplicabilidad del artículo 45.5 del RD 899/2007 y recuerda su doctrina sobre la interrupción del plazo por causas imputables al administrado, con cita de la Sentencia de 24 de enero de 2007. Aplicando dicha doctrina al caso enjuiciado concluye que la resolución se produjo catorce meses después del inicio del expediente, por lo que procedía estimar el recurso y apreciar la caducidad del procedimiento.

4. GAS. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA EN LA REGULACIÓN DE TARIFAS, PEAJES Y CÁNONES

En el ámbito del sector energético del gas, el Tribunal Supremo ha tenido recientemente la oportunidad de examinar el alcance de uno de los principios inspiradores del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico-administrativo español. Se trata del principio de

jerarquía normativa, contemplado en el artículo 9.3 de la Constitución Española, y en los artículos 51 y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Este examen se ha producido en las **SSTS de 15 de febrero de 2011** (recurso contencioso-administrativo 96/2009; RJ 2011/1476) y **22 de febrero de 2011** (recurso contencioso-administrativo 98/2009; RJ 2011/1277), y destacan en ellas las consideraciones siguientes.

En lo que se refiere a la **STS de 15 de febrero de 2011** (recurso contencioso-administrativo 96/2009), resuelve el recurso presentado por una entidad mercantil contra la Orden ITC/1724/2009, de 26 de junio, por la que se revisan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas a partir de 1 de julio de 2009.

La entidad actora impugna en este recurso el apartado segundo del anexo denominado «peaje de descarga de buques y de entrada por conexiones internacional», que se incluye en dicha Orden. Concretamente, impugna la creación del «peaje aplicable por la introducción de gas natural por las conexiones internacionales por gasoducto», cuyo importe se fija en cero céntimos de euro/kWh para cada una de las conexiones internacionales especificadas en el anexo (Larrau e Irún; Badajoz; Tuy; GME y MEDGAZ), y lo argumenta en dos motivos: la insuficiencia de rango de la Orden que crea el nuevo peaje y la «imposibilidad de que la norma cumpla con sus objetivos por no basarse en hechos reales, por lo que estaría vulnerando el principio de interdicción de arbitrariedad».

El Tribunal Supremo estima el primer motivo y, por ello, no entra a abordar la segunda alegación impugnatoria. En su argumentación, el Alto Tribunal tiene en cuenta tanto los criterios expuestos por la entidad demandante, como la tesis sostenida en el Informe número 20/2009, de la Comisión Nacional de la Energía, sobre el proyecto de Orden objeto de litigio.

La Sala acude al Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y establece un sistema económico integrado del sector de gas natural. En sus artículos 29 y siguientes, el citado Real Decreto prevé el peaje de regasificación y el peaje de transporte y distribución, y el Tribunal Supremo destaca que no está permitido crear un tercer nuevo peaje mediante Orden ministerial, como la que se impugna.

Es cierto, prosigue la Sentencia, que el artículo 25 del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, de referencia, prevé que por Orden ministerial, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, se pueden fijar los «valores concretos o un sistema de determinación de los mismos» de los peajes de acceso por terceros, pero el Tribunal Supremo insiste en que este artículo 25 no permite crear nuevos peajes. La Sala añade que el Ministro competente está habilitado para establecer y modificar los parámetros de cada uno de los dos peajes contemplados por el propio Real Decreto. Se precisa en la Sentencia que el apartado segundo del artículo 25 del Real Decreto 949/2001 determina que «la estructura de tarifas, peajes y cánones podrá ser modificada en el futuro, si razones de optimización del sistema gasista, mercado o aplicación del desarrollo normativo de ámbito comunitario lo hacen aconsejable», pero el Tribunal Supremo reitera que del artículo 25.2 y de su referencia a la «modificación de la estructura de peajes» no puede deducirse que se permita la creación *ex novo* de peajes por mera decisión ministerial.

Por otra parte, la Sala destaca que el nuevo peaje creado por la Orden ITC/1724/2009, de 26 de junio, no puede encuadrarse ni en la categoría de peajes por acceso a las instalaciones de regasificación, ni en la de peajes por el uso de las redes o instalaciones de transporte o de distribución, que son los dos peajes previstos en el Real Decreto 949/2001. De hecho, la Sala admite que la Orden recurrida ya contempla un «peaje de tránsito internacional» (no impugnado), si bien precisa que se calcula aplicando determinados coeficientes a los peajes de transporte y distribución ordinarios.

En consecuencia, el Tribunal Supremo anula la creación del «peaje aplicable por la introducción de gas natural por las conexiones internacionales por gasoducto», en aplicación del principio de jerarquía normativa, que exige que las normas de rango inferior (una Orden ministerial) se atengan a los mandatos y previsiones de las de rango superior (un Real Decreto).

En otro orden de consideraciones, cabe destacar que la Sentencia efectúa una breve alusión a la técnica normativa utilizada en la Orden objeto de impugnación, puesto que si bien ésta crea un nuevo peaje para el año 2009, en realidad se prevé que su importe es nulo (cero euros), lo que el preámbulo de la Orden justifica en que se trata de crear un nuevo concepto retributivo, a los efectos eventuales de ser utilizado en el futuro, para incentivar una ubicación adecuada de las entradas de gas al sistema. La mencionada técnica normativa fue cuestionada en varias de las observaciones al proyecto de Orden, según remarca la Sala, puesto que se adujo que parece más lógico adoptar un peaje nuevo cuando surja la necesidad. En cualquier caso, la propia Sentencia admite que esta forma de proceder no obsta a la validez jurídica de la figura.

En cuanto a la **STS de 22 de febrero de 2011** (recurso contencioso-administrativo 98/2009; RJ 2011/1277), resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad mercantil contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/2795/2007, de 28 de septiembre, por la que se modifica la tarifa de gas natural para su uso como materia prima y se establece un peaje de transporte para determinados usuarios conectados a plantas de regasificación.

La entidad recurrente pretendía la declaración de nulidad de la mencionada Orden, así como de las Resoluciones de la Dirección General de Política Energética y Minas, de 28 de septiembre de 2007 y de 25 de octubre de 2007, por las que se hacen públicos los nuevos precios de venta de gas natural para su uso como materia prima, si bien por cuestiones de orden de distribución competencial entre órganos judiciales, la Sala del Tribunal Supremo circunscribe el enjuiciamiento a la Orden ITC/2795/2007, de 28 de septiembre de 2007.

El primero de los motivos invocados por la entidad mercantil demandante es de carácter formal, y se fundamenta en la falta de Informe del Consejo Consultivo de Hidrocarburos. El Tribunal Supremo no acoge este motivo, puesto que en el expediente administrativo constata la presencia del Informe 26/2007, remitido por la Comisión Nacional de Energía, donde a su vez constan las alegaciones formuladas por los miembros del Consejo Consultivo de Hidrocarburos, respecto de la propuesta de Orden.

Efectivamente, al amparo de diversos preceptos de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y de la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, recuerda la Sala que no cabe alegar la vulneración del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya reseñado, por la falta de convocatoria formal del Consejo Consultivo de Hidrocar-

buros, o por no constar alegaciones de todos los miembros integrantes, pues este organismo consultivo es órgano de asesoramiento de la Comisión Nacional de Energía. La Sala concluye que en el presente caso no se ha omitido el trámite de audiencia, y añade que cabe poner de relieve que el presidente de la entidad ahora recurrente ya había formulado alegaciones al borrador de Orden ministerial, ante el Secretario General de Energía. En consecuencia, el Tribunal Supremo desestima la supuesta lesión del derecho a participar en el procedimiento de elaboración de la mencionada Orden ITC/2795/2007, de 28 de septiembre.

En segundo lugar, la Sala examina, como motivo de impugnación de carácter sustantivo de la citada Orden, la infracción del principio de jerarquía normativa, en cuanto el artículo 2 de la Orden de continua referencia habría vulnerado el párrafo final de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a la Directiva 2003/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

La Sentencia estima el motivo de impugnación, porque constata, también con claridad, que la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 12/2007, de 2 de julio, muestra el designio del legislador en el sentido que, al establecer el calendario de adaptación del sistema tarifario de suministro de gas natural y la aplicación de la tarifa de último recurso, se exceptiona la tarifa de suministro de gas natural para su uso como materia prima, regulada en la Disposición Transitoria Única de la Orden ECO/33/2004, de 15 de enero, «que continúa vigente y será de aplicación hasta el 31 de diciembre de 2009».

El Tribunal Supremo destaca que se produce una vulneración, no sólo del principio de jerarquía normativa, sino también del principio de seguridad jurídica y del principio de confianza legítima, puesto que el inciso *in fine* de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 12/2007, de 2 de julio, impide al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio modificar la fórmula, que sirve para determinar los precios máximos a aplicar a los suministros de gas natural para su uso como materia prima. La Sala añade que las remisiones que se contienen en el cuerpo de la Orden impugnada no justifican la potestad ministerial para sustituir la fórmula de cálculo de esta tarifa específica, en contradicción con lo dispuesto en la disposición legal.

La Sentencia destaca igualmente que esta conclusión jurídica se revela acorde con el Informe 26/2007, de la Comisión Nacional de Energía, de 20 de septiembre de 2007.

Como último motivo de impugnación, la Sala entra a analizar la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios planteada por la entidad mercantil demandante, y la desestima. La Sentencia argumenta que la reclamación patrimonial por la lesión supuestamente producida a dicha sociedad recurrente no tiene como causa directa e inmediata la Orden ITC/2795/2007, de 28 de septiembre, objeto del presente recurso, sino que deriva, en realidad, de los pagos realizados en exceso en los meses de octubre y noviembre de 2007 a la empresa suministradora, como consecuencia de aplicar las Órdenes de 28 de septiembre de 2007 y de 25 de octubre de 2007, que la misma entidad recurrente también pretendía impugnar, pero que finalmente no son objeto de enjuiciamiento en este recurso contencioso-administrativo.

Cabe resaltar que la Sala desestima esta pretensión indemnizatoria, porque no puede ser atendida en este proceso contencioso-administrativo, ya que entiendo que incide en la

relación jurídica entablada con soporte en el contrato de naturaleza privada de suministro de gas, suscrito entre la entidad mercantil demandante y la empresa suministradora, contrato que, prosigue la Sala, si bien contiene elementos de Derecho público, en relación con el régimen tarifario de retribución de la actividad realizada, no está sujeto a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas. El argumento de la Sentencia no finaliza en este punto, sino que llega a precisar que, si a consecuencia de la nulidad del artículo 2 de la Orden cuestionada, la empresa suministradora ha de reintegrar aquel exceso pagado, la citada entidad suministradora tiene abiertas las vías pertinentes para el eventual resarcimiento de los perjuicios que le pudieran derivar del reintegro.

Por todo lo expuesto, la Sentencia concluye estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo y anula el artículo 2 de la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ITC/2795/2007, de 28 de septiembre.

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) **Venta y garantías de los bienes de consumo: bien defectuoso que ya ha sido instalado y obligación del vendedor de retirar el bien defectuoso e instalar el bien de sustitución.**
2. DEPORTE.
 - A) **Publicidad oficial de reglamento federativo sancionador.**
 - B) **Impugnación de la regulación administrativa de los procesos electorales en las federaciones deportivas.**
3. EDUCACIÓN.
 - A) **Universitaria.**
 - a) **Compatibilidad con la docencia universitaria.**
4. EXTRANJEROS.
 - A) **Permisos y visados.**
 - B) **Asilo y condición de refugiado.**
 - C) **Nacionalidad.**
5. SANIDAD.
 - A) **Consentimiento informado.**

-
1. CONSUMO
 - A) **Venta y garantías de los bienes de consumo: bien defectuoso que ya ha sido instalado y obligación del vendedor de retirar el bien defectuoso e instalar el bien de sustitución**

La **STJ de 16 de junio de 2011**, en los **Asuntos Acumulados C-65/09 y C-87/09**, responde varias cuestiones prejudiciales planteadas desde Alemania, en relación con la in-

interpretación del artículo 3, apartados 2 y 3, párrafo tercero, de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Con carácter preliminar, debe recordarse que, según el artículo 3, apartado 1, de la Directiva, el vendedor debe responder ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien. Y el artículo 3, apartado 2, de la Directiva enumera los derechos que puede hacer valer el consumidor contra el vendedor en caso de falta de conformidad del bien entregado. En primer lugar, el consumidor puede exigir que el bien sea puesto en una situación de conformidad. De no poder obtener esta puesta en conformidad, podrá exigir, en segundo lugar, la reducción del precio o la resolución del contrato. En relación con la puesta en conformidad del bien, el artículo 3, apartado 3, de la Directiva establece que el consumidor puede exigir del vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que su exigencia resulte imposible o desproporcionada.

El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de señalar [*vid.* crónica publicada en el núm. 40 de esta Revista, STJCE de 17 de abril de 2008; crónica XV.1.B)] que tanto del tenor literal del artículo 3 de la Directiva como, por lo demás, de sus trabajos preparatorios, se desprende que fue voluntad del legislador de la Unión hacer de la gratuidad de la puesta en conformidad del bien por el vendedor un elemento esencial de la protección que dicha Directiva garantiza al consumidor. Tal obligación de gratuidad de la puesta en conformidad del bien que incumbe al vendedor, sea en forma de reparación o de sustitución del bien no conforme, tiene por objeto proteger al consumidor del riesgo de cargas económicas que podrían disuadirlo de hacer valer sus derechos a falta de tal protección. Por consiguiente, debe señalarse que, si en caso de sustitución de un bien no conforme el consumidor no pudiera exigir al vendedor que se hiciera cargo de la retirada de éste del lugar en el que hubiera sido instalado con arreglo a su naturaleza y a su finalidad, y la instalación del bien de sustitución en el mismo lugar, tal sustitución le obligaría a soportar cargas económicas adicionales que no habría tenido que arrostrar si el vendedor hubiera ejecutado correctamente el contrato de compraventa. En efecto, si desde un principio éste hubiera entregado un bien conforme a dicho contrato, el consumidor sólo habría tenido que hacer frente una sola vez a los gastos de instalación y no habría tenido que cargar con los gastos relativos a la retirada del bien defectuoso.

Por lo tanto, el artículo 3, apartados 2 y 3, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que, cuando un bien de consumo no conforme que, antes de que se manifieste el defecto, hubiera instalado, de buena fe, el consumidor conforme a su naturaleza y a su finalidad, es puesto en conformidad mediante su sustitución, el vendedor está obligado a proceder por sí mismo a la retirada de ese bien del lugar en el que hubiera sido instalado y a instalar en ese lugar el bien de sustitución, o bien a cargar con los gastos necesarios para dicha retirada y para la instalación del bien de sustitución. Dicha obligación del vendedor existe independientemente de si, en virtud del contrato de compraventa, éste se hubiera comprometido a instalar el bien de consumo comprado inicialmente. Asimismo, el artículo 3, apartado 3, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una normativa nacional otorgue al vendedor el derecho a negarse a sustituir un bien no conforme, única forma de saneamiento posible, debido a que, a causa de la obligación de retirar ese bien del lugar en el que se hubiera instalado y de instalar en él el bien de sustitución, le

impone costes desproporcionados en relación con la relevancia de la falta de conformidad y del valor que tendría el bien si fuera conforme. No obstante, dicha disposición no se opone a que, en tal caso, el derecho del consumidor al reembolso de los gastos relativos a la retirada del bien defectuoso y a la instalación del bien de sustitución se limite a la asunción, por el vendedor, de una cantidad proporcionada.

2. DEPORTE

A) Publicidad oficial de reglamento federativo sancionador

La **STS de 8 de noviembre de 2010**, Ar. 7956, resuelve en casación el recurso interpuesto por el abogado del Estado, frente a la STSJ de Madrid, que había estimado parcialmente el recurso interpuesto contra *sanción de inhabilitación* temporal de cinco años de derechos federativos, resolución dictada en origen por el Comité Jurisdiccional y Disciplinario de la Real Federación Española de Caza y recurrida en vía administrativa ante el CEDD del CSD. El TSJ en primera instancia razona que «exigencias derivadas del principio de legalidad en materia sancionadora, en su dimensión material, imponen que las disposiciones federativas que contengan la regulación del régimen disciplinario —estatutos o reglamentos federativos— sean calificadas de normas jurídicas (no puede olvidarse que son aprobados, tanto los estatutos como los reglamentos federativos, por el Consejo Superior de Deportes, organismo autónomo de carácter administrativo —artículos 7 y 8 de la Ley 10/1990—) y, como tales, deben estar publicadas para el conocimiento de sus destinatarios (artículos 25.1 y 9.3 CE). Una cosa es que la Ley 10/1990, sólo obligue a la publicación en periódico oficial de los estatutos (artículo 31.7), y no de los reglamentos federativos, y otra bien distinta que estos últimos no puedan ser publicados, publicación que, en nuestro criterio, deviene obligada cuando en ellos se contiene el régimen disciplinario deportivo». Al efecto además se añade que la «inscripción registral no puede suplir la publicación en el diario oficial que corresponda ya que ... las Federaciones, cuando actúan la potestad disciplinaria, actúan una potestad pública delegada por la Administración en la que, además, no está presente sólo la garantía del buen funcionamiento de las organizaciones deportivas, sino también un claro interés público que trasciende a dichas organizaciones y afecta al orden jurídico general; y, por ello, las disposiciones que las Federaciones están facultadas a dictar para regular dicha potestad —en el marco de la Ley 10/1990, y de los Reales Decretos que la desarrollan— revisten el carácter de auténticas normas jurídicas y es esta naturaleza normativa la que exige, para su conocimiento, constancia y certeza, su publicación en el instrumento oficial de publicación de las normas jurídicas, de las disposiciones administrativas, que es, exclusivamente, el diario oficial que corresponda (artículo 52.1 LRJyPAC)». Por lo que se concluye señalando «que las resoluciones impugnadas deben ser anuladas por contravenir el principio de legalidad en materia sancionadora, reconocido en el artículo 25.1 CE, al no estar tipificadas las infracciones por las que el recurrente ha sido sancionado en una norma jurídica debidamente publicada, como es consustancial a toda norma jurídica —o al menos, a su eficacia—, vulnerándose así, la vertiente material del citado principio que reclama la predeterminación “normativa” de las conductas ilícitas y de las sanciones que les corresponden».

Por su parte el Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida del TSJ, y al efecto señala que «las federaciones no son asociaciones en las que sea obligatorio inscribirse ni federarse para la práctica del deporte. En el caso de la que nos ocupa, no hace falta formar parte de ella para cazar, pues basta la licencia expedida por las autoridades competentes. Se inscriben en las federaciones los deportistas que quieran participar en competiciones oficiales. Por tanto, es una decisión voluntaria la de integrarse en las mismas y quien decide libremente formar parte de una asociación privada en la que no está obligado a entrar, lo hace conociendo sus reglas y aceptando someterse a ellas». De donde se concluye que el reglamento federativo cuestionado en materia sancionadora de la Federación de caza no es una norma disciplinaria «dirigida a la generalidad de los ciudadanos ni a quienes se hallan en una determinada situación de sujeción que les viene impuesta por el ordenamiento jurídico al margen de su voluntad, sino de normas que tienen por destinatarios a quienes libremente han querido federarse. Normas que sancionan, por lo demás, la actuación de los miembros de las federaciones deportivas que en el curso de las actividades y competiciones de las propias federaciones incurran en alguna de las infracciones preestablecidas en la Ley, en los estatutos o en estos reglamentos. Normas, en definitiva, que se integran en el acervo de reglas que rige en la federación y que, quienes quieren entrar en ella, asumen en el momento de su incorporación».

Por lo tanto, en oposición a la tesis del TSJ, se concluye que no resulta necesaria «la publicación en un diario oficial de estos reglamentos para que puedan ser aplicados válidamente, que es la razón por la que el legislador no la ha exigido. En otras palabras, en este caso, la publicidad exigida es la necesaria en función de la naturaleza del medio en que operan las normas disciplinarias. De igual modo que hay disposiciones que no es necesario publicar en el Boletín Oficial del Estado para que cobren eficacia sino que basta con se incluyan en otro diario oficial de ámbito territorial más restringido, cuando se trata de asociaciones privadas de carácter voluntario puede ser suficiente la previsión de la inscripción de los reglamentos que —no se olvide— parten de las prescripciones legales y estatutarias». Además, a juicio del TS, «interesa recordar, en este sentido, que la Ley 10/1990 dedica su Título XI a la Disciplina Deportiva. Según su artículo 73 su ámbito está constituido por “las infracciones de reglas del juego o competición y normas generales deportivas tipificadas en esta Ley, en sus disposiciones de desarrollo y en las estatutarias o reglamentarias de Clubes deportivos, Ligas profesionales y Federaciones deportivas españolas”. En este contexto, considera infracciones que deben ser sancionadas “las acciones u omisiones que, durante el curso del juego o competición, vulneren, impidan o perturben su normal desarrollo”. Y entiende por “infracciones a las normas generales deportivas las demás acciones u omisiones que sean contrarias a lo dispuesto por dichas normas”. También interesa tener presente que, entre las infracciones tipificadas en el Real Decreto 1591/1992, en desarrollo de la Ley 10/1990, figura la muy grave prevista en el artículo 14.d) consistente en “Los comportamientos, actitudes y gestos agresivos y antideportivos de jugadores, cuando se dirijan al árbitro, a otros jugadores o al público”. Y que tanto la Ley [artículo 79.1.a)] como este Real Decreto [artículo 21.h)] contemplan la sanción de inhabilitación, precisando este último su duración de dos a cinco años para las faltas muy graves. En fin, el artículo 100 de los Estatutos de la Real Federación Española de Caza remite a su Reglamento Jurisdiccional y Disciplinario para la aplicación del Título XI de la Ley del Deporte».

B) Impugnación de la regulación administrativa de los procesos electorales en las federaciones deportivas

Tres SSTS de 16 de diciembre de 2009, Ar. 2863/2010, de 8 de noviembre de 2010, Ar. 8251, y 22 de diciembre de 2010, Ar. 785/2011, resuelven múltiples recursos interpuestos tanto contra el Real Decreto 1026/2007, de 20 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1835/1991, de Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas, como contra la Orden ECI/3567/2007, de 4 diciembre, por la que se regulan los procesos electorales en las federaciones deportivas españolas. Todos los recursos son desestimados, salvo el interpuesto directamente por el Presidente de la RFEF, a título personal, como persona física contra el Real Decreto 1026/2007, que es inadmitido. A este último propósito, el TS afirma que el «derecho o interés legítimo» (artículo 19 LJ) no se identifica con el mero interés objetivo a que se respete la legalidad, exigiéndose la legitimación *ad causam* en el sentido de acreditar en qué pueda afectar al recurrente mostrando en qué consiste para él el beneficio, utilidad o ventaja que le puede reportar el resultado del litigio de serle favorable. «Y para este supuesto no basta con que se diga que el demandante interpone el proceso porque siendo Presidente de la Federación desea seguir aspirando a serlo en el futuro presentándose a un nuevo proceso electoral puesto que el que se modifique el Real Decreto para que convocadas nuevas elecciones, las Juntas Directivas se disuelvan, asumiendo sus funciones las Comisiones Gestoras designadas, no afecta en nada a ese deseo de seguir al frente de la Federación, puesto que ese cambio normativo ni le beneficia ni le perjudica en esa apetencia, sino que afecta por igual a todos aquellos que deseen concurrir a la liza electoral futura, y mantener lo contrario sería defender no un interés legítimo sino espurio de gozar de ventaja frente al resto de los posibles participantes en el proceso electoral lo que no es imaginable en quien ostenta la representación de la Federación afectada por el Real Decreto. En consecuencia el Presidente de la Federación Española de Fútbol en el momento de la interposición del recurso no poseía a título particular interés legítimo en el recurso que por tanto para él era inadmisibles, si bien sí lo poseía en su condición de Presidente de la Real Federación cuya representación ostenta en el proceso a esos efectos».

Respecto al fondo de la cuestión, el Tribunal Supremo recuerda que «la Constitución ha impuesto a algunas de las asociaciones y entidades de base asociativa más relevantes por la trascendencia de las funciones que desempeñan —los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones empresariales, los colegios y las organizaciones profesionales— una estructura interna y un funcionamiento democráticos (artículos 6 y 7 y 36 y 52). Y la Ley del Deporte ha querido extender a las Federaciones Deportivas exigencias de esta naturaleza (artículo 31.1), atribuyéndoles el ejercicio de funciones públicas, que el Real Decreto de federaciones deportivas las ha articulado. Por lo tanto, pese a su naturaleza privada ejercen funciones públicas de carácter administrativo dentro de la vida social, que se detallan en el artículo 33 de la Ley, actuando en este sentido como agentes de la Administración, y es esta circunstancia, la que habilita al Gobierno como señala la STC 67/1985 [F. 4, apartado D)], para regular la exigencia de “determinados requisitos para su constitución, dado que no se trata de asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 de la Constitución, que no reconoce el derecho de asociación para constituir asociaciones cuyo objeto sea el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo”. Por eso, dado que el derecho

a constituir Federaciones españolas existe en la medida y con el alcance con que lo regula la Ley, no es inconstitucional que el legislador prevea determinados requisitos y fases para su constitución definitiva».

Por todo ello la regulación del Real Decreto impugnado, que establece límites temporales a la permanencia como Presidente de federaciones deportivas españolas o la Orden impugnada, que *fija entre otras muchas cuestiones el comienzo de los procesos electorales en el primer trimestre del año de celebración de los Juegos Olímpicos de Verano* no vulneran el artículo 22 CE, pues las Federaciones Deportivas no tienen la consideración de asociaciones encuadradas en el marco general de la LO 1/2002 —el propio artículo 1.3 de ésta las remite a una norma legal específica— porque desempeñan funciones públicas por delegación y, por tanto, tampoco pueden tener una libertad absoluta de configuración interna, en la medida en que su existencia y actividad debe estar orientada también al cumplimiento de los fines de interés general que figuran reconocidos en el artículo 43.3 CE. Por consiguiente, «sus máximos órganos de gobierno y representación, como son la Asamblea General (artículo 15 del RD 1835/1991) y el Presidente (artículo 17 del RD 1835/1991) de cada Federación, en cuanto que son los que han de tomar las decisiones más importantes que afectan al normal ejercicio de las competiciones deportivas oficiales dentro del Estado, habrán de regirse por un proceso de nombramiento que garantice de modo uniforme para todas las Federaciones Deportivas el principio de representatividad democrática».

3. EDUCACIÓN

A) Universitaria

a) *Compatibilidad con la docencia universitaria*

Sendas **SSTS de 12 de julio de 2010**, Ar. 6198 y 7093, anulan dos acuerdos del Consejo General de Poder Judicial denegatorios de la compatibilidad solicitada por dos Magistrados en situación de servicios especiales con destino en el Gabinete Técnico de Información y Documentación del Tribunal Supremo. La denegación inicial, una vez admitido que se cumplían los requisitos relativos al horario, deber de residencia y límite de dedicación, se había fundado en la existencia de «razones excepcionales», por considerar que la compatibilidad la impedían la especial dedicación inherente al cargo y la aplicación del mismo criterio que a los letrados del propio Consejo General del Poder Judicial. No lo interpretará así el Tribunal Supremo que, estimando los recursos, anulará los acuerdos razonando de la siguiente manera: «en este contexto, no basta para denegar la autorización pedida con invocar la capacidad del Consejo para establecer una determinada política judicial, ni con afirmar que es necesaria la plena disponibilidad de los magistrados del Gabinete Técnico. Tampoco basta la apelación a lo que se ha hecho con los letrados del Consejo General del Poder Judicial. Y no es suficiente porque, debemos insistir, se parte de un derecho a la compatibilidad y de una actuación previa del Consejo que, en circunstancias iguales a las de ahora, la había venido concediendo y de un expediente administrativo que ofrecía razones para concederla nuevamente y ninguna para denegarla. La mera invocación de una determinada política judicial y la apelación a la plena disponibilidad de los magistrados del Gabinete Técnico son insuficientes para justificar la decisión adoptada porque son afirma-

ciones genéricas que pierden su fuerza de convicción a causa del previo proceder del Consejo General del Poder Judicial en circunstancias que no han cambiado y ante el contenido del expediente. Por lo demás, la referencia al régimen de los letrados del Consejo no es válida porque ni se ha establecido que sea el mismo que el de los magistrados del Gabinete Técnico ni cabe desconocer el reiterado informe del superior orgánico del recurrente sobre la inexistencia de obstáculos a la solicitud relacionados con el ejercicio por el interesado de sus responsabilidades en el Tribunal Supremo».

4. EXTRANJEROS

A) Permisos y visados

Las **SSTS de 27 de octubre y 17 de diciembre de 2010**, Ar. 7707 y 707 de 2011, consideran correctamente denegada la concesión de un visado a sendos ciudadanos colombianos (como requisito de acceso al territorio español) por no comparecer a la entrevista personal a la que se les había citado en el Consulado General de España en Bogotá, a los efectos legalmente previstos de comprobar la identidad del solicitante, la validez de la documentación aportada y otras circunstancias del solicitante (en especial, las económicas, académicas o profesionales).

Por su parte, la **STS de 3 de diciembre de 2010**, Ar. 8884, ratifica la legalidad de la denegación de un visado de estancia de corta duración, para visitar al cónyuge (interno en un centro penitenciario español). Pero, además de las circunstancias concretas, y con carácter previo, trae a colación la doctrina del Tribunal Constitucional que, en su enjuiciamiento de la Ley de Extranjería, ya interpretó que no era inconstitucional la innecesariedad de motivación para tales denegaciones.

En fin, la **STS de 17 de diciembre de 2010**, Ar. 720 de 2011, sí que reconoce el derecho a un visado de reagrupación familiar al hijo del recurrente en casación, tras reconocer legitimación activa a este último para la interposición del recurso (que se le había denegado en el proceso inicial).

B) Asilo y condición de refugiado

La **STS de 22 de octubre de 2010**, Ar. 7545, anula la resolución administrativa del cese de la condición de refugiada de la solicitante. El fundamento de la inicial resolución rescisoria fue que dicho *status* se había reconocido, en su momento, al esposo de la recurrente y ahora habían cambiado las circunstancias puesto que se había roto el matrimonio y el marido había vuelto a Colombia. Sin embargo, el Tribunal Supremo entenderá que el asilo se había otorgado a ambos cónyuges porque ambos habían sufrido persecución política y que la vuelta del ex marido a su país no se debía a un cambio de circunstancias sino (según había declarado en su comparecencia) a que su padre se encontraba en los últimos días de su vida y a la dificultad de encontrar trabajo en España.

La **STS de 17 de diciembre de 2010**, Ar. 700 de 2011, ordena retrotraer las actuaciones para que se pueda practicar, efectivamente, la prueba solicitada por el recurrente con res-

pecto a la persecución política padecida por parte de las FARC (en concreto, la aportación de las alegaciones efectuadas por otros solicitantes de asilo, a los que se les había concedido éste, y en base a las cuales la instructora del expediente había considerado contradictorias las declaraciones del recurrente), todo ello en aras de garantizar la no indefensión.

C) Nacionalidad

Comienzan a ser muchas las sentencias que se ocupan de las solicitudes de otorgamiento de nacionalidad, en coherencia con el paso del tiempo desde que se comenzó el fenómeno inmigratorio en España. Recogeremos a continuación las más significativas.

Así, la **STS de 22 de junio de 2010**, Ar. 5783, establece el criterio de que incumbe a la Administración, *en el momento de resolver la solicitud* (no, por tanto, después) dar todas las razones por las que se 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 basaba, era o no ajustada a Derecho. En este mismo sentido, de impedir que la Administración aporte nuevas razones para la denegación en el recurso contencioso-administrativo, tenemos la **STS de 21 de septiembre de 2010** Ar. 6701.

La **STS de 29 de junio de 2010**, Ar. 5954, concede la nacionalidad porque la denegación se había basado en la existencia de una orden de expulsión que resultó posteriormente anulada por el Tribunal Supremo.

La **STS de 6 de julio de 2010**, Ar. 6055, concede la nacionalidad por no considerar suficiente para su denegación el haber figurado inicialmente en unas actuaciones penales que fueron objeto de sobreseimiento provisional.

Hay una serie de sentencias que viene a establecer una especie de línea de continuidad interpretativa (que ya habíamos detectado en anteriores *Crónicas*) en el sentido de que, pese a existir algún antecedente penal, si éste es alejado en el tiempo y con posterioridad se acredita una estancia continuada correcta, laboriosa y familiar, debe otorgarse la nacionalidad (así, **SSTS de 6 de julio de 2010**, Ar. 6055; de **8 de julio de 2010**, Ar. 6106 y 6116; de **21 de septiembre de 2010**, Ar. 6701; de **27 de octubre de 2010**, Ar. 7718 y 7719, y de **29 de octubre de 2010**, Ar. 998 de 2011).

En otro sentido, el Tribunal Supremo ha interpretado que la mera cancelación de los antecedentes penales no otorga el derecho a la nacionalidad, sino que el requisito de la buena conducta cívica debe analizarse en su globalidad y, por ejemplo, en el caso fueron decisivas las actuaciones de búsqueda y captura (**STS de 29 de octubre de 2010**, Ar. 7751). En esta misma línea, a la cancelación de antecedentes debe añadirse otros datos de buena conducta cívica, además de no haber delinquido con posterioridad (**STS de 29 de octubre de 2010**, Ar. 7755).

Por su parte, la **STS de 24 de septiembre de 2010**, As 6753, considera fundamento suficiente de la denegación los informes policiales relativos a la condescendencia del solicitante con el terrorismo islamista, la falta de tolerancia, etc.

La **STS de 19 de octubre de 2010**, Ar. 7597, otorga la nacionalidad —que había sido denegada inicialmente—, al considerar incorrecto que su Tarjeta Familiar de Residente

Comunitario careciera de validez tras su separación matrimonial y, por tanto, su estancia en España hubiera sido radicalmente ilegal (a efectos del plazo establecido como requisito para la nacionalidad, obviamente).

La **STS de 17 de diciembre de 2010**, Ar. 701 de 2011, ratifica la denegación al comprobar que, pese a su matrimonio con español, no constaba su convivencia con éste, sino en el domicilio de un tercero con el que había tenido un hijo.

La **STS de 17 de diciembre de 2010**, Ar. 713 de 2011, también ratifica la denegación por falta de integración en la sociedad española, al desconocer casi por completo el idioma español.

En fin, la **STS de 20 de octubre de 2010**, Ar. 7406, ratifica la denegación (inicialmente, por silencio administrativo del Consejo de Ministros) de la concesión de nacionalidad *por carta de naturaleza* (que, como dispone el artículo 21.1 CC, se otorga discrecionalmente mediante Real Decreto y cuando concurren circunstancias excepcionales); y lo hace por entender que no concurren, en exclusivo criterio gubernamental, tal excepcionalidad (si bien el cúmulo de circunstancias que rodean al caso, y que aquí no procede detallar, eran bastante insólitas y perjudiciales para el solicitante).

5. SANIDAD

A) Consentimiento informado

Podemos citar aquí un par de sentencias que, aunque dictadas en el marco de un proceso por responsabilidad patrimonial de la Administración, contienen sendas referencias de algún interés al requisito básico de todo tratamiento sanitario, cual es el consentimiento informado del interesado.

Así, la **STS de 25 de junio de 2010**, Ar. 5895, llega a la conclusión de que la información y el consentimiento existieron (y, por tanto, los da por válidos) a pesar de no haberse reflejado de forma escrita.

La **STS de 29 de junio de 2010**, Ar. 5948, ratifica el incumplimiento de la *lex artis* porque, aunque hubo consentimiento escrito, la información relativa a las posibles complicaciones postoperatorias fue incompleta. En este sentido, podemos leer:

«No sólo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales como aquí se invoca respecto a la primera intervención. Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar.

Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento».

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

A) Jurisdicción: el conocimiento de los recursos relativos a las acciones encaminadas al cobro de las cuotas exigidas por la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (CORES) para el mantenimiento de las existencias estratégicas de productos petrolíferos corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

B) Competencia.

a) Audiencia Nacional.

a') La Audiencia Nacional tiene competencia para conocer del recurso frente a la Resolución de la Generalidad de Cataluña desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial en los casos Fórum y Afinsa.

b') La Audiencia Nacional conoce del recurso frente a la desestimación presunta de una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante AENA por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la puesta en funcionamiento de nuevas pistas en el Aeropuerto de Barajas.

b) Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos frente a la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública que declara inadmisibles los recursos de alzada interpuestos contra escritos informativos de la Dirección General de la Función Pública por los que se deniegan las peticiones de determinados funcionarios de reclasificación de los Cuerpos y Escalas.

C) Sujetos: Legitimación.

a) Legitimación de una empresa concesionaria de autopista en la aprobación de un PAU.

b) Una empresa que tiene como objeto social el negocio del gas y la electricidad tiene interés legítimo para impugnar las disposiciones reglamentarias que regulan la Oficina de Cambios de Suministrador.

c) En la impugnación de disposiciones generales que afectan a intereses profesionales tienen legitimación los profesionales y las entidades asociativas cuya finalidad estatutaria sea atender y promover tales intereses, pero se exige que tengan carácter de afectados, en el sentido de que su ejercicio profesional resulte afectado por el reglamento impugnado.

D) Objeto: El acuerdo verbal del Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el ejercicio de sus funciones de policía de estrados es una resolución de naturaleza jurisdiccional, lo que determina la incompetencia del CGPJ.

E) Procedimiento.

- a) La falta de impugnación de la liquidación practicada a la recurrente no constituye obstáculo para su reclamación y declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado así como del derecho de la parte recurrente a ser indemnizada.
- b) Plazos.
 - a') Inadmisión por extemporaneidad del recurso de revisión para la declaración de error judicial, ya que la interposición de un recurso de casación improcedente no suspende el plazo para instar la declaración de error.
 - b') El incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo interrumpen el plazo del recurso cuando su fundamento es poner de manifiesto el error judicial padecido.

F) Ejecución de sentencias: el plazo para instar la ejecución de las sentencias en el orden contencioso-administrativo es de quince años ya que no se aplica supletoriamente el plazo de cinco años de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

G) Medidas cautelares.

- a) Aplicación moderada de la apariencia de buen derecho.
- b) En las cuestiones relativas a la recuperación de la posesión del dominio público que implica demolición se produce la prevalencia del interés general ínsito en la recuperación del dominio.

2. RECURSO DE CASACIÓN.

- A) Inadmisión: el valor de la pretensión viene determinado por la cuota tributaria, pues ésta es la que representa el verdadero valor económico de la pretensión.**
 - B) Admisión antiformalista del recurso de casación.**
-

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el 1 de octubre de 2010 al 1 de febrero de 2011, entre los que merecen ser destacados los relativos al objeto del recurso contencioso-administrativo y a la admisión antiformalista del recurso de casación.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- A) Jurisdicción: el conocimiento de los recursos relativos a las acciones encaminadas al cobro de las cuotas exigidas por la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (CORES) para el mantenimiento de las existencias estratégicas de productos petrolíferos corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa**

En la **STS de 1 de febrero de 2011** (ROJ: STS 729/2011), la Sala, partiendo de la noción dada por el Tribunal Constitucional al concepto de prestación patrimonial de carácter público del artículo 31.3 de la Constitución, reafirma la naturaleza jurídica de ingreso de

derecho público de las cuotas exigidas por la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (CORES) para el mantenimiento de las existencias estratégicas de productos petrolíferos, al estar previstas directamente por la ley y vinculadas a la competencia del Estado sobre la ordenación de la economía, en relación con la garantía del suministro de productos petrolíferos. Por dicha razón, anula un primer aspecto de la disposición reglamentaria impugnada, en cuanto que afirmaba el carácter privado de dichas cuotas. En línea con ello, anula igualmente la atribución a la jurisdicción civil de las acciones encaminadas a su cobro, pues, como ingresos de derecho público, pueden ser recaudadas en vía administrativa de apremio, con independencia de que, ordinariamente, CORES actúe son sujeción al Derecho Privado.

Sobre la vía jurisdiccional adecuada para la reclamación a los sujetos obligados al pago de las cuotas correspondientes a las existencias estratégicas de productos petrolíferos y los costes de CORES se pronuncia la Sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 2 de abril de 2009: «Sin embargo, la aceptación de las anteriores conclusiones, en las que se apoya este motivo de infracción procesal, no es suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional sobre la pretensión ejercitada en este proceso corresponde a la Administración, y consecuentemente, a la jurisdicción contencioso-administrativa, pues la calificación de las cuotas como ingresos de Derecho público no es suficiente para considerar sometido al Derecho administrativo el régimen de ejecución de las cuotas en su integridad (...).

Esta Sala, en efecto, tiene reiteradamente declarado que corresponde al orden jurisdiccional civil, según el artículo 9.1 LOPJ, el conocimiento de los conflictos *inter privados* [entre particulares], puesto que se le atribuyen las materias que le son propias, además de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional; pero el hecho de que la controversia deba resolverse aplicando normas de Derecho administrativo no comporta necesariamente que estemos en presencia de una cuestión de la que deba conocer la Administración Pública y, por derivación, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, competente para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos administrativos sujetos al Derecho administrativo (artículo 9. 4 LOPJ), toda vez que el artículo 10.1 LOPJ autoriza a cada orden jurisdiccional a conocer de los asuntos que no le estén atribuidos privativamente a los solos efectos prejudiciales (...).

Asimismo, esta Sala ha puesto de relieve la relación existente entre 9.2 LOPJ, que establece la *vis attractiva* [fuerza atractiva] y el carácter residual de la jurisdicción civil con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a no padecer dilaciones indebidas (SSTS, entre las más recientes, de 5 de diciembre de 2008, RC n.º 2423/02, 18 de septiembre de 2008, RC n.º 636/2002, 24 de junio de 2008, RC n.º 760/2001, 6 de marzo de 2007, RC n.º 706/2000). En consonancia con este principio, en sentido inverso, ha admitido excepciones al principio de la *vis attractiva* del orden jurisdiccional civil, aunque la reclamación se dirija conjuntamente contra una Administración pública y contra particulares, si mediante la petición de condena solidaria se pretende eludir el origen del daño en un acto administrativo, en un contrato regido por el Derecho administrativo o en una actuación de la Administración en el ejercicio de sus competencias y no constitutiva de vías de hecho (SSTS 31 de octubre de 1995, RC n.º 1540/92, 24 de septiembre de 1996, RC n.º 4028/92, 18 de noviembre de 1997, RC n.º 3005/93, 27 de enero de 1928, RC n.º 266/94, 20 de marzo de 1999, RC n.º 2791/94, 15 de junio de 1999, RC n.º 3364/94, 14 de junio de

2000, RC n.º 2454/95, 7 de febrero de 2001, RC n.º 353/1996, 28 de febrero de 2007, RC n.º 262/2007). En el caso examinado no se produce, según lo razonado, una situación que pueda considerarse análoga, sino que se observa la imposibilidad por parte de la demandante de acudir a un cauce administrativo para la ejecución forzosa de la obligación de la que es acreedora por razón de su conexión con el Derecho privado.

La Sala de apelación se atiene a esta interpretación, pues considera que la cuestión planteada corresponde a la jurisdicción civil en aplicación del artículo 9.2 LOPJ. Por ello, aun cuando no puedan aceptarse todos los argumentos que expone en defensa de esta tesis, no se advierte que la sentencia dictada incurra en la infracción que se le imputa».

Sin embargo, según la resolución que aquí comentamos: «Como es sabido, las normas que delimitan la competencia jurisdiccional son de orden público, sin que puedan modificarse las disposiciones reglamentarias. Y siendo, como antes hemos razonado, las cuotas de CORES ingresos de Derecho Público, corresponde, de forma coherente, derivada de la anterior configuración, que dichos ingresos públicos puedan ser reclamados por vía de apremio, en cuanto constituye la vía adecuada en el procedimiento de ejecución de las prestaciones públicas. Por tal razón, podría eventualmente una norma con rango de ley modificar este concreto aspecto procedimental, pero entendemos que la declaración contenida en los preceptos del reglamento impugnados que, tras definir las cuotas como ingresos privados, atribuye en exclusiva la competencia para su reclamación a la jurisdicción civil carece de fundamento suficiente atendidas las específicas circunstancias expuestas, lo que conlleva la declaración de nulidad.

Esta declaración de nulidad no contradice la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que realiza una interpretación del artículo 9.2 LOPJ a la luz del artículo 24.1 CE y toma en consideración, precisamente, los preceptos que ahora anulamos —que atribuyen el conocimiento a la vía civil— junto al carácter residual de la jurisdicción civil».

B) Competencia

a) Audiencia Nacional

- a') La Audiencia Nacional tiene competencia para conocer del recurso frente a la Resolución de la Generalidad de Cataluña desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial en los casos Fórum y Afinsa

En la cuestión de competencia territorial suscitada entre la Audiencia Nacional y un TSJ en relación con el recurso contencioso-administrativo promovido por la Asociación de Afectedos de Fórum y Afinsa contra resolución del Consejero de Economía de la Generalidad de Cataluña desestimatoria de su reclamación de responsabilidad patrimonial, la **STS de 16 de diciembre de 2010** (ROJ: STS 7101/2010) resuelve atribuyendo dicha competencia a la Audiencia Nacional.

Considera el Alto Tribunal que, a pesar de que el conocimiento de las impugnaciones de las decisiones adoptadas en materia de responsabilidad patrimonial por órganos de una Comunidad Autónoma y del Estado correspondería a órganos jurisdiccionales diferentes, la finalidad de no dividir la contienda de la causa y evitar resoluciones contradictorias postula a favor de un conocimiento unitario por parte del órgano jurisdiccional que tenga atribuida una competencia más amplia y que la interpretación integradora de las reglas sobre competencia

objetiva previstas en la Ley Jurisdiccional permite concluir que la competencia objetiva en los casos en que hayan de fiscalizarse decisiones sobre responsabilidad patrimonial adoptadas por diferentes Administraciones, pero fundadas en igual causa de pedir ha de corresponder al órgano jurisdiccional competente para fiscalizar el acto dictado por la Administración de mayor ámbito territorial, órgano que en el presente caso es la Audiencia Nacional.

- b') La Audiencia Nacional conoce del recurso frente a la desestimación presunta de una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante AENA por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la puesta en funcionamiento de nuevas pistas en el Aeropuerto de Barajas

La **STS de 16 de diciembre de 2010** (ROJ: STS 7100/2010) resuelve una cuestión negativa de competencia entre la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo para el conocimiento del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante AENA por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la puesta en funcionamiento de nuevas pistas en el Aeropuerto de Barajas.

Si bien la reclamación se dirigía a AENA, en ésta se solicitaba que se declarara la responsabilidad patrimonial de dicha entidad o del Ministerio de Fomento y, según consta en el expediente administrativo, dicha reclamación se remitió al Ministerio de Fomento para su tramitación, el cual la asumió, si bien a la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo no había dictado resolución expresa, por lo que hay que entender que el acto presunto que se recurre procede del Ministerio de Fomento, y en consecuencia la competencia para su conocimiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

- b) *Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos frente a la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública que declara inadmisibles los recursos de alzada interpuestos contra escritos informativos de la Dirección General de la Función Pública por los que se deniegan las peticiones de determinados funcionarios de reclasificación de los Cuerpos y Escalas*

La **STS de 16 de diciembre de 2010** (ROJ: STS 7222/2010), dictada en la cuestión negativa de competencia suscitada entre un Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo y un TSJ en relación con el recurso contencioso-administrativo formulado contra resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública que declara inadmisibles los recursos de alzada interpuestos contra escritos informativos de la Dirección General de la Función Pública denegatorios de las peticiones de determinados funcionarios de reclasificación de los Cuerpos y Escalas y reconocimiento y abono de las retribuciones correspondientes, resuelve atribuir aquélla, conforme a lo ya dispuesto en pronunciamientos anteriores, al TSJ ya que la actuación originariamente impugnada resulta claramente catalogable como cuestión de personal y procede de la Dirección General de la Función Pública, órgano de la Administración General del Estado cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional y con nivel orgánico inferior al de Ministro o Secretario de Estado.

C) Sujetos: Legitimación

a) *Legitimación de una empresa concesionaria de autopista en la aprobación de un PAU*

La STS de 24 de noviembre de 2010 (ROJ: STS 7239/2010), resuelve un recurso de casación contra la sentencia que inadmitió el recurso contencioso-administrativo contra la aprobación de un PAU en el que pretendía la concesionaria de autopistas recurrente que se incluyera en el ámbito del sector el tramo de autopista y que se le compensase con el aprovechamiento que le correspondiese.

La sentencia de instancia inadmitió el recurso por haberse ejercido, no una acción pública, sino una acción en defensa de derechos o intereses particulares, cuando en realidad es el Estado (titular de la autopista) y no la concesionaria, el que ostenta un interés legítimo.

Se expone por la entidad recurrente que la acción pública puede ejercitarse en defensa de la legalidad, con cita de diversa jurisprudencia que ratifica tal planteamiento, permitiendo ésta no sólo la anulación de los actos administrativos contrarios a la normativa urbanística, sino además el ejercicio de otras pretensiones, sin que a ello se oponga el hecho de que formalmente no conste que ésa es la acción que ejercita el demandante. Por ello la entidad recurrente critica la sentencia de instancia por no considerar ejercitada tal acción pública y porque la inexistencia de un interés directo o legítimo no puede ser obstáculo para el ejercicio de la acción pública, imponiéndose, además, en esta materia, una interpretación a favor del derecho *pro actione* que conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución. Se expone por la recurrente la compatibilidad de ejercicio de ambas acciones, esto es, la compatibilidad de la acción pública con el ejercicio de la acción basada en intereses privados, esto es, con un interés directo y legítimo, tal y como aconteció en el supuesto de autos en el que —en el suplico de la demanda— solicitó no sólo la anulación del acto recurrido, sino también la adopción de las medidas tendentes al restablecimiento de la legalidad urbanística, consistentes en la inclusión de la superficie ocupada por la Autopista en el ámbito del Sector 1 del PAU y la redelimitación de su red viaria.

El Tribunal Supremo aprecia que sí existe acción pública, la cual puede ejercitarse en defensa de la legalidad, permitiendo dicha acción pública no sólo la anulación de los actos contrarios a la normativa urbanística, sino también el ejercicio de otras pretensiones. La inexistencia de un interés directo o legítimo de la concesionaria no puede ser obstáculo para el ejercicio de la acción pública, siendo compatible además el ejercicio de la acción pública y la realizada en defensa de los intereses particulares de la concesionaria. Así, aunque sea el Estado el titular de la autopista, no puede negarse a la concesionaria un interés directo derivado de la colindancia de la autopista con el sector, sin prejuzgar si la pretensión resulta viable.

El artículo 19.1.a) LJCA dispone que «están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo»; y conocemos, sobradamente, el concepto que de legitimación se ha ido perfilando por este Tribunal Supremo así como por el Constitucional. En tal sentido debemos señalar que la legitimación activa es la consideración especial en que tiene la Ley a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto de un litigio concreto en virtud del cual, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuando al fondo, se hace preciso que sean esas personas las que figuren como parte actora en ese procedimiento, personas que en

la generalidad de los casos son las titulares activas de la relación jurídica controvertida en el proceso. Esto es, 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, constituyendo 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.

Pues bien, desde la perspectiva expresada el motivo ha de ser acogido, al no poder negarse en el supuesto de autos el interés legítimo y directo de la concesionaria a la vista de las pretensiones ejercitadas y de la relación de éstas —de las citadas pretensiones deducidas en el recurso contencioso-administrativo— con el acto objeto de las mismas, esto es, el Acuerdo del Ayuntamiento.

Si bien se observa, mediante el citado Acuerdo se aprobó provisionalmente el Programa para el desarrollo de la Actuación Integrada del Sector 1 del PAU, del Plan General Municipal de Ordenación Urbana, y, frente a éste, la recurrente ejercita una doble pretensión: una pretensión anulatoria del Acuerdo municipal; impugnación que realiza en su condición de concesionaria de unos terrenos —por los que discurre una autopista— que la propia recurrente entiende deben estar incluidos en el ámbito de un sector colindante con ella. Y, por otra parte, una pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, directamente unida a la anterior, por cuanto de tal inclusión en el sector la recurrente deduce —y solicita— su derecho tanto al aprovechamiento correspondiente (por incluirse los terrenos de los que es concesionaria en el área de reparto) así como el de redelimitación de la red viaria del mismo para posibilitar su integración con la autopista.

La relación y colindancia con el Sector en el que pretende ser incluida, a los efectos expresados, no ofrece duda, por lo que tampoco la ofrece que la recurrente cuenta con un suficiente título básico para el acceso a la jurisdicción con la finalidad de activar las pretensiones deducidas; y ello, porque ese título de colindancia física con el Sector implica una relación jurídico-material entre la parte actora y el objeto procesal expresado —en atención al derecho o al interés legítimo— cuya tutela se postula por aquélla.

Cuestión distinta será si luego —al debatirse sobre tal objeto— la pretensión resultaría viable; pero lo que no puede ofrecer dudas es que la relación de la recurrente con el Sector cuyo ámbito se discute le habilita —esto es, le legitima procesalmente— para el ejercicio —respecto del Acuerdo impugnado— de las pretensiones expresadas.

Tal conclusión —que situamos exclusivamente en el marco de la configuración de la relación procesal, al margen, pues, de la decisión definitiva sobre las pretensiones ejercitadas— no puede verse alterada por ninguna de las argumentaciones esgrimidas de contrario:

- a) La mera y simple posición de concesionaria de la autopista no puede ser ahora utilizada para fundamentar en ella la ausencia de legitimación por cuanto la citada condición de concesionaria, que no propietaria o titular, la excluiría del derecho a los aprovechamientos solicitados. Esto será una argumentación (que la Sala de instancia ha utilizado en otras sentencias con más claridad) para desestimar el recurso contencioso-administrativo, mas no para declarar la falta de legitimación procesal de la recurrente.
- b) La mención concreta que se realiza del artículo 19.1.a) de la LRJCA no puede ser interpretado en un sentido tan estricto, excluyente del ejercicio de la acción públi-

ca en materia de urbanismo, pues el ejercicio de ambos tipos de acción de forma simultánea resulta perfectamente factible y, además, se fundamenta, en el distinto carácter de las pretensiones que se articulan.

- c) Tampoco nos puede servir la forma en la que la Sala de instancia realiza el pronunciamiento de falta de legitimación, pudiendo entenderse que ésta se queda en el terreno de la duda, sin declarar de forma expresa, por el expresado motivo de falta de legitimación, la inadmisión del recurso, la cual se fundamentaría en la existencia de litispendencia. Las expresiones de la Sala al final del Fundamento Jurídico segundo de la sentencia de instancia sólo pueden ser interpretadas como fundamento de su declaración de inadmisión del mismo, entre otros extremos, por la falta de legitimación de la recurrente.

b) *Una empresa que tiene como objeto social el negocio del gas y la electricidad tiene interés legítimo para impugnar las disposiciones reglamentarias que regulan la Oficina de Cambios de Suministrador*

La **STS de 9 de diciembre de 2010** (ROJ: STS 6513/2010) analiza recurso contencioso-administrativo número 01/94/2009, interpuesto por una entidad mercantil distribuidora de energía contra el Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio, por el que se regula la Oficina de Cambios de Suministrador.

Para el Alto Tribunal resulta evidente que, por tratarse de una empresa que tiene como objeto social el negocio del gas y la electricidad, que desarrolla sus actividades en el ámbito de la distribución y la comercialización tanto de gas natural como de electricidad, tiene interés legítimo para impugnar las disposiciones reglamentarias, que regulan la implementación de la Oficina de Cambios de Suministrador, que afecta directamente al desarrollo y funcionamiento de la actividad de suministro de gas natural y de electricidad.

Debe recordarse, a estos efectos, que la legitimación, que constituye un presupuesto inexcusable del proceso, según se deduce de la doctrina de esta 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 65/1994), implica, en el recurso 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), de modo que cabe rechazar la objeción procesal suscitada de falta de legitimación, en la medida en que no procede descontextualizar la pretensión anulatoria deducida en este proceso de los fundamentos fácticos y jurídicos en que se sustenta, que delimitan el debate procesal y que se corresponden a lesiones jurídicas supuestamente padecidas por el Ayuntamiento accionante, que afectan, singularmente, a derechos e intereses económicos, vinculados a la riqueza vitivinícola, que interesan a la colectividad local cuya representación ostenta.

La conclusión jurídica que se sostiene se revela acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la Sentencia 102/2009, de 27 de abril, en relación con el alcance del derecho de acceso a la jurisdicción y la interpretación de los requisitos procesales de

admisión de los recursos: «Constante y reiteradamente este Tribunal ha declarado que el contenido esencial y primario del derecho a obtener la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en el pronunciamiento de una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 115/1984, de 3 de diciembre; 217/1994, de 18 de julio, y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, entre otras). No es, sin embargo, un derecho ejercitable directamente a partir de la Constitución, ni tampoco un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a lo establecido en la Ley, la cual puede fijar límites al acceso a la jurisdicción siempre que éstos tengan justificación en razonables finalidades de garantía de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 3, y 327/2005, de 12 de diciembre, FJ 3, por todas). Por todo ello resultan constitucionalmente legítimas, con la perspectiva del derecho fundamental de acceder a la jurisdicción, las decisiones de inadmisión de un recurso contencioso-administrativo o de ponerle fin anticipadamente, sin resolver sobre el fondo de las pretensiones deducidas en él, cuando encuentren amparo en una norma legal interpretada y aplicada razonablemente y sin rigorismo, formalismo excesivo o desproporción.

Con carácter general la apreciación de las causas legales que impiden efectuar un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les es propia *ex* artículo 117.3 CE, no siendo, en principio, función de este Tribunal Constitucional la de revisar la legalidad aplicada. Sin embargo sí corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar la razón en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que, de forma equivalente, excluye el pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete de interpretar las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si las razones en que se basa la resolución judicial está constitucionalmente justificada y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que dicha resolución se funda.

En esta tarea el Tribunal tiene que guiarse por el principio hermenéutico *pro actione*, que opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, ampliando el canon de control de constitucionalidad frente a los supuestos en los que se ha obtenido una primera respuesta judicial; de manera que, si bien no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable al acceso a la justicia de entre todas las posibles, sí proscribire aquellas decisiones judiciales que, no teniendo presente la *ratio* del precepto legal aplicado, incurren en meros formalismos o entendimientos rigoristas de las normas procesales que obstaculizan la obtención de la tutela judicial mediante un primer pronunciamiento sobre las pretensiones ejercitadas, vulnerando así las exigencias del principio de proporcionalidad (por todas, STC 188/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Por ello, el examen que hemos de realizar en el seno de un proceso constitucional de amparo, cuando en él se invoca el derecho a obtener una primera respuesta judicial sobre las cuestiones planteadas, permite, en su caso, reparar, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal o que, teniéndola, sea fruto de una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error patente que tenga relevancia constitucional, sino también aquellas decisiones judiciales que, desconociendo el principio *pro actione*, no satisfagan las exigencias de proporcionalidad

inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 279/2005, de 7 de noviembre, FJ 3, y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, por todas)».

c) *En la impugnación de disposiciones generales que afectan a intereses profesionales tienen legitimación los profesionales y las entidades asociativas cuya finalidad estatutaria sea atender y promover tales intereses, pero se exige que tengan carácter de afectados, en el sentido de que su ejercicio profesional resulte afectado por el reglamento impugnado*

La STS de 21 de enero de 2011 (ROJ: STS 414/2011) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 1/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 326/2002, de 5 de abril, sobre régimen de nombramiento del Ministerio Fiscal. El Alto Tribunal rechaza las causas de inadmisibilidad opuestas por la Abogacía del Estado, relativas a la falta de legitimación activa del recurrente y sobre desviación procesal, y entra a resolver el recurso en cuanto a la cuestión de fondo debatida, esto es, la necesidad o no de observar el principio de reserva de ley para la creación o existencia de la figura de los Abogados Fiscales Sustitutos.

En cuanto a la falta de legitimación activa parece oportuna la cita de la STS de 26 de noviembre de 2008, en la que con amplia referencia jurisprudencial, se perfila el concepto de legitimación en el orden contencioso-administrativo en los siguientes términos: «... debe tenerse en cuenta que la legitimación en el orden contencioso-administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el artículo 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [artículo 24.1 CE y artículo 19.1.a) Ley 29/1998] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29 de junio de 2004).

Como señala la Sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión “interés legítimo”, utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de “interés directo”, ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (Sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir en que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (Sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/1994 y ATC 327/1997).

En tal sentido y como recoge la Sentencia de 23 de mayo de 2003, “la amplitud con la que la jurisprudencia viene interpretando el artículo 28.1.a) de nuestra Ley Jurisdiccio-

nal, (la referencia debe entenderse ahora hecha al artículo 19.1.a) de la nueva Ley de la Jurisdicción 29/1998) por exigencias del artículo 24.1 CE, y la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llega hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real”. Por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional (STC 143/1987) el interés legítimo, al que se refiere el artículo 24.1, “equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta (SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 97/1991, entre otras)”.

Tratándose de la impugnación de disposiciones generales que afectan a intereses profesionales, como señala la Sentencia de 4 de febrero de 2004, la jurisprudencia reconoce legitimación a los profesionales y a las entidades asociativas cuya finalidad estatutaria sea atender y promover tales intereses. Pero “exige, sin embargo, que tengan carácter de afectados, en el sentido de que su ejercicio profesional resulte afectado por el reglamento impugnado (Sentencias, entre otras, de 24 de febrero de 2000, 22 de mayo de 2000, 31 de enero de 2001, 12 de marzo de 2001 y 12 de febrero de 2002).

Cuando se impugna la totalidad o varios preceptos de un reglamento, la legitimación debe entenderse restringida a la impugnación de aquellos preceptos de la disposición general que afecten directamente al profesional recurrente o a los intereses profesionales representados por la asociación que ejercita la acción (v. gr, sentencia, ya citada, de 12 de marzo de 2001)».

Y es oportuna la cita de la indicada Sentencia de 26 de noviembre de 2008 en cuanto en aplicación de la doctrina jurisprudencial que en ella se recoge, mal puede sostenerse con éxito que el recurrente carece de legitimación.

La argumentación del Abogado del Estado de que el recurrente no ostenta ningún derecho o interés legítimo, fundamentada en que al ser su último nombramiento como Abogado Fiscal Sustituto para el año 2005 la declaración de nulidad que demanda ninguna repercusión tendría en su esfera jurídica, parte de una circunstancia fáctica desvirtuada por el recurrente con el escrito presentado en el que en el trámite de audiencia conferido por providencia anterior sobre la alegada inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa, no sólo refiere, con cita de las Órdenes correspondientes, su nombramiento y prórroga como Abogado Fiscal Sustituto desde el año 2008 al 2010, sino también al resultado jurisdiccional favorable de la impugnación emprendida contra su no nombramiento en la convocatoria 2006.

Su nombramiento para el año judicial 2008/2009 y la prórroga para el 2009/2010, es por sí suficiente para entender que el interés que preside la impugnación ejercida por el recurrente va más allá de un mero interés por la legalidad, conclusión a la que igualmente se llega con la argüida impugnación de su no nombramiento por falta de idoneidad en el año 2006.

D) Objeto: El acuerdo verbal del Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el ejercicio de sus funciones de policía de estrados es una resolución de naturaleza jurisdiccional, lo que determina la incompetencia del CGPJ

La STS de 2 de noviembre de 2010 (ROJ: STS 5910/2010) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación por silencio del Consejo General del Poder Judicial del recurso de alzada contra el acuerdo verbal del Presidente de

la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que no permitió a la recurrente, letrada del Colegio de Abogados de Madrid, permanecer en estrados con un pañuelo cubriéndole la cabeza.

No tiene duda la Sala de que se trata de una decisión adoptada por quien presidía el juicio en el ejercicio de las funciones de policía de estrados que le confiere el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que constituye una corrección especial de las contempladas en el artículo 557 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . En consecuencia, el régimen de su impugnación es el previsto en el artículo 556 de este último texto legal: recurso de audiencia en justicia ante el propio tribunal que juzgaba el proceso penal y, de no prosperar, ulterior alzada ante la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional cuya decisión cierra la vía judicial.

El Consejo General del Poder Judicial no está llamado, por tanto, a revisar esas decisiones cuya naturaleza es jurisdiccional y no gubernativa, según viene declarando la jurisprudencia. De ahí que la resolución expresa que hubiera debido dictar habría sido de inadmisión ya que, además de que el camino para impugnar estos acuerdos tomados en el ejercicio de la policía de estrados, como se ha visto, está trazado en la Ley Orgánica del Poder Judicial y no le incluye, no corresponde al órgano de gobierno del Poder Judicial revisar las decisiones jurisdiccionales de los juzgados y tribunales ni en el seno del procedimiento disciplinario ni en ningún otro.

Es verdad que la remisión del recurso por la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional al Consejo General del Poder Judicial no fue acertada. Sin embargo, también lo es que ese proceder no fue en su momento, ni lo ha sido después, combatido por la recurrente, de manera que no ha de tener relevancia sobre la solución que ha de darse a este pleito.

Solución que no puede ser otra que la desestimación del recurso sin que sea necesario entrar en las cuestiones de fondo que suscita, ya que no cabe reprochar al Consejo General del Poder Judicial no haber hecho lo que legalmente no puede hacer.

E) Procedimiento

- a) *La falta de impugnación de la liquidación practicada a la recurrente no constituye obstáculo para su reclamación y declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado así como del derecho de la parte recurrente a ser indemnizada*

En el procedimiento resuelto por la **STS de 3 de diciembre de 2010** (ROJ: STS 6459/2010), el Abogado del Estado propuso como causa de inadmisibilidad, al amparo del artículo 69.c) en relación con el artículo 28 LJCA, el haberse dirigido el recurso contra actos no susceptibles de impugnación y ello porque las liquidaciones tributarias practicadas no fueron recurridas en tiempo y forma por lo que han devenido en actos consentidos y firmes frente a los que no cabe ahora recurso alguno.

Esta causa de inadmisibilidad es rechazada pues el acto impugnado es el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se desestima la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en razón de la vulneración del Derecho Comunitario por la Ley 37/1992, y no las liquidaciones tributarias practicadas en su día al amparo de tal Ley.

b) *Plazos*

- a') Inadmisión por extemporaneidad del recurso de revisión para la declaración de error judicial, ya que la interposición de un recurso de casación improcedente no suspende el plazo para instar la declaración de error

El proceso por error judicial no es una nueva instancia o casación encubierta sino que es, por el contrario, un procedimiento excepcional, en el que la declaración del error —sólo procedente cuando es indudable, patente, incontrovertible y objetivo— constituye un requisito previo al ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial del «Estado-Juez», por lo que la pretensión de declaración de error judicial se contrae a la exclusiva finalidad de constituir presupuesto inexcusable para una ulterior acción resarcitoria, por responsabilidad patrimonial de Estado Juez, sin que, por tanto, la situación jurídica declarada o reconocida por la sentencia a la que se imputa dicho error judicial se pueda ver alterada o modificada por una declaración que reconozca la existencia de aquél y que no se podría haber atendido a lo solicitado en la demanda ya que, a través del recurso de revisión, lo que se estaba ejercitando era la acción de responsabilidad patrimonial.

La **STS de 2 de diciembre de 2010** (ROJ: STS 7291/2010) inadmite así el recurso de revisión para la declaración de error judicial interpuesto contra la sentencia de Juzgado de lo Contencioso-administrativo que declaró la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto al tener por objeto una actuación administrativa no susceptible de recurso. La Sala inadmite el recurso por presentación extemporánea del escrito de demanda ya que la interposición de un recurso de casación improcedente no suspende el plazo para instar la declaración de error.

- b') El incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo interrumpen el plazo del recurso cuando su fundamento es poner de manifiesto el error judicial padecido

La declaración de error judicial es un remedio excepcional y extremo que el legislador ha puesto para que pueda emplearse en los casos de inexistencia de recursos o de agotamiento sin éxito de los que fueran procedentes. El recurso de revisión para la declaración de error judicial no es una última instancia ni un remedio formal que pueda servir para subsanar deficiencias procedimentales que pudo reparar la parte, sino un proceso en el que sólo se incluye una cognición limitada y en el que no puede someterse a examen el acierto o desacierto de la resolución judicial a la que se imputa el error, sino únicamente si ésta se ha mantenido dentro de los límites de la lógica y de la razonabilidad en la apreciación de los hechos y en la interpretación del Derecho.

La **STS de 27 de noviembre de 2010** (ROJ: STS 6411/2010) no aprecia la extemporaneidad del recurso al entender que la interposición del incidente de nulidad de actuaciones y posterior recurso de amparo, tienen efectos interruptivos del plazo, ya que ambos estaban fundamentados, exclusivamente, en poner de manifiesto el error judicial padecido.

Es cierto que, de acuerdo con el artículo 293 LOPJ, la acción judicial para el reconocimiento del error debe instarse en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse y que dicho plazo, dado el carácter sustantivo y autónomo de la demanda de error judicial frente a la resolución judicial con respecto a la cual se solicita su declaración

—al igual que ocurre con las demandas de revisión de sentencias firmes— no es un plazo procesal, sino un plazo sustantivo de caducidad del derecho que se rige por las normas establecidas en el artículo 5.2 CC (SSTS de 20 de octubre de 1990, Sala 1.^a, 22 de diciembre de 1989, Sala 1.^a y 14 de octubre de 2003, recurso 18/2002, Sala 1.^a).

Ahora bien, la jurisprudencia de las diversas Salas del Tribunal Supremo tiene declarado que el hecho de que la demanda de error judicial se refiera a las sentencias firmes determina que la interpretación lógica y sistemática del artículo 293.1 LOPJ, que exige el agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico, deba referirse únicamente a aquellos necesarios para que la sentencia gane firmeza, pero no a los extraordinarios contra las sentencias firmes, salvo que tengan como objeto la subsanación del error que pueda haberse padecido, caso en que la estimación de estos recursos puede significar por sí misma el reconocimiento del error que puede fundar el derecho a obtener una indemnización. Todo ello determina que, de acuerdo con dicha jurisprudencia, con la salvedad apuntada, el plazo para la interposición del recurso de revisión por error judicial no se interrumpa por la formalización y desarrollo de un incidente de nulidad de actuaciones ni por la interposición de un recurso de amparo.

Pero ocurre que, precisamente, esa salvedad que apunta la jurisprudencia, es la que concurre en el concreto caso que ahora examinamos toda vez que, tanto la solicitud de rectificación de errores —que fue denegada por la Sala de instancia— como el incidente de nulidad de actuaciones, el recurso de casación y el propio recurso de amparo formalizados por el recurrente, tenían por objeto la subsanación del error padecido por la Sala de instancia. Buena prueba de ello es que el recurrente fundamenta su recurso de amparo en que «no existe en absoluto la discordancia de que habla la sentencia entre el acto impugnado en el recurso contencioso-administrativo, tal como fue fijado en el escrito de interposición de dicho recurso y el suplico de la demanda, pues entre ambos existe la más perfecta adecuación y concordancia. Lo que ocurre es que la Sala (...) cometió un error mayúsculo, tomando como suplico de la demanda del recurso contencioso-administrativo a resolver, el suplico de la demanda de otro recurso contencioso-administrativo distinto (...) cuya copia se adjuntó como documento núm. 1 a la demanda de este recurso contencioso-administrativo».

El reconocimiento por la Sala de instancia, de forma palmaria, al evacuar su informe preceptivo, del error apuntado por el recurrente, pone de manifiesto que, al menos, el incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo constituyeron oportunidades adecuadas para la apreciación y rectificación del error padecido por la Sala de instancia que ella viene a reconocer ahora, de forma extemporánea o tardía, lo que abunda en la necesidad de evitar interpretaciones que puedan perjudicar el derecho a obtener una resolución fundada en derecho de quien, habiendo resultando perjudicado por un error judicial que se ha reconocido de forma clara, expresa y manifiesta, no se ha aquietado nunca ante el empecinamiento del Tribunal de instancia.

Dicha solución, impuesta por exigencias de justicia del caso concreto, atendidas sus particulares circunstancias, resulta respetuosa con la doctrina que dimana de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 900/1997, de 28 de octubre de 1998 (asunto Pérez de Rada contra España) que considera que el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales excluye una interpretación excesivamente rigorista de los requisitos legales para el acceso a la Jurisdicción

que pueda suponer una privación del derecho a acceder a un Tribunal, o de la STEDH de 19 de mayo de 2005 (Asunto Kaufmann contra Italia) que aprecia violación del artículo 6.1 del Convenio en su vertiente de derecho a un proceso equitativo en relación con la inadmisión de un recurso de casación por extemporáneo, en un supuesto en que se produjo un incumplimiento imputable al propio órgano jurisdiccional.

F) Ejecución de sentencias: el plazo para instar la ejecución de las sentencias en el orden contencioso-administrativo es de quince años ya que no se aplica supletoriamente el plazo de cinco años de la Ley de Enjuiciamiento Civil

La **STS de 29 de diciembre de 2010** (ROJ: STS 7038/2010) analiza un supuesto en el que se recurre en casación el Auto que ordenó la ejecución forzosa de la sentencia. La Sala de instancia considera que no se ha producido la caducidad de la acción para instar la ejecución opuesta por el Ayuntamiento recurrido, porque no han transcurrido quince años, resultando de aplicación el Código Civil, que determina un plazo de quince años, y no la LEC que marca un plazo de cinco años. La Sala razona que en el orden contencioso-administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el orden civil, se constata la presencia de un interés público; por otro lado, en el orden contencioso-administrativo el inicio de la ejecución es una actuación de oficio del Tribunal (artículo 104.1 LJCA).

El argumento principal que utiliza la Sala de instancia, en principio, resulta válido para fundamentar la decisión que revisamos, pero no es suficiente; de conformidad con lo expuesto en el segundo de los Autos que se revisan en el presente recurso, sería la presencia siempre de un interés público —junto a un eventual interés privado— en el recurso contencioso-administrativo, frente a «un proceso como el civil en el únicamente se plantea una contienda entre intereses privados». Como hemos expuesto al reproducir la fundamentación del expresado Auto, al ejecutarse una sentencia condenatoria de la Administración y dictada por este orden jurisdiccional se parte de la premisa de una actuación administrativa disconforme a derecho, siendo el interés público el que exige que se rectifique —y no se mantenga— la actuación disconforme al Ordenamiento jurídico ya que la Administración debe servir con objetividad a los intereses generales y de conformidad con los principios que se mencionan en el artículo 103 de la Constitución Española, añadiendo el Auto que revisamos que «repugnaría a tales principios el que la inactividad de la Administración en cumplir una sentencia durante cinco años quedase premiada con el mantenimiento de la eficacia de un acto declarado ilegal por sentencia firme».

La argumentación, como decimos, resulta correcta, y la idea de la consecución de los intereses generales preside, sin duda, toda la actuación administrativa, que es el objeto de las pretensiones que se deducen en este orden jurisdiccional; mas, siendo ello cierto, también lo es que en algunos procedimientos civiles (reivindicaciones frente al dominio público, cuestiones relativas a la situación personal, etc.) subyacen unos importantes intereses generales que, sin embargo, estarían sujetos al plazo de caducidad de los cinco años previsto en el artículo 518 LEC.

Además, frente a la necesidad de solicitud de parte —mediante nueva demanda— en el procedimiento civil, en el recurso contencioso-administrativo es el Tribunal de oficio el que está obligado a iniciar el Incidente de ejecución de sentencia.

El Tribunal Supremo considera estos argumentos válidos, pero insuficientes, y añade otros. Así, afirma que no es supletoria la LEC en esta cuestión respecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa porque, a diferencia de lo que ocurre en el orden civil, la legitimación para instar la ejecución se abre a cualquiera que resulte afectado por la sentencia, y no sólo a los que hubieran sido partes en el proceso.

En tal sentido debemos partir de la potencialidad del vigente artículo 103.1 LRJCA —que transforma la potestad de ejecutar las sentencias en potestad jurisdiccional— y, sobre todo, del sentido de la comunicación (artículo 104.1) que —de oficio—, y luego que sea firme la sentencia, el Tribunal (a través de su Secretario) remite al órgano que hubiere realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que lleve la sentencia «a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo». Obvio es, pues, que tal comunicación, y el mandato jurisdiccional que contiene, lleva implícita la potestad del Tribunal de comprobar —sin necesidad de ser excitado a ello por parte o afectado alguno— el efectivo cumplimiento de la sentencia. Sería un contrasentido ampliar la legitimación para la ejecución de las sentencias, como a continuación veremos, a personas afectadas por ella, que no han sido parte en el litigio, e impedir, al mismo tiempo, que el Tribunal que ha resuelto el litigio no lo pueda realizar de oficio en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Repárese, por otra parte, en los términos tan contundentes en los que se expresa el artículo 108 de la misma LRJCA; precepto que limita la necesidad de la «instancia de los interesados» al concreto supuesto que se contempla en el apartado 2 del precepto, esto es, cuando «la Administración realizare alguna actividad que contraviniere los pronunciamientos del fallo», lo cual resulta lógico por cuanto en este concreto supuesto —como en el paralelo contemplado en el artículo 103.4 y 5—, en realidad, se está ejercitando una nueva —si se quiere, complementaria o derivada— acción anulatoria jurisdiccional y, no sólo, instando la ejecución de una sentencia. Y, por último, repárese, igualmente, cómo en el artículo 112, en el que se regulan algunas de las «medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado» tampoco el legislador exige la solicitud de las mismas por los interesados o afectados por la sentencia, sino, simplemente, «la audiencia previa de las partes».

Pero más significativa aun resulta la ampliación, en el ámbito de la legitimación para solicitar la ejecución de las sentencias, introducida por la LRJCA. Con independencia de todo lo anterior, el inicio de estos trámites tendentes a ejecutar forzosamente una sentencia dictada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de conformidad con lo establecido en el nuevo artículo 104.2 del texto legal, requiere una actuación bien por «cualquiera de las partes» procesales (esto es, que hubieran tenido tal consideración dentro del procedimiento contencioso en el cual haya sido dictada la sentencia), o bien, en segundo lugar, por parte de cualesquiera otras «personas afectadas»; actuación consistente en instar formalmente el inicio de la ejecución forzosa. De esta forma, como decimos, el legislador amplía considerablemente la legitimación para llevar a cabo la solicitud de ejecución forzosa de las sentencias, por cuanto no limita ésta a quienes exclusivamente hubieran sido partes en el procedimiento, sino que, como bien se expresa, se amplía a las personas afectadas por la sentencia dictada. Legitimación, obviamente, inviable en el procedimiento civil.

Finalmente, en el orden contencioso existen causas de imposibilidad de ejecutar la sentencia, debiendo recordarse la reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo

ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación. De acuerdo con lo anterior, el legislador puede establecer, sin afectar al contenido esencial del derecho, los supuestos en que puede no aplicarse el principio de identidad y sustituirse por una indemnización. Ahora bien, tal sustitución ha de realizarse por los cauces legalmente previstos, de manera que no suponga una alteración del fallo contraria a la seguridad jurídica».

G) Medidas cautelares

a) *Aplicación moderada de la apariencia de buen derecho*

La **STS de 31 de enero de 2011** (ROJ: STS 283/2011) nos recuerda que la jurisprudencia hace una aplicación muy matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

Finalmente, trae a colación la doctrina reiterada de esta Sala acerca de que la formación de la convicción sobre los hechos en presencia para resolver las cuestiones objeto del debate procesal está atribuida al órgano judicial que, con inmediatez, se encuentra en condiciones de examinar los medios probatorios, sin que pueda ser sustituido en tal cometido por este Tribunal de casación, puesto que la errónea valoración probatoria ha sido excluida del recurso de casación en la jurisdicción civil por la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y no ha sido incluida como motivo de casación en el orden contencioso-administrativo, regulado por primera vez en dicha ley. Ello se cohonesta con la naturaleza de la casación como recurso especial, cuya finalidad es la de corregir errores en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, y no someter a revisión la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia.

b) *En las cuestiones relativas a la recuperación de la posesión del dominio público que implica demolición se produce la prevalencia del interés general ínsito en la recuperación del dominio*

La **STS de 25 de enero de 2011** (ROJ: STS 280/2011) analiza un caso en el que la sentencia de instancia accedió a la suspensión tras la valoración de los intereses generales y particula-

res en conflicto, suspendiendo la ejecución de la orden de derribo por entender que con ello no se lesionaba de forma grave los intereses generales, dada la fecha en que se construyó el edificio, 1969, y porque, frente a tal interés general, la demolición de una edificación, más cuando está destinada a vivienda, supone destrucción de riqueza y un perjuicio irreparable en caso de estimarse el recurso, por lo que declara prevalente el interés privado.

Frente a este planteamiento, el Tribunal Supremo revisa la valoración de los intereses en conflicto y declara prevalente el interés general presente en la recuperación posesoria del dominio público, y ello en atención a las circunstancias del caso.

La recuperación del dominio público marítimo terrestre se presenta más intenso, cercano y concreto que los supuestos intereses privados de la recurrente, ya que ésta, ni acredita tratarse lo construido de vivienda habitual, ni manifiesta ocupar, regentar o explotar personalmente las instalaciones de referencia, ni, en fin, hace alusión alguna acerca de correcta delimitación del dominio público.

Por ello, desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial del *fumus boni iuris* debe simplemente añadirse que una valoración, provisional y limitada, de los fundamentos de la pretensión articulada por la recurrente, no puede contar con un evidente respaldo jurisdiccional. Esto es, la aplicación de la citada doctrina jurisprudencial al supuesto de autos permite a la Sala, sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la debilidad de los fundamentos jurídicos de las resoluciones jurisdiccionales impugnadas.

Ante tal situación, la Sala de instancia debió proceder al otorgamiento de la medida cautelar solicitada, bien contemplemos la situación desde la perspectiva del *periculum in mora* del recurso, bien desde la doctrina del *fumus boni iuris*, bien desde la confrontación de los intereses en conflicto, de la que resulta la evidente afectación del interés general que hemos señalado con la posible derivación a otros intereses de la propia recurrente. A ello se añade lo señalado, entre otras, en la STS de 11 de febrero de 2009 en relación con la protección medioambiental.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) **Inadmisión: el valor de la pretensión viene determinado por la cuota tributaria, pues ésta es la que representa el verdadero valor económico de la pretensión**

La STS de 13 de enero de 2011 (ROJ: STS 619/2011) reitera la doctrina que, en asuntos como el examinado, declara que el valor de la pretensión —que es el criterio a tener en cuenta *ex* artículo 41.1 de la Ley de esta Jurisdicción— viene determinado por la cuota tributaria, pues ésta es la que representa el verdadero valor económico de la pretensión.

El artículo 86.2.b) LJCA exceptúa del recurso de casación las sentencias recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 150.000 euros (a salvo el procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, que no hace al caso). Como señalan, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 4 de octubre de 2010 (recurso de casación núm. 5960/2009), FD Cuarto; de 1 de marzo de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 226/2005), FD Segundo, y de 22 de febrero

de 2010 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 41/2005), FD Tercero, «el establecimiento de una *summa gravaminis* para el acceso a esta casación tiene su fundamento en el designio del legislador de agilizar la actuación jurisdiccional en todos los órdenes para procurar que la justicia se imparta de la forma más rápida y eficaz posible, de acuerdo con las exigencias del artículo 24 de la Constitución. Se pretende, en términos de la Exposición de Motivos de la Ley Jurisdiccional de 1998, que el Tribunal Supremo pueda atender a su importantísima función objetiva de fijar la doctrina jurisprudencial».

Por otro lado, la Sala ha declarado reiteradamente que es irrelevante, a los efectos de la inadmisión del expresado recurso, que se haya tenido por preparado por la Sala de instancia o que se hubiera ofrecido al tiempo de notificarse la resolución recurrida, siempre que la cuantía litigiosa no supere el límite legalmente establecido, estando autorizado este Tribunal, al amparo del artículo 93.2.a) LJCA, para rectificar fundadamente la cuantía inicialmente fijada, de oficio o a instancia de la parte recurrida.

Ha de tenerse también en cuenta que, de acuerdo con el artículo 41.3 LJCA, en los supuestos de acumulación de pretensiones, independientemente de que dicha acumulación tenga lugar en vía administrativa o jurisdiccional, aunque la cuantía del recurso contencioso-administrativo venga determinada por la suma del valor económico de las pretensiones objeto de aquélla, no sirve para comunicar a las de cuantía inferior la posibilidad de casación. Además, el artículo 42.1.a) del mismo texto legal, precisa, a efectos de fijar el valor de la pretensión, que ha de tenerse en cuenta el débito principal, pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad, salvo que cualquiera de éstos fuera de importe superior a aquél [entre otros, Autos de esta Sala, Sección Primera, de 5 de marzo de 2009 (recurso de casación núm. 1443/2008), FD Tercero, y de 21 de febrero de 2008 (recurso de casación núm. 1118/2007), FD Tercero].

En el presente caso, el acto administrativo recurrido tiene su origen en la denegación de la solicitud de compensación a favor del Ayuntamiento de la bonificación del 95% de la cuota del IBI, ejercicios 1993 a 2007, reconocida a la entidad mercantil. De acuerdo con lo anterior, en ninguno de los ejercicios la cuota bonificada superaba el límite mínimo fijado legalmente para acceder al recurso de casación.

La Sala no desconoce que en ciertos Autos de su Sección Primera [entre otros, Autos de 8 de octubre de 2009 (recurso de casación núm. 3079/2009), FD Tercero, y de 14 de febrero de 2008 (recurso de casación núm. 57/2009), FD Tercero] se llegó a solución contraria. No obstante, en el Auto de fecha 4 de febrero de 2010 (recurso de casación núm. 5154/2009), FD Tercero, posteriormente confirmado por otro de 29 de abril de 2010 (recurso de casación núm. 6018/2009), FD Quinto, se ha puesto de manifiesto «la necesidad de cambiar el criterio mantenido hasta ahora, porque las cantidades reclamadas, aunque no sean provenientes de liquidaciones tributarias, tienen su fundamento en lo que los Ayuntamientos han dejado de obtener en el período impositivo de cada tributo y su reclamación tiene como referencia inexcusable la anualidad de éste; de forma que la acumulación de varias cantidades en una sola reclamación no hace perder a cada período la sustantividad que le es propia: el Impuesto de Bienes Inmuebles se devenga por anualidades y por las mismas anualidades se manifiesta el discutido derecho de los Ayuntamientos a la compensación», doctrina plenamente compartida por la Sección autora de la resolución comentada y que resulta ratificada por la presente Sentencia.

B) Admisión antiformalista del recurso de casación

La STS de 10 de noviembre de 2010 (ROJ: STS 6145/2010) resuelve el recurso de casación que se interpuso por el Letrado de la Comunidad Autónoma. En lo que aquí interesa, la representación procesal de una mercantil afectada presentó escrito en el que, además de personarse en las actuaciones correspondientes al recurso de casación instado por la Comunidad Autónoma, planteaba, al amparo del artículo 88.1.c) LJCA, la nulidad de actuaciones por quebrantamiento de las normas reguladoras de la Sentencia o que rigen los actos y garantías procesales, en relación al artículo 241 LOPJ. Se interesaba textualmente en el suplico del referido escrito que «tenga por solicitado, con carácter previo a cualquier otro pronunciamiento sobre el fondo del asunto, la declaración de nulidad de las actuaciones, ordenando reponerlas al momento en que hubo de darse traslado a mi representada de la demanda, y contestación de la Administración, con plazo de 20 días para formular nuestro escrito de contestación».

Al no haberse tramitado como un recurso de casación, por providencia de la Sala y al poder ser considerado el aludido escrito presentado por la mercantil como un escrito de interposición de recurso de casación, y a fin de evitar cualquier eventual indefensión a esta entidad, se concedió a las partes personadas el plazo de 30 días a fin de que pudieran hacer las alegaciones que consideraran oportunas sobre el referido motivo, articulado al amparo del artículo 88.1.c) en el que se denuncia la indefensión padecida en la tramitación del procedimiento en la instancia.

Formuladas las correspondientes alegaciones por las partes personadas, la mercantil alega en este recurso que la falta del correspondiente proveído del órgano judicial teniéndole por personada y parte codemandada, la omisión de los ulteriores trámites en el recurso contencioso-administrativo seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia y el posterior Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones le generan indefensión prohibida por el artículo 24.1 CE. Pretende la indicada recurrente, en consecuencia, la declaración de nulidad de la Sentencia y de las actuaciones desde el momento que debió dar traslado de la demanda y de la contestación de la Administración, solicitud a la que se une el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Junta de Andalucía.

En atención a las circunstancias antes expuestas el Alto Tribunal considera que el escrito presentado por la mercantil, sobre el que han alegado las partes procesales, cumple los requisitos de procedibilidad contemplados en la LJCA y ha de considerarse como en recurso de casación en el que se plantea como único motivo de impugnación de la Sentencia la quiebra de las garantías esenciales del proceso, al amparo del artículo 88.1.c) LJCA.

La sentencia aplica así un criterio progresivo y antiformalista, al atender la queja de la mercantil que, al comparecer en el recurso de casación, pone de manifiesto la indefensión que había sufrido al no dársele traslado de las actuaciones de instancia a pesar de su personación en tiempo y forma en concepto de demandada. La indefensión material, en definitiva, debe determinar la estimación de su recurso, con retroacción de las actuaciones al momento procesal en que se produjo la vulneración procesal.

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)

Derecho Administrativo. Parte general

SÁNCHEZ MORÓN, M.

7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2011, 952 páginas

[EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo]

Comenzando el nuevo curso académico se publica una nueva edición del manual de *Derecho Administrativo* del profesor SÁNCHEZ MORÓN. En particular, se trata de la séptima edición de la Parte General.

En ella, incluyendo las novedades que se han producido en las diversas materias desde la edición anterior, nos presenta un manual de referencia respecto a esta rama del Derecho, que resulta de máxima utilidad en la enseñanza de esta disciplina.

Sin embargo, no sólo cabe destacar de esta obra el hecho de que esté actualizada a la normativa vigente, sino que también es preciso resaltar que trata las principales instituciones del Derecho Administrativo con gran rigor, de forma minuciosa, enmarcándolas en su contexto histórico, incorporando además la doctrina jurisprudencial que se ha dictado al respecto, y, entre muchas otras cosas, de una forma muy didáctica, de tal modo que todo ello permite al alumno comprender y conocer esas instituciones esenciales para entender el Derecho Administrativo mismo.

Entre los contenidos, que comprenden las principales instituciones del Derecho Administrativo, destacar que en la primera parte, referente a los fundamentos del Derecho Administrativo, se incluye el estudio tanto del concepto, como de las bases constitucionales. La segunda parte se destina al análisis y exposición del ordenamiento jurídico administrativo, las normas escritas y,

en particular, el Reglamento. La tercera parte se centra en la organización administrativa, incluyendo los distintos tipos de Administraciones; la cuarta, dedicada a la actividad administrativa, comprende, entre otras cuestiones, las relaciones con los ciudadanos, el procedimiento administrativo, los actos administrativos, los contratos, que han sufrido una importante reforma, destacando la nueva regulación del recurso especial, las actividades de ordenación y control, las sanciones administrativas, el régimen administrativo de la propiedad, las actividades de servicio público y las ayudas públicas. Finalmente, la quinta parte está destinada al sistema de garantías, donde se comprende tanto el control judicial como la garantía patrimonial y en ella, por tanto, el estudio de la expropiación forzosa.

En conclusión, este manual es fruto de la larga experiencia docente e investigadora del autor como Catedrático de Derecho Administrativo, pero también de su práctica profesional como Letrado del Tribunal Constitucional, asesor jurídico de diferentes gobiernos y administraciones y abogado especialista en esta rama del Derecho, lo que aporta una visión global de esta disciplina, desde diferentes perspectivas —prácticas y teóricas—, que enriquece el resultado de forma sobresaliente.

Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la Competencia

GUILLÉN CAMARÉS, J.

Aranzadi, Navarra, 2010, 478 páginas

[EVA M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo]

El autor de esta obra, el profesor GUILLÉN CAMARÉS, es especialista en Derecho de la Com-

petencia, con una importante y prolija obra al respecto que le avala, aborda en esta ocasión un aspecto de esta materia muy concreto e interesante como es el de la inspección.

En particular se centra en el análisis de la diversa problemática que se alumbra a la luz del desarrollo de la actividad de inspección. No sólo afronta el tema desde la perspectiva de esa actividad realizada por las autoridades de la competencia comunitarias sino también respecto de las nacionales, que se han configurado como uno de los mecanismos más eficaces en la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia.

El autor, que realiza el estudio de forma completa y rigurosa, centra su análisis en el régimen jurídico específico de la inspección en el Derecho de la Competencia, en el que no sólo analiza las facultades que la legislación atribuye a las autoridades de la competencia de cara a desarrollar eficazmente la inspección, sino que examina también de forma profusa los derechos y deberes que tienen los sujetos afectados por este tipo de actuaciones.

De este modo, la obra que se presenta constituye un estudio pormenorizado y ambicioso, que una vez más no defrauda las expectativas y que supone un referente en cuanto al conocimiento de un aspecto de tanta relevancia en el actual Derecho de la Competencia, como es la inspección.

Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual

CHINCHILLA MARÍN, C. y AZPITARTE SÁNCHEZ, M. Aranzadi, Navarra, 2011, 573 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo]

El sector audiovisual ha sido objeto el pasado año de una importante reforma con la aprobación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo (Ley General de la Comunicación Audiovisual). La importancia de esta norma, como se señala en esta obra, se pone de relieve al destacar que es la primera norma en nuestro país que, en un solo texto, regula todos los elementos esenciales del fenómeno audiovisual.

Este libro que se nos presenta, y que se trata de una obra colectiva coordinada por especialistas en la materia, analiza dicha norma siguiendo la estructura analítica de la Ley, ofreciendo con ello un estudio sistemático que desvela los principios y conceptos que articulan el texto normativo.

Esta obra expone un estudio global del tema y, en particular, de la citada Ley, ya que se analizan tanto los derechos del público como de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, las diversas categorías subjetivas definidas por el legislador e, incluso, los nuevos medios e instrumentos de intervención administrativa, las técnicas de defensa del pluralismo y las instituciones creadas para regular el mercado audiovisual.

La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007. Adaptado a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009

REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. Iustel, Madrid, 2011, 2088 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo]

Nos ofrecen los autores de esta amplia obra, expertos en defensa de consumidores y usuarios, un comentario exhaustivo del TR de la Ley de este colectivo, adaptada a las últimas reformas y, en particular, a dos normas que han introducido en nuestro ordenamiento jurídico una gran panoplia de modificaciones legislativas, me refiero a las conocidas como Ley Paraguas y Ley Ómnibus.

Estas Leyes que han adoptado las Directivas europeas de competencia desleal y de servicios, como es evidente han repercutido de forma relevante en la defensa de consumidores y usuarios, por lo que contar con un estudio sistemático del citado Texto Refundido, tras la incorporación de dichas reformas, supone un estudio de gran interés.

El comentario a la citada norma se realiza por bloques temáticos, en los que no se limita el análisis al texto normativo en cuestión sino que comprende también la legislación autonómica

en la materia e incluso la normativa sectorial que pudiera resultar de interés, así como la doctrina y la jurisprudencia, ofreciendo con ello un estudio global del tema.

A efectos de ofrecer esta visión completa e integradora del tema, han participado más de una veintena de especialistas no sólo en Derecho Administrativo, sino también en Derecho Civil, Derecho Internacional Privado, Mercantil o Procesal. Lo que permite que la obra resulte de gran utilidad para el personal al servicio de los órganos administrativos de protección al consumidor, las asociaciones de consumidores, los operadores jurídicos y, en general, a los estudiosos del Derecho de Consumo.

Por lo que al contenido concreto se refiere, señalar que tras un primer estudio sobre la aprobación del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que corre a cargo del profesor REBOLLO PUIG, se divide la obra en cuatro partes, siguiendo la estructura de la norma: disposiciones generales, contratos y garantías, responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos y viajes combinados.

Ciudadanía participativa y Administración Municipal

SÁNCHEZ-CERVERA DE LOS SANTOS, L.
Civitas, Navarra, 2011, 508 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo]

Se plantea el autor en esta monografía un interrogante tan sugerente como si ¿existen en el ordenamiento jurídico municipal instrumentos que garanticen la participación real de los ciudadanos en los procedimientos de toma de decisiones de sus representantes municipales?, llegando a la conclusión de que ha de contestarse afirmativamente.

Partiendo de dicha pregunta y hasta llegar a la mentada conclusión, el autor estudia detenidamente las diversas posibilidades de actuación, diferenciando entre las que se sitúan en el propio proceso de conformación de la voluntad administrativa y las que son de naturaleza reactiva,

esto es, de oposición a las decisiones ya adoptadas, desarrollando el conjunto de derechos de los ciudadanos e instrumentos imprescindibles para la efectividad de ambas categorías de procedimientos participativos.

A tales efectos, se procede en esta obra a realizar una sistematización de las vías de participación, siguiendo, en este caso, las áreas de actividad municipal y, en particular, ordenanzas municipales, derecho de petición, gestión económico-presupuestaria, gestión urbanística y medioambiental, intervención en materia de bienes y servicios, actuaciones en el marco del procedimiento sancionador, la consulta popular, la iniciativa popular, participación en la finalización del procedimiento administrativo, recursos administrativos, exigencia de deudas vencidas y líquidas, reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial, reacción frente al silencio administrativo, entre otras.

En conclusión, se aborda en esta monografía un tema de gran interés y que afecta a la participación en la Administración más cercana a los ciudadanos, es decir, la municipal, ofreciendo al respecto un análisis de los diferentes medios que existen al respecto, es decir, para participar en la vida municipal, pero no sólo desde el punto de vista teórico, sino también práctico, incluyendo formularios.

Contratos del sector público: contratos de servicio

MENÉNDEZ GÓMEZ, E.

Aranzadi, 2011, 1482 páginas

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora titular de derecho administrativo.
Universidad de Oviedo]

A pesar de que el contrato de servicios es uno de los nominados en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, y ya con anterioridad junto a los contratos de consultoría y asistencia en el texto normativo previo, la doctrina no ha dedicado a esta figura muchos esfuerzos —a salvo de contados estudios—, a diferencia de otras figuras contractuales que sí han sido objeto de múltiples estudios.

De ahí, una de las razones del interés de esta monografía, que ofrece un estudio pormenorizado de la citada figura contractual, destacando al respecto que el autor, teniendo en cuenta la importancia en esta materia del Derecho Comunitario, analiza las libertades comunitarias y los principios que de éste se derivan, entre los que destaca los de concurrencia y transparencia.

Dedica un importante esfuerzo también al análisis del procedimiento contractual en todas sus

diversas fases, así como a la ejecución del contrato, a lo largo de veinte capítulos, que van desde la normativa, los órganos relacionados con la contratación, la terminología contractual, la preparación, procedimientos de adjudicación, licitación del contrato, presentación de proposiciones, Mesa de Contratación, adjudicación y formalización, contratista, responsable del contrato, certificaciones, extinción, etc. Incorporando además en dichos capítulos materiales prácticos que resultan de gran utilidad.

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 las 40 páginas a doble espacio, numeradas correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y

deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:

LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.

ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.

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.