

DIRECTOR: MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá de Henares

Nº 51

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.

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

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

CONFLUENCIA DE NORMAS Y PRINCIPIOS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PDI FUNCIONARIO Y LABORAL

Eva M.ª Menéndez Sebastián 7

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 2009, DE LA SALA TER- CERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SECCIÓN 5.ª

Augusto González Alonso 35

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. 47

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Casona Usera, R.; Perelló Domenech, I.; Bustos Gisbert, R.; Carmona Cuenca, E.; Brage Camazano, J.; García Vitoria, I.; Díaz Crego, M.; Arenas Ramiro, M.; Fernández Vivas, Y.; Pérez-Moneo Agapito, M.; González Pascual M.I.; Queralt, A.; Rosino Calle, R. 69

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Casona Usera, R.; Perelló Domenech, I.; Bustos Gisbert, R.; Carmona Cuenca, E.; Brage Camazano, J.; García Vitoria, I.; Díaz Crego, M.; Arenas Ramiro, M.; Fernández Vivas, Y.; Pérez-Moneo Agapito, M.; González Pascual M.I.; Queralt, A.; Rosino Calle, R. 83

IV. FUENTES DEL DERECHO

Menéndez Rexach, A. (coord.); De Marcos Fernández, A.; Díez Sastre, S. 111

V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS AD- MINISTRACIONES PÚBLICAS

Menéndez Rexach, A. (coord.); Domínguez Martín, M.; López de Castro García-Morato, L.; Rodríguez-Chaves Mimbrero, B.; Chinchilla Peinado, J.A. 129

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Sánchez Morón, M. (coord.); Del Olmo Alonso, J.; Rodríguez Ayala, V. 143

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	
<i>Rebollo Puig, M. (coord.); Alarcón Sotomayor, L.; Bueno Armijo, A.; Rodríguez Portugués, M.A.</i>	153
VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA	
<i>López Menudo, F. (coord.); Carrillo Donaire, J.A.; Guichot Reina, E.</i>	179
IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	
<i>López Menudo, F. (coord.); Guichot Reina, E.; Carrillo Donaire, J.A.</i>	187
X. FUNCIÓN PÚBLICA	
<i>Sánchez Morón, M. (coord.); Marina Jalvo, B.; Cantero Martínez, J.; Desdentado Daroca, E.</i>	199
XI. URBANISMO	
<i>Ortega Álvarez, L. (coord.); Alonso García, C.; Delgado Piqueras, F.; Serrano Lozano, R.; Villanueva Cuevas, A.</i>	209
XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL	
<i>Embid Irujo, A. (coord.); Colom Piazuelo, E.; Jiménez Compaired, I.; Montoya Hidalgo, J.; Setuain Mendía, B.; Valcárcel, P.</i>	217
XIII. MEDIO AMBIENTE	
<i>Embid Irujo, A. (coord.); Domper Ferrando, J.; Embid Tello, A.E.; Jiménez Compaired, I.; Montoya Hidalgo, J.; Salinas Alcega, S.; Setuain Mendía, B.; Valcárcel, P.</i>	253
XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO	
<i>Tornos Mas, J. (coord.); Arroyo Jiménez, L.; Gracia Retortillo, R.; Malaret, E.; Molleví i Bortolo, J.; Vilalta Reixach, M.</i>	279
XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD	
<i>Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (coord.); Cobreros, E.</i>	303
XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES	
<i>Fernández Farreres, G. (coord.); Alcantarilla Hidalgo, F.J.</i>	311

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS	
<i>Menéndez Sebastián, E.M. (coord.)</i>	339

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

ARTÍCULOS DOCTRINALES

CONFLUENCIA DE NORMAS Y PRINCIPIOS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PDI FUNCIONARIO Y LABORAL

EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN

*Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo*

RESUMEN

Confluencia de normas y principios en el régimen jurídico del PDI funcionario y laboral

En los últimos tiempos hemos asistido a un proceso de reforma tanto en el ámbito universitario como por lo que se refiere a los empleados públicos, dos aspectos que confluyen precisamente en el PDI de las Universidades Públicas, y al que se une también el doble carácter laboral y funcional, que complica considerablemente su régimen jurídico.

Palabras clave: personal laboral, personal funcionario, universidades públicas, empleo público en la universidad, personal docente e investigador, personal de administración y servicios.

ABSTRACT

Confluence of norms and principles in the legal regulations of civil service and non-civil service PDI

For some time now, reforms on University domain and civil servants system have become areas of growing concern. This two aspects merge into each other as regards professors and research staff at Public Universities, with the additional difficulty of their double regime as officials/employees.

Key words: non-civil services employees, civil service employees, state universities, state employment at the university, educational and investigating personnel staff, administration and services staff.

SUMARIO

- I. LOS DIFERENTES FINES, REGLAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL Y EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO COMO PUNTO DE PARTIDA.
- II. PRINCIPALES MOTIVOS DE LA REFORMA EXPERIMENTADA EN EL EMPLEO PÚBLICO DE LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA.
 1. **Evolución del sistema universitario español.**
 2. **Últimas transformaciones del empleo público.**
 3. **Algunas de las previsiones más destacadas de la contratación laboral en el EBEP.**
- III. LA MÁS RELEVANTE PROBLEMÁTICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS.
 1. **La autonomía universitaria.**
 2. **El doble régimen jurídico del personal.**
 3. **Los distintos tipos de personal de las Universidades y su régimen jurídico: delimitación de la normativa aplicable a cada tipo de personal funcionario: PAS y PDI.**
- IV. ALGUNOS PROBLEMAS DEL PDI DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS PENDIENTES DE SOLUCIÓN NORMATIVA.

V. UN EJEMPLO CONCRETO DE LAS DIFERENCIAS PRÁCTICAS PRODUCTO DE LA EXISTENCIA DE DOS REGÍMENES JURÍDICOS DIVERSOS: EL PERMISO DE PATER-
NIDAD.

I. LOS DIFERENTES FINES, REGLAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL Y EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO COMO PUNTO DE PARTIDA

Las relaciones de trabajo son objeto de estudio de dos disciplinas en parte tan diferentes como son el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, aunque por otra parte cuentan con importantes puntos en común o, mejor dicho, de conexión, aunque también de conflicto, inevitable.

Este hecho no es gratuito sino que tiene su razón de ser, y si bien cada una de estas ramas del Derecho tiene fines, objetivos y medios dispares con carácter general, confluyen irremediablemente cuando se trata del personal laboral al servicio de la Administración, es decir, de las relaciones que rigiéndose normalmente por el Derecho laboral se producen dentro de la Administración, implicando por ello necesariamente la adaptación de las reglas de dicho régimen jurídico a las particularidades de ésta y sus principios.

No en vano ambas disciplinas se incardinan respectivamente en el Derecho Público y en el Derecho Privado, una clasificación convencional que separa o, más bien, agrupa a distintas ramas del Derecho en función de su mayor componente público o privado, es decir, que su objeto o destinatarios sean instituciones o entidades públicas o particulares y empresas privadas, por decirlo de forma sencilla.

Ya sólo de esta separación, aunque bien hay que señalar que las distintas ramas del Derecho no son, ni pueden ser, ni pueden entenderse como compartimentos estancos en absoluto y como precisamente en esta materia puede comprobarse, es fácil imaginar que los intereses en juego o a proteger por estas dos disciplinas distan considerablemente, pues mientras el Derecho Administrativo gira en torno a la Administración como persona jurídica al servicio de la comunidad y que siempre, insisto, siempre, ha de perseguir el interés general; por el contrario el Derecho laboral se caracteriza por su finalidad tuitiva, de protección de los trabajadores frente a posibles abusos del empresario empleador.

De tal modo que estas finalidades diversas y estos diferentes regímenes jurídicos fuerzan que cuando sea la Administración la empleadora, dadas sus peculiaridades, las reglas deban ser cuanto menos matizadas, valga de ejemplo, la autonomía de la voluntad propia del Derecho Privado y también por ello del Derecho Laboral, que se ve considerablemente condicionada y limitada en el ámbito de la Administración, que se rige por otros principios que no siempre se armonizan con facilidad con lo señalado.

Y ello cuando en ambos casos el personal, tanto de las empresas como de las Administraciones, forman parte de sus recursos humanos necesarios para su funcionamiento, es decir, cumplen similar función, no obstante, mientras los primeros trabajan para una empresa que tiene fines particulares, evidentemente los del empresario, en la Administración su personal trabaja para alcanzar los objetivos de ésta que han de ser siempre el interés general, aunque en ambos casos el vínculo de la relación, evidentemente, sea la actividad productiva.

Así, en Francia, país vecino donde históricamente se encuentra el origen de la función pública, Napoleón quiere trasladar a los «empleados» de la Administración civil principios propios de la organización militar que bien conocía. En la concepción napoleónica el funcionario

no es un «empleado más», es un servidor del Estado, un defensor del interés general, y tal condición debe influir de forma decisiva en su régimen jurídico. Un régimen jurídico que descansa sobre tres grandes ideas que se perpetúan en Francia hasta nuestros días: mérito y capacidad, carácter vitalicio y sistema de carrera⁽¹⁾.

Y aunque también en el ámbito privado la producción resultado de la actividad laboral está llamada a cubrir las necesidades demandadas por la sociedad, la diferencia fundamental es que mientras el empresario lo hace porque con ello obtendrá un beneficio, la Administración por el contrario es su función misma, su razón de ser, servir a la comunidad.

El Derecho Laboral nació en su día para poner fin a la explotación que resultaba de la aplicación de las reglas civiles a la prestación laboral de servicios. De ahí que en su fase germinal procurase únicamente la protección de la parte más débil —el trabajador—, imposible en el marco del Derecho Civil puro que parte, como se sabe, de la consideración como iguales de las partes contratantes, insostenible ante la innegable subordinación que implica toda prestación laboral de servicios.

La legislación industrial no pretendía, ni tenía por qué hacerlo, diseñar un nuevo modelo contractual, en contraposición al civil, sólo perseguía la matización del Derecho Civil, que continuaba reglando la relación contractual en el resto de elementos, en lo necesario para evitar la explotación obrera en cuestiones tales como la contratación de niños, la ocupación durante interminables jornadas, el empleo de mujeres en actividades incompatibles con su condición, etc.

Mientras que la contratación administrativa —diferente del personal de las Administraciones— también encuentra sus orígenes en la contratación civil, pero no para proteger a la parte más débil, sino, al contrario, para adaptarla a las prerrogativas que la Administración tiene, privilegios que no sólo se justifican sino que resultan imprescindibles para que ésta pueda alcanzar el interés general, que le impone la propia CE y que es su razón de ser.

Es decir, mientras el Derecho del Trabajo nace para proteger la parte débil de la relación laboral, dado que el Derecho Civil se caracteriza por la igualdad en la posición de ambas partes, ya que es una evidencia que en la práctica el empresario tiene una posición de mayor fuerza que el empleado; por el contrario la contratación administrativa nace partiendo de la civil para introducir en ella las prerrogativas propias de la posición de supremacía que la Administración tiene respecto de los administrados y que la tiene por y para perseguir el interés general y servir a la comunidad.

Por tanto, fue con el nacimiento del Derecho del Trabajo como disciplina autónoma con el que se formó un Derecho que conjugaba principios y reglas heredadas del Derecho Civil, del que había surgido, con otros propios, no sólo diferentes a los civiles sino necesariamente antagónicos, en concreto, los que habían justificado su escisión de aquel otro Derecho. La situación descrita se mantiene aún hoy.

Y entre esos principios, señalar el principio *pacta sunt servanda*, es decir, que el contrato es ley entre las partes, aunque matizado en el Derecho del Trabajo por la irrenunciabilidad de derechos, mientras que los funcionarios se caracterizan por su carácter estatutario, es decir, su régimen jurídico es el fijado en las normas en cada momento⁽²⁾.

(1) Respecto al sistema funcional francés, véase, entre otros, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 5.ª ed., 2008, pp. 26 y siguientes.

(2) Si bien es cierto que cabe introducir mejoras por vía de la negociación colectiva que en este ámbito da lugar a Pactos y Acuerdos.

Otro principio a señalar es el de la autonomía de la voluntad, muy limitada en el ámbito de la Administración, tanto por lo que a ella misma se refiere, dado su sometimiento al interés general y de otro lado por el citado régimen estatutario de la función pública; así como el de la buena fe contractual; la prohibición del abuso de derecho —que niega eficacia a los derechos que aunque atendiendo a la letra de la norma se ejerciten contraviniendo su espíritu y su finalidad—; la prohibición del enriquecimiento injusto —que en el ámbito laboral se materializa, entre otros, en el artículo 9.2.º ET—; la indemnización de los daños causados —a este principio responde el reconocimiento de indemnización en los despidos improcedentes sin readmisión y en los objetivos—, y que también opera en el ámbito de la Administración, si bien se distingue la responsabilidad contractual de la extracontractual, esta última caracterizada por su carácter objetivo y directo, muy diferente de la responsabilidad de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil; la cláusula *rebus sic stantibus* —que permite alterar las obligaciones asumidas si las circunstancias han variado—, aunque también tiene presencia en el ámbito de la Administración, en éste se matiza o adapta a las peculiaridades de ésta, destacando el *ius variandi* de los contratos administrativos, la teoría del riesgo imprevisible o del *factum principis*, si bien, se insiste que son figuras propias del Derecho Administrativo contractual y no de la función pública, donde por ser un régimen estatutario claro que cabe su modificación, precisamente al cambiar las normas que lo conforman.

De otro lado, está la excepción *non adimpleti contractus* (que libera a una parte en caso de incumplimiento de la otra, si bien acomodada al Derecho del Trabajo, en el sentido de dar entrada al despido disciplinario, liberación del empresario, y al desistimiento causal del trabajador, que libera al trabajador con derecho a indemnización cuando el empresario incumple sus obligaciones), que también con ciertas precisiones se encuentra en el Derecho Administrativo, aunque, como se ha dicho, con matices, no tanto respecto del personal laboral, que evidentemente también cuenta con supuestos de despido por incumplimiento del trabajador, destacando la potestad disciplinaria de la Administración sobre su personal, pero señalando también la dificultad de separación de funcionarios, salvo por infracciones gravísimas, dado su carácter inamovible, y en cuanto a los contratos administrativos si bien cabe su resolución por ciertas causas, ésta siempre la dicta la Administración, aunque entre esas causas estén ciertos incumplimientos de la misma, dado que los actos de ella se presumen válidos y eficaces por su autotutela, no así los del administrado.

Igualmente, se aplican las reglas civiles propias de los vicios del consentimiento y la capacidad contractual de los sujetos, también aplicables en el ámbito de la Administración, tanto para contratos como personal, aunque hay que matizar que la capacidad de obrar en este ámbito cuenta con alguna regla particular sobre la base de las normas de Derecho Civil, así véanse los artículos 30 de la Ley 30/1992 y 18 de la LJCA, por ejemplo, se puede ser funcionario sin ser mayor de edad.

De otro lado, hay una serie de principios propios, cimentados en la función natural del Derecho del Trabajo de proteger al trabajador, como la aplicación de la norma más favorable (para el trabajador), lo que, por ejemplo, ha llevado a interpretar en este sentido por la Sala de lo Social del TS el artículo 51 del EBEP⁽³⁾; la irrenunciabilidad de derechos, que no obstante con carácter general y no en cuanto al tema del personal, en la Ley 30/1992, se recoge el desistimiento y renuncia en los artículos 90 y 91; la imposición de forma escrita para la formalización de algunas modalidades contractuales para proteger los intereses del trabajador, si bien es cierto

(3) Es el caso de la Sentencia de 8 de junio de 2009 (Ar. 4170).

que en el ámbito civil también funciona esta regla en algunos negocios y también es propio del ámbito administrativo.

De otro lado, hay otra característica del Derecho Laboral, que introduce distinciones con el personal funcionario, me refiero a la fuerza o papel reservado a la negociación colectiva y su posición en el sistema de fuentes.

Una vez examinadas brevemente las claves para entender el Derecho del Trabajo y sus principios, es preciso hacer lo propio con el Derecho Administrativo.

En primer lugar, debe insistirse en el nacimiento y evolución de este Derecho vinculándolo siempre a las circunstancias políticas, sociales y económicas, que sin duda han sido determinantes en su formación, pues como señalara Prosper WEIL «el Derecho Administrativo no puede en ningún momento desvincularse de la historia y, muy, especialmente, de la historia política, pues en ella encuentra su verdadero fundamento y de ella recibe su filosofía y trazos característicos»⁽⁴⁾.

Así, el Derecho Administrativo tal y como hoy lo conocemos, y sin perjuicio de que algunas instituciones y mecanismos tengan un origen más remoto, ha nacido con la Revolución Francesa⁽⁵⁾, de la que ha tomado precisamente esas garantías del ciudadano, sin embargo, mantuvo un elemento caracterizador del sistema anterior: los privilegios del Monarca en el Antiguo Régimen, convertidos ahora en las prerrogativas de la Administración. De ahí que se diga que el equilibrio actual entre garantías y privilegios se explica en el origen mismo del Derecho Administrativo.

De esta forma es como el Consejo de Estado encargado del control de la Administración comienza a adaptar el Derecho Común y, principalmente, Civil, a las peculiaridades de la Administración, dentro de las que destacan sus prerrogativas, y es así como de esas nuevas reglas se va formando lo que hoy es el Derecho Administrativo, pues no debe olvidarse que éste encuentra su génesis, como bien señalará el Profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, en el Derecho Civil, y de ahí también muchas de las dificultades que plantea su separación de otras ramas del Derecho y especialmente de ésta.

En conclusión, el Derecho Administrativo se basa en el equilibrio entre garantías y privilegios, lo que proviene de su propio origen y lo cual lleva a incluir en él, junto a la regulación de la actividad, los medios y la organización de la Administración, así como el control específico de ella.

Es difícil encontrar una concepción del mismo que sirva para definirlo en todo momento histórico y lugar, precisamente porque éste se caracteriza por su cambio en atención a la coyuntura social, política y económica que le rodea, siendo así que actualmente estamos ante una nueva etapa de éste, que responde, especialmente, a las nuevas políticas europeas y la posición que conforme a ellas debe ostentar el Estado y dentro de éste su brazo ejecutor, es decir, la Administración.

(4) Como así recuerda MARTÍN-RETORTILLO, L., en la «Nota preliminar», a la traducción DE RODRÍGUEZ ZÚÑIGA L., a la obra WEIL P., *Derecho Administrativo*, reimpresión, Civitas, Madrid, 1989, p. 22.

(5) Destaca respecto al nacimiento de esta rama del Derecho, entre otras obras, las de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Administración española*, 3.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 1972; *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 2.ª ed., Taurus, Madrid, 1981; «El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público», *RAP*, núm. 129, 1992, o *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

Como es fácil de entender la intervención de la Administración en el Estado Policía, nada tiene que ver con la que desarrollaría más tarde como Administración fomento o después en el Estado prestacional y del bienestar, que responde, conforme a la teoría de Forsthoﬀ, a la *da-sainsvorsorge* o procura asistencial, consolidada ya en la Constitución de Weimar. Pues bien, en la actualidad asistimos a un nuevo cambio en esa intervención estatal como consecuencia del fenómeno de liberalización de los servicios públicos.

Junto a este tema central de la actual etapa del Derecho Administrativo, no deben perderse de vista otros también muy importantes, como el fenómeno que podría llamarse: fuerzas centrífugas y centrípetas, que responden a la globalización, de un lado, y a la descentralización por medio del importante Estado autonómico, aunque también del ámbito local, de otro.

Ambos aspectos unidos al Derecho Administrativo Europeo hacen que esta rama del Derecho sea hoy muy compleja, pero también la enriquecen. Así, mientras el Derecho Administrativo Europeo pretende homogeneizar los Derechos de los Estados miembros, a través de los variados Derechos autonómicos se persigue dar respuesta a las distintas circunstancias que concurren en los diferentes territorios de nuestro país.

De este modo, si un hito fundamental en la formación del actual Derecho Administrativo y que supuso una regulación totalmente innovadora de la Administración, fue la aprobación en 1978 de la CE, es ahora la pertenencia a la Unión Europea la que marca una nueva etapa en esta disciplina.

Y de otro lado, todos estos aspectos y la evolución que en consecuencia ha experimentado la Administración y su papel han hecho precisamente que fuera necesaria una importante reforma de la función pública y en general de sus empleados para responder más eficazmente —como el artículo 103 de la CE le impone— a la consecución del interés general. Cambio que si bien se ha iniciado con el EBEP⁽⁶⁾, aún no ha concluido.

Una vez, expuesto el concepto, resta insistir en los caracteres del Derecho Administrativo, con el fin de comprender cómo todo ello influye en el régimen de su personal, y que pueden resumirse en que el Derecho Administrativo es un Derecho Público. Es más, siendo la Administración Pública la única personificación interna del Estado, cuyos fines asume, y siendo también dicha persona el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos, es lícito decir que el Derecho Administrativo es el Derecho Público interno del Estado por excelencia⁽⁷⁾.

El Derecho Administrativo es el Derecho común de las Administraciones Públicas, el carácter estatutario del Derecho Administrativo supone, como se ha dicho ya, que es un Derecho referido a un tipo determinado de sujetos, las Administraciones Públicas. Esto quiere decir, por lo pronto, que el Derecho Administrativo tiene que atender básicamente a las exigencias que estos sujetos presentan para su desenvolvimiento jurídico normal⁽⁸⁾. Además, la presencia de una Administración Pública es requisito necesario para que exista una relación jurídico-admi-

(6) En relación con esta norma, véase, en general, SÁNCHEZ MORÓN, M., «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», *Justicia Administrativa*, núm. 36, 2007, pp. 5-24.

(7) Como afirman GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 37.

(8) Dicho con otras palabras, el Derecho Administrativo es un microcosmos jurídico, que tiende a cubrir todas las posibles zonas en que se mueven las Administraciones Públicas que constituyen el objeto de regulación de otros Derechos. (...). El Derecho Administrativo resulta ser, de este modo el Derecho común de las Administraciones Públicas, como han apuntado GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 38.

nistrativa. Y finalmente insistir en el Derecho Administrativo como equilibrio entre privilegios y garantías.

El Derecho Administrativo como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho, pues, de un equilibrio, por supuesto, difícil, pero posible, entre privilegios y garantías. En último término, todos los problemas jurídico-administrativos consisten en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. En definitiva, de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos⁽⁹⁾.

Este equilibrio entre privilegios y garantías, entre poder y libertad, es el *leit-motiv* del Derecho Administrativo. En efecto, el Derecho Administrativo regula la organización y actividad de las Administraciones públicas mediante este equilibrio entre privilegios de la Administración y garantías de los administrados.

De este modo es necesario partir de la idea de que a través de todas estas garantías, el Derecho Administrativo pretende contrarrestar la situación de primacía en la que se encuentra la Administración, buscando un punto de equilibrio, donde, sin poner en peligro los intereses generales a los que sirve la Administración, se garantice la posición jurídica de los administrados, de modo que los privilegios y garantías de los poderes públicos vengan exigidos como una medida proporcionada para el eficaz cumplimiento de los citados intereses generales, y ajustada a los principios constitucionales, especialmente los de justicia e igualdad.

Así, el artículo 103.1 de la Constitución señala que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales, de acuerdo con el principio de eficacia. Para ello, el ordenamiento jurídico le atribuye una serie de potestades exorbitantes del Derecho Común, un conjunto de poderes de actuación de los que no disfrutaban los sujetos privados, y que constituyen los llamados privilegios de la Administración.

Dentro de las diversas prerrogativas o privilegios, cabe destacar brevemente, la más importante: la autotutela, declarativa y ejecutiva, además de otras como la potestad sancionadora, la potestad reglamentaria, la potestad tributaria, las prerrogativas en los contratos administrativos, como el *ius variandi*, la posibilidad de expropiar, aunque tiene su contrapartida en la garantía de indemnizar al ciudadano, el estatus privilegiado de los bienes de la Administración, etc.

Como se ha señalado, dentro de todas estas prerrogativas o privilegios hacer una breve referencia a la que se considera más característica de la Administración, la autotutela.

Simplemente señalar que la autotutela es ante todo un privilegio administrativo excepcional que se materializa en la posibilidad de que la Administración haga efectivas sus pretensiones sin mediación judicial. Se trata, por tanto, de un instrumento clave en la relación de la Administración y los Tribunales que se concreta en la posibilidad de imponer su actividad al particular sin la necesidad de acudir a procedimientos judiciales declarativos o de ejecución, tal como es obligatorio para cualquier particular.

Frente a las prerrogativas de la Administración y en la búsqueda del mencionado equilibrio se encuentran los derechos y garantías de los ciudadanos, dentro de los que destacan algunas instituciones básicas del Derecho Administrativo, como es el control jurisdiccional y la responsabilidad patrimonial, o el procedimiento administrativo y la participación de los ciudadanos.

Para concluir con esta breve exposición de cómo y por qué la Administración funciona como lo hace, deben resaltarse los más relevantes principios aplicables en la materia.

(9) *Ibidem*, pp. 44 y 45.

De este modo, si con anterioridad se han señalado los principales principios que rigen las relaciones laborales en el ámbito privado, es preciso ahora destacar aquellos que condicionan al personal que accede a la Administración, y que en el caso del personal laboral distancia o matiza éste respecto de su régimen común, destacando los siguientes que cuentan con reconocimiento constitucional: el principio de igualdad: artículos 14 y 23.2 de la CE, no sólo con carácter general sino específicamente como derecho fundamental de igualdad en el acceso a la función pública; los principios de mérito y capacidad, reconocidos en el artículo 103.3 de la CE, y que hacen que el acceso sea por regla general a través de oposición, y en menor medida concurso-oposición y excepcionalmente concurso; el principio de objetividad, también previsto en el importantísimo artículo 103.1 de la CE, y que, por ejemplo, está en la base del sistema de incompatibilidades; el principio de prohibición de la arbitrariedad, previsto en el artículo 9.3 de la CE, que junto al anterior son el fundamento de la garantía de estabilidad del personal de las Administraciones Públicas; el principio de eficacia —artículo 103.1 de la CE—, de ahí que deba elegirse al mejor; o el principio de legalidad —artículo 103.1 de la CE—, pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, entendido como vinculación positiva frente a la negativa de los ciudadanos, aunque no sea así estrictamente.

Por ello y antes de entrar en la normativa concreta que afecta a las Universidades y, en particular, a uno de los dos tipos de personal, el PDI, es preciso hacer unas reflexiones respecto de ciertos principios y derechos de la propia CE y que condicionarán indefectiblemente al empleo público. Me refiero al citado artículo 23.2 de la CE, precepto que prevé un derecho fundamental como es el derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. A ello se une el reiterado artículo 103.3 de la CE que prevé que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Por tanto, junto al derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública se encuentran también, aunque no como derecho fundamental, los principios de mérito y capacidad que tampoco pueden ser conculcados. De tal modo que las medidas que se adopten en esta materia han de tener en cuenta todos estos elementos que están presentes y además con reconocimiento constitucional.

Además debe tenerse en cuenta cómo actúa la Administración, que está al servicio de la comunidad, que persigue el interés general y que en ello entre otros principios debe observar el de eficacia, de acuerdo al artículo 103.1 de la CE.

Todo ello, por tanto, conlleva que las Administraciones en la selección de su personal se encuentren mucho más limitadas y las exigencias de igualdad sean mayores que respecto a la contratación por las empresas. Es decir, la Administración al estar al servicio de la comunidad y atender, por tanto, siempre a intereses generales, como exige la CE, y no a intereses particulares, no es libre para seleccionar del modo que quiera a su personal, dado que el principio de eficacia que se le exige en toda su actuación requiere que deba siempre elegir a los mejores, tanto respecto a su personal como también en cuanto a los contratistas, lo que lleva a que las reglas y exigencias en este ámbito sean mucho más estrictas que respecto de una empresa privada, que aunque se vea limitada por ciertos principios y reglas, no ha de guiarse por esas mismas exigencias y requisitos que la propia CE prevé para la Administración en la selección de su personal y que están justificados en su propio papel respecto a la sociedad y el modo de actuar de ésta.

Pero es más, sea cual sea el sistema de función pública, incluso si se mantiene un sistema dual, los principios constitucionales que inspiran el régimen jurídico de los funcionarios se ex-

tienden a todas las relaciones de empleo público; por tanto, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas, que influyen en el desarrollo y extinción de las relaciones de empleo público, el principio de objetividad al servicio de los intereses generales, el principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas, el de eficacia y el de legalidad y cobertura presupuestaria imprimen a las relaciones de empleo con las Administraciones públicas de particularidades que necesariamente distinguirán el empleo público del privado⁽¹⁰⁾.

II. PRINCIPALES MOTIVOS DE LA REFORMA EXPERIMENTADA EN EL EMPLEO PÚBLICO DE LA UNIVERSIDAD ESPAÑOLA

Existe consenso a la hora de afirmar que en los distintos sistemas universitarios se han producido profundos cambios en los últimos treinta años⁽¹¹⁾, a lo que puede añadirse los que deberán producirse aún para hacer efectivo el Espacio Europeo de Educación Superior, cambios que han supuesto también reformas considerables desde el punto de vista de la organización y que han llevado a un modelo que tiene que dar respuesta a dos variables fundamentales: el acceso generalizado a la educación superior y el crecimiento exponencial de centros universitarios; y de otro lado la potenciación de la función investigadora de la Universidad dirigida a dar respuesta a los cambios tecnológicos acontecidos en los últimos tiempos⁽¹²⁾.

Confluyen en esta reforma además dos vertientes o dos aspectos: uno, el referente al propio cambio de las Universidades, particularmente ante las nuevas circunstancias señaladas y los nuevos retos que han de afrontar, y otro, la reforma generalizada de la función pública que venía reclamándose por diversas causas y, particularmente, por el distinto papel de la Administración en la sociedad, y que tampoco aún puede considerarse culminada.

1. Evolución del sistema universitario español

Respecto a la primera de esas perspectivas, no sólo la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior ha supuesto y aún supone importantes cambios en las Universidades, sino que, como se ha advertido ya, éstas llevan experimentando un profundo cambio en los últimos treinta años, destacando en dicha evolución el punto de inflexión o de partida que ha supuesto la aprobación de la Constitución Española en 1978.

Y es que es evidente que la autonomía universitaria reconocida en el artículo 27.10 de nuestra CE —no así en otras de países de nuestro entorno, en los que en pocas ocasiones tiene reconocimiento constitucional—, ha supuesto una transformación de la estructura institucional y de gobierno de las Universidades, comenzando por la necesidad de órganos de gobierno con-

(10) Tal y como acertadamente lo ha expuesto LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, p. 348.

(11) Como señala, entre otros, CASTILLO BLANCO, F. A., «El Estatuto Básico del Empleado Público y el régimen del personal al servicio de las Universidades Públicas», en González García, J. V., *Comentarios a la Ley Orgánica de Universidades*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, pp. 311.

(12) A este respecto, véanse, entre otros, SOUVIRON MORENILLA, J. M. y PALENCIA HERREJON, F., «La evolución de la Universidad y la nueva Ley de Universidades», en *La nueva regulación de las Universidades (Comentarios y Análisis Sistemático de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades)*, Comares, Granada, 2002, pp. 3 y siguientes.

figurados democráticamente, la organización de la docencia en estructuras horizontales, como los Departamentos, junto a las verticales como las Facultades, etc.⁽¹³⁾.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, en estos años y, particularmente con y desde la reforma de 1984, se ha pasado de un modelo de gestión de carácter colegial a un modelo de gestión profesional y de carácter localista, destacando la escasa movilidad del profesorado, tal y como puso de manifiesto el propio Informe Universidad 2000 o también conocido como Informe Bricall⁽¹⁴⁾. Se ha pasado de una organización artesanal a una organización industrial, de una Universidad centrada en el profesor a una Universidad que, conforme al EEES, se ha de centrar en el alumno, lo que sin duda también ha de suponer cambios, siendo necesario afrontar procesos de modernización y mejora en la gestión y para ello también de desarrollo de los mecanismos de gestión de recursos humanos y su profesionalización.

Sin embargo, el cambio no sólo es cualitativo, es decir, en cuanto al papel del docente en el EEES y también, por supuesto, de los gestores de la Universidad, sino que a ello se une el aspecto cuantitativo, dado el incremento considerable que se ha experimentado en el personal de las Universidades, especialmente en los últimos diez años, que ha sido superior al 10%⁽¹⁵⁾.

De otro lado, y por lo que al régimen jurídico de cada uno de los dos tipos de personal, ya mencionado, se refiere, debe advertirse, como así ha hecho la doctrina, que tiene su lógica que el PAS se asemeje más al resto del empleo público, que en el caso del PDI⁽¹⁶⁾.

Y ello se debe a que los servicios prestados por el PAS se aproximan mucho más al común de los funcionarios de otras Administraciones, mientras que por el contrario el PDI se caracteriza precisamente por la singularidad de sus servicios, aunque a mi juicio y creo que es opinión generalizada, la normativa no ha prestado la atención debida a esas peculiaridades, ni ha adoptado un régimen jurídico adecuado a ellas, prueba de ello es que el EBEP no siguió en este punto las indicaciones del Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del EBEP⁽¹⁷⁾.

Retomando de nuevo el elemento cuantitativo, debe indicarse que también en esta línea en el año 2000, cuando se publica el ya citado Informe Bricall, era comúnmente señalado que el crecimiento sustancial de las plantillas de profesorado no había sido acompañado de una racionalización de las plantillas de personal fijo y contratado, que, en contra de lo que se preveía tras la LRU, no había disminuido notoriamente, ya que casi la mitad de las necesidades se cubrían con personal contratado, además de desvirtuarse la utilización de las distintas figuras de profesorado. Los sistemas selectivos no favorecían la movilidad y eran cuestionables en cuanto a la objetividad.

(13) Como bien recuerda CASTILLO BLANCO, F. A., «El Estatuto Básico del Empleado Público y el régimen del personal al servicio de las Universidades Públicas», *op. cit.*, p. 312.

(14) Informe que se presenta en marzo de 2000, en la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE), en Barcelona.

(15) Esto puede constatare en el Registro Central de Personal, que conforme a los datos de los últimos años, del total de empleados públicos de nuestro país casi un 4% presta su servicio en las Universidades públicas, siendo, por ejemplo, en 2007 un 97,3% de Universidades Transferidas a las CCAA y en las cuales de dicho porcentaje un 71,4% era personal docente y un 25,9% no docente; mientras que en las Universidades no transferidas un 1,4 pertenece al primer tipo y un 1,3 al segundo. En el Registro de 2008 puede comprobarse que de los 100.671 empleados de las Universidades Públicas, el 62,44% era personal funcionario, frente al 33,61% laboral y el 3,95% que contaba con otro régimen.

(16) Como igualmente entiende el Profesor CASTILLO BLANCO, F. A., «El Estatuto Básico del Empleado Público y el régimen del personal al servicio de las Universidades Públicas», *op. cit.*, p. 314.

(17) Publicado por el INAP en el año 2005. Dicha Comisión, presidida por el Profesor SÁNCHEZ MORÓN, no sólo hizo un estudio de la función pública sino unas propuestas y recomendaciones para elaborar el EBEP de gran calado, algunas de las cuales, sin embargo, no fueron recogidas en dicha norma finalmente.

Tras la LOU, y aunque persisten ciertos problemas y se incorporan otros nuevos, como precisamente la regulación del empleo laboral, se produce un cambio sustancial en la estructura de las plantillas de PDI, transformación en la que aún se está inmerso y que cuenta con tres grandes grupos: Cuerpos Docentes Universitarios; Contratados Laborales LOU y Contratados administrativos LRU, que cuentan con carencias normativas muy relevantes y dificultades en su gestión, derivadas de la utilización indiscriminada; y a lo que se suma, como ha señalado el Profesor CASTILLO BLANCO —quien también participó en la citada Comisión para el Estudio y Preparación del EBEP—, la persistencia del desequilibrio de la plantilla entre PAS y PDI y la subsistencia de una insuficiente plantilla de personal técnico y de gestión para alcanzar los objetivos que se proponen de una enseñanza que hace al alumno el eje de la gestión y del fomento de la investigación⁽¹⁸⁾.

En todo caso puede concluirse que los cambios en la Universidad de nuestros días han de pasar necesariamente por una actualización del régimen jurídico y de las formas de gestión de ambos colectivos y no sólo por la importante transformación que, como brevemente se ha advertido, ha experimentado la Universidad en los últimos años, la distinta concepción de la misma en la CE e, incluso con posterioridad, la diferente perspectiva de su personal adoptada en la LRU y en la actual LOU, sin olvidar el proceso de instauración del EEES, sino también por el propio cambio en la concepción del empleo público a nivel general.

2. Últimas transformaciones del empleo público

En efecto, respecto del segundo aspecto señalado que confluye en esta etapa de cambios, es decir, el propio de la reforma del empleo público, debe partirse de que varios son los elementos que inciden en ella, así, por ejemplo, es evidente que en ello ha tenido incidencia el Estado Autonómico, pero cabe destacar de forma muy especial el distinto papel que la Administración juega hoy en la sociedad, lo que de forma paralela hace que sea necesaria una adaptación de su propia estructura y de sus recursos humanos, como en cierta medida se ha señalado con anterioridad y, en concreto, al explicar su funcionamiento y su evolución.

En efecto, si algo caracteriza a la Administración es el estar al servicio de la comunidad, como ya se ha dicho, tal y como ha sido concebida desde la Revolución Francesa, y ello implica también su fuerte vinculación a los aspectos sociales, culturales, económicos y especialmente políticos y por ende también a sus cambios.

Así, el paso de una intervención desde fuera en el Estado de policía a una intervención desde dentro en el llamado Estado del bienestar o prestacional, supuso importantes transformaciones en su momento y hoy en día la evolución experimentada en muy diversos ámbitos también ha hecho y aún hace necesaria esa adaptación de sus recursos, por eso se ha expuesto con anterioridad el papel y evolución de la Administración, con la finalidad de comprender ahora el porqué de la reforma de los medios personales de los que se sirve.

Como ya se ha señalado, la intervención de la Administración en el Estado Policía, nada tiene que ver con la que desarrollaría más tarde como Administración fomento o después en el Estado prestacional y del bienestar, que responde, conforme a la teoría de Forsthoff, a la *da-sainsvorsorge* o procura asistencial, consolidada ya en la Constitución de Weimar, siendo que en la actualidad asistimos a un nuevo cambio en esa intervención estatal como consecuencia del fenómeno de liberalización de los servicios públicos.

(18) CASTILLO BLANCO, F. A., «El Estatuto Básico del Empleado Público y el régimen del personal al servicio de las Universidades Públicas», *op. cit.*, p. 315.

La institución del servicio público es una de las más afectadas por la política comunitaria de mercado único⁽¹⁹⁾, debido a lo cual se ha visto en la obligación de adaptarse a la nueva normativa europea y sus objetivos⁽²⁰⁾.

Este cambio se debe a la nueva concepción de la intervención estatal en la economía, que trata además de armonizar las diversas tradiciones jurídicas de los distintos países de la Unión. Éstas se orientan básicamente en dos direcciones: la clásica concepción del servicio público prestado por el Estado, propia de Francia, y la de los países anglosajones en que se parte de la apertura a la iniciativa privada, centrándose la misión del Estado fundamentalmente en la fijación de las normas que han de regular el mercado y su control.

Lo que cambia es el modo de intervención de la Administración a lo largo de la historia, así se pasa del Estado policía en que principalmente se encarga del orden público, al Estado del bienestar o prestacional de Forsthoff en que garantiza los servicios por medio de su prestación directa, a la actualidad en que se persigue un mercado único abierto a la libre competencia y que ha afectado no sólo al clásico servicio público⁽²¹⁾ sino también a la actividad de fomento, reduciendo considerablemente sus posibilidades, y a la actividad de policía, por ejemplo, a través de autorizaciones pero también y precisamente de las obligaciones de servicio público⁽²²⁾.

Junto a este tema central de la actual etapa del Derecho Administrativo, no deben perderse de vista otros también muy importantes, ya señalados, como la globalización y la descentralización, o el Derecho Administrativo Europeo, con todo lo cual se ha hecho necesaria la reforma de los recursos personales de la Administración, es decir, de los empleados públicos.

Precisamente, toda esta evolución hizo preciso replantearse también nuestro sistema de empleo público, como señalara el Profesor SÁNCHEZ MORÓN⁽²³⁾, quien presidió la ya mencionada Comisión para el Estudio y Preparación del EBEP. Además se apreciaba por la sociedad un desencuentro entre la ciudadanía y el empleo público en España, como puso de relieve en sus estudios el Centro de Investigaciones Sociológicas, percibiendo la sociedad que el fun-

(19) Por lo que se refiere a la evolución de este concepto como consecuencia de las imposiciones europeas, véase MODERNE, F., «Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public», *L'idée de service public dans le Droit des États de l'Union Européenne*, L'Harmattan, Paris, 2001.

(20) En relación con el clásico concepto de servicio público y su evolución hasta nuestros días, véanse varios trabajos de MARTÍN REBOLLO, L., «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *RAP*, núm. 100-102, 1983; «Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras», *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, núm. 287, agosto 2002, Año XXIV; «Sociedad, economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

(21) Así la Profesora MALARET I GARCÍA, E., «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *RAP*, núm. 145, 1998, p.86, afirma que en la actualidad los servicios públicos se sitúan en una zona gris entre Estado y mercado.

(22) Debe recordarse que en el Derecho Administrativo es clásica la distinción tripartita de la actividad de la Administración y que en concreto se considera que cuando ésta actúa lo hace siempre a través de actividad de policía, fomento o servicio público, división que proviene ya de Jordana de Pozas (1946), que en el ordenamiento jurídico encuentra plasmación en el RSCL de 1955.

(23) SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 29.

cionamiento de la Administración era uno de los elementos que menos se habían transformado en España en los últimos años⁽²⁴⁾.

Partiendo de todo ello el Informe emitido por la Comisión encargada del Estudio y Preparación del EBEP, dirigida, como ya se ha dicho, por el citado Profesor SÁNCHEZ MORÓN, afirmó entre otras cuestiones y en relación con el objetivo de la buena administración, que

«No puede existir una buena Administración allí donde el sistema de empleo público es deficiente. Por ello, el régimen jurídico aplicable a los empleados públicos debe hacer posible la selección de los mejores candidatos, proporcionarles unas oportunidades de promoción profesional y una compensación por su trabajo que estimulen su dedicación al servicio público, así como la formación más apropiada para atenderlo, y establecer un equilibrio adecuado entre sus derechos e intereses legítimos y sus deberes, obligaciones y responsabilidades, teniendo en cuenta que lo primordial es siempre garantizar el mejor servicio al conjunto de la ciudadanía».

Y ante el déficit normativo al respecto y la falta de adecuación a la nueva Administración y el papel que ésta juega en la sociedad se vio la necesidad de un cambio, destacando entre las propuestas de la citada Comisión, algunas de ellas —no todas— recogidas en el EBEP, las siguientes: un Estatuto para todos los empleados públicos, tanto de régimen funcional como de contratación laboral⁽²⁵⁾; un Estatuto para todas las Administraciones Públicas; una regulación flexible y adaptable a cada sector del empleo público que lo precise, requiriendo un desarrollo por leyes especiales, por ejemplo, para sectores como el sanitario o el docente e investigador; un Estatuto Básico de mínimos; un reparto de funciones entre el personal funcionario y laboral y las modalidades de empleo, reservando, como es imprescindible al primer tipo el ejercicio de las funciones de soberanía que impliquen ejercicio de autoridad, mencionando dentro de las diversas modalidades de régimen laboral el a tiempo parcial o a distancia, pero, en todo caso, su sometimiento a los principios de mérito y capacidad, en función del interés público y con observancia de los principios de buena administración y que darían lugar a una relación laboral especial de empleo público; reducción de la temporalidad en el empleo público; personal directivo, en cuanto a la introducción de la figura del directivo público profesional para la modernización de los servicios; planificación de los recursos humanos; ordenación del empleo público; acceso al empleo público, destacando la necesidad de pasar pruebas de capacidad, adaptadas a las funciones a desempeñar y garantizar la imparcialidad de la selección, de ahí que no puedan formar parte de las comisiones representantes, por ejemplo, sindicales, destacando también la importancia de procedimientos especialmente ágiles para el personal interino pero fundados en el mérito y la capacidad; promoción profesional basada en la evaluación periódica de su rendimiento; provisión de puestos de trabajo y continuidad de su desempeño, se habla de que la continuidad en el puesto sólo debería garantizarse por un período razonable, transcurrido el cual dependerá de los resultados de las evaluaciones periódicas; derechos básicos de los empleados públicos; negociación colectiva, destacando a este respecto y por lo que a las Universidades pueda afectar, la posibilidad de ne-

(24) CASTILLO BLANCO, F. A., «El Estatuto Básico del Empleado Público y el régimen del personal al servicio de las Universidades Públicas», *op. cit.*, pp.319-320.

(25) Hay que destacar la dificultad que supone aprobar una norma que se refiera a todos los empleados públicos de las distintas Administraciones Públicas, lo que se pone de relieve con el número tan reducido de estatutos generales de la función pública que ha habido a lo largo de la historia, valga de ejemplo el Estatuto Bravo Murillo de 1852, el Estatuto Maura de 1918, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 y la Ley 30/1984.

gociación conjunta para funcionarios y personal laboral; régimen retributivo, destacando las retribuciones complementarias que remuneren lo que el funcionario hace realmente o cómo lo hace; movilidad; código ético y deberes de los empleados públicos; incompatibilidades en el sentido de reforzarla con actividades privadas; extinción de la relación de empleo partiendo, como no podía ser de otra manera, de la inamovilidad en su condición que es garantía de imparcialidad; régimen disciplinario, y colaboración entre todas las Administraciones Públicas.

Sin embargo, como se ha advertido por los propios integrantes de dicha Comisión⁽²⁶⁾, el EBEP finalmente no ha recogido todas las recomendaciones que se habían plasmado por los expertos en dicho Informe, y precisamente dentro de las deficiencias que se imputan al mencionado texto normativo destaca especialmente la crítica en lo que se refiere al bosquejo de las fuentes del régimen jurídico del personal laboral a lo largo del texto⁽²⁷⁾. Y, en particular, dentro de las críticas al apartarse de lo sugerido por la Comisión en el texto final, debe señalarse el menor alcance en cuanto a las normas comunes del régimen retributivo que debería de gozar de mayor uniformidad, así como las omisiones en materia de incompatibilidades, entre otras cuestiones.

A pesar de lo cual y aunque por lo que a la unificación de los distintos empleados públicos se refiere y teniendo presente el escaso éxito final y que tampoco se trata de algo estrictamente novedoso, sí que debe reconocérsele al EBEP, como hace el Profesor SÁNCHEZ MORÓN que «nunca se había aprobado una Ley que, de manera tendencialmente completa, regulara tanto las normas aplicables al personal funcionario como las peculiares del personal al servicio de la Administración, esto es, las que definen lo que podemos denominar una relación laboral especial»⁽²⁸⁾.

También cabe destacar que dentro de esas críticas que han realizado los propios integrantes de la Comisión de Estudio y Preparación del EBEP, se encuentra el hecho de no haber dedicado la atención que requiere al personal de ciertos sectores y, en concreto, la escasa regulación del PDI de las Universidades⁽²⁹⁾.

3. Algunas de las previsiones más destacadas de la contratación laboral en el EBEP

Siguiendo al Profesor LÓPEZ GÓMEZ, dentro de las cuestiones más destacadas que aborda el EBEP respecto del personal laboral pueden señalarse las siguientes⁽³⁰⁾.

En primer lugar, debe señalarse que el EBEP configura materialmente el régimen jurídico del personal laboral como una relación laboral especial, que se puede denominar, siguiendo la Exposición de Motivos y el Informe previo de los expertos, relación laboral especial de empleo público.

(26) CASTILLO BLANCO, F. A., «El Estatuto Básico del Empleado Público y el régimen del personal al servicio de las Universidades Públicas», *op. cit.*, p. 329.

(27) Si bien a pesar de las deficiencias en general el citado autor, es decir, el Profesor CASTILLO BLANCO considera que dota al menos de instrumentos y herramientas al sector público para emprender una política de modernización del empleo público que es preciso no desaprovechar.

(28) En *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 45.

(29) CASTILLO BLANCO, F. A., «El Estatuto Básico del Empleado Público y el régimen del personal al servicio de las Universidades Públicas», *op. cit.*, p. 335.

(30) LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, pp. 349 y siguientes.

De otro lado, y entre las especialidades que singularizan el régimen de la relación laboral del empleo público, es decir, sus particularidades dentro de la Administración y respecto del régimen común de los trabajadores, se destaca las relativas a la selección del personal que se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que exige la articulación de un proceso de concurso, oposición o concurso-oposición, que según la jurisprudencia son actos separables, actos de naturaleza administrativa⁽³¹⁾.

Una de las cuestiones precisamente más relevantes en cuanto a las particularidades de la contratación laboral en el seno de las Administraciones Públicas es el de la autonomía de la voluntad de las partes, principio —como ya se ha dicho— propio de la contratación civil y laboral, pero que, no obstante, queda muy reducida en el ámbito administrativo, tanto, por ejemplo, por los citados procesos reglados de selección, como la ley de incompatibilidades y la mayor presión del principio de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad, aunque no desaparece, por ejemplo, el EBEP permite la posibilidad de que las retribuciones se fijen mediante contrato de trabajo⁽³²⁾.

Respecto a las previsiones de este nuevo texto legal, destaca también que el EBEP incorpora a nivel legislativo la polémica figura creada por vía jurisprudencial del trabajador indefinido como concepto distinto del trabajador fijo de plantilla y por otro lado consolida el contrato de interinidad en vacante, similar al nombramiento del funcionario interino⁽³³⁾.

Debe recordarse a este respecto que dicha figura del indefinido no fijo de plantilla proviene de una consolidada doctrina del Tribunal Supremo, sentada ante supuestos de contratación fraudulenta en cadena⁽³⁴⁾.

Igualmente, cabe destacar también la introducción de cierta o mayor estabilidad a los empleados laborales por el EBEP, aunque sin llegar a la inamovilidad de los funcionarios, así tienen derecho al cargo y de otro lado y en caso de despido improcedente se impone la readmisión sin que quepa la posibilidad de indemnización⁽³⁵⁾.

(31) En efecto, la teoría de los actos separables es fundamental en el Derecho Administrativo, particularmente cuando ésta actúa sometida al Derecho Privado, pues aun en dichos casos debe distinguirse siempre una previa fase de formación de la voluntad que se somete a las reglas administrativas y, por tanto, la Jurisdicción competente para conocer de dichos actos es la Contencioso-Administrativa. Éste es el caso de la contratación, pues si bien los actos preparatorios y de adjudicación son actos administrativos de los que conoce la citada Jurisdicción, por el contrario, cuando se trata de contratos privados, las fases de cumplimiento y extinción se someten al Derecho Privado, bien civil o laboral, e incluso, mercantil, y de su conocimiento se encargan las otras Jurisdicciones competentes.

(32) En particular en el artículo 27 del EBEP, si bien con las limitaciones presupuestarias de las que habla el artículo 21.

(33) Ejemplos de lo ya señalado con anterioridad, al exponer los diversos principios que rigen la contratación en una y otra disciplina, señalados por LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, p. 350.

(34) Así, por ejemplo, habla de esta distinción y reconoce el efecto de la conversión del contrato en indefinido, pero no en fijo de plantilla, en las Sentencias de la Sala de lo Social del TS de 10 de diciembre de 1996 (Ar. 9139), de 30 de diciembre de 1996 (Ar. 9864), de 14 de marzo de 1997 (Ar. 2471), de 24 de abril de 1997 (Ar. 3498), de 7 de julio de 1997 (Ar. 6250), de 27 de marzo de 1998 (Ar. 3159), de 19 de junio de 1998 (Ar. 6257), de 24 de septiembre de 1998 (Ar. 7303), de 22 de septiembre de 1998 (Ar. 7423), de 13 de octubre de 1998 (Ar. 7809), en las que vuelve en cierto modo a una posición intermedia al afirmar que se extinguirá el contrato una vez se produzca la cobertura reglamentaria de la plaza, entre muchas otras.

(35) Aunque a este respecto y por lo que a esta posibilidad se refiere, al menos en el caso concreto señalado de la contratación temporal en cadena, surgen dudas respecto a que ésta sea precisamente la mejor opción, no sólo por las reglas propias del Derecho Administrativo y el acceso al empleo público, sino incluso para el trabajador, como ya se expusiera en MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.^a, *El contrato de consultoría y asistencia*, Civitas, Madrid, 2002, pp.

Como por otra parte se ha señalado ya, si de un lado con el EBEP se aumenta la negociación colectiva de los funcionarios al contrario la de los laborales se ve más limitada que en el ámbito privado, necesariamente por el principio de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia, al igual que las subidas salariales que se pudieran acordar por convenio colectivo en el ámbito de la Administración quedan limitadas por los topes de la legislación presupuestaria.

Entre otras cuestiones señalar finalmente dos: de un lado, que el EBEP retoca incluso el sistema de fuentes, aunque la supuesta regla general de que el personal laboral se rige por la legislación laboral y por los preceptos del EBEP, institución a institución se van estableciendo matizaciones a ella, lo que hace que la regulación sea incoherente y carezca de un criterio general.

Y, de otro, que dicha norma establece una reserva de funciones de forma exclusiva a favor de los funcionarios respecto del ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, incorpora por tanto un principio general hasta entonces implícito en la legislación general, en virtud del cual resulta necesario reservar al personal funcionario el ejercicio directo de las potestades administrativas o en expresión más tradicional «las funciones de autoridad», aunque son una minoría⁽³⁶⁾.

III. LA MÁS RELEVANTE PROBLEMÁTICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Aunque en gran medida ya se ha advertido alguno de los principales problemas que afectan al personal de las Universidades y en concreto al PDI, debe hacerse hincapié en tres aspectos que complican cuanto menos el régimen jurídico del personal al servicio de las Universidades: el principio de autonomía universitaria, la doble regulación, laboral y funcionarial para funciones prácticamente idénticas y la existencia de un doble tipo de personal: PAS y PDI.

1. La autonomía universitaria

Por lo que al primer aspecto se refiere, debe señalarse, como ha hecho la jurisprudencia, tanto del TC como del TS⁽³⁷⁾, que la autonomía universitaria, reconocida en el artículo 27.10 de la

291-360; o más recientemente en *Los contratos de servicios del sector público. Prestaciones intelectuales, asistencias y consultorías*, Thomson-Cívitas, Navarra, 2009.

(36) LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, op. cit., pp. 351-352.

(37) Así, por ejemplo, en la Sentencia de 15 de marzo de 1990 (Ar. 2506), el TS dice expresamente en su FJ 2 que «Sin perjuicio de las cuestiones relativas a formación profesional, investigación científica y extensión de la cultura reservadas a la competencia del Estado por el artículo 149.1, apartados 1.º, 15.º, 18.º y 30.º, de la Constitución, o a las Comunidades Autónomas por el artículo 148.1.17.ª del mismo texto constitucional o por los respectivos Estatutos de Autonomía, el artículo 27.10 reconoce en materia de educación y libertad de enseñanza la autonomía de la Universidad en los términos que la Ley establezca, precepto constitucional desarrollado por la Ley Orgánica de Reforma Universitaria de 25 de agosto de 1983, que en su artículo 3 reconoce a las Universidades personalidad jurídica y autonomía para el desarrollo de sus funciones, entre las que enumera la elaboración de los Estatutos de la Universidad y sus normas de funcionamiento interno, si bien, por razón de su propia naturaleza, como ocurre también con las personas jurídicas de derecho privado, su actuación tiene lugar mediante los órganos colegiados o unipersonales que enumera el artículo 13.1, con las funciones que a cada uno se le asignan en los artículos siguientes, órganos que no tienen personalidad jurídica ni patrimonio distinto —artículos 52 y siguientes— al de la Universidad, o si se quiere comunidad universitaria, en la que se hallan articulados dichos órganos».

CE implica que los Estatutos de las Universidades no se limitan a desarrollar la LOU; norma primordial en la materia y que se haya en la cúspide, sino que hace una regulación propia y legal siempre que no contradiga la LOU.

En efecto, en el ámbito de las Universidades, como Administración Institucional que son, las relaciones entre Ley-Reglamento no operan de la misma forma que otros sectores, de forma especial, cuando se les reconoce expresamente en la Constitución autonomía universitaria.

Esto unido a la complicación que ya de por sí tiene el sistema de fuentes en la materia, intensifica esta problemática e introduce nuevamente divergencias tanto respecto de unas Universidades y otras, como dentro de ellas en cuanto a las diferentes normas aplicables a cada tipo de personal.

En particular, el TC ha dejado sentado, por ejemplo, en Sentencias como la de 23 de febrero de 1989, STC 55/1989, que

«Por otra parte, los Estatutos, aunque tengan su norma habilitante en la LRU —hoy en la LOU—, no son, en realidad, normas dictadas en su desarrollo, son reglamentos autónomos en los que plasma la potestad de autoordenación de la Universidad en los términos que permite la ley. Por ello, como destaca el Consejo de Estado en los Dictámenes a que hacen referencia la recurrente y el Ministerio Fiscal en sus respectivos escritos, a diferencia de lo que ocurre con los reglamentos ejecutivos de leyes que para ser legales deben seguir estrictamente el espíritu y la finalidad de la ley habilitante que les sirve de fundamento, los Estatutos se mueven en un ámbito de autonomía en que el contenido de la Ley no sirve sino como parámetro controlador o límite de la legalidad del texto. Y, en consecuencia, sólo puede tacharse de ilegal alguno de sus preceptos si contradice frontalmente las normas legales que configuran la autonomía universitaria, y es válida toda norma estatutaria respecto de la cual quepa alguna interpretación legal».

Doctrina de la que se ha hecho eco el TS, en Sentencias como la 19 de mayo de 1997 (Ar. 3959), en que habla incluso de reglamentos autónomos. En efecto, en su FJ 3, recogiendo la jurisprudencia del TC y, en particular, lo dicho por él en la citada sentencia, dice que

«los Estatutos de la Universidad aunque tengan su norma habilitante en la LRU, no son en realidad normas dictadas en su desarrollo, pues son reglamentos autónomos en los que se plasma la potestad de autoorganización de la Universidad en los términos que permite la Ley; por ello solamente puede tacharse de ilegal alguno de sus preceptos si contradice frontalmente las normas legales que configuren la autonomía universitaria, siendo válida toda norma estatutaria respecto de la cual quepa alguna interpretación legal».

Sin embargo, como también ha dejado claro el TC, la competencia de las Universidades para aprobar sus Estatutos y demás normas de funcionamiento interno supone una potestad de autoformación o capacidad de dotarse de un ordenamiento específico y diferenciado, sin perjuicio de la coordinación con los ordenamientos en los que ha de integrarse, en este caso específico, el bloque legislativo referido a la función pública⁽³⁸⁾.

(38) Es el caso de la STC 130/1991, de 6 de junio, en cuyo FJ 3, se dice también que «es patente que si bien la autonomía universitaria se concibe como un derecho de estricta configuración legal, la Universidad —una vez delimitado legalmente el ámbito de su autonomía— posee en principio plena capacidad de decisión en aquellos aspectos que no son objeto de regulación específica en la Ley, y resulta asimismo patente que la concreción de este derecho fundamental se materializó con la aprobación de la Ley de Reforma Universitaria que, básicamente en su artículo 3, ha precisado el conjunto de facultades que dotan de contenido al derecho fundamental de autonomía universitaria; facultades entre

Es evidente que esta autonomía no exime a las Universidades, como Administraciones que son, y por tanto sometidas al principio de legalidad y al ordenamiento jurídico general, de la necesaria coordinación, como sucede en el caso del empleo público, con el ordenamiento propio del sector en que opera, es decir, la función pública, la normativa de contratos, presupuestaria, contable, etc.⁽³⁹⁾.

En esta línea y en aplicación de todo ello, el artículo 2 de la LOU, que lleva por título «autonomía universitaria», no sólo insiste y expresa que las Universidades están dotadas de personalidad jurídica y que desarrollan sus funciones en régimen de autonomía y de coordinación entre todas ellas, sino que en su apartado segundo se le dota para ello de una serie de facultades, como es la elaboración de los Estatutos y sus propias normas de organización y funcionamiento; pero también la selección, formación y promoción del personal docente e investigador y de administración y servicios, así como la determinación de las condiciones en que han de desarrollar sus actividades; el establecimiento y modificación de sus relaciones de puestos de trabajo, etc.

A lo que debe añadirse el artículo 6.1 de aquélla, que en cuanto al régimen jurídico de las Universidades señala que éstas se regirán por la propia LOU y por las normas que dicten el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, y además por la Ley de creación y sus Estatutos.

2. El doble régimen jurídico del personal

Como ya se ha advertido, otro de los aspectos que influyen en la complejidad del régimen del personal de las Universidades es el doble régimen: funcionarial y laboral⁽⁴⁰⁾, al que están sometidos tanto el PDI como el PAS y que no es exclusivo de este ámbito, sino que nuestro sistema ha optado en general por permitir este doble carácter en el personal de las Administraciones Públicas⁽⁴¹⁾.

Pues bien, ello también concurre en la norma básica de los empleados públicos, es decir, el EBEP⁽⁴²⁾, lo que lleva a que pueda hablarse en éste de tres niveles o regímenes jurídicos: nor-

las que se encuentra la potestad de autonormación entendida como la capacidad de la Universidad para dotarse de su propia norma de funcionamiento o, lo que es lo mismo, de un ordenamiento específico y diferenciado, sin perjuicio de las relaciones de coordinación con otros ordenamientos en los que aquél necesariamente ha de integrarse.

(39) Como acertadamente señala CASTILLO BLANCO, F. A., «El Estatuto Básico del Empleado Público y el régimen del personal al servicio de las Universidades Públicas», *op. cit.*, pp. 337.

(40) En relación con este tema, véanse entre otros, MOLINA NAVARRETE, C. y CARO MUÑOZ, A. I., «Dos modelos de regulación y un solo destino: la relación laboral de PDI contratado y el servicio público universitario», en *Estudios sobre régimen jurídico universitario*, Universidad de Burgos, 2006, pp. 69 y siguientes.

(41) En efecto, como señala LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, p. 347, en el Derecho comparado existen tres modelos respecto de las relaciones de empleo entre la Administración y sus empleados, en algunos casos, como es el sistema Sueco, Suizo, mundo anglosajón o Italia, en que se rigen por la misma legislación que las relaciones de empleo privado con algunas particularidades y excepciones; de otro lado, están los modelos en que como Francia o Portugal se rigen por una legislación especial de Derecho Administrativo en el que se configuran como una relación unilateral acontractual y asinagmática basada en el principio de jerarquía, aunque también en ellos se observa la presencia de personal laboral. En tercer lugar, que es nuestro modelo o el alemán, están los sistemas mixtos, en los que coexisten relaciones de Derecho administrativo con relaciones sujetas al Derecho Laboral, predominando las primeras.

(42) Entre otros, respecto a la contratación laboral en el EBEP, véanse MOLINA NAVARRETE, C., «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la unificación parcial de Estatutos», *Revista*

mas comunes, normas de carácter exclusivo para funcionarios y normas solamente referentes al régimen laboral; y que además responden a dos títulos competenciales diferentes: el artículo 149.1.18.^a —legislación básica en materia de función pública— y el artículo 149.1.7.^a por lo que se refiere a la legislación laboral⁽⁴³⁾.

Debe destacarse además que en la CE se prevé el Estatuto de los Funcionarios, especialmente en el ya citado reiteradamente artículo 103.3 y de los Trabajadores en su artículo 35, que necesariamente tendrán regímenes distintos pero no por ello distantes o concebidos como compartimentos estancos, sino al contrario, influidos por sus principios y valores constitucionales, que bien podrían ser de complementariedad, como lo que se produce entre Ley especial y Ley general.

Tampoco la CE impone un modelo único de función pública cerrada que prohíba otros tipos de relaciones, como las laborales, aunque el TC y la mayoría de la doctrina entienden que de la CE se desprende una opción general por un régimen estatutario que admite excepciones que deberán determinarse por Ley⁽⁴⁴⁾.

Es más, durante años han convivido dos regímenes distintos como son el funcional y laboral, inicialmente concebidos como compartimentos estancos y que más tarde fueron experimentando una especie de ósmosis, especialmente desde la transición democrática, llegando su presencia más álgida en la última década del siglo pasado hasta que la frena la STC 77/1999⁽⁴⁵⁾. Presencia que ha tenido en gran medida la culpa de la laboralización experimentada de la función pública y que viene a ratificarse y consolidarse con el EBEP, no en vano, en dicha norma se introduce el propio concepto de «empleado público»⁽⁴⁶⁾.

Por tanto, y partiendo de todo lo señalado con anterioridad y de ambas normas, debe procederse, ya en concreto, a señalar cuál es el régimen jurídico del PDI y las dificultades y distintas interpretaciones que al respecto ha hecho la doctrina, ya que no es una cuestión totalmente pacífica.

Si, como ya se ha señalado, el artículo 6 de la LOU fija cuál es el régimen jurídico aplicable a las Universidades, es el artículo 2.3 del EBEP⁽⁴⁷⁾, el que en relación con el personal docente

de Trabajo y Seguridad Social, núms. 293-294, pp.115-206; D'ANJOU ANDRÉS, G., «Análisis de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y su repercusión en el régimen jurídico del personal laboral al servicio de la administración local», *El Consultor*, núm. 14, 30 de julio de 2007, pp. 2405-2414; o LUELMO MILLÁN, M.-A., «El Estatuto Básico del empleado público: régimen del personal laboral al servicio de las administraciones públicas con especial incidencia en las administraciones locales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 19, 2009, pp. 79-99; o MARÍN ALONSO, I., «El empleo público laboral en el estatuto básico del empleado público», *Relaciones Laborales*, núm.1, 2009, pp. 417-442.

(43) Tal y como se recoge en la propia Disposición Final Primera del EBEP.

(44) LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, p. 347.

(45) LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, p. 347.

(46) En efecto, el EBEP, como señala LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, p. 349, introduce el concepto de empleado público, que comprende a todas las personas que voluntariamente prestan servicios retribuidos por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de una Administración pública, ya se denomine funcionarios, ya personal laboral.

(47) Cabe destacar de este precepto, como bien ha señalado, GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., «El Estatuto Básico del Empleado Público y el personal de administración y servicios de las Universidades Públicas», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 25, enero-junio 2007, p. 88, entre otras cuestiones que no incluye al PAS, sino sólo

establece que éste se regirá por la legislación específica dictada por el Estado y por las CCAA en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente EBEP, excepto el Capítulo II del Título III («derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño»), salvo el artículo 20 —la evaluación del desempeño— y los artículos 22.3, 24 —retribuciones complementarias— y 84 —movilidad voluntaria—⁽⁴⁸⁾.

Previsión esta que, como bien ha señalado el Profesor SÁNCHEZ MORÓN, las especialidades de la legislación propia del personal docente y del personal estatutario de los Servicios de Salud que permiten excepcionar o excluir la aplicación del EBEP, han de referirse a estos aspectos excluidos, cualquier otra peculiaridad que pueda contemplarse en la legislación específica no puede estar en contradicción con el EBEP⁽⁴⁹⁾.

De forma más explícita explica el citado autor —que debe recordarse presidió la Comisión de Estudio y Preparación de dicha norma—, que la regulación de la LOU no queda afectada por el EBEP por el hecho de tratarse de una Ley Orgánica, sin embargo, la legislación de desarrollo sí debe adaptarse al EBEP, dado que aquello en que pueda entrar en contradicción con él debe entenderse derogado; afirmación que hace extensiva a las propias normas de las Universidades, valga de ejemplo las previsiones respecto de la composición de los órganos de selección del profesorado, sobre derechos y deberes básicos o en cuanto al régimen disciplinario; quedando vigente en todo caso y pudiendo mantenerse para el futuro la especificidad en la legislación universitaria en todo lo que se refiere a la carrera y promoción profesional del personal docente, retribuciones complementarias y movilidad entre Administraciones, considerando además que tampoco queda afectada la normativa sobre acceso a los Cuerpos docentes universitarios al ser coherente con los principios del EBEP⁽⁵⁰⁾.

De otro lado, parece oportuno advertir que en el artículo 2.2 del EBEP se menciona la posibilidad de dictar normas singulares para adaptar la aplicación del propio Estatuto al personal investigador, lo que sin duda llama la atención, pues aunque es bien cierto que dentro de las Universidades y, particularmente, en los organismos de investigación como el CSIC, pueda haber personal estrictamente investigador, la verdad es que parece distinguir entre quienes tendrían un perfil investigador y aquellos que son docentes, cuando los profesores universitarios han de aunar, por regla general, y por sus funciones, ambos aspectos⁽⁵¹⁾, si bien es cierto que cuando el EBEP se refiere al personal docente no se limita al universitario⁽⁵²⁾.

En cuanto al sistema de fuentes hay que tener en cuenta también lo establecido en la LOU —artículo 56.2— que hace hincapié en que en el orden jerárquico de las fuentes viene presidido

al personal docente, lo cual considera el autor criticable aunque se entendiese como un olvido, si bien debe advertirse que aunque ello es cierto no lo es menos que por el tipo de servicios que prestan se vienen asimilando de forma más sencilla al resto de funcionarios, frente a las peculiaridades del PDI.

(48) En cuanto al ámbito de aplicación del EBEP, véase, entre otros, RAMOS MORAGUES, F., «Ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público», *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2009, pp.160-171.

(49) En *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 63.

(50) *Ibidem*, p. 64.

(51) En relación con el personal investigador de las Universidades Públicas véase, entre otros, CANTERO MARTÍNEZ, J., «El régimen jurídico del personal investigador de las Universidades Públicas tras el Estatuto Básico del Empleado Público: novedades y nuevas perspectivas para su reconducción hacia el ámbito de lo público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009, pp. 81-126.

(52) SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 62.

por la LOU y sus disposiciones de desarrollo dictadas por las CCAA, por la legislación general de funcionarios (estatal y autonómica) y por los Estatutos de cada Universidad, lo que para algún autor, como el Profesor CASTILLO BLANCO, implica que el EBEP y sus disposiciones de desarrollo serán de aplicación al personal de las universidades siempre que la legislación universitaria no haya dispuesto previsiones específicas al respecto, y que las modificaciones que haya introducido el EBEP no podrían afectar a lo dispuesto por la LOU⁽⁵³⁾, si bien el propio autor recuerda que esta aseveración es más discutible respecto de la legislación de desarrollo de esta dictada por las CCAA que, por ejemplo, en opinión del Profesor SÁNCHEZ MORÓN⁽⁵⁴⁾, debe adaptarse a lo dispuesto en el EBEP, salvo en los aspectos referidos expresamente en dicho texto legal. Mientras que el citado Profesor CASTILLO BLANCO opina que lo señalado obliga a interpretar el artículo 2.3 del EBEP en conexión con lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LOU por ser ésta una Ley Orgánica que, por ello, no puede ver alterado el sistema de fuentes establecido en ella por el EBEP.

En cuanto al PDI contratado, el artículo 48.2 de la LOU, respecto del régimen jurídico aplicable se remite a las modalidades contractuales fijadas en esa Ley y sus normas de desarrollo y que supletoriamente será aplicable el ET y normas de desarrollo, evidentemente, dentro de esas normas de desarrollo habrá de incluir los Estatutos de la Universidad⁽⁵⁵⁾. Sin embargo, no siempre está claro cuál es la norma aplicable, es el caso del artículo 51 del EBEP⁽⁵⁶⁾.

Lo que sí precisa el citado artículo 48 en su apartado tercero es que la selección del PDI contratado, a salvo el supuesto excepcional del Profesor Visitante, debe someterse a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Asimismo, debe recordarse que la propia LOU impone un límite máximo de personal de este carácter, ya que éste no podrá superar el 49% del total del PDI⁽⁵⁷⁾.

Además hay que destacar a este respecto también la negociación colectiva, que si bien tradicionalmente tiene un papel menor en el ámbito funcional es de gran relevancia para el régimen laboral, destacando la importancia en el ámbito universitario de la posibilidad de negociación conjunta para fijar condiciones laborales similares, teniendo presente que las funciones del PDI, en ambos casos, es prácticamente idéntica.

En esta dirección apunta el propio EBEP, pues no sólo mantiene la dualidad sino que supone un paso hacia su uniformidad —aunque, como ya se ha señalado, podía haber sido mayor de seguir las recomendaciones de la Comisión de Estudio y Preparación del EBEP—, y amplía

(53) CASTILLO BLANCO, F. A., «El Estatuto Básico del Empleado Público y el régimen del personal al servicio de las Universidades Públicas», *op. cit.*, pp. 342-343.

(54) En *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 65.

(55) Respecto, precisamente a esas modalidades, véase, entre otros, GOERLICH PESET, J. M.ª, «Modalidades y duración de los contratos laborales del profesorado. Normas estatales, autonómicas y universitarias», en *El Personal Docente e Investigador (PDI) laboral de centros universitarios*, Ediciones Laborum-AEDTSS, 2006, pp. 117 y siguientes.

(56) En efecto, el artículo 51 del EBEP dice que el personal laboral se rige en cuanto a esos derechos por ese capítulo del EBEP y la legislación laboral, sin que especialistas tanto laboristas como administrativistas hayan aún dado con la interpretación o el sentido que debe hacerse al respecto, es decir, si se aplica el EBEP o el ET o resto de normas laborales o si aquellas que sean más ventajosas, opción que parece haber adoptado el TS.

(57) Computado en equivalencias a tiempo completo. También se fija en la LOU un límite máximo, en este caso el 40%, respecto de la contratación laboral temporal.

las posibilidades de negociación, incluso conjuntamente para ambos tipos, lo que podría llevar a unificar las condiciones laborales⁽⁵⁸⁾.

Finalmente, en cuanto al PAS, el artículo 73.3 de la LOU, respecto del sistema de fuentes señala la LOU y normas de desarrollo, la legislación general de funcionarios que le sea de aplicación y las disposiciones de desarrollo de ésta que elaboren las CCAA y los Estatutos de la Universidad, sin embargo, tras el EBEP debe completarse el sistema de fuentes, fijado en éste, así, por ejemplo, el Profesor CASTILLO BLANCO opina a este respecto que a diferencia del PDI —en que entiende que debe prevalecer la legislación universitaria— respecto del PAS queda inmediatamente sometido al EBEP salvando lo dispuesto en la LOU por ser orgánica y en segundo lugar y sólo con posterioridad a la legislación universitaria de desarrollo⁽⁵⁹⁾.

Y respecto del PAS laboral habrá que acudir a la LOU y normas de desarrollo, el EBEP cuando así se disponga en éste —artículo 7 del EBEP—, la legislación laboral y los Convenios Colectivos.

Tras todo lo señalado y la problemática que este doble régimen, PAS y PDI y carácter funcional y carácter laboral, acarrea, sorprende además que durante la reforma de la LOU y el EBEP, tramitadas parlamentariamente en paralelo no se haya reparado en la necesidad de armonizar ambas disposiciones, a lo que se une la insuficiente previsión respecto a este personal en las leyes autonómicas de empleo público, aunque sí hay algunas que lo incluyen en su ámbito de aplicación, es el caso de Cataluña —artículo 2.2.b)—, País Vasco —artículo 2.1.e)— y Valencia —artículo 1.1.c)—.

3. Los distintos tipos de personal de las Universidades y su régimen jurídico: delimitación de la normativa aplicable a cada tipo de personal funcionario: PAS y PDI

Dentro de las peculiaridades que se producen en el personal objeto de estudio, es decir, el personal de las Universidades Públicas, es que en dicha Administración se encuentra una diversidad considerable de situaciones y regímenes jurídicos, dado que hay dos tipos de empleados: PAS y PDI, cuyo sistema de fuentes incluso es diferente, y a ello se une el hecho de que dentro de cada una de estas categorías y, particularmente, en la segunda de ellas, existen funcionarios y contratados laborales.

Por ello debe comenzarse por determinar cuál es la normativa aplicable a cada tipo y en particular al personal funcionario de las Universidades, que son a quienes se les aplica más estrictamente el Derecho Administrativo, y dado que, como ya se ha señalado, dicha regulación no es la misma que para el personal laboral. Así y a este respecto, deberá distinguirse entre el PAS y el PDI, ya que tampoco se les aplica el mismo régimen necesariamente, aunque, como se verá, en algún caso, como es el de la Universidad de Oviedo, sí es prácticamente el mismo, aunque se llega a él por caminos distintos.

(58) LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, p. 349.

(59) CASTILLO BLANCO, F. A., «El Estatuto Básico del Empleado Público y el régimen del personal al servicio de las Universidades Públicas», *op. cit.*, p. 345. De la misma opinión son otros autores como GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., «El Estatuto Básico del Empleado Público y el personal de administración y servicios de las Universidades Públicas», *op. cit.*, p. 90, quien considera que ello no supone vulneración alguna de la autonomía universitaria.

En primer lugar, las normas estatales que sí son de aplicación a ambos tipos de funcionarios son la LOU, el EBEP y otras normas sectoriales o transversales como puede ser el caso de la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo, aunque esta última pocas previsiones contiene respecto del empleo público de otras Administraciones distintas a la General del Estado, ya que a salvo de los principios del artículo 51 y el protocolo del artículo 62 para actuar frente al acoso, el resto de preceptos de dicho Título V —artículos 51-68— se refiere casi exclusivamente a dicha Administración General del Estado.

De otro lado, debe destacarse que aunque dicha norma, como otras —por ejemplo, algunas referentes a la función pública— es aplicable también, porque así lo dice ella misma, a los organismos vinculados o dependientes de ella, las Universidades en principio son Administraciones Independientes pero organismos vinculados, aunque en este caso y por regla general a las CCAA, salvo la UNED y la UIMP que sí lo estarían respecto a la AGE, de tal modo que dichas previsiones no son de aplicación al personal propio de la Universidad, es decir, al PAS funcionario, aunque sí con carácter supletorio ante la falta de regulación propia, que por otro lado así es en algunos casos como el de la Universidad de Oviedo, dado que ésta no ha aprobado normas concretas para el PAS a salvo de cuestiones muy concretas y ciertos acuerdos, pero no en sí normas que regulen el régimen jurídico de su personal, no obstante, no debe olvidarse que el PDI de carácter funcional sí es personal de la AGE, ya que pertenece a cuerpos nacionales.

Precisamente, respecto de otras disposiciones y, en concreto, por lo que se refiere ya a nivel autonómico deben señalarse, como normas a tener en cuenta, las propias Leyes de Universidades autonómicas, más dudas presentan en el caso del PAS las normas de las CCAA sobre función pública. Se dice que preferentemente para el PAS, ya que respecto del PDI funcionario pertenecen a los cuerpos nacionales de catedráticos y titulares. No obstante, dado que las Universidades son Administración Independiente pero vinculada a las CCAA, puede encontrarse alguna norma autonómica de función pública que prevea la aplicación de al menos alguna de sus previsiones al personal de la Universidad, por ello habrá que comprobar en cada caso qué es lo que dice la Ley de Función Pública respecto a su ámbito de aplicación, valga de ejemplo significativo, por ser una Ley autonómica posterior al EBEP, la reciente Ley de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana (Ley 10/2010, de 9 de julio), en cuyo artículo 3.1.b) incluye dentro del ámbito de aplicación a los funcionarios que desempeñan en las Universidades Públicas funciones de administración o servicios, y en el apartado 2 el personal laboral.

En tercer lugar y tras examinar esas leyes estatales y autonómicas, es preciso comprobar los Estatutos de las Universidades —de gran relevancia, como se ha dicho, dada la autonomía universitaria reconocida en la propia Constitución—, así como el resto de normativa de ella que pueda referirse a los funcionarios, por ejemplo, aquella que regule el acceso a dicha condición.

En un cuarto escalón habrá que examinar si la Universidad tiene Pactos y/o Acuerdos con su personal funcionario, ya que respecto de este tipo de personal son los resultados que pueden surgir de la negociación colectiva. En esta cuestión debe advertirse que aunque su personal propio sólo sería el PAS, ya que recuérdese que el PDI funcionario pertenece a cuerpos nacionales, teniendo en cuenta que la relación de servicios de éstos es con la Universidad y que también se someten a sus normas, nada parece impedir que ésta adopte acuerdos con ellos que mejoren, por ejemplo, sus condiciones o las medidas de conciliación laboral y familiar.

Es más, si una de las tendencias marcadas en la que podríamos llamar actual etapa del empleo público, cuyo hito más destacado es el EBEP, es precisamente la negociación colectiva común, es decir, llegar a acuerdos que sean aplicables tanto al personal laboral como funcionario de una misma Administración, buscando así condiciones similares, esto tiene sentido también

respecto a los dos tipos de personal de las Universidades: PAS y PDI; de hecho, así lo hacen algunas Universidades, aunque lo cierto es que no está muy extendido⁽⁶⁰⁾.

Por ello y aunque por vías distintas las normas pueden ser básicamente las mismas para el PAS y el PDI, ya que si bien los segundos son personal de la Administración General del Estado y los primeros de la Universidad, si no ha regulado ésta nada o poco de su propio personal, supletoriamente son de aplicación las normas de funcionarios de la Administración General del Estado, es decir, las mismas que para el PDI; aunque en otros casos no será así, a lo que se une el papel que en determinados casos puede jugar la normativa autonómica.

Si esto ocurre respecto del personal funcional, en cuanto al laboral tampoco se rigen por las mismas normas y, centrándonos ya en el PDI, es de destacar este hecho teniendo en cuenta que cumplen similares e, incluso, idénticas funciones docentes e investigadoras⁽⁶¹⁾.

IV. ALGUNOS PROBLEMAS DEL PDI DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS PENDIENTES DE SOLUCIÓN NORMATIVA

Para concluir con la exposición del complejo régimen jurídico del personal de las Universidades y, más en particular, con los problemas que los elementos señalados introducen, parece oportuno advertir de algunas cuestiones que aún están pendientes de abordar por la legislación de desarrollo universitaria y de empleo público⁽⁶²⁾.

Así, en primer lugar, cabe destacar que no se distingue en la LOU cuál debe ser personal laboral y cuál funcionario respecto del PAS, salvo, por ejemplo, el Secretario General que ha de ser funcionario Grupo A —artículo 22—.

Ello conecta también con el problema de si cabe o no la posibilidad de crear por las Universidades sus propias escalas, ya que si bien la LOU en su artículo 75.1 y a diferencia de la LRU que era más confusa, reconoce esta posibilidad, siempre eso sí de acuerdo con los grupos de titulación requeridos y de conformidad con la legislación general de función pública; sin embargo el EBEP —artículo 75.2— reserva esta posibilidad a la Ley con lo que al carecer de potestad legislativa las Universidades sería dudoso, todo lo cual debería interpretarse también de acuerdo a la jurisprudencia, aunque sea anterior a la LOU, como es el caso de la STS de 19 de julio de 2006 (Ar. 5910), en la que se dice (FJ 5) entre otras cosas, que esa reserva está en la CE y que debe ser aprobada por la Asamblea Legislativa autonómica, lo que sí parece poder hacer la Universidad, según el FJ 6, es determinar cuál o cuáles de las Escalas legalmente pre-establecidas existirán dentro de su organización administrativa.

(60) Por ejemplo, el Plan Concilia de Zaragoza.

(61) En relación con el PDI laboral, véase, entre otros, CARO MUÑOZ, A., «El profesorado laboral de las Universidades Públicas: marco general», en *El Personal Docente e Investigador (PDI) laboral de centros universitarios*, Ediciones Laborum-AEDTSS, 2006, pp. 89 y siguientes; PALOMAR OLMEDA, A., «Aspectos administrativos y laborales en la relación laboral del personal docente e investigador», en *El Personal Docente e Investigador (PDI) laboral de centros universitarios*, Ediciones Laborum-AEDTSS, 2006, pp. 143 y siguientes; SEMPERE NAVARRO, A. V., «El profesorado laboral de Universidades Públicas: inesperadas afectaciones (RD-Ley 5/2006). Previsible evolución (Estatuto Básico Empleados Públicos) y anunciada contrarreforma (Ley Orgánica de Universidades)», en *El Personal Docente e Investigador (PDI) laboral de centros universitarios*, Ediciones Laborum-AEDTSS, 2006, pp. 215 y siguientes.

(62) Problemas todos ellos apuntados ya por CASTILLO BLANCO, F. A., «El Estatuto Básico del Empleado Público y el régimen del personal al servicio de las Universidades Públicas», *op. cit.*, pp. 346 y siguientes.

Otro problema es la falta de regulación en condiciones de la contratación eventual, dado que además el artículo 12 del EBEP en este punto se aparta de las recomendaciones de la Comisión, en cuyo informe se proponía que este personal se limitase a funciones de estricta relación de confianza política, ya que se entiende que no debe extenderse a la realización de actividades ordinarias de gestión o de carácter técnico ni al desempeño de puestos de trabajo estructurales y permanentes, si bien y tras el EBEP —y siguiendo la jurisprudencia del TS— no cabe duda que el personal eventual no puede ser para funciones directivas.

Precisamente, tampoco se hace una regulación del personal directivo en el ámbito universitario, lo que no implica que no exista sino que se regulará por la normativa general de función pública.

En efecto, respecto al personal directivo profesional regulado en el artículo 13 del EBEP sorprende que nada al respecto se prevea en la normativa universitaria, a pesar de que la Comisión aconsejó que se regulase como una clase más de personal, sin embargo, el EBEP lo prevé como un sistema de puestos a cubrir por el resto de personal.

De otro lado, es evidente cuando el artículo 13 del EBEP se remite al desarrollo de este tipo de personal a los gobiernos estatal y autonómicos, que olvida a la Administración universitaria, que por otra parte en la legislación universitaria tampoco hace previsión al respecto, como ya se ha dicho, salvo una breve mención en cuanto al Gerente cuando se exige en su nombramiento criterios de competencia profesional y experiencia, lo que se introduce por la reforma de la LOU, y que supuso realmente una oportunidad perdida si se quiere que se profesionalice la Universidad.

Finalmente y sin ánimo exhaustivo, señalar el problema que supone la falta de movilidad del PAS con el personal de otras Administraciones, dado que aunque el artículo 76bis.2 de la LOU lo prevé parece decantarse por la movilidad entre universidades, aunque también mencione otras Administraciones.

V. UN EJEMPLO CONCRETO DE LAS DIFERENCIAS PRÁCTICAS PRODUCTO DE LA EXISTENCIA DE DOS REGÍMENES JURÍDICOS DIVERSOS: EL PERMISO DE PATERNIDAD

Todo lo expuesto con anterioridad de forma global y genérica, sin embargo, encuentra una plasmación práctica importante, es decir, la aplicación de diferentes regímenes jurídicos: laboral y funcionarial, al personal de las Universidades Públicas, tanto PAS como PDI, a lo que se une el distinto sistema de fuentes entre ambos tipos de personal y la relación orgánica, respecto de distintas Administraciones, pues recuérdese que mientras el PDI funcionario se integra en los Cuerpos Nacionales de Profesores Titulares y Catedráticos, aunque su relación de servicios sea con la Universidad concreta en que desarrollan su labor, siendo por ello de aplicación la normativa propia de los funcionarios de la AGE, el PAS es personal de la propia Universidad, de tal modo que la normativa propia de la función pública de la AGE se aplica sólo con carácter supletorio.

Por ello y para comprender la dificultad y consecuencias prácticas de este sistema, es oportuno ilustrarlo con un ejemplo concreto, y en este caso se ha optado por una previsión novedosa, que aún no está en vigor, como es el caso del permiso de paternidad y, por tanto, dentro de las medidas de conciliación de la vida familiar y profesional.

Varias son las previsiones de la LOI a este respecto, en concreto, a ello dedica los artículos 56-59, aunque debe insistirse que se tratan de medidas para el personal de la AGE y sus orga-

nismos dependientes o vinculados y no para el resto de Administraciones, en cuyo caso habrá que acudir a otras normas.

Además no debe olvidarse que por vía de Pactos y Acuerdos cada Administración puede mejorar las condiciones de sus funcionarios/as, de tal modo que también pueden incrementar por esta vía las medidas que estrictamente le sean obligatorias de acuerdo a la normativa aplicable en cada caso.

Comenzando por las previsiones de la LOI, el artículo 56 establece una serie de permisos y beneficios de protección de la maternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral⁽⁶³⁾.

Aunque este precepto no fija permisos o beneficios concretos sino que se remite a las normas oportunas para que ellas lo hagan, mencionando además que pueden ser mejoradas por vía de acuerdo entre las Administraciones y los representantes de su personal, es decir, por medio de la negociación colectiva que en el caso de los laborales dará lugar a los convenios colectivos y en el supuesto de funcionarios/as a pactos y acuerdos; haciendo expresa referencia también al permiso de paternidad.

Pues bien, la LOI es anterior en algo menos de un mes al EBEP, ya que la primera es de 22 de marzo y el segundo de 12 de abril, siendo en dicha norma y, en particular, en su artículo 49 donde se establecen ciertos permisos relacionados con la maternidad y paternidad y la conciliación. Pero además debe tenerse en cuenta que aunque el artículo 56 de la LOI se refiere sólo a la AGE, el EBEP es aplicable a todas las Administraciones Públicas por su carácter básico y un referente de mínimos⁽⁶⁴⁾.

Entre otras medidas que dicho precepto establece, se encuentran, por ejemplo, el permiso por parto (16 semanas ininterrumpidas ampliables en otras dos en caso de parto múltiple, discapacidad, etc.); el permiso por adopción o acogimiento, de duración similar al de parto; el permiso de paternidad por el nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, que tiene una duración de 15 días, aunque por la reciente Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, y para con ello cumplir la exigencia de la LOI y el propio EBEP —Disposición Transitoria Sexta—, se amplía a cuatro semanas, si bien su entrada en vigor no se producirá hasta el 1 de enero de 2012⁽⁶⁵⁾ y además se refiere sólo a la AGE, como se dirá; o el permiso por razón de violencia de género sobre la mujer.

Respecto del permiso de paternidad hay que tener en cuenta también la Disposición Adicional Sexta de la Ley 2/2008, de 23 diciembre (RCL 1998, 2146), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, que amplía ya entonces la suspensión del contrato a veinte días cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento o cuando en la familia haya una persona con discapacidad.

(63) En particular, dicho precepto establece lo siguiente: «Permisos y beneficios de protección a la maternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella con los representantes del personal al servicio de la Administración Pública, la normativa aplicable a los mismos establecerá un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Con la misma finalidad se reconocerá un permiso de paternidad, en los términos que disponga dicha normativa».

(64) Véase el artículo 2 respecto al ámbito de aplicación de esta norma.

(65) De acuerdo con la Disposición Final Segunda en la redacción dada por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre.

Además llama la atención que dentro de las normas que la citada Ley 9/2009 modifica, para ampliar el permiso de paternidad, no se mencione el EBEP sino la Ley 30/1984 de Funcionarios Civiles del Estado, dado que dicha Ley de los años ochenta regula a los funcionarios propios de la AGE mientras el EBEP tiene carácter básico y es de aplicación a los empleados públicos de todas las Administraciones.

Dado que estrictamente la consecuencia sería que dicha ampliación se refiere sólo a los funcionarios de la AGE y no del resto de Administraciones —salvo por vía de la aplicación supletoria en los casos en que proceda—, lo cual no parece lo más oportuno.

A este respecto debe destacarse también la Disposición Transitoria Sexta del EBEP, ya mencionada. Esta Disposición impone como obligación a toda Administración Pública la ampliación progresiva y gradual del permiso de paternidad hasta alcanzar las cuatro semanas, objetivo que ha de cumplirse antes del transcurso de 6 años desde la entrada en vigor del propio EBEP. Así que, teniendo en cuenta que dicha norma entró en vigor —aunque no en toda su extensión— el 14 de mayo de 2007, la mentada obligación habrá de haberse adoptado antes del 14 de mayo de 2013.

Y este dato es importante tenerlo en cuenta porque, como se ha dicho, la ampliación que hace la Ley 9/2009 no es aplicable a los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, dado que se reforma la Ley 30/1984 y, por tanto, la norma que regula al personal funcionario de la AGE, pero no el EBEP, de tal modo que dicha medida sólo será aplicable al personal de la AGE y de aquellas Administraciones a las que se les aplique de forma supletoria.

No obstante, sea ello un error o, al contrario, algo premeditado, pretendiendo con ello el Estado que sea cada Administración la que haga esa ampliación, el hecho es que estrictamente se refiere al personal funcionario de la AGE, se insiste, que salvo que haya sido un error y finalmente el Estado extienda esa ampliación a toda Administración por vía de reforma del EBEP, donde precisamente está previsto ese permiso y lo que lleva a que no se comprenda que la ampliación no haya reformado esa norma básica aplicable a toda Administración y donde hoy se prevé ese permiso para todo funcionario.

Además del problema de que la citada Ley 30/1984 es de aplicación supletoria al personal de otras Administraciones que no hayan regulado su propio personal, lo que podría plantear que aquellas Administraciones a cuyo personal funcionario se aplican las normas estatales de forma supletoria y ante falta de regulación propia tendrían más derechos que aquellos que sí cuentan con su propio régimen y mientras en éste dicho permiso no se amplíe y con el coste que ello implica.

En todo caso, el precepto citado del EBEP se refiere a los funcionarios y en cuanto a los laborales tienen sus propias normas así como la posibilidad de ampliación por medio de los convenios colectivos. A este respecto además debe señalarse que el artículo 51 del EBEP dice que el personal laboral se rige en cuanto a esos derechos por ese capítulo del EBEP y la legislación laboral, sin que especialistas tanto laboralistas como administrativistas hayan aún dado con la interpretación o el sentido que debe hacerse al respecto, es decir, si se aplica el EBEP o el ET o resto de normas laborales o si aquellas que sean más ventajosas, opción que parece haber adoptado el TS⁽⁶⁶⁾.

Y en cuanto a este supuesto concreto, es decir, el permiso de paternidad, la citada Ley 9/2009 sí modifica también el ET con las posibles diferencias que con ello se podría generar entre el personal laboral y el funcionariado de aquellas Administraciones que tarden más en

(66) Como en la citada Sentencia de 8 de junio de 2009 (Ar. 4170).

hacer la ampliación —recuérdese que tienen hasta mayo de 2013 (DT Sexta) mientras que la Ley 9/2009 entrará en vigor en enero de 2012— y no se le aplicase supletoriamente la norma estatal.

En conclusión, el personal laboral de las Universidades, sean PAS o PDI, podrán disfrutar a partir del 1 de enero de 2012 de un permiso de paternidad de 4 semanas, así como el PDI funcionario al pertenecer a cuerpos nacionales, mientras que el PAS funcionario sólo tendrá la posibilidad de disfrutar de esa ampliación cuando la normativa propia así lo haya previsto o en su caso por vía supletoria.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 2009, DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SECCIÓN 5.^a

AUGUSTO GONZÁLEZ ALONSO

Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado

RESUMEN

Comentario de la Sentencia de 3 de febrero de 2009, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección 5.^a

La sentencia del Tribunal Supremo que se analiza en estas páginas aborda una cuestión esencial en toda tramitación de una modificación del planeamiento urbanístico: su suspensión cautelar. La clave del sistema para acceder a la suspensión es el grado en que se produce la revisión del plan, de modo que si se trata de una revisión puntual, el Tribunal Supremo es receptivo, generalmente, a la adopción de la medida cautelar de suspensión, no así cuando nos encontramos ante una revisión general del plan, en cuyo caso la suspensión como regla general podría llegar a obstaculizar cualquier actuación urbanística de las Administraciones Públicas; en estos casos, la suspensión como medida cautelar tiene un alcance excepcional.

Los presupuestos tradicionales de *periculum in mora*, *fumus boni iuris* y ponderación de los intereses en conflicto constituyen las claves para acceder a la medida cautelar de suspensión en esta materia.

Palabras clave: planeamiento territorial, planeamiento urbanístico, revisión del plan, modificación del plan, medidas cautelares, suspensión, *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, intereses en conflicto.

ABSTRACT

Analysis of the Sentence of 3rd February 2009, of Chamber 3 of the High Court, Section 5

The sentence of the High Court analyzed in these pages approaches an essential issue in every procedure of a revision of urban planning: its preventive suspension or not. The key of the system to access to the suspension is the grade in which the plan review takes place; so, if it is about an exceptional review, the High Court is receptive, in general, to take the preventive measure of suspension, on the contrary when there is a general review of the plan, in which case the suspension as a general rule could end up blocking any urban action of the Public administrations; in these cases, the suspension as a preventive measure has an exceptional extent.

The traditional assumptions of *periculum in mora*, *fumus boni iuris* and the consideration of the interests in conflict constitute the key to access to the preventive suspension measure in this matter.

Key words: Territorial planning, Urban planning, Plan review, Plan modification, Preventive measures, Suspension, *Periculum in default*, *Fumus boni iuris*, Interests in conflict.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 - II. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON LAS REVISIONES Y CON LAS MODIFICACIONES PUNTUALES DEL PLANTEAMIENTO.
 - III. ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN CON LOS PLANES GENERALES.
-

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

El Tribunal Supremo se pronuncia, en la Sentencia dictada el 3 de febrero de 2009 por la Sección Quinta de la Sala Tercera (ponente: Don Jesús Ernesto Peces Morate) sobre un recurso de casación frente a dos Autos dictados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, fechados el 15 de diciembre de 2006 y el 8 de mayo de 2007, en la pieza de medidas cautelares dimanante de un recurso contencioso-administrativo, por los que se denegó la solicitud del demandante de suspender cautelarmente la eficacia del acuerdo adoptado por el Pleno del Consell Insular de Mallorca por el que se aprobaba la modificación puntual de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Palma para implantar un equipamiento sanitario en suelo rústico.

II. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON LAS REVISIONES Y CON LAS MODIFICACIONES PUNTUALES DEL PLANEAMIENTO

Aunque el Alto Tribunal lo analiza en el fundamento jurídico sexto de la Sentencia de 3 de febrero de 2009, resulta revelador anteponer en este trabajo de análisis de la citada resolución jurisdiccional la explicación de la posición de la jurisprudencia sobre el interés público que justifica denegar la suspensión del planeamiento general frente a una modificación puntual. Para ello, es preciso acudir a otras resoluciones del Tribunal Supremo que ilustran adecuadamente la cuestión.

Tradicionalmente, la normativa urbanística ha venido entendiendo que los planes de ordenación territorial tienen una vigencia indefinida, sin perjuicio de su revisión o modificación cuando proceda. El todavía vigente Reglamento de Planeamiento Urbanístico, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio (derogado, en lo que se oponga, por la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo), distingue expresamente la revisión de la modificación, de modo que la alteración del contenido de los planes de ordenación y proyectos de urbanización puede llevarse a cabo mediante su revisión o la modificación de alguno de los elementos que los constituyan, entendiéndose por revisión del plan (*ex* artículo 154.3) «la adopción de nuevos criterios respecto de la estructura general y orgánica del territorio o de la clasificación del suelo, motivada por la elección de un modelo territorial distinto o por la aparición de circunstancias sobrevenidas, de carácter demográfico o económico, que incidan sustancialmente sobre la ordenación, o por el agotamiento de la capacidad del plan», mientras que se entiende por modificación del plan cualquier otro supuesto distinto al que da lugar a la revisión, «aun cuando dicha alteración lleve consigo cambios aislados en la clasificación o calificación del suelo, o impongan la procedencia de revisar la programación del plan general». Esta distinción entre revisión y modificación del planeamiento ha sido también consolidada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁽¹⁾.

La procedencia de la revisión o de la modificación del planeamiento se remite a lo que dispongan los planes territoriales, de modo que la revisión de los planes municipales de ordenación procede siempre que se den las circunstancias previstas en ellos de antemano, entre ellas y en primer lugar, el cumplimiento del plazo fijado al efecto⁽²⁾. Cuando estemos frente

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1989.

(2) Artículo 156 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio:

«Los Planes Generales Municipales de Ordenación se revisarán en cualquiera de los casos siguientes:

a los supuestos de las letras a), b) y c) del artículo 156 del Real Decreto 2159/1978 citado, el acuerdo de revisión se adoptará por la entidad o las entidades locales interesadas.

La modificación de elementos o determinaciones aisladas de todo tipo de planes y normas urbanísticas puede ser acordada en cualquier momento con arreglo a las mismas disposiciones que regulan su formulación (*ex* artículo 157.3 del RD 2159/1978). Existen, sin embargo, dos limitaciones fundamentales en relación a las modificaciones tendentes a incrementar el volumen edificable o a variar el uso urbanístico de zonas verdes y espacios libres: en el primer caso, es preciso compensar el aumento de volumen con la previsión de mayores espacios libres, de forma que la densidad de población se mantenga inalterada⁽³⁾; en el segundo, la modificación habrá de ser aprobada por el órgano ejecutivo superior de la comunidad autónoma, previo informe favorable del Consejero competente por razón de la materia y del Consejo de Estado u órgano autonómico que corresponda⁽⁴⁾.

La revisión y la modificación del planeamiento, como la propia aprobación *ex novo* del mismo, no dan lugar, en principio, a indemnización alguna ya que son los propios planes los que definen el contenido correcto del derecho de propiedad y establecen sus concretos límites.

Por otra parte, el artículo 163 del RD 2159/1978 dispone que el órgano colegiado superior de la comunidad autónoma puede suspender, por un máximo de seis meses, la vigencia de los planes, total o parcialmente, a efectos de su revisión. Esa suspensión lleva consigo la del otorgamiento de licencias en el territorio afectado hasta tanto se dicten las normas complementarias y subsidiarias del planeamiento precisas para ordenar provisionalmente el territorio, en tanto no se apruebe el plan revisado. Las leyes autonómicas de ordenación territorial reconocen igualmente idéntica facultad de suspensión del planeamiento. Así lo recoge la Ley 4/2008, de 14 de mayo, de las Illes Balears, de Medidas Urgentes para el Desarrollo Territorial sostenible de las Illes Balears, que fue objeto de modificación por el Decreto-Ley 5/2009, de 27 de noviembre, de Medidas relativas al servicio público regular de viajeros por carretera de las Illes Balears y determinadas disposiciones en materia urbanística, modificación que introdujo un nuevo artícu-

a) Cuando se cumpla el plazo establecido por el propio Plan para su revisión.

b) Cuando se den las circunstancias de revisión señaladas por el Plan, en función de la población total y su índice de crecimiento, recursos, usos e intensidad de ocupación y demás elementos que justificaron la clasificación del suelo inicialmente adoptada, o se agoten sus previsiones.

c) Cuando el Plan resulte afectado por las determinaciones establecidas en un Plan Director Territorial de Coordinación. El plazo para promover la revisión será de un año desde la entrada en vigor de este último.

d) Cuando otras circunstancias así lo exigieren.»

(3) Artículo 161 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio:

«1. Las modificaciones de cualquiera de los elementos de los Planes, Proyectos, Programas, Normas y Ordenanzas se sujetarán a las mismas disposiciones enunciadas para su formulación.

2. Cuando la modificación tendiera a incrementar el volumen edificable de una zona, se requerirá en todo caso, para aprobarla, la previsión de los mayores espacios libres que requiera el aumento de la densidad de población, y el voto favorable de dos tercios de los miembros de la Corporación y de la Comisión que hubieren de acordar la aprobación inicial, provisional y definitiva.»

(4) Artículo 162 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio:

«1. Si la modificación de los Planes, Normas Complementarias y Subsidiarias y Programas de Actuación tuviere por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el Plan, deberá ser aprobada por el Consejo de Ministros, previos los informes favorables del Consejo de Estado y del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo y acuerdos de la Corporación Local interesada adoptados con el quórum del artículo 303 de la Ley de Régimen Local.

2. En este supuesto, no podrá entenderse producida en ningún caso, la aprobación definitiva por silencio administrativo, a la que se refieren los artículos 41.2 de la Ley del Suelo y 133.1 de este Reglamento.»

lo 7 bis que contempla la suspensión de tramitaciones y licencias derivadas del planeamiento, de modo que los órganos competentes para la aprobación inicial de los instrumentos del planeamiento urbanístico podrán acordar, con la finalidad de estudiar su formación o la reforma, la suspensión de la tramitación y otorgamiento de toda clase de aprobaciones, autorizaciones y licencias urbanísticas para áreas o usos determinados. Así, la aprobación inicial de los instrumentos de planeamiento urbanístico determina por sí sola la suspensión señalada al menos en los ámbitos en que las nuevas determinaciones supongan una modificación del régimen urbanístico.

Como se verá posteriormente, en el caso que se comenta aquí, la modificación puntual de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Palma de Mallorca se realizó mediante un acuerdo del pleno de una entidad local (Consell Insular de Mallorca), que dio lugar a la interposición de un recurso contencioso-administrativo, de la que dimanó una pieza de medidas cautelares que fue conocida en instancia por el Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, y en casación por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. No obstante, en la actualidad, dicha modificación puntual cuenta con suficiente respaldo legal conforme al artículo 11 de la Ley 4/2008 antes citada.

Pues bien, el Tribunal Supremo tiene consolidada una doctrina en relación con la suspensión cautelar de los planeamientos urbanísticos, de modo que numerosos pronunciamientos⁽⁵⁾ recuerdan que «es doctrina de este Tribunal Supremo la de que el interés público urbanístico, que por principio encarna en los correspondientes Planes y Normas, exige su ejecución y que, por ello mismo, no es posible su suspensión cautelar sino excepcionalmente, sin que a tal interés público puedan oponérsele los meros intereses privados económicos. De no ser así, y se generaliza la suspensión de los instrumentos urbanísticos (que van fundamentalmente encaminados a la creación de suelo con destino a la satisfacción de necesidades primarias), se correría el riesgo de una obstrucción generalizada a las actuaciones urbanísticas de las Administraciones Públicas».

Ahora bien, teniendo en cuenta las prescripciones del citado Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, el Alto Tribunal también diferencia claramente entre una modificación puntual de la revisión del planeamiento y una revisión general del plan, caso este último en el que se admite la existencia de un interés público ínsito en la ejecución de los instrumentos generales de planeamiento.

En consecuencia, cuando estamos ante una modificación puntual del planeamiento, el Tribunal Supremo ha sido receptivo a la adopción por los órganos jurisdiccionales de instancia de la medida cautelar de suspensión, como sucede, a juicio del Alto Tribunal⁽⁶⁾ cuando la modificación puntual afecta a los usos del suelo, supuesto en el que la no adopción de la medida cautelar podría determinar la implantación de nuevos usos por la sola decisión de la entidad local, sin la preceptiva intervención autonómica, perdiéndose así la finalidad del recurso.

Por otra parte, es interesante destacar, respecto a los actos administrativos que impliquen la demolición y cierre de empresas, que el Tribunal Supremo ha entendido⁽⁷⁾ que procede su suspensión, si bien reconoce que no existe una doctrina legal al respecto. En todo caso «tratándose de la suspensión cautelar de actos administrativos ha de atenderse a las circunstancias de cada uno de los casos en función del criterio general, explícito en el artículo 130.1 de la LJCA, de que,

(5) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2003.

(6) Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2004.

(7) Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2003.

de no acordarse la suspensión, la ejecución del acto impugnado pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto».

Del mismo modo, la jurisprudencia nos enseña⁽⁸⁾ que la iniciativa y el impulso por parte de una entidad local de numerosas modificaciones puntuales de un mismo planeamiento pueden razonablemente hacer sospechar que el auténtico propósito de aquélla es una revisión del mismo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁽⁹⁾ también ha entendido causa suficiente para acceder a la suspensión de un acto administrativo de ejecución del planeamiento urbanístico la modificación del entorno físico permanente que, una vez ejecutado, resultaría difícilmente modificable, por lo que se consolidarían unas actuaciones urbanísticas contrarias al planeamiento, bien en lo que se refiere a los espacios libres, bien a los usos autorizables del suelo. Si esas actuaciones tuvieran que ser demolidas posteriormente o se impidiese un determinado uso del suelo, el *periculum in mora* resultaría real como causa suficiente de suspensión de la ejecución del acto.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha entendido⁽¹⁰⁾ que si una actuación determinada autorizada por la Administración Pública no afecta a la clasificación y a la calificación del suelo, y no resultan actuaciones irreversibles, no concurre tampoco el criterio legal del *periculum in mora* para autorizar la suspensión.

III. ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN CON LOS PLANES GENERALES

El Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears reconoce, en la resolución dictada en instancia, que la medida cautelar de suspensión de la modificación de un plan general de urbanismo puede adoptarse cuando se estime que la ejecución de una eventual sentencia estimatoria fuese de difícil ejecución (lo que sucedería si en una finca determinada se construye o edifica un complejo sanitario, como es el caso, que después quede enclavado en suelo sin la suficiente cobertura legal o jurisdiccional), pero a renglón seguido afirma que no puede emplearse este argumento en todos los supuestos en que la ejecución inmediata de cualquier disposición del ordenamiento urbanístico o del planeamiento determinase un proceso de difícil reversibilidad.

El TSJ parece mostrar ciertas reticencias a la suspensión cautelar y automática en cada supuesto de recurso contencioso-administrativo frente a una disposición del planeamiento urbanístico, porque ello supondría la paralización de cualquier planeamiento que fuese recurrido, viéndose gravemente afectados en ese caso los intereses generales. Por este motivo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo se acoge a la previsión contenida en el apartado 2 del artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando proclama que la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstancial. Parece un criterio acuñado por la Sala de instancia (y así lo reconoce en el fundamento jurídico cuarto del Auto de 8 de mayo de 2007, desestimatorio del recurso de súplica interpuesto por la parte demandante) que las normas de planeamiento no se suspenden

(8) Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2002.

(9) Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2002 y Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2006.

(10) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005.

salvo una clara, flagrante e inmediata afectación dañina a los intereses generales, de modo que la suspensión como medida cautelar tiene un alcance excepcional, debiendo concurrir razones muy poderosas y presentarse con claridad la necesidad de la medida.

La sentencia de instancia no entendió como suficiente razón motivadora de la suspensión del planeamiento urbanístico la preservación del suelo rústico y la protección de ciertos bienes de interés cultural (BIC) como el Monasterio de La Real⁽¹¹⁾, la Siquia de la Villa y la Siquia de Baster⁽¹²⁾, por cuanto esos mismos intereses preservadores de la indemnidad de tales BIC no fueron tenidos en cuenta cuando anteriormente se iniciaron y consumaron actuaciones urbanísticas de tipo residencial en ese mismo terreno, sino que la Sala entiende que se encubren otros intereses ajenos a esa protección (si bien no se indican ni apuntan cuáles pueden ser esos intereses ocultos). De la sentencia dictada por la Sala de instancia se deduce que la ejecución de los actos de edificación proyectados en el planeamiento no parece que puedan afectar tan gravemente a la parte demandante por cuanto en ocasiones anteriores no se ha opuesto al desarrollo del uso urbanístico y residencial de la zona, consintiendo la ejecución de construcciones de edificación de viviendas residenciales a una distancia mucho menor que el centro sanitario proyectado, en el que, además, concurre un evidente interés público o general del que es obvio que carecen, *a priori*, unas construcciones residenciales privadas. El Tribunal Superior de Justicia entiende que toda suspensión de una disposición administrativa de carácter general implica una perturbación grave del interés general, y más aun si lo que se retrasa es la construcción de un centro sanitario.

El Tribunal Supremo, sin embargo, al conocer del recurso de casación interpuesto por la Congregación de Misioneros de los Sagrados Corazones, como parte recurrente, puntualiza que, con independencia de los móviles perseguidos por esta parte, parece indudable que el hospital cuya construcción se proyectó lo es sobre suelo rústico y en las proximidades de unos bienes declarados de interés cultural, cuya protección también constituye un interés general.

Efectivamente, teniendo en cuenta los importantes efectos que las medidas cautelares pueden producir en la realidad jurídico-material antes de que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre el fondo del asunto, estas medidas, que pretenden asegurar la efectividad de la sentencia, sólo deben adoptarse si concurren todas las circunstancias previstas en la ley. En general, a la hora de decidir si procede otorgar la justicia cautelar, el Tribunal Supremo ha entendido⁽¹³⁾ que debe comprobarse la concurrencia de dos presupuestos tradicionales, como son el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* (es decir, que la pretensión deducida en el proceso principal aparezca debidamente fundada), de modo que, una vez comprobado que se dan estos presupuestos, el operador jurídico puede valorar los hechos desde la perspectiva del interés general, presupuesto imprescindible para la aplicación del Derecho Administrativo. En consecuencia, para decidir sobre la adopción de una medida cautelar, no se puede entrar en el fondo del asunto, pero sí verificar la apariencia de un derecho y la verosimilitud del fundamento de la pretensión.

(11) El Monasterio de La Real, en Palma de Mallorca, fue declarado Bien de Interés Cultural (BIC) mediante Resolución de 23 de febrero de 2006, del Consell Insular de Mallorca. En dicha resolución se incluyó también dentro del entorno de protección del BIC una franja rodeando al Monasterio determinada por una distancia media resultante de unos 200 metros. En todo caso, el Monasterio ya se encuentra incluido en el Catálogo de protección de edificios y elementos de interés histórico, artístico, arquitectónico y paisajístico de Palma.

(12) La «Siquia de la Villa» y la «Siquia d'en Baster» también se encuentran incluidas en el Catálogo de protección de edificios y elementos de interés histórico, artístico, arquitectónico y paisajístico de Palma, correspondiente al Ayuntamiento de Palma de Mallorca, con un grado de protección B.

(13) Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1999.

Sobre la apariencia de buen derecho, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 3 de febrero de 2009 que se comenta en este artículo, estima este motivo de casación de la parte recurrente por entender que, si bien el incidente de medidas cautelares tiene una naturaleza de conocimiento limitado, lo que impide que el Tribunal *a quo* pueda adentrarse en el fondo del asunto, sin embargo existe una falta ostensible de apariencia de buen derecho por cuanto la modificación puntual del planeamiento general impugnado no contaba con la declaración de interés general por el órgano competente para poder instalar un hospital en suelo rústico. La deficiencia es tan ostensible que el *fumus boni iuris* se quiebra irremediabilmente, según el Alto Tribunal. En todo caso, como se ha anticipado, es cierto que el Parlamento de las Illes Balears aprobó, mediante Ley 4/2008, de 14 de mayo, una norma que consagró la ampliación del ámbito del sistema de equipamiento comunitario sanitario supramunicipal previsto en el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Palma para la construcción del hospital de referencia en las islas mediante la incorporación a éste de los terrenos colindantes que se señalan en el anexo C de la norma. Asimismo, la ley declara expresamente la utilidad pública y la necesidad de ocupación de los terrenos antedichos, y obliga al Ayuntamiento de Palma de Mallorca a incorporar al PGOU la modificación que se efectúa, sin perjuicio de su ejecutividad inmediata, ordenación que debe ser compatible con el ámbito de protección del Monasterio de La Real. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que no puede considerarse este argumento como motivo de oposición al recurso de casación por cuanto no ha podido ser objeto de contradicción al aprobarse y publicarse la ley después de haber transcurrido con exceso el plazo para interponer el recurso (la norma se publicó en el Boletín Oficial de las Illes Balears el 17 de mayo de 2008).

Sobre el *periculum in mora*, es de sobra conocido que significa que quien solicita la suspensión como medida cautelar ha de justificar que, si no se adopta aquélla, podrían producirse durante la pendencia del proceso situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, es decir, que el tiempo que media entre el inicio y la conclusión del pleito pueda frustrar o poner en peligro su resultado definitivo. Es lo que tradicionalmente nuestra legislación procesal administrativa entendía como que la ejecución del acto podría dar lugar a daños de imposible o muy difícil reparación.

El Tribunal Supremo ha recogido su opinión al respecto en una interesante sentencia que resume la posición jurisprudencial: «Debemos recordar que la razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, como hemos señalado, entre otras muchas resoluciones, en Autos de 12 de julio de 2002 (JUR 2002, 194766), se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso o, como dice expresivamente el artículo 129 de la LJ, «asegurar la efectividad de la sentencia». Por ello el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar, «opera como criterio decisor de la suspensión cautelar» (AA de 22 de marzo y 31 de octubre de 2000, Ar. 3218 y 9884) y el artículo 130 de la LJ especifica como uno de los supuestos en que procede la adopción de ésta aquel en que «la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». En definitiva, con la medida cautelar la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil». Según el Tribunal Supremo⁽¹⁴⁾, el artículo 130.1 de la LJCA, «(...) visto que comienza exigiendo una valoración de los intereses en conflicto, incluye también los casos en que la

(14) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2004.

ejecución del acto haga difícil o problemática o sujeta a ilógicos sacrificios la eficacia del recurso, en una medida proporcional al interés público que subyace en la ejecución del acto». En todo caso, la jurisprudencia ha resaltado reiteradamente que no pierde su finalidad legítima el recurso cuando es posible la indemnización posterior por parte de la Administración, de modo que sólo cuando el daño no es susceptible de valoración económica se considera de reparación imposible o al menos difícil. Así, el Tribunal Supremo ha declarado⁽¹⁵⁾ que no procede la suspensión cuando los «efectos dañosos, en su caso, fácilmente podrían ser reparados por la Administración, pues se condensarían en una reparación económica».

Asimismo, en el proceso contencioso-administrativo han de valorarse los intereses en conflicto por parte de la Administración y de los particulares, prestando especial atención a cómo quedarán afectados los intereses generales. Esto supone que, para adoptar una medida cautelar, se presupone de algún modo que en la confrontación de intereses particulares y generales, aquéllos tienen una dimensión superior a los intereses generales. Numerosas sentencias⁽¹⁶⁾ del Tribunal Supremo avalan este principio, al entender que la adopción de medidas cautelares, y concretamente la tradicional de suspensión de la ejecutividad de los actos administrativos, requieren que se efectúe en cada caso concreto un juicio de ponderación entre los intereses contrapuestos (públicos y privados) para decantarse por aquel que resulte más digno de protección. De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo⁽¹⁷⁾, los dos conceptos que, armonizados, determinan la procedencia o improcedencia de la suspensión son: el interés público, por una parte, y los perjuicios, por otra. El juicio de ponderación que exige el artículo 130 de la LJCA, según el Tribunal Supremo⁽¹⁸⁾, «(...) lo que revela es que, para que resulte procedente la estimación de un interés particular cuyo sacrificio pueda justificar la medida cautelar, será necesario que su importancia sea contrastada con la de los intereses públicos presentes en la actuación administrativa controvertida, y en esa confrontación sea advertida una superior dimensión en el interés particular».

En esta ponderación de los intereses en conflicto, el Tribunal Supremo no ha aceptado que los tribunales *a quo* se limiten a anteponer el principio general de ejecutividad de los actos administrativos consagrado en el artículo 56 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni la prevalencia *per se* de los intereses públicos como algo abstracto que se presupone como fin de todo acto administrativo dictado por las Administraciones Públicas, sin que estén debidamente justificados. Así, en numerosas sentencias, el Alto Tribunal ha proclamado⁽¹⁹⁾ que «Esta Sala ha declarado incansablemente [SS de 22 de noviembre de 1993, 23 de septiembre, 23 de octubre y 25 de noviembre de 1995 (Ar. 99.34); 17 de febrero, 27 de julio, 28 de septiembre (Ar. 6659) y 30 de diciembre de 1996 (Ar. 8924); 20 de enero de 1997 (Ar. 312), 28 de febrero (Ar. 2403) y 4 de abril de 1998 (Ar. 3737); 8 de noviembre (Ar. 9309) y 27 de diciembre de 1999 (Ar. 9995) y 17 de marzo de 2001 (Ar. 4207)] que la adopción de medidas cautelares, y concretamente la tradicional de suspensión de la ejecutividad de los actos de la Administración, requiere que se efectúe en cada caso concreto un juicio de ponderación entre los intereses contrapuestos (público y privado) para decantarse por aquel que resulte más digno de protección, lo que no ha hecho la Sala de instancia en la resolución recurrida, al limitarse a proclamar la

(15) Autos del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2001 y de 22 de abril de 2002, entre otros.

(16) Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2001.

(17) Auto del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1994.

(18) Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004.

(19) Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2001.

prioridad de los intereses públicos sobre los particulares y el principio general de ejecutividad de los actos administrativos».

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009 que se comenta en este artículo entiende, a diferencia de los pronunciamientos expuestos, que la ponderación de los intereses públicos y privados contrapuestos que realiza la Sala de instancia, en base al artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no es correcto jurídicamente porque es distinto el interés general atendible cuando se trata de revisiones del planeamiento general que cuando se trata de modificaciones puntuales del mismo que pueden afectar de modo irreversible al suelo rural y al patrimonio cultural. Así, el Alto Tribunal considera que no se fundamentan las causas de urgencia inaplazable para instalar un hospital en el suelo objeto de conflicto cuando la población ya cuenta con otro hospital de referencia de alta calidad si la construcción de aquél afecta a otros intereses generales dignos de protección como es la preservación del patrimonio cultural de las Illes Balears. En todo caso, una lectura atenta de dicho precepto de la ley jurisdiccional permite deducir que la adopción de una medida cautelar tiene un alcance restrictivo por cuanto el artículo 130 permite adoptarla «únicamente» cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, y siempre que se realice una valoración previa y circunstanciada de todos los intereses en conflicto. Si la Sala de instancia decidió no acordar la medida cautelar, sin duda acudió al apartado 2 del artículo 130 de la LJCA, que permite su denegación cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, y esta perturbación grave es la que debió apreciar el Tribunal Superior de Justicia cuando decidió no acceder a la suspensión. Su reflexión se centró, por tanto, en la perturbación o no de los intereses generales, acudiendo al artículo 130.2 de la LJCA, no al apartado 1 de dicho precepto, que no debía excitar la reflexión si no tenía como finalidad la estimación de la medida cautelar solicitada. Otra cuestión distinta es que el Tribunal Supremo entienda que el interés general más digno de protección sea el patrimonio cultural frente a un centro hospitalario, que es lo que finalmente resulta de la lectura de la sentencia que resuelve el recurso de casación.

Sin embargo, ciertos pronunciamientos del Tribunal Supremo en la concreta materia urbanística han venido denegando la suspensión de algunos proyectos de parcelación porque «si bien los daños y perjuicios que se ocasionarían de anularse el proyecto serían cuantiosos, en ningún caso serían de difícil o imposible cuantificación (...) y en segundo término, es indudable que la ejecución del proyecto, cuya importancia para el interés público la corporación demandada ha puesto de relieve (...) debe primar sobre unos daños y perjuicios perfectamente determinables y resarcibles».

El mismo Tribunal Supremo, en relación con la solicitud de una medida cautelar de suspensión de la ejecución de actos de edificación urbanística, ha venido denegando dicha suspensión basándose en que los daños y perjuicios que se podrían causar con la ejecución del acto siempre serían cuantificables y resarcibles, «lográndose la restauración de la situación alterada con la demolición de lo edificado, siempre posible, lo que excluye toda irreversibilidad, y con la indemnización de lo que resultase resarcible por su permanencia en el ínterin y por la destrucción de lo construido. Sin que, además, puedan dejar de tenerse en cuenta otros intereses muy dignos de protección, como lo son los de los titulares de las licencias, a los que también se ocasionarían daños y perjuicios si se suspendiesen los efectos de las licencias y luego se confirmase su validez, al haberse paralizado unos actos de edificación formalmente legitimados, lo que también conduce a inclinarse por la normalidad, que es conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Procedimiento Administrativo» (Auto del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1994).

Otros pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de ejecución urbanística⁽²⁰⁾ han entendido que no puede predicarse la reparación de los perjuicios que se derivan de una edificación llevada a cabo al amparo de una licencia declarada ilegal, ya que, «además de ser imposible reponer el suelo a su estado primitivo, supondría cuantiosas indemnizaciones a cargo del propio Ayuntamiento, que concedió indebidamente la licencia, para reparar todos los perjuicios causados por las demoliciones, siendo más lógico evitar que se construya cuando existe riesgo de demolición, aunque haya que indemnizar a los titulares de la licencia por la demora si hubiese derecho a edificar, que permitir que se construya cuando la indemnización a pagar a aquéllos y sucesivos adquirentes, si hubiese que derruir, sería mucho mayor por haberse concedido ilegalmente la licencia, lo que justifica plenamente la ponderación de intereses efectuada por el Tribunal *a quo* para inclinarse a favor de la suspensión cautelar de los efectos de la licencia».

En definitiva, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 3 de febrero de 2009, accede a la suspensión preventiva de la ejecutividad de la modificación puntual del PGOU de Palma de Mallorca por tres motivos: primero, que la ejecución del acto puede hacer perder su finalidad legítima al recurso; segundo, que no aparece como prevalente el interés general que se pretende satisfacer con ella ni se justifican los perjuicios que el retraso en la ejecución del acto pudiesen conllevar; y tercero, que no se ha declarado el interés general, en tiempo y forma, por el Gobierno autonómico para establecer el nuevo hospital de referencia. Puesto que la Administración Pública no justifica el daño o perjuicio económico que la suspensión de la ejecución del acto puede ocasionar, que en todo caso sería económicamente cuantificable sin que haya riesgo de irreparabilidad dada la solvencia de la Administración para afrontarlos, el Alto Tribunal no impone la prestación de caución o garantía a la parte recurrente, de conformidad con el artículo 133 de la LJCA. Hay que recordar, de cualquier modo, que la jurisprudencia ha entendido⁽²¹⁾ que si no se solicitó la caución en la instancia, no puede ser planteada *ex novo* la cuestión en la casación, lo que parece suceder en el caso que se analiza aquí.

(20) Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2007.

(21) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2004.

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
 2. PRINCIPIOS GENERALES.
 3. FUENTES.
 4. RECURSOS.
 - A) **Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación.**
 - B) y C) **Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario**
 - D) **Cuestiones prejudiciales.**
 - E) **Medidas cautelares.**
 5. MERCADO INTERIOR.
 - A) **Libre circulación de mercancías.**
 - B) **Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.**
 - a) Libre prestación de servicios.
 - b) Libertad de establecimiento.
 - C) **Libre circulación de trabajadores.**
 - a) Igualdad de trato.
 - b) Reconocimiento de títulos.
 - 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 9 de diciembre de 2010, en el Asunto C-568/08**, al resolver una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación de las directivas sobre recursos en materia de contratos públicos, aplica el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables, así como los principios de equivalencia y de efectividad.

La controversia planteada en el asunto surgió entre dos empresas que concurrieron a la licitación de la provincia de Drenthe para la renovación de dos puentes levadizos en el tramo de navegación Erica-Ter Apel en el municipio de Emmen (Países Bajos), un tramo de gran importancia a nivel internacional. El anuncio de licitación del contrato se publicó el 13 de julio de 2007 en el Suplemento del Diario Oficial de la Unión Europea y fue modificado mediante un anuncio de 23 de julio de 2007.

El artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665 indica claramente que los Estados miembros deben prever la posibilidad de conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción de la normativa de la Unión en materia de contratación pública, pero no contiene ninguna precisión ni sobre las condiciones para considerar responsable a un poder adjudicador ni sobre la determinación del importe de la indemnización a cuyo pago puede verse condenado. Esta disposición constituye una concretización del principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables. Según una jurisprudencia desarrollada tras la adopción de la Directiva 89/665, pero desde entonces reiterada, este principio es inherente al ordenamiento jurídico de la Unión. El Tribunal de Justicia ha declarado que los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma de Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares (Sentencias de 19 noviembre 1991, Francovich y otros, C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartados 31 y 51, y de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier, C-445/06, Rec. p. I-2119, apartados 19 y 20).

Por ahora, por lo que se refiere a recursos en materia de contratación pública, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha enunciado criterios más precisos para determinar y cuantificar los daños.

Tampoco ha aportado criterios la reforma de la Directiva 89/665 operada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 (DO L 335, p. 31).

A falta de disposiciones de la Unión en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar los criterios que permitan determinar y cuantificar los daños derivados de una infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública (véanse, por analogía, las Sentencias de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartado 46, y de 30 de septiembre de 2010, Strabag y otros, C-314/09, Rec. p. I-0000, apartado 33), siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (véase, en este sentido, la Sentencia de 13 de julio de 2006, Manfredi y otros, C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619, apartado 98).

Como se desprende de reiterada jurisprudencia, la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (prin-

cipio de efectividad) (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; de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, Rec. p. I-2483, apartado 46, y de 8 de julio de 2010, Bulicke, C-246/09, Rec. p. I-0000, apartado 25).

3. FUENTES

En el período al que se circunscribe esta crónica pueden mencionarse tres resoluciones.

Primeramente, y en relación a los Reglamentos y su naturaleza, la **STJUE de 28 de octubre de 2010, As. C-367/09, SGS Belgium y otros**, recuerda que las disposiciones de los Reglamentos tienen, por regla general, efecto directo en los ordenamientos jurídicos nacionales, sin necesidad de que las autoridades nacionales adopten medidas de aplicación o el legislador de la Unión tenga que adoptar normas complementarias. Sin embargo, algunas disposiciones de un Reglamento pueden requerir, para su ejecución, la adopción de medidas de aplicación, bien por los Estados miembros, bien por el propio legislador de la Unión.

En segundo término, la **STJUE de 16 de diciembre de 2010, As. C-233/10, Comisión c. Países Bajos**, reitera la conocida doctrina jurisprudencial comunitaria con relación al momento en el que ha de constatarse el incumplimiento de un Estado de su obligación de adaptar el Derecho interno a una Directiva comunitaria. En este sentido, la apreciación de tal circunstancia tendrá lugar en función de la situación normativa del Estado al final del plazo señalado en el dictamen motivado (fundamento 9). Además, también recuerda la imposibilidad de un Estado miembro de alegar disposiciones, prácticas o circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar la no adaptación del mismo a una Directiva en el plazo establecido (fundamento 11).

Por último, la **STJUE de 22 de diciembre de 2010, As. C-385/08, Comisión c. Polonia**, trata la aplicabilidad *ratione temporis* de las normas comunitarias a un Estado tras su adhesión a la Unión. En este sentido, las disposiciones de los tratados originarios y los actos adoptados por las instituciones de la Unión antes de la adhesión de un Estado miembro vinculan y son aplicables a éste desde su adhesión en las condiciones previstas por dichos tratados o actos. Así deriva de la reiterada jurisprudencia según la cual una norma nueva se aplica inmediatamente, salvo previsión en contra, a los efectos futuros de situaciones nacidas bajo el imperio de la norma anterior. Por ello, si el acta de adhesión de un Estado miembro no prevé ninguna disposición específica en cuanto a la aplicación de un tratado, éste será de aplicación inmediata y vinculará al Estado desde la fecha misma de su adhesión, aplicándose también a los efectos futuros de situaciones nacidas antes de la adhesión (fundamentos 28 y 29). Con todo, el principio de aplicación inmediata e integral de las disposiciones de la Unión a los nuevos Estados deja a salvo las derogaciones que expresamente prevean las disposiciones transitorias (fundamento 54). Dichas derogaciones, si existieran, deberán ser interpretadas para favorecer los objetivos del tratado y una aplicación integral de sus normas (fundamento 62).

4. RECURSOS

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

El número de sentencias recaídas en recursos de anulación se mantiene constante aunque, no obstante, no se percibe un cambio notable de la doctrina seguida hasta este momento. Sin embargo podemos destacar algunas sentencias recaídas en recursos de anulación al respecto.

Una primera que podemos recordar es la **STJUE (Sala Séptima) de 11 de noviembre de 2010, Asunto C-36/09 P, Transportes Evaristo Molina/Comisión**, en la cual respecto los plazos procesales el Tribunal de Justicia sostuvo que la circunstancia de que una persona

pueda no resultar afectada por un acto en el momento de su publicación no puede tener como efecto reabrir el plazo para recurrir respecto a ella si debiera resultar afectada con posterioridad. Ello es así pues el plazo para recurrir fijado por el artículo 230 CE, párrafo quinto, se aplica a cualquier persona —no lo olvidemos—, sea cual fuere su situación en el día de la publicación del acto. Las circunstancias totalmente excepcionales de caso fortuito, fuerza mayor o error excusable, que permiten establecer excepciones a la aplicación de la normativa de la Unión sobre plazos procesales, no afectan en ningún caso a la fecha a partir de la cual comienza a correr el plazo. Otra apreciación sobre los plazos procesales la encontramos en el **Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 16 de noviembre de 2010, Asunto C-73/10P, Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert/Comisión**, en el que sostuvo que el plazo de dos meses si bien supone una limitación al derecho de acceso a un tribunal, esta limitación no constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva pues las normas sobre el cómputo del plazo de dos meses es clara, es de orden público y no presenta una especial dificultad de interpretación. Igualmente, el **Tribunal General (Sala Segunda) en su Sentencia de 7 de diciembre de 2010, Asunto T-11/07, Frucona Kosice/ Comisión**, sostuvo que, en el marco de un recurso de anulación interpuesto con arreglo al artículo 230 CE, la legalidad del acto comunitario de que se trate debe apreciarse en función de los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que se adoptó el acto.

Por otro lado, el **Tribunal de Justicia (Sala Primera) en su Sentencia de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-304/09, Comisión/Italia**, recordó que un recurso de anulación interpuesto ante el Tribunal General contra una decisión que ordena la recuperación de una ayuda carece de efectos suspensivos sobre la obligación de ejecutar dicha decisión lo que sucede igualmente cuando contra la sentencia del Tribunal General dictada en el marco de dicho recurso se interpone un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia. El **Tribunal General (Sala Octava), en su Sentencia de 17 de diciembre de 2010, Asunto T-369/08, EWRIA y otros/Comisión**, sostuvo que la solicitud de las demandantes al Tribunal para que inste a la Comisión Europea a que proceda a una reconsideración debe desestimarse por infundada pues en el marco de un recurso de anulación basado en el artículo 230 CE la competencia del juez de la Unión se limita al control de legalidad del acto impugnado sin que pueda dictar una orden conminatoria a las instituciones de la Unión o sustituir a éstas.

Muy a menudo obviamos la importante función que llevan a cabo los abogados generales y en esta ocasión quisiéramos presentar por su importancia las conclusiones del abogado general Paolo Mengozzi, de 27 de enero de 2011, en el Asunto C-401/09 P, *Evropaïki Dynamiki/BCE*, cuando, en relación con los sujetos legitimados para interponer un recurso, sostuvo que

«41. No me parece que merezca ser acogida la objeción del BCE según la cual reconocer un derecho de recurso individual a los miembros de un consorcio entrañaría un riesgo inaceptable de decisiones jurisdiccionales divergentes. Ciertamente, es inherente a la propia naturaleza de cualquier situación jurídica el riesgo de que en relación con la misma puedan dictarse varias resoluciones judiciales, eventualmente de signo distinto. Además, en el espíritu de la Directiva 89/665 el objetivo principal es poder llegar, en el mayor número de casos posible, a obtener la anulación de los procedimientos irregulares: parece servir mejor a tal objetivo, con carácter general, una interpretación generosa y no restrictiva del derecho de recurso.

42. Tampoco cabe apoyarse, a mi juicio, en el hecho de que los eventuales participantes en el consorcio puedan no tener ya interés en el recurso, de forma que admitir el recurso individual de una empresa podría dar lugar a la incoación de un procedimiento que (ya) no respondería a los intereses de las demás empresas agrupadas. Una objeción similar ya ha sido rechazada por el Tribunal de Justicia, y en cualquier caso se presta también a ser

utilizada en un sentido opuesto al indicado por el BCE. En efecto, si el desacuerdo de un miembro concreto de un consorcio respecto a la presentación de un recurso pudiera vincular a las demás empresas agrupadas, se abriría una vía para posibles abusos, puesto que el adjudicatario de un contrato público podría siempre impedir la presentación de recursos si consiguiera que al menos un miembro de los consorcios competidores dejara de tener interés en presentar recurso, como consecuencia, por ejemplo, de la oferta de una subcontrata por parte del adjudicatario.

43. En conclusión, aun cuando el poder otorgado a Evropaiki Dynamiki por el consorcio E2Bank se considerase válido únicamente para el procedimiento ante el Tribunal General, habría de reconocerse en cualquier caso a la demandante la capacidad de impugnar con carácter autónomo una decisión que afecta al consorcio del que formaba parte.»

Sobre sentencias recaídas cuya una de las partes haya sido el Reino de España, o uno de sus nacionales, durante el marco temporal al cual se suscribe la presente crónica de jurisprudencia, hemos de señalar que ha habido varias y, entre ellas, podemos recordar el **Auto del Tribunal General (Sala Cuarta) de 20 de enero de 2011, Asunto T-487/10, Ruipérez Aguirre y ATC Petition/Comisión**, en el cual el Tribunal General sostuvo que en el marco del procedimiento por incumplimiento regulado en el artículo 258 TFUE los únicos actos que la Comisión puede verse obligada a adoptar van dirigidos a los Estados miembros y ni el dictamen motivado, que sólo constituye una fase previa a la eventual interposición de un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, ni el hecho de que se someta el asunto al Tribunal de Justicia mediante la interposición efectiva de dicho recurso, pueden constituir actos que afecten directamente a las personas físicas o jurídicas. Finalmente cabe recordar la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 20 de enero de 2011, Asunto C-90/09 P, General Química y otros/Comisión**, que anuló la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2008, General Química y otros/Comisión (T-85/06), en la medida en que desestimaba el recurso por el que General Química, S.A., Repsol Química, S.A. y Repsol YPF, S.A. solicitaban la anulación de la Decisión 2006/902/CE de la Comisión, de 21 de diciembre de 2005, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE y con el artículo 53 del Acuerdo EEE contra Flexsys NV, Bayer AG, Crompton Manufacturing Company Inc. (antes Uniroyal Chemical Company Inc.), Crompton Europe Ltd, Chemtura Corporation (antes Crompton Corporation), General Química, S.A., Repsol Química, S.A. y Repsol YPF, S.A. (Asunto COMP/F/C.38.443 - Sustancias químicas para la industria del caucho), ya que, por una parte, el Tribunal de Primera Instancia no había expuesto las razones en las que se basó para llegar a la conclusión de que la comunicación por la que Repsol Química, S.A. ordenaba a General Química, S.A. que cesara cualquier práctica que pudiera constituir una infracción de las normas de la competencia bastaba por sí sola para probar que Repsol Química, S.A. ejercía una influencia decisiva sobre la política de General Química, S.A., no sólo en el mercado, sino también en lo que se refiere a la conducta infractora objeto de la Decisión 2006/902, y, por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia no había realizado un análisis concreto de los elementos aportados por General Química, S.A., Repsol Química, S.A. y Repsol YPF, S.A., con el fin de demostrar la autonomía de General Química, S.A. a la hora de diseñar y aplicar su política comercial.

B) y C) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario.

D) Cuestiones prejudiciales

No es muy dado el Tribunal de Justicia de la Unión a variar su jurisprudencia sobre una materia concreta (por evidentes razones de seguridad jurídica). Y tampoco lo ha hecho en el período de tiempo que comprende esta crónica, ni en relación con los argumentos que la integran. Así, y en cuanto a las medidas cautelares, debe decirse que, de hecho, ninguna sentencia del Tribunal de Justicia merece ser citada. Y, por lo que respecta al mecanismo prejudicial, los argumentos enfrentados por la Curia comunitaria en estos últimos meses han sido los ya acostumbrados, como de inmediato se leerá. En todo caso, y a pesar de que esta crónica marca una clara línea de continuismo con respecto a las anteriores, siempre hay lugar para las precisiones, los matices y las excepciones, que es, cabalmente, de lo que aquí se pretende dar noticia.

En lo que atañe a este instrumento de colaboración-cooperación prejudicial, hemos agrupado los pronunciamientos prejudiciales objeto de esta crónica en cuatro órdenes o clases de sentencias, dada su especial significación, a saber: *a*) aquellas en las que se abordan asuntos relacionados con *los motivos o causas de admisión-inadmisión*, y que ocupan un lugar preferente a nuestros efectos; *b*) aquellas donde se analiza el *concepto de órgano jurisdiccional*, como sabemos típicamente comunitario; *c*) aquellas en las que se resuelven las *peticiones de reapertura de la fase oral del procedimiento* (sistemáticamente rechazadas), y *d*) aquellas otras que, en fin, han sido planteadas por *órganos jurisdiccionales españoles*.

En lo que respecta a las primeras, esto es, las cuestiones prejudiciales en las que se ha enfrentado el delicado asunto de *los motivos de admisión-inadmisión prejudicial*, cabe señalar, en primer término, que han sido bastante numerosas en relación con el resto de sentencias concernientes al resto de asuntos que aquí nos toca examinar (siete de un total de dieciséis). Esto quiere decir, como ya hemos evidenciado en otras crónicas, que los motivos de admisión-inadmisión siguen constituyendo uno de los temas «estrella» en lo que al mecanismo prejudicial se refiere.

Dicho esto, indiquemos a continuación que de estas siete sentencias prejudiciales, tan sólo tres merecen nuestro análisis y nuestro comentario, habida cuenta de que las otras cuatro se limitan a volver sobre aspectos de sobra conocidos por todos, y reiterados por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (por ejemplo, que corresponde al órgano jurisdiccional interno valorar tanto la pertinencia como la necesidad del planteamiento prejudicial, que no existe plazo establecido para ello —más allá de que no se haya dictado sentencia en el proceso principal-, que es éste un mecanismo de colaboración y cooperación entre el juez nacional y el juez comunitario, etc.). Daremos cuenta, pues, en lo que sigue, únicamente de aquellas sentencias que por un motivo u otro presentan alguna particularidad.

Es el caso, en primer término, de la **STJUE de 2 de diciembre de 2010, Jakubowska, As. C-225/09**. Un pronunciamiento que aquí nos interesa porque constituye uno de los escasos supuestos en los que el Tribunal de Justicia aprecia uno o varios de los motivos de inadmisión presentados por una (o varias) de las partes en el procedimiento. Declarando, en su consecuencia, su inadmisión. Así es, en esta Sentencia (apartado 22), el Tribunal de Justicia de la Unión comienza por establecer que la circunstancia de que una cuestión prejudicial (cuestiones prejudiciales en este caso) no presente en principio nexo alguno con el objeto mismo de la acción ejercitada no la hace inadmisibile. En el supuesto que nos ocupa, en efecto, el Tribunal insiste en que las cuestiones planteadas tratan de permitir que el juez remitente aprecie la legalidad de una normativa nacional cuya aplicación ha originado un incidente procesal en un litigio principal y que, dado que ese incidente forma parte de dicho litigio, el juez remitente está facultado para preguntar al Tribunal de Justicia sobre la interpretación de las reglas del Derecho de la Unión que a su juicio son pertinentes en el referido litigio.

No obstante, y a reglón seguido (apartado 23 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia nos informa de que algunos Gobiernos han presentado observaciones al Tribunal de Justicia (junto con la Comisión Europea) en el sentido de que, en este caso concreto, estarían presentes excepciones de inadmisibilidad de las cuestiones formuladas por el órgano jurisdiccional interno (léase, el *Giudice di pace di Cortona*). Así (apartado 24 de la Sentencia), los Gobiernos irlandés y austríaco destacan que todos los aspectos del litigio principal relacionados con la posibilidad de que los mandatarios en el litigio principal ejercen su profesión de abogado circunscritos al interior de un solo Estado miembro, de suerte y manera que los problemas de Derecho de la Unión planteados por el juez remitente son por tanto -en su opinión- puramente hipotéticos; y la petición de decisión prejudicial debería declararse inadmisibile por esta razón.

Por su parte (apartado 25 de la Sentencia), y según el Gobierno húngaro, la normativa italiana que describe el juez remitente queda en todo caso fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión sobre el ejercicio de la profesión de abogado, puesto que esa normativa nacional afecta a funcionarios, mientras que las Directivas comunitarias discutidas tienen por objeto el ejercicio de esa profesión por abogados independientes o que trabajen como asalariados por cuenta de otro abogado, de una asociación o de una empresa.

La Comisión, en fin (apartado 26 de la Sentencia), estima, de un lado, que una de las cuestiones planteadas (en concreto la tercera) debe considerarse hipotética y por tanto inadmisibile, ya que esa cuestión se refiere al ejercicio de la profesión de abogado en régimen de prestación de servicios, en tanto que la normativa controvertida en el litigio principal atañe al establecimiento como abogado. Y, de otro lado, la Comisión (apartado 27 de la Sentencia) también alberga dudas acerca de la admisibilidat de otra de las cuestiones (la quinta), habida cuenta de que la legislación italiana en relación con la que se pide la interpretación de principios generales del Derecho de la Unión no se adoptó con vistas a cumplir las obligaciones que ese Derecho impuso a la República Italiana.

Pues bien, en su respuesta a estas observaciones o excepciones, el Tribunal de Justicia —como es acostumbrado— comienza por recordarnos (apartado 28 de la Sentencia) aquellos elementos de forma referidos al mecanismo prejudicial que ya nos son conocidos, a saber: «... que las cuestiones relativas al Derecho de la Unión gozan de una presunción de pertinencia...»; de suerte y manera tales que: «... la negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas...».

Una vez hecho esto, el Tribunal de Justicia examina las cuestiones primera, segunda y cuarta (apartado 29 de la Sentencia), llegando al entendimiento de que ninguna de ellas parece que carezca de relación alguna con la realidad o el objeto del incidente procesal surgido en el litigio principal, ni que el problema suscitado sea de carácter hipotético. Así, y de una parte (apartado 30 de la Sentencia), insiste la Corte comunitaria en que una ley que se extiende a todo el territorio de un Estado miembro puede afectar en su caso al comercio entre los Estados miembros a los efectos del artículo 81 del TCE (*vid.* artículo 101 del actual TFUE). En consecuencia, las cuestiones primera y segunda, tendentes a saber si las reglas del Derecho de la Unión en materia de competencia se oponen a una normativa nacional (como la Ley italiana núm. 339/2003), no carecen manifiestamente de pertinencia.

De otra parte (apartado 31 de la Sentencia), y respecto de la cuarta cuestión: «... debe observarse, como señalaron en la vista el Gobierno italiano y la Comisión, que la regla enunciada en el artículo 8 de la Directiva 98/5 no sólo tiene como objeto reconocer a los abogados

inscritos en un Estado miembro de acogida con su título profesional obtenido en otro Estado miembro los mismos derechos que disfrutaban los abogados inscritos en ese Estado miembro de acogida con el título profesional obtenido en éste. En efecto, esa regla también garantiza que estos últimos no sufran discriminación a la inversa, lo que podría ocurrir si las reglas que se les imponen no se aplicaran también a los abogados inscritos en ese Estado miembro de acogida con un título profesional obtenido en otro Estado miembro...». Y si esto es cierto (apartado 32 de la Sentencia), hay que colegir que el hecho de que el procedimiento de cancelación de la inscripción en el Colegio de abogados de Perugia que ha dado lugar a las cuestiones prejudiciales afecte a abogados que ejercen esa profesión en Italia con el título profesional obtenido en ese Estado miembro: «... no tiene en modo alguno como consecuencia que la cuarta cuestión planteada sea hipotética. Muy al contrario, la interpretación solicitada del artículo 8 de la Directiva 98/5 ayudará al juez remitente a determinar si la Ley núm. 339/2003 crea una discriminación a la inversa contraria al Derecho de la Unión...».

Por lo demás (apartado 33 de la Sentencia), la admisibilidad de la cuarta cuestión, a juicio siempre de la Corte: «... no se desvirtúa por el argumento del Gobierno húngaro según el que la Ley núm. 339/2003, por referirse a funcionarios, no regula ninguna de las situaciones previstas por el artículo 8 de la en Directiva 98/5, que sólo se refiere a los abogados que trabajan por cuenta “de otro abogado, de una asociación o sociedad de abogados, o de una empresa pública o privada”...». De hecho, y según el parecer del Tribunal de Justicia (apartado 34 de la Sentencia), debe indicarse al respecto que «... la excepción a la que se refiere el Gobierno húngaro, a saber la inaplicabilidad del Derecho de la Unión a los funcionarios, es aplicable únicamente a los empleos que implican una participación en el ejercicio del poder público y que suponen, pues, la existencia de una relación particular con el Estado. En cambio las reglas del Derecho de la Unión en materia de libre circulación son aplicables a los empleos que, aun dependiendo del Estado o de otros organismos de Derecho público, sin embargo no implican ninguna participación en tareas derivadas de la Administración pública propiamente dicha...». Más en concreto, nos dice el Tribunal de Justicia (apartado 35 de la Sentencia), en lo que se refiere al concepto de «... empresa pública...», y que figura en el artículo 8 de la Directiva 98/5, pues: «... según reiterada jurisprudencia, cuando una entidad integrada en la Administración pública ejerce actividades que presentan un carácter económico y no forman parte del ejercicio de prerrogativas del poder público, debe ser considerada como tal empresa...».

En suma (apartado 26 de la Sentencia), de todo lo anterior se deduce que «... el ámbito de aplicación de la Ley núm. 339/2003 —que, junto con el Real Decreto-Ley núm. 1578, de 27 de noviembre de 1933, al que remite, afecta a los abogados inscritos en uno de los Colegios de abogados de la República Italiana que también están empleados por una Administración o institución pública sujeta a la tutela o el control de la República Italiana o de una entidad territorial de ésta— coincide con el del artículo 8 de la Directiva 98/5 en lo que atañe a los abogados empleados por una entidad que, aunque sujeta al control del Estado italiano o de una de sus entidades territoriales, constituye una empresa pública...». Y, así también, que (apartado 37 de la Sentencia), por todos estos motivos: «... la petición de decisión prejudicial debe considerarse admisible en lo que atañe a las cuestiones primera, segunda y cuarta...».

Ahora bien, y esto es lo más importante (apartado 38 de la Sentencia), pues constituye una excepción a la regla general de la admisión y de la pertinencia, el Tribunal de Justicia entiende inadmisibile, en primer término, la tercera cuestión prejudicial remitida. Así es (apartado 38 de la Sentencia), en lo que concierne a esta cuestión prejudicial (que versa sobre la Directiva 77/249 del Consejo, de 22 de marzo), la Curia Comunitaria considera que «... una respuesta del Tribunal de Justicia a esa cuestión no podría ser útil para el juez remitente...». Y ello por la sencilla razón de que el incidente suscitado ante ese juez afecta a la cuestión de si la cancelación de la inscripción de abogados (en virtud de la Ley italiana núm. 339/2003) es compatible con

el Derecho de la Unión. Una cuestión que, como la Comisión ha observado fundadamente, en ese contexto se trata del establecimiento como abogado, y por tanto de la materia regulada por la Directiva 98/5, y no del ejercicio de la profesión de abogado en régimen de libre prestación de servicios de la Directiva de 1977. Así pues (apartado 39 de la Sentencia), debe declararse inadmisibles las peticiones de decisión prejudicial respecto a la tercera cuestión planteada.

Pero no sólo la tercera cuestión prejudicial va a ser inadmitida por la Corte comunitaria, sino que también lo va a ser la quinta, lo que hace aún más interesante esta sentencia. En efecto (apartado 40 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia de la Unión considera también que «... en cuanto a la quinta cuestión, de la resolución de remisión resulta que mediante ella el *Giudice di pace di Cortona* pide al Tribunal de Justicia que, fundándose en su jurisprudencia sobre los principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica, examine la modificación desfavorable para quienes quieran ejercer de forma simultánea la profesión de abogado y un empleo a tiempo parcial en una entidad pública derivada de la Ley núm. 339/2003, que puso fin al régimen más favorable para esos interesados que había introducido la Ley núm. 662/1996...». Pues bien (apartado 41 de la Sentencia), sin necesidad de pronunciarse sobre la excepción de inadmisibilidad formulada por la Comisión acerca de esa cuestión, la Corte entiende que «... basta constatar que en cualquier caso el Tribunal de Justicia no podría responder con utilidad a la misma, dada la falta de datos necesarios para hacerlo...». En el presente caso, y siempre a juicio de la Corte de la Unión (apartado 45 de la Sentencia): «... el juez remitente se ha limitado a exponer que la Ley núm. 339/2003 modifica de forma muy sustancial, y según algunos sorprendente, el régimen anteriormente en vigor según la Ley núm. 662/1996...». Ahora bien, es preciso aclarar, según el Tribunal de Justicia de la Unión, que el mero hecho de que el legislador haya adoptado una nueva ley y que ésta difiera considerablemente de la vigente con anterioridad: «... no ofrece al Tribunal de Justicia base suficiente para realizar un examen con pleno conocimiento de la cuestión planteada por el juez remitente...». Por consiguiente (apartado 46 de la Sentencia), a la Corte comunitaria no le queda otra opción que declarar: «... inadmisibles las peticiones de decisión prejudicial también respecto a la quinta cuestión planteada...».

En la misma línea, y por idéntica razón, resulta interesante la **STJUE de 22 de diciembre de 2010, Omalet, As. C-245/09**. Porque sucede que es éste un pronunciamiento que, de nuevo, escapa a la consabida regla general de la pertinencia y la admisión, casi automática, de las cuestiones prejudiciales planteadas ante la Corte comunitaria. De hecho declara la inadmisión, no ya parcial o de alguna de las cuestiones prejudiciales remitidas, sino de la única cuestión suscitada, por lo que la sentencia se limita a declarar cabalmente esta circunstancia.

Así es, en este pronunciamiento, el Tribunal de Justicia comienza declarando (apartado 9 de la Sentencia): «... que la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de las disposiciones del Tratado CE [actual TFUE] relativas a la libre prestación de servicios en una situación en la que, como señala el propio órgano jurisdiccional remitente, todos los elementos del litigio principal se circunscriben a un solo Estado miembro...». En estas circunstancias, sigue diciendo la Corte comunitaria (apartado 10 de la Sentencia), «... el Tribunal de Justicia debe comprobar, en primer término, si es competente para pronunciarse sobre la interpretación de dichas disposiciones...». A continuación (apartado 11 de la Sentencia), la Corte de Justicia de la Unión nos recuerda que pueden excluir su competencia y por tanto la admisión de una cuestión prejudicial dada, cuando: «... es evidente que la disposición de Derecho de la Unión sometida a su interpretación no puede aplicarse...».

Pues bien, en el caso que ahora le ocupa (apartado 13 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia aprecia que «... todos los elementos del litigio principal se circunscriben a un solo Estado miembro, dado que tanto el empresario principal como el subcontratista están establecidos en Bélgica y todos los hechos se han producido en el territorio de ese Estado miembro...». De suerte y manera tales que (apartado 14 de la Sentencia) resulta asimismo evidente que el litigio principal no

tiene ningún elemento de conexión de los establecidos en el artículo 49 CE (léase artículo 48 del vigente TFUE). Y que, en consecuencia: «... esta disposición no es aplicable...».

Con todo, el Tribunal de Justicia también aprovecha la ocasión para recordarnos que (apartado 15 de la Sentencia) «... según reiterada jurisprudencia, la respuesta del Tribunal de Justicia puede ser útil para el órgano jurisdiccional remitente incluso en una situación puramente interna, en particular en el caso en que el Derecho nacional le obligue a conceder a un nacional de un Estado miembro concreto los mismos derechos que el Derecho de la Unión reconoce a un nacional de otro Estado miembro que se encuentre en la misma situación...»; pero también que, en este asunto concreto (apartado 16 de la Sentencia), lo anterior no se verifica.

En efecto, en su petición de decisión prejudicial, el propio órgano jurisdiccional remitente hizo referencia a una sentencia del *Grondwettelijk Hof* (Tribunal Constitucional belga) en la que éste había estimado que el artículo 49 del TCE (artículo 48 del TFUE actual) no se aplica cuando el asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional está completamente comprendido en el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico interno. Así pues (apartado 17 de la Sentencia): «... de la petición de decisión prejudicial no se deriva que, en circunstancias como las del litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente esté obligado a conceder a las empresas establecidas en Bélgica los mismos derechos que el Derecho de la Unión reconoce a las empresas establecidas en otro Estado miembro que se encuentren en la misma situación...». De lo cual se deriva, a su vez (apartado 18 de la Sentencia), que, en circunstancias como las del litigio principal (donde todos los elementos se circunscriben al Estado miembro afectado), el Tribunal de Justicia «... no es competente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Arbeidshof te Brussel*...». Y, en fin y como no podía ser de otra forma (apartado 19 de la Sentencia), «... debe declararse la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial planteada por el *Arbeidshof te Brussel*...».

No menos trascendente que las anteriores, pero en lo que respecta ya a aquel segundo grupo de sentencias apuntadas en la presentación de este epígrafe (las referidas al concepto de órgano jurisdiccional), es la **STJUE de 22 de diciembre de 2010, RTL Belgium, As. C-517/09**. Y ello, no sólo porque nos sirve para repasar esta temática, sino porque se trata de uno de los pocos casos en los que el Tribunal ha estimado que el órgano que ha presentado la cuestión prejudicial no reúne, justamente, aquella cualidad; y, en su consecuencia, declara inadmisibile la cuestión planteada.

En efecto, con base en las alegaciones de Bélgica, Luxemburgo y la Comisión Europea (apartados 31 a 35 de la Sentencia), el Tribunal de Justicia de la Unión inicia su argumentación recordándonos que (apartado 36 de la Sentencia) «... según reiterada jurisprudencia, para apreciar si el órgano remitente posee el carácter de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE, cuestión que está sometida únicamente al Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia debe tomar en consideración un conjunto de criterios, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas por parte de dicho órgano y su independencia...».

Dicho esto, el Tribunal de Justicia procede a examinar, en primer término (apartado 37 de la Sentencia), el criterio relativo a la independencia de la Comisión de autorización y control del Consejo Superior de lo Audiovisual. Ya que, a juicio del Tribunal de Justicia (apartado 38 de la Sentencia), y con arreglo a su propia jurisprudencia, el concepto de independencia, que es inherente a la función de juzgar, implica ante todo que el órgano de que se trate tenga la calidad de tercero con respecto a la autoridad que haya adoptado la decisión recurrida.

Pues bien, según el Tribunal de Justicia (apartado 39 de la Sentencia), dos son los aspectos que integran este concepto. El primero (externo) requiere que «... el órgano esté protegido de injerencias o presiones externas que puedan poner en peligro la independencia de juicio de sus

miembros en cuanto a los litigios que se les sometían...». El segundo (interno), en cambio (apartado 40 de la Sentencia): «... se aproxima al concepto de imparcialidad y hace referencia a la posición del órgano, a la misma distancia de cada parte litigante y de los intereses respectivos de éstas en relación con el objeto del litigio...».

Sentado lo anterior, importa ahora señalar que el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que (apartado 41 de la Sentencia) «... la Comisión de autorización y control del Consejo Superior de lo Audiovisual no cumple este criterio de independencia». Y ello por varias razones, a saber. De un lado (apartado 42 de la Sentencia), porque, ni la estructura orgánica del Consejo del que depende (el Consejo Superior de lo Audiovisual) y de los órganos que lo integran, ni las misiones encomendadas a éstos permiten afirmar que dicha Comisión interviene como un tercero imparcial entre, «... por una parte, el presunto infractor y, por otra parte, la autoridad administrativa responsable de la vigilancia del sector audiovisual...». De otro lado, porque (apartado 43 de la Sentencia), en lo que respecta a la estructura orgánica del Consejo Superior de lo Audiovisual, procede señalar a su vez que, en primer lugar, la Mesa del Consejo consta de cuatro miembros (el Presidente y los Vicepresidentes primero, segundo y tercero del Consejo), y que, además, todos ellos son también miembros de la Comisión de autorización y control del Consejo Superior de lo Audiovisual, del que constituyen una parte importante (a saber, cuatro de sus diez miembros).

Por lo que se refiere asimismo a sus misiones (apartado 44 de la Sentencia), se constata —según la Curia comunitaria— que «... la Comisión de autorización y control del Consejo Superior de lo Audiovisual está encargada de comprobar que los editores de servicios de comunicación respetan las normas del sector audiovisual y de sancionar las eventuales infracciones. Para desempeñar esta tarea se basa en el trabajo de la Secretaría de Instrucción, que es dirigida por el Secretario de Instrucción bajo la autoridad de la Mesa del Consejo...». En otros términos: queda constancia de que la Comisión de autorización y control del Consejo Superior de lo Audiovisual, órgano decisorio, presenta una vinculación funcional, a través de la Mesa del Consejo, con el Consejo en su conjunto y con la Secretaría de Instrucción, a propuesta de la cual decide. De todo ello se deduce, en fin, que «... cuando adopta una resolución, la Comisión de autorización y control del Consejo Superior de lo Audiovisual no se distingue del órgano administrativo de control, que a su vez puede compararse a una parte en los procedimientos en materia audiovisual...».

Esto se corrobora (apartado 46 de la Sentencia), si —como hace el Tribunal de Justicia de la Unión— se tiene en cuenta el dato de que «... la Mesa del Consejo represente al Consejo Superior de lo Audiovisual frente a terceros y ante los tribunales...». De lo que se infiere, a su vez (apartado 47 de la Sentencia), que, cuando adopta la resolución objeto de controversia, la Comisión de autorización y control del Consejo Superior de lo Audiovisual «... no tiene la calidad de tercero con respecto a los intereses enfrentados y, por lo tanto, no presenta frente al eventual infractor [en el presente caso la sociedad *RTL Belgium*], la imparcialidad requerida para constituir un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 del TFUE...».

Así pues, y en opinión siempre de la propia Corte europea (apartado 48 de la Sentencia): «... no es preciso examinar si la Comisión de autorización y control del Consejo Superior de lo Audiovisual cumple los demás criterios que permiten apreciar si el organismo remitente tiene la naturaleza de «órgano jurisdiccional» en el sentido del artículo 267 TFUE...». Resulta claro que no lo es y que (apartado 49 de la Sentencia) «... en consecuencia, el Tribunal de Justicia no es competente para responder a la cuestión planteada...».

Por lo que se refiere al tercer grupo de sentencias que en esta crónica toca analizar, bastará con enumerarlas y con sintetizar la causa de su inclusión, que no es otra que plantear *la reapertura de la fase oral del procedimiento*. En cuanto lo primero (su enumeración), se trata de la

STJUE de 22 de diciembre de 2010, Bezpe nostní Softwarová asociase, As. C-393/09; la **STJUE de 16 de diciembre de 2010, Stichting Natuur en Milieu, As. C-266/09,** y la **STJUE de 9 de diciembre de 2010, Fluxys, As. C-241/09.** En lo que al segundo argumento (de fondo) que aquí interesa, y como venimos de señalar, no es otro que la petición de la reapertura de la fase oral del procedimiento. Una petición que no es demasiado frecuente y que, casi de manera automática y al objeto de no dilatar más allá de lo estrictamente necesario el proceso prejudicial, suele ser rechazada. De hecho, así ocurre en estos tres casos y en términos casi idénticos. De aquí que baste analizar uno solo de ellos para saber cómo razona el Tribunal de Justicia en cuanto al resto.

Así, y tomando como ejemplo la última de ellas (la 241/09), observamos cómo la Corte Comunitaria suele abordar este tipo de petición describiéndonos, en primer lugar, el *iter* procedimental que ha seguido hasta ese instante. En este caso concreto (apartado 24 de la Sentencia) sería que el de presentación de «... escrito de 17 de noviembre de 2010, CREG [una de las partes] solicitó la reapertura del procedimiento oral alegando, en sustancia, que debe debatirse contradictoriamente «la cuestión de la validez y de la aplicación en el tiempo de la excepción relativa a los denominados contratos [históricos] que establece el artículo 32, apartado 1, de la Directiva del gas», dado que la Abogado General se basó en sus conclusiones en elementos y consideraciones completamente nuevos y sobre los que CREG no había podido formular observaciones...».

A continuación, y como ocurre en este caso, el Tribunal de Justicia nos recuerda (apartado 25 de la Sentencia), que sólo a él le atañe la potestad de «... ordenar de oficio o a propuesta del Abogado General, o incluso a instancia de las partes, la reapertura de la fase oral del procedimiento...». Y ello conforme al artículo 61 de su Reglamento de Procedimiento. Eso sí, sólo «... si considera que no está suficientemente informado o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes...». Y aprovecha la oportunidad, además, para dejar claro que (apartado 26 de la Sentencia) «... ni el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni su Reglamento de Procedimiento prevén la posibilidad de que las partes formulen observaciones en respuesta a las conclusiones presentadas por el Abogado General...».

Esto sentado, al Tribunal tan sólo le resta declarar que (apartado 27 de la Sentencia): «Oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia considera que, en la medida en que ya no cabe responder a la cuestión prejudicial, procede desestimar la petición de reapertura del procedimiento oral». Y así ocurre en la práctica totalidad de peticiones de reapertura de la fase oral del procedimiento. Sirva, pues, esta breve síntesis como aviso a navegantes y, en particular, como aviso a las partes de la inutilidad en casi todos los casos de este instrumento.

Por último, no podíamos cerrar esta parte de nuestra crónica sin aludir, siquiera a título de mero inventario, a las sentencias del Tribunal de Justicia que tienen su origen en *cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles*, y que son: la **STJUE de 20 de enero de 2011, CLECE, As. C-463/09;** la **STJUE de 22 de diciembre de 2010, ASTIC, As. C-488/09,** y la **STJUE de 22 de diciembre de 2010, As. Ac., Gavieiro Gavieiro 444/09.** Unos pronunciamientos que, lamentablemente y en lo que ahora importa (los elementos formales o procedimentales del mecanismo prejudicial), no pueden ser objeto de comentario, ni tienen mayor interés para nosotros que su mera reseña. Sin embargo, y entrando mínimamente en lo material, no nos resistimos a apuntar que, en particular la última de ellas (la 444/09), va a tener para los funcionarios interinos de nuestro país que aspiran al cobro de trienios con carácter retroactivo a la entrada en vigor del EBEP, un especial atractivo. Por lo que suponemos que de ella se dará además cumplida cuenta en otras partes de esta Revista, a las que desde aquí nos remitimos.

E) Medidas cautelares

En lo que atañe a este argumento, nada cabe señalar. De hecho, ninguna de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, durante el período que comprende esta crónica, han variado un ápice la que viene siendo su reiterada jurisprudencia en esta materia.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 19 de noviembre de 2010 al 12 de febrero de 2010), y después de un largo paréntesis del que dimos cuenta en números anteriores de la Revista, el Tribunal ha dictado tres sentencias sobre esta materia.

La primera de ellas es la **STJUE (Sala Tercera) de 2 de diciembre de 2010, Asunto C-108/09, Ker-Optika**, en la cual se da respuesta a una decisión prejudicial proveniente de Hungría, sobre comercialización de lentes de contacto por Internet, que choca con la normativa nacional húngara, que reserva la venta de lentes de contacto únicamente a establecimientos especializados en instrumentos médicos. La decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO L 178, p. 1), y de los artículos 34 TFUE y 36 TFUE.

A pesar de los problemas transfronterizos que plantean los diferentes servicios que se adquieren por Internet, en el caso enjuiciado el Tribunal es tajante, dada la restrictiva normativa nacional húngara. Para el TJUE, las normas nacionales relativas a la comercialización de lentes de contacto están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), en la medida en que se refieren a la venta de tales lentes de contacto por Internet. En cambio, las normas nacionales relativas a la entrega de esas lentes de contacto no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la citada Directiva.

Por su parte, los artículos 34 TFUE y 36 TFUE, así como la Directiva 2000/31 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional (como la húngara) que autoriza la comercialización de lentes de contacto exclusivamente en establecimientos especializados en instrumentos médicos.

La segunda sentencia sobre libre circulación es la **STJUE (Sala Primera) de 9 de diciembre de 2010, Asunto C-421/09, Humanplasma**, que también tiene por objeto una decisión prejudicial; en este caso proveniente de un órgano judicial austríaco. El trasfondo de la discusión jurídica que se plantea viene dado por la prohibición legislativa existente en Austria de importar concentrados de eritrocitos procedentes de donaciones de sangre no totalmente gratuitas. Como es sabido, uno de los principios de la donación de sangre humana es su gratuidad; ello no impide que, en vez de remuneración, al donante se le compense no con dinero, sino con un reembolso por los gastos ocasionados. La Ley austríaca considera que aun en estos casos existe donación remunerada.

La normativa comunitaria viene dada por la Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana y sus componentes y por la que se modifica la Directiva 2001/83/CE.

El Tribunal considera inadecuada la ley austríaca, y señala que el artículo 28 TCE, en relación con el artículo 30 TCE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que la importación de sangre o de componentes sanguíneos procedentes de otro Estado miembro sólo es lícita si se cumple el requisito, también aplicable a los productos nacionales, de que las donaciones de sangre de las que proceden dichos productos hayan sido efectuadas no sólo sin que los donantes hayan recibido una remuneración, sino también sin que hayan obtenido el reembolso de los gastos en que han incurrido para efectuar estas donaciones.

Y por último en esta materia, la **STJUE (Sala Segunda) de 16 de diciembre de 2010, Asunto C-137/09, Josemans**, en la cual también se da respuesta a una cuestión prejudicial proveniente de Países Bajos. La discusión es bien conocida incluso por los no holandeses, y es la existencia de los *coffee-shops* o locales donde desde mediados de los años setenta se permite el consumo de drogas blandas.

Una autoridad local (en concreto, el Alcalde de Maastricht), con el objeto de evitar el «turismo de droga», decidió reservar el acceso a los *coffee-shops* únicamente a los residentes neerlandeses. Por este motivo se cerró un *coffee-shop* de dicha ciudad, acto que fue recurrido por su propietario.

Pues bien, la Unión cuenta con una tupida red de normas de diferente rango en materia de drogas y estupefacientes, entre los que podemos citar las siguientes:

- La Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.
- El Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea por el Tratado de Ámsterdam.
- La Resolución del Consejo de 29 de noviembre de 1996, sobre medidas para hacer frente al problema del turismo de la droga en la Unión Europea (DO C 375, p. 3).
- La Acción Común de 17 de diciembre de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la aproximación de las legislaciones y de las prácticas entre los Estados miembros de la Unión Europea con el fin de luchar contra la toxicomanía y de prevenir y luchar contra el tráfico ilícito de drogas.

Por su parte, merece también hacer referencia a la regulación holandesa. Conforme a la Ley de 1976 sobre los estupefacientes (*Opiumwet 1976*), se prohíbe la posesión, el comercio, el cultivo, el transporte, la fabricación, la importación y la exportación de estupefacientes incluidos el cannabis y sus derivados. Dichos actos están sujetos a sanciones penales excepto si se utilizan para uso médico, científico o educativo, y siempre que se cuente con autorización previa. Sin embargo, pese a lo anterior, los Países Bajos aplican una política de tolerancia respecto a la venta y al consumo de cannabis. Dicha política se basa en una distinción entre, por una parte, las drogas denominadas «duras» que conllevan riesgos inaceptables para la salud y, por otra, las drogas denominadas «blandas», que, aunque se consideran «de riesgo», no suscitan las mismas inquietudes. Esta política de tolerancia se traduce, en particular, en la proliferación de *coffee-shops*. En tales establecimientos, que están incluidos en la categoría de empresas de restauración, se vende y consume cannabis así como alimentos y bebidas no alcohólicas. En cambio, está prohibida la venta de bebidas alcohólicas.

Las autoridades locales pueden autorizar *coffee-shops* respetando determinados criterios. Tales establecimientos requieren una licencia de explotación y deben cumplir los mismos re-

quisitos de gestión e higiene aplicables a los demás establecimientos de restauración. Las condiciones en las que puede tolerarse la comercialización de cannabis en los *coffee-shops* se definen, a nivel nacional, en las instrucciones del Ministerio Fiscal holandés. Dichos criterios, comúnmente denominados «criterios AHOJG», son los siguientes:

- «A (*affichering*) la droga no puede ser objeto de publicidad;
- H (*harddrugs*) no puede venderse ninguna droga dura;
- O (*overlast*) el *coffee-shop* no puede causar molestias;
- J (*jeugdigen*) se prohíbe vender droga a menores (de menos de 18 años) y debe prohibírseles el acceso a los locales;
- G (*grote hoeveelheden*) está prohibido vender más de 5 gramos por persona en cada transacción. Asimismo, las existencias comerciales (*handelsvoorraad*) de un *coffee-shop* que disfruta de la tolerancia no pueden sobrepasar 500 gramos.»

El Tribunal acabó dando la razón al Ayuntamiento de Maastricht, al entender que las restricciones decididas están justificadas por intereses superiores. Para el TJUE, en el marco de su actividad consistente en la comercialización de estupefacientes que no forman parte del circuito estrictamente vigilado por las autoridades competentes destinados a ser utilizados con fines médicos y científicos, el gestor de un *coffee-shop* no puede invocar los artículos 12, 18, 29 o 49 TCE para oponerse a una normativa municipal como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe la admisión en tales establecimientos de personas que no residen en los Países Bajos. En cuanto a la actividad consistente en la comercialización de bebidas no alcohólicas y de alimentos en esos mismos establecimientos, tal gestor puede invocar útilmente los artículos 49 TCE y siguientes.

Por otra parte, el artículo 49 TCE debe interpretarse en el sentido de que una normativa como la controvertida en el litigio principal constituye una restricción a la libre prestación de servicios consagrada por el TCE. No obstante, esta restricción está justificada por el objetivo de la lucha contra el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

En el período analizado (del 19 de noviembre de 2010 al 13 de febrero de 2012), ha sido, al igual que sucedió el trimestre anterior, especialmente prolífico en pronunciamientos judiciales sobre libre prestación de servicios, habiéndose dictado un total de siete sentencias del TJUE en esta materia.

La primera de las sentencias es la **STJUE (Sala Sexta) de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-517/09, RTL Belgium**, que tiene como origen una cuestión prejudicial planteada por el Consejo Superior del Audiovisual belga, y cuyo origen es la queja de una telespectadora porque una cadena había emitido siete horas seguidas de televenta (cuando el límite máximo son tres). No obstante, y a pesar de lo interesante de las cuestiones planteadas, el TJUE se declaró incompetente en este caso.

En segundo lugar, la **STJUE (Sala Tercera) de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-338/09, Yellow Cab Verkehrsbetriebs**, en la cual se resuelve una cuestión prejudicial procedente de Austria. La empresa actora, y que da nombre a la sentencia, es una empresa alemana que solicitó una autorización de explotación de una línea de transporte público de pasajeros en autobús en el territorio de la ciudad de Viena.

El litigio concluyó con una interpretación que pone en entredicho la legislación austríaca. Para el Tribunal, el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el procedimiento principal, que, para conceder una autorización de explotación de una línea urbana de transporte público de personas en autobús que circule de manera regular efectuando paradas en lugares predeterminados y conforme a un horario preestablecido, exige que los operadores económicos solicitantes, incluidos los establecidos en otros Estados miembros, dispongan de una sede o de otro establecimiento en el territorio de aquel Estado miembro antes incluso de que se les haya concedido la autorización de explotación de esta línea. En cambio, el artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establezca un requisito de establecimiento si éste se exige después de la concesión de la autorización y antes de que el solicitante comience a explotar dicha línea.

Por otra parte, el mismo artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece la denegación de una autorización para gestionar una línea de autobús turístico debido a la disminución de la rentabilidad de una empresa competidora titular de una autorización de explotación de una línea de transporte que efectúe un recorrido total o parcialmente idéntico al de la solicitada y ello exclusivamente sobre la base de las afirmaciones de esta empresa competidora.

En tercer lugar, la **STJUE (Sala Tercera) de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-287/10, Tankreederei I**, tiene también su origen en una cuestión prejudicial planteada esta vez desde Luxemburgo, y tiene como fondo del litigio la negativa de la autoridad luxemburguesa a conceder a la sociedad actora una serie de bonificaciones fiscales por inversión. En concreto, esta empresa gestiona desde Luxemburgo dos buques destinados a la navegación fluvial en el marco de su actividad que consiste en abastecer de hidrocarburos de combustible a los buques marinos (abastecimiento de combustible o *bunkering*) en los puertos de Amberes (Bélgica) y de Ámsterdam (Países Bajos). Pues bien, la mencionada sociedad solicitó acogerse a las bonificaciones fiscales por inversión sobre la base de la normativa fiscal luxemburguesa, solicitud que se le denegó debido a que los buques afectados se utilizaban en el extranjero. (Es un hecho notorio que Luxemburgo no tiene salida al mar.)

Para el Tribunal, el artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de un Estado miembro en virtud de la cual se deniega una bonificación fiscal por inversión a una empresa establecida únicamente en dicho Estado miembro, por el mero hecho de que el bien de inversión, respecto del que se solicita dicha bonificación, se utiliza físicamente en el territorio de otro Estado miembro.

El cuarto fallo es la **STJUE (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-245/09, Omalet**, tiene también su origen en una cuestión prejudicial, y versa sobre contratos públicos, y más concretamente el litigio se plantea por la subcontratación de parte de la obra a empresas de otro Estado. Aunque realmente la cuestión viene por la derivación de responsabilidad solidaria realizada por las autoridades belgas al subcontratista (una empresa que no se hallaba registrada en Bélgica). Sin embargo, el TJUE declaró inadmisibles estas cuestiones prejudiciales.

El quinto pronunciamiento **STJUE (Gran Sala) de 25 de enero de 2011, Asunto C-382/08, Neukirchinger**, donde de nuevo se plantea una cuestión prejudicial sobre un asunto tan pintoresco como la licencia para organizar vuelos comerciales en globo. La interpretación de las autoridades nacionales consideraba al globo una «aeronave».

El Tribunal es contundente y señala que el artículo 12 TCE se opone a una normativa de un Estado miembro, como la austríaca, que, para la organización de vuelos en globo en dicho Estado miembro y bajo pena de sanciones administrativas en caso de incumplimiento de dicha normativa, exige que una persona residente o establecida en otro Estado miembro, titular en

ese segundo Estado miembro de una licencia para la organización de vuelos comerciales en globo, disponga de residencia o sede social en el primer Estado miembro; y obliga a esa misma persona a obtener una nueva licencia sin tener debidamente en cuenta que los requisitos para la concesión son, en esencia, los mismos que para la licencia que ya le fue expedida en el segundo Estado miembro.

El penúltimo pronunciamiento sobre esta materia viene dado por la **STJUE (Sala Duodécima) de 27 de enero de 2011, Asunto C-490/09, Comisión contra Luxemburgo**, la cual versa sobre la negativa del sistema sanitario luxemburgués a reintegrar gastos sanitarios de determinados análisis clínicos realizados en otro Estado miembro. El Tribunal ratifica el incumplimiento de Luxemburgo al no haber previsto en este caso el reembolso de los gastos.

Y el último pronunciamiento sobre prestación de servicios de este trimestre es la **STJUE (Sala Segunda) de 10 de febrero de 2011, Asuntos Acumulados C-309/09, C-307/09 y 308/09, Vicoplus**, en la cual se resuelven conjuntamente varias cuestiones prejudiciales planteadas desde Países Bajos sobre la interpretación de los artículos 56 y 57 TFUE, así como del artículo 1.3.c) de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Dichas peticiones se presentaron en el marco de sendos litigios entre Vicoplus y dos sociedades polacas, y el Ministro de Asuntos Sociales y Trabajo, en relación con las multas que les impusieron por haber desplazado a trabajadores polacos a los Países Bajos sin haber obtenido un permiso de trabajo.

El Tribunal considera esta vez conforme la normativa austríaca. Para el Tribunal, los artículos 56 y 57 TFUE no se oponen a que, durante el período transitorio de adhesión de los nuevos Estados que entraron en 2005, un Estado miembro supedite a la obtención de un permiso de trabajo el desplazamiento, en el sentido del artículo 1.3.c) de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, de trabajadores nacionales polacos en su territorio. Este desplazamiento de trabajadores constituye una prestación de servicios realizada a cambio de una remuneración, mediante la cual el trabajador desplazado sigue empleado por la empresa proveedora y no celebra contrato laboral alguno con la empresa usuaria. Se caracteriza por la circunstancia de que el desplazamiento del trabajador al Estado miembro de acogida constituye el propio objeto de la prestación de servicios efectuada por la empresa proveedora y de que dicho trabajador realiza sus tareas bajo el control y la dirección de la empresa usuaria.

b) Libertad de establecimiento

En el período analizado (del 18 de noviembre de 2010 al 13 de febrero de 2011), se han dictado un total de tres sentencias en esta materia.

La primera de ellas es la **STJUE (Sala Cuarta) de 18 de noviembre de 2010, Asunto C-226/09, Comisión/Irlanda**, cuyo origen es un recurso por incumplimiento. El supuesto de hecho concreto es la adjudicación de un contrato de servicios sobre interpretación y traducción, en el que se modificaron las condiciones una vez presentadas las ofertas.

Como era de esperar, el Tribunal declaró el incumplimiento irlandés respecto de las obligaciones que le incumben en virtud del principio de igualdad de trato y de la obligación de transparencia que de él se deduce, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al modificar la ponderación de los criterios de adjudicación de un contrato

de prestación de servicios de interpretación y de traducción a raíz de un primer examen de las ofertas presentadas.

El segundo fallo viene dado en la **STJUE (Sala Quinta) de 2 de diciembre de 2010, Asunto C-225/09, Jakubowska**, que resulta de especial interés por cuanto se analizan las Reglas de la Unión relativas al ejercicio de la profesión de abogado; y cuyo origen es una decisión prejudicial planteada por un órgano judicial italiano.

Para el Tribunal, los artículos 3.1.g), 4, 10, 81 y 98 TCE no se oponen a una normativa nacional (como la italiana) que impide a los funcionarios que desempeñan un empleo a tiempo parcial ejercer la profesión de abogado, aun cuando posean la habilitación para el ejercicio de esa profesión, e impone la cancelación de su inscripción en el Colegio de abogados.

Ahora bien, el artículo 8 de la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, debe interpretarse en el sentido de que el Estado miembro de acogida está facultado para imponer a los abogados inscritos en dicho Estado y empleados —ya sea a jornada completa o a tiempo parcial— por otro abogado, por una asociación o una sociedad de abogados o por una empresa pública o privada, restricciones del ejercicio simultáneo de la profesión de abogado y de dicho empleo, siempre que esas restricciones no vayan más allá de lo necesario para lograr el objetivo de prevención de conflictos de intereses y se apliquen al conjunto de los abogados inscritos en ese Estado miembro.

La tercera de las sentencias también constata (y condena) un incumplimiento por parte de Portugal. Nos referimos a la **STJUE (Sala Segunda) de 16 de diciembre de 2010, Asunto C-89/09, Comisión/Francia**, en la cual se declara un incumplimiento francés.

El supuesto de hecho es que en materia de explotación de laboratorios de análisis biomédicos, la normativa francesa limitaba al 25% del capital social la participación de los socios que no ejerciesen la profesión de biólogo. Asimismo prohibía participar en el capital de más de dos sociedades que exploten en común uno o varios laboratorios de análisis biomédicos; siendo el objetivo perseguido asegurar la independencia profesional de los biólogos.

El Tribunal no es de la misma opinión y termina por desautorizar la normativa francesa, aunque sólo en un aspecto. Según el Tribunal, Francia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 TCE, al prohibir a los biólogos poseer una participación en más de dos sociedades constituidas para la explotación en común de uno o más laboratorios de análisis biomédicos.

El último pronunciamiento del tribunal sobre libertad de establecimiento en este trimestre lo constituye la **STJUE (Sala Cuarta) de 3 de febrero de 2011, Asunto C-359/09, Ebert**, que como en el asunto «Jakubowska» analizado en este mismo número, se refiere al ejercicio de la profesión de abogado, aunque esta vez enfocada al reconocimiento mutuo de títulos. En esta ocasión la cuestión prejudicial viene planteada desde Hungría, aunque el asunto nos es familiar en España, la obligación de estar colegiado en un Colegio de Abogados para poder ejercer la profesión.

Para el tribunal, ni 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, en su versión modificada por la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001, ni la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, se oponen a una normativa nacional que impone la

obligación, para ejercer la abogacía con el título de abogado del Estado miembro de acogida, de ser miembro de una entidad como el Colegio de Abogados.

Asimismo, ambas Directivas 89/48 y 98/5 se complementan por cuanto ofrecen a los abogados de los Estados miembros dos vías de acceso a la profesión de abogado en un Estado miembro de acogida con el título profesional de este Estado miembro.

C) Libre circulación de trabajadores

a) *Igualdad de trato*

La **STJUE de 20 de enero de 2011, Comisión c. República Helénica, As. C-155/09** ha declarado que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 12, 18, 39 y 43 CE y 4, 28 y 31 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 al conceder una exención del impuesto de transmisión de bienes inmuebles, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1, apartados 1 y 3, párrafo primero, de la Ley 1078/1980, únicamente a los residentes permanentes en el territorio nacional. La República Helénica consideraba que el requisito de la residencia permanente, en caso de considerarse un obstáculo a la libre circulación de personas, estaba justificado por los objetivos consistentes, por una parte, en facilitar la adquisición de una primera vivienda por particulares así como prevenir cualquier especulación inmobiliaria y, por otra, en luchar contra el fraude fiscal y prevenir los abusos. Ahora bien, para el Tribunal de Justicia la medida no es adecuada y va más allá de lo necesario para la consecución de dichos objetivos. Ello es así porque, si bien la citada disposición tiene por objeto evitar que el adquirente de un bien inmueble obtenga un beneficio y, por lo tanto, favorecer la prevención de toda especulación, el requisito que establece esa disposición no permite alcanzar el objetivo perseguido, en la medida en que la Ley 1078/1980 no prevé la obligación de que el adquirente de un bien inmueble utilice éste como vivienda permanente ni le prohíbe alquilarlo. En segundo lugar, en cuanto a la apreciación que debe realizarse sobre el carácter necesario de la normativa controvertida, debe señalarse que las alegaciones invocadas por la República Helénica, basadas en el objetivo de luchar contra el fraude fiscal y evitar los abusos consistentes en eludir el objetivo de la exención, por ejemplo, solicitando ésta en el caso de la adquisición de varios bienes inmuebles, no permiten demostrar que las disposiciones controvertidas sean necesarias para alcanzar ese objetivo. En este punto, considera el Tribunal europeo que existen mecanismos menos coercitivos que permiten a las autoridades griegas garantizar que el adquirente de un bien inmueble respeta todos los requisitos exigidos para acceder a la exención del impuesto, cerciorándose de que no es propietario de otro bien inmueble en Grecia, como la inscripción en el registro fiscal o en el catastro, la exigencia de declaraciones fiscales o de vivienda o la aplicación de controles efectuados por las autoridades fiscales, completadas con declaraciones juradas de los adquirentes, de cuyo contenido y exactitud éstos responden penalmente.

b) *Reconocimiento de títulos*

En el período de tiempo objeto de esta crónica, dos sentencias se han ocupado de abordar cuestiones discutidas en relación con la libre circulación de trabajadores y reconocimiento de títulos.

La interesante **STJUE de 22 de enero de 2010, Kollerl, As. C-118/09**, tiene por objeto analizar si el Derecho de la Unión Europea puede ser invocado para acceder a la profesión de abogado sorteando algunos de los requisitos exigidos por la legislación austríaca. En efecto, según el artículo 1 del Rechtsanwaltsordnung dichos requisitos son: haber realizado un período

do de prácticas de cinco años y haber superado el examen de abogado. Pues bien, un nacional austríaco, el Sr. Koller, tras la obtención de su título de Derecho en su país de origen, y haber aprobado los exámenes de homologación de la de una Universidad española, se inscribió en el Colegio de Abogados de Madrid. Posteriormente, y por tanto, sin haber realizado el período de prácticas obligatorias de la legislación austríaca, solicita ser admitido al examen de aptitud que prevé dicho Derecho para el acceso a la profesión de abogado. Las autoridades nacionales deniegan dicho acceso, alegando que el Sr. Koller pretende usar abusivamente el Derecho europeo para eludir las prácticas obligatorias.

El supuesto de hecho descrito se asemeja al resuelto por la STJCE de 29 de enero de 2009, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, As. C-311/06. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que no vulneraba la libertad de circulación de personas la denegación de la inscripción en el Colegio de Ingenieros italiano de un Ingeniero italiano, que homologó su título en nuestro país, para eludir el examen de Estado que exige el ordenamiento italiano. No obstante, en la sentencia Koller, el Tribunal de Justicia dará la razón al solicitante, ya que, según los escuetos razonamientos del Tribunal de Justicia, la superación del examen de homologación acreditada que el Sr. Koller ha adquirido una cualificación complementaria a la obtenida en Austria.

Por su parte, la **STJUE de 2 de diciembre de 2010, Vandoru, As. Acumulados 422/09, C-425/09 y C-426/09**, tiene ocasión de interpretar el artículo 4 de la Directiva 89/48. Esta Directiva tiene por objeto establecer un sistema general de reconocimiento de títulos para facilitar a los ciudadanos europeos el ejercicio de todas las actividades profesionales en los Estados miembros de acogida que exijan estar en posesión de una formación postsecundaria, siempre y cuando estén en posesión de títulos que los capaciten para ejercer dichas actividades, que sancionen un ciclo de estudios de al menos tres años y que hayan sido expedidos en otro Estado miembro.

El artículo 4 de la norma permite que para el acceso a profesiones reguladas el Estado miembro exija, además del título del Estado de origen, que efectúe un período de prácticas, durante tres años como máximo, o que se someta a una prueba de aptitud cuando la formación que haya recibido comprenda materias sustancialmente diferentes de las cubiertas por el título exigido en el Estado miembro de acogida.

La sentencia que reseñamos tiene su origen en la exigencia, por parte de la autoridad competente griega, de una prueba de aptitud para el acceso a profesiones reguladas a tres personas que, si bien habían obtenido la habilitación para ejercer la profesión regulada en otro Estado miembro, venían ejerciendo su profesión, sin habilitación alguna, en Grecia. El Tribunal europeo concluye que si bien es legítima la exigencia de una prueba de habilitación para el ejercicio en los supuestos analizados, una autoridad nacional encargada del reconocimiento de cualificaciones profesionales adquiridas en otro Estado miembro está obligada, en virtud de los artículos 39 y 43 CE, a tomar en consideración, a la hora de fijar eventuales medidas compensatorias dirigidas a cubrir diferencias esenciales entre la formación seguida por un solicitante y la formación exigida en el Estado miembro de acogida, toda experiencia práctica que pueda compensar, total o parcialmente, dichas diferencias. Ello es así porque, «la mayoría de las veces, el ejercicio de actividades vinculadas con una profesión regulada bajo el control y la responsabilidad de un profesional debidamente cualificado en el Estado miembro de acogida, aunque no constituye en sí mismo el ejercicio de la profesión regulada en cuestión en dicho Estado miembro, proporciona al interesado conocimientos pertinentes de indudable valor. Si bien, tal como, asimismo, ha sostenido la Comisión Europea, no puede equipararse la experiencia lícita a la no lícita, no es menos cierto que, contrariamente a los temores manifestados por el Gobierno griego en la vista, el ejercicio de una actividad profesional articulado de tal modo

no puede, por otra parte, considerarse ilícito ya que no es el propio interesado el que ejerce en tales circunstancias la profesión regulada» (apartado 70).

D) Libre circulación de capitales

a) Ventajas fiscales

La STJUE de 28 de octubre de 2010, *Établissements Rimabaud, As.* c-72-09, ha declarado que el artículo 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal, que exime del impuesto sobre el valor de mercado de los inmuebles sitos en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea a las sociedades que tengan su domicilio social en el territorio de este Estado y que sujete tal exención, respecto a una sociedad cuyo domicilio social se encuentre en el territorio de un Estado tercero miembro del Espacio Económico Europeo, a la existencia de un convenio de asistencia administrativa celebrado entre dicho Estado miembro y ese Estado tercero con el fin de luchar contra el fraude y la evasión fiscales o a la circunstancia de que, con arreglo a un tratado que contenga una cláusula de no discriminación por razón de nacionalidad, tales personas jurídicas no deban estar sujetas a una tributación más gravosa que aquella a la que están sujetas las sociedades establecidas en el territorio de un Estado miembro. Ello es así porque, cuando la normativa de un Estado miembro hace que el disfrute de una ventaja fiscal dependa del cumplimiento de requisitos cuya observancia sólo puede comprobarse recabando información de las autoridades competentes de un Estado tercero miembro del EEE, es, en principio, legítimo que ese Estado miembro deniegue la concesión de tal ventaja si, en particular debido a la inexistencia de una obligación convencional de ese Estado tercero de facilitar información, resulta imposible obtener de éste los datos pertinentes.

Finalmente, la extensa STJUE de 10 de febrero de 2011, *Haribo, As.* Acumulados c-436/08 y C-437/08, aborda la compatibilidad de determinadas exenciones fiscales en el impuesto de sociedades con el Derecho de la Unión Europea. Y concluye que, en primer lugar, el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación de un Estado miembro que prevé la exención del impuesto sobre sociedades para los dividendos de cartera procedentes de participaciones en sociedades residentes y que subordina esa exención para los dividendos de cartera procedentes de sociedades establecidas en los terceros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, a la existencia de un acuerdo completo de asistencia mutua en materia administrativa y de recaudación entre el Estado miembro y el tercer Estado interesados, dado que únicamente es necesaria la existencia de un acuerdo de asistencia mutua en materia administrativa para lograr los objetivos de la legislación controvertida.

En segundo lugar, el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la legislación de un Estado miembro que exonera del impuesto sobre sociedades los dividendos de cartera que una sociedad residente percibe de otra sociedad residente, en tanto que somete a ese impuesto los dividendos de cartera que una sociedad residente percibe de una sociedad establecida en otro Estado miembro o en un tercer Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, siempre no obstante que el impuesto pagado en el Estado de residencia de esa última sociedad se impute en el impuesto debido en el Estado miembro de la sociedad beneficiaria y que las cargas administrativas impuestas a la sociedad beneficiaria para poder beneficiarse de esa imputación no sean excesivas. Las informaciones exigidas por la Administración tributaria nacional a la sociedad beneficiaria de los dividendos acerca del impuesto que haya gravado efectivamente los beneficios de la sociedad que distribuye los dividendos en el Estado de residencia de esta última son inherentes al funcionamiento

mismo del método de imputación y no pueden considerarse como una carga administrativa excesiva.

Por otro lado, el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, con objeto de prevenir la doble imposición económica, exonera del impuesto sobre sociedades los dividendos de cartera percibidos por una sociedad residente y distribuidos por otra sociedad residente, y que no prevé la exención de los dividendos distribuidos por una sociedad establecida en un tercer Estado que no sea parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, ni un sistema de imputación del impuesto pagado por la sociedad que los distribuye en su Estado de residencia.

Además, el artículo 63 TFUE no se opone a la práctica de una autoridad fiscal nacional que aplica a los dividendos procedentes de determinados terceros Estados el método de imputación si la participación de la sociedad beneficiaria en el capital de la sociedad que los distribuye es inferior a cierto límite, y el método de exención si es superior, en tanto que aplica sistemáticamente el método de exención a los dividendos de origen nacional, siempre no obstante que los mecanismos tendentes a prevenir o atenuar la doble imposición en cadena de los beneficios distribuidos conduzcan a un resultado equivalente. El hecho de que la Administración tributaria nacional exija a la sociedad beneficiaria de los dividendos informaciones sobre el impuesto que haya gravado efectivamente los beneficios de la sociedad que distribuye los dividendos en el Estado de residencia de esta última es inherente al funcionamiento mismo del método de imputación y no afecta como tal a la equivalencia de los métodos de exención y de imputación.

Finalmente, el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que concede a las sociedades residentes la posibilidad de trasladar las pérdidas sufridas durante un ejercicio fiscal a los ejercicios fiscales posteriores, y que previene la doble imposición económica de los dividendos aplicando el método de exención a los dividendos de origen nacional, en tanto que aplica el método de imputación a los dividendos distribuidos por sociedades establecidas en otro Estado miembro o en un tercer Estado, cuando dicha normativa no permite, en caso de aplicación del método de imputación, el aplazamiento de la imputación del impuesto sobre sociedades pagado en el Estado en el que está establecida la sociedad que distribuye los dividendos a los ejercicios siguientes si la sociedad beneficiaria ha sufrido pérdidas de explotación durante el ejercicio en el que ha percibido los dividendos de origen extranjero. Por otro lado, el artículo 63 TFUE no obliga a un Estado miembro a prever en su legislación fiscal la imputación del impuesto recaudado sobre los dividendos mediante retención en origen en otro Estado miembro o en un tercer Estado, a fin de prevenir la doble imposición jurídica de los dividendos percibidos por una sociedad establecida en el primer Estado miembro, imposición esa que deriva del ejercicio paralelo por los Estados interesados de su competencia fiscal respectiva.

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.**
 - a) La no identidad de preceptos constitucionales presuntamente vulnerados entre el trámite de audiencia y el auto de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad no contradice el artículo 35.2 LOTC siempre que las partes puedan conocerlos y oponerse al planteamiento.
 - b) Supuestos de disociación entre la inconstitucionalidad de una norma legal y su nulidad.
 - C) **Recurso de amparo.**
 - a) Supuestos en los que el Tribunal Constitucional aprecia especial trascendencia constitucional del recurso de amparo.
 - a.1) Por nueva doctrina constitucional.
 - a.2) Por incumplimiento de jurisprudencia constitucional.
 - a.3) Por negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional.
 - a.4) Por trascendencia del caso al plantear una «cuestión jurídica de relevante y general repercusión social.
 - b) Interposición preceptiva del incidente de nulidad de actuaciones (artículo 241.1 LOPJ).
 - c) Legitimación activa para la interposición del recurso de amparo.
 - c.1) Las Asambleas parlamentarias autonómicas no ostentan legitimidad activa para interponer un recurso de amparo.
 - c.2) Negación de legitimación activa para interponer recurso de amparo de ciertas personas jurídicas públicas.
 - D) **Delimitación del ámbito de la jurisdicción del TC (artículo 4.1 LOPJ) en relación con los procesos sobre las normas forales fiscales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Disposición Adicional Quinta de la LOTC).**

- E) Procedimiento de declaración de existencia de funcionamiento anormal en la tramitación de un recurso de amparo por parte del Tribunal Constitucional (artículo 139.5 LRJPAC).
 - F) Conflicto positivo de competencias. Los plazos para computar el requerimiento previo pueden computarse a partir del rechazo expreso del requerimiento, aunque éste sea tardío.
3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.
- A) Síndic de Greuges: supervisión de la actividad de la Administración local de Cataluña y colaboración con el Defensor del Pueblo.
 - B) Agua y medio ambiente: delimitación estatutaria del alcance y contenido de las competencias autonómicas.
 - C) Ordenación general de la economía y defensa de la competencia (artículo 149.1.13.^a CE): las Comunidades Autónomas no pueden establecer límites cuantitativos a las ventas promocionales.
 - D) Ordenación general de la economía y horarios comerciales (artículo 149.1.13.^a CE): inconstitucionalidad de precepto autonómico que restringe el régimen de libertad de horarios comerciales en zonas de gran afluencia turística.
 - E) Ayudas al alquiler y ordenación general de la actividad económica (artículo 149.1.13.^a CE): la gestión debe cohonestarse con las competencias autonómicas en la materia de vivienda. Renta básica de emancipación de los jóvenes.
 - F) Ayudas en materia de espacios naturales: ordenación general de la actividad económica (artículo 149.1.13.^a CE) y bases sobre protección del medio ambiente (artículo 149.1.23.^a CE): requisitos formales y materiales de las bases. Régimen de las subvenciones con cargo a los presupuestos generales del Estado para la promoción del desarrollo sostenible de las poblaciones ubicadas en el área de influencia de los parques nacionales.
 - G) Bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (artículo 149.1.18.^a CE): inconstitucionalidad de la dispensa del requisito de titulación introducida en favor del personal interino.
-

1. INTRODUCCIÓN

Durante los meses de octubre, noviembre y diciembre el Tribunal Constitucional ha dictado 97 sentencias y 90 autos. De las sentencias, 23 fueron cuestiones de inconstitucionalidad, 5 recursos de inconstitucionalidad, 2 conflictos positivos de competencia, 2 cuestiones internas de inconstitucionalidad y 67 recursos de amparo constitucional. Todos los recursos de amparo planteados con posterioridad al 26 de mayo de 2007, entrada en vigor de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) operada por la LO 6/2007, y admitidos a trámite fueron estimatorios.

Cabe destacar que el Tribunal Constitucional ha comenzado a admitir recursos de amparo pero sin identificar claramente su motivo de admisión. De hecho, a nuestro juicio, la Sala Segunda no siempre aplica en los mismos términos previstos en el apartado e), FJ 2, de la STC 155/2009 el supuesto de la especial trascendencia constitucional *cuando la doctrina del*

Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria.

También en este trimestre el Tribunal se pronuncia por primera vez sobre dos procedimientos nuevos tales como el proceso sobre las normas forales fiscales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Disposición Adicional Quinta de la LOTC) y el procedimiento de declaración de existencia de funcionamiento anormal en la tramitación de recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional [artículo 139.5 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC)].

Es interesante también señalar dos cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 132/2010 y 131/2010) en las que el Tribunal desvincula la inconstitucionalidad de unos preceptos jurídicos del efecto de nulidad, para evitar crear un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, e instando al Legislador a actuar para restaurar la situación de constitucionalidad del ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional ha dictado dos sentencias que complementan la STC 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (ampliamente comentada en el anterior número de esta revista). Se trata de la STC 137/2010, de 16 de diciembre, que resuelve el recurso presentado por el Defensor del Pueblo, y la STC 138/2010, de 16 de diciembre, que resuelve la impugnación del Consejo de Gobierno de La Rioja. El Tribunal Constitucional declara la extinción, por pérdida sobrevinida del objeto, de todos aquellos motivos de impugnación respecto de los que ya recayó declaración de inconstitucionalidad en la STC 31/2010. El Tribunal desestima la mayor parte de ambos recursos de inconstitucionalidad por remisión a la citada STC 31/2010, reiterando las interpretaciones conformes a la Constitución recogidas en la parte dispositiva y en el fallo de aquélla. Por esta razón, en la crónica sólo daremos noticia de aquellas cuestiones que son tratadas por primera vez en las SSTC 137 y 138/2010.

La crónica sobre distribución de competencias incluye también dos Sentencias en materia de comercio en las que se impugna la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, por contradecir la legislación básica del Estado. La STC 130/2010, de 29 de noviembre, analiza el tema de las ventas promocionales, mientras la STC 88/2010, de 15 de noviembre, vuelve sobre la controvertida cuestión de los horarios comerciales.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

No hay doctrina.

B) Cuestión de inconstitucionalidad

- a) *La no identidad de preceptos constitucionales presuntamente vulnerados entre el trámite de audiencia y el auto de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad no contradice el artículo 35.2 LOTC siempre que las partes puedan conocerlos y oponerse al planteamiento*

En una larga serie de sentencias [STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 2; STC 80/2010, de 26 de octubre, FJ 2.a); STC 83/2010, de 3 de noviembre, FJ 2.c); STC 86/2010, de 3 de noviembre; STC 117/2010, de 24 de noviembre, FJ único; STC 121/2010, de 29 de noviembre,

FJ 4], el Pleno del Tribunal Constitucional se plantea si el órgano judicial *a quo* cumplió con el trámite de audiencia previsto en el artículo 35.2 LOTC al no existir identidad de preceptos constitucionales presuntamente vulnerados entre la providencia que abrió el trámite de audiencia y el Auto de planteamiento de la cuestión constitucional. El TC manifiesta que esta diferencia sólo originaría la infracción de los requisitos procesales del artículo 35.2 LOTC en la medida en que se haya imposibilitado a las partes conocer el contenido de la cuestión para su apreciación e impugnación, en su caso. Según reiterada doctrina no es exigible a la providencia que inicia el trámite de audiencia la mención específica de los preceptos constitucionales que se estime puedan resultar infringidos, siempre que esta indeterminación sea sólo relativa, en el sentido de que las partes hayan podido conocer el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el Juez y, atendidas las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales y oponerse a él. Sin embargo, la consecuencia del incumplimiento del artículo 35.2 LOTC es diferente en esta serie de sentencias. Mientras que en la STC 60/2010 los preceptos no señalados en el Auto del órgano jurisdiccional *a quo* son excluidos del análisis por parte del Tribunal, en las SSTC 82/2010, 83/2010 y 86/2010 se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad. Bien es cierto que el objeto de las tres sentencias es el mismo y, por tanto, la vulneración de los preceptos constitucionales estudiados en la cuestión de las SSTC 82/2010, 83/2010 y 86/2010 ya fue analizada. Sin embargo, esta discordancia de consecuencias no parece tener ningún fundamento en Derecho y nos parece criticable.

b) Supuestos de disociación entre la inconstitucionalidad de una norma legal y su nulidad

Tanto en la **STC 132/2010** como en la **STC 131/2010** el Tribunal Constitucional disocia la inconstitucionalidad de dos preceptos de su nulidad, ambos para evitar crear un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable e insta al Legislador para que solucione la existencia de preceptos contrarios en la Constitución en el Ordenamiento jurídico.

En la STC 132/2010 el TC declara inconstitucional el artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la reserva de Ley orgánica establecida en los artículos 17.1 y 81.1 CE, al regular en una ley no orgánica tanto la habilitación al Juez para acordar la medida de internamiento forzoso de las personas que padezcan trastornos psíquicos como las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento.

En la STC 131/2010 el TC declara inconstitucional el párrafo primero del artículo 211 del Código Civil que regula el internamiento forzoso de personas que padezcan trastornos psíquicos. En el mismo sentido que la sentencia anterior, la inconstitucionalidad deviene por regular a través de ley ordinaria un supuesto reservado a ley orgánica.

C) Recurso de amparo

a) Supuestos en los que el Tribunal Constitucional aprecia especial trascendencia constitucional del recurso de amparo

a.1) Por nueva doctrina constitucional

La **STC 58/2010, de 4 de octubre** (Sala Primera), resuelve un recurso de amparo por vulneración del artículo 24.2 CE en su dimensión de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, ocasionado por la disputada comunicación o no de emplazamiento realizada por

fax. El Tribunal Constitucional admite a trámite el recurso de amparo y afirma expresamente que su especial trascendencia constitucional «deriva de la carencia de pronunciamientos de fondo en la jurisprudencia de este Tribunal acerca de las condiciones que en el ámbito de la jurisdicción ordinaria deben reunir los actos de comunicación procesal realizados mediante fax para que resulten compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), dando ocasión para aclarar el sentido y alcance de la doctrina fijada en la STC 268/2005, de 24 de octubre» (FJ 3).

a.2) Por incumplimiento de jurisprudencia constitucional

La Sala Segunda del TC admite a trámite el recurso de amparo resuelto por la **STC 141/2010, de 21 de diciembre** (también la **STC 142/2010, de 21 de diciembre**). En este caso, la recurrente en amparo consideró que el plazo transcurrido desde la providencia de señalamiento de la vista hasta el día señalado para juzgar el acto administrativo que decretaba su expulsión del territorio nacional, 17 meses, vulneraba su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE). La Sala Segunda estimó el recurso de amparo aplicando la doctrina sentada en un caso muy similar (STC 93/2008, de 21 de julio), y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Zimmermann y Steiner c. Suiza, de 13 de julio de 1983*) esgrimiendo un argumento principal: las causas estructurales en la jurisdicción contencioso-administrativa por las que se producía el retraso de las resoluciones, confesado por el mismo órgano jurisdiccional, vulnera igualmente el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

La **STC 97/2010, de 15 de noviembre** (Sala Segunda), estima la vulneración del derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (artículo 17.1 CE) y con el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 CE) por el Auto de la Sala Penal de lo Militar Territorial Cuatro, de 18 de diciembre de 2009, por el que se acuerda, al no estar prescrita, continuar la ejecución de la pena impuesta al recurrente por la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2001, como autor de un delito de desobediencia (artículo 102.1 del Código Penal Militar). La Sala Segunda del Tribunal Constitucional estima que el criterio interpretativo mantenido por la Sala del Tribunal Penal Militar Territorial Cuatro *no satisface el canon de motivación reforzada exigible a toda decisión judicial en materia de prescripción penal según jurisprudencia constitucional*.

La **STC 143/2010, de 21 de diciembre** (Sala Segunda), que estima la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en relación con el derecho a la libertad (artículo 17 CE) del recurrente por la defectuosa notificación del Auto de prisión provisional emitido por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, al no haberse hecho mención de los hechos por los que era acusado ni de las razones en que se fundó la imposición de la medida cautelar. La notificación del citado Auto estaba limitada a su parte dispositiva por hallarse la causa declarada secreta al tratarse el asunto de un delito de integración en organización terrorista (Segi). Sin embargo, como establece la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, apoyándose en una firme doctrina (FJ 2), esto no supone que el órgano jurisdiccional pueda omitir en la notificación al detenido elementos esenciales para su defensa.

La **STC 140/2010, de 21 de diciembre** (Sala Segunda), en un juicio sobre deudas tributarias derivadas a una empresa, estima que «la negativa del órgano judicial de entrar a conocer sobre las cuestiones que la parte actora planteaba en relación con la deuda que se derivaba ha vulnerado su derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, y, por lo tanto, a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)». No es ésta una postura original del Alto Tribunal, sino que «el derecho de defensa contradictoria mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses» ya había sido señalado por la STC 85/2006, de 27 de marzo. Se da

en este caso, también, la existencia de jurisprudencia constitucional no aplicada por el órgano jurisdiccional al que se le imputa la vulneración del derecho fundamental.

En nuestra opinión, en algunas ocasiones como en la STC 97/2010, de 15 de noviembre, y la STC 140/2010, de 21 de diciembre, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional está interpretando el supuesto e) del FJ 2 de la STC 155/2009 de una manera diferente a como lo interpretó el Pleno en esta esencial decisión.

La STC 155/2009, FJ 2, apartado e), señala que un recurso de amparo disfrutará de especial trascendencia constitucional «cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria». Es decir, este incumplimiento de la doctrina constitucional debería ser realizado no sólo por un órgano jurisdiccional concreto en un asunto puntual, sino que, por el contrario, debería responder a una dinámica generalizada y continuada por los tribunales. Esto ocurre sin duda en los supuestos de las SSTC 141/2010 y 142/2010, puesto que la vulneración de los derechos fundamentales obedece a una causa estructural de la jurisdicción contencioso-administrativa y, por ende, generalizada y continuada. En el caso de la STC 143/2010 depende de si la notificación deficiente del auto, cuando esté decretado el secreto de sumario, es una actitud generalizada de los tribunales o excepcional. Sin embargo, en las SSTC 97/2010 y 140/2010, la vulneración de los derechos fundamentales fue sin duda puntual. La Sala Segunda del TC se ha centrado en actuaciones concretas por órganos jurisdiccionales puntuales, por lo que, a nuestro juicio, la decisión de admisión dista mucho de identificarse con el supuesto establecido por el mencionado apartado e) del FJ 2 de la STC 155/2010. Es más, no se estaría utilizando un criterio objetivo de admisión, sino una causa procesal de ésta, la vulneración de un derecho fundamental por no respetar ocasionalmente la jurisprudencia constitucional. Esto incide más, sin duda, en la esfera subjetiva del recurrente que en la función objetiva del recurso de amparo.

a.3) Por negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional

En la **STC 59/2010, de 4 de octubre**, la Sala Segunda del TC estima la vulneración del derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) al sentenciar que «los órganos judiciales se han apartado *conscientemente* de una doctrina reiterada y —por ellos— conocida del Tribunal Constitucional (STC 63/2005, de 14 de marzo).» Las quejas del recurrente se articulan, sustancialmente, en torno a la no apreciación por parte de los órganos judiciales de la prescripción del delito, en aplicación de una interpretación del Tribunal Supremo (conforme a la cual la mera presentación de una denuncia o querrela interrumpe el plazo de prescripción), que resulta frontalmente contraria a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (que exige, en estos casos, un acto de interposición judicial para entender dirigido el procedimiento contra una determinada persona e interrumpido el plazo de prescripción). El mismo caso de fondo resuelve el Alto Tribunal en la **STC 95/2010, de 15 de noviembre** (Sala Segunda) estimando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (artículo 24 CE) al haber inaplicado los órganos jurisdiccionales la doctrina constitucional sobre interrupción del cómputo de la prescripción de los delitos y faltas expuesta en la STC 63/2005, de 14 de marzo.

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

En la **STC 96/2010, de 15 de noviembre**, la Sala Segunda del Alto Tribunal estima vulnerado el derecho fundamental de reunión y manifestación (artículo 21 CE) de varias asociaciones de

mujeres que solicitaron legalmente a la Subdelegación del Gobierno de Sevilla poder celebrar un acto de manifestación con motivo del día de la mujer trabajadora y que fue denegado por la Junta Electoral Provincial de Sevilla por coincidir con la jornada de reflexión previa y de celebración de las elecciones generales y autonómicas convocadas para el día siguiente, proponiendo que se celebrara en otra fecha. El Tribunal Constitucional se limita simplemente a sentenciar que la citada decisión administrativa impugnada no acreditó la existencia de razones fundadas que justifiquen la prohibición de la manifestación solicitada. En este sentido, cabe preguntarse si la Sala Segunda del Alto Tribunal ha estimado la especial trascendencia constitucional de este recurso a la cláusula de apertura formulada en el apartado g) de la STC 155/2009, esto es, porque trascendiera del caso al plantear una «cuestión jurídica de relevante y general repercusión social».

- b) *Interposición preceptiva del incidente de nulidad de actuaciones (artículo 241.1 LOPJ). Cuando la lesión de un derecho fundamental la produce ex novo una sentencia dictada en casación por la Sala Primera del Tribunal Supremo, la interposición del incidente de nulidad de actuaciones (artículo 241.1 LOPJ) es preceptiva so pena de no agotar la vía judicial previa*

En el **ATC 200/2010, de 21 de diciembre**, el Tribunal Constitucional inadmite un recurso de amparo por no haber agotado la vía judicial previa. La ponderación entre la libertad de expresión de la recurrente y demandada por la acusación de la autoría de un escrito descalificativo y el derecho al honor del supuesto autor del mencionado escrito, fue resuelta en las dos primeras instancias a favor de la titular del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, la sentencia de casación de la Sala Primera del Tribunal Supremo protegió el derecho al honor del supuesto autor, contra la que la recurrente planteó recurso de amparo. El Tribunal Constitucional inadmite el recurso de amparo por apreciar como preceptiva la interposición del incidente de nulidad de actuaciones cuando la vulneración del derecho fundamental la produzca *ex novo* el Tribunal Supremo.

- c) *Legitimación activa para la interposición del recurso de amparo*

- c.1) Las Asambleas parlamentarias autonómicas no ostentan legitimidad activa para interponer un recurso de amparo

Los **ATC 192/2010, de 1 de diciembre**, y **ATC 193/2010, de 1 de diciembre**, inadmiten por falta de legitimación activa [artículos 162.1.b) CE, 46.1 LOTC y 50.1.a) LOTC] sendos recursos de amparo planteados por el Parlamento de La Rioja y la Asamblea de Madrid, respectivamente. Los recurrentes demandan la violación de su derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE) debido a la inadmisión a trámite por el Acuerdo de la Mesa del Senado de 1 de junio de 2010 (y el de 6 de julio que desestima la solicitud de reconsideración formulada por la Mesa de la Asamblea de Madrid) de la propuesta de don Enrique López y López como candidato a Magistrado del Tribunal Constitucional (artículo 16.1 LOTC) por estimar que no cumplía el requisito relativo a tener más de quince años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función (artículos 159.2 CE y 18 LOTC).

En estos autos el Pleno del Alto Tribunal se centra en analizar la legitimación o no de las Asambleas legislativas para interponer un recurso de amparo. El primer paso del Tribunal es aclarar que la Asamblea de Madrid no es la titular del derecho a acceso a cargo público en condiciones de igualdad (artículo 23.2 CE), pues este derecho fundamental «se otorga a los ciuda-

danos en cuanto tales y, por consiguiente, a las personas individuales, no pudiendo reconocerse genéricamente a las personas jurídicas u otras entidades». Por tanto, ni la Asamblea de Madrid ni el Parlamento de La Rioja son titulares del derecho de participación política (FJ 2). El segundo paso que toma el Tribunal, basándose en la disociación entre legitimación para el recurso de amparo y titularidad [artículo 162.1.b) CE], es determinar si las Asambleas Legislativas son titulares de un interés legítimo [artículo 162.1.b) CE] en la defensa del derecho de la participación política. Partiendo del concepto bien asentado ya por la jurisprudencia constitucional de interés legítimo como aquel que concurre en toda persona cuyo círculo pueda resultar afectado por la violación de un derecho fundamental aunque la violación no se haya producido directamente en su contra (SSTC 84/2000, de 27 de marzo, FJ 1, y 298/2006, de 23 de octubre, FJ 4), el Tribunal exige algo más que un interés genérico en la preservación del derecho fundamental que se estima vulnerado, esto es, es necesario «que el recurrente se encuentre respecto a ese derecho fundamental en una situación jurídico-material identificable con un interés en sentido propio, cualificado o específico» (SSTC 13/2001, de 29 de enero, FJ 4, y 240/2001, de 18 de diciembre, FJ 4; AATC 139/1985, de 27 de febrero; 58/2000, de 28 de febrero, y 206/2006, de 3 de julio). En este sentido, el Pleno del Tribunal no advierte que las Asambleas Legislativas recurrentes ostenten este interés en sentido propio, cualificado o específico, puesto que la titularidad de este derecho corresponde a cada uno de los miembros que las integran y no puede aceptarse la «subsunción de la Asamblea Legislativa, foro de confluencia de las distintas opciones políticas representativas de diversidad de intereses, en la categoría de entes o entidades que ostenten la representación y, en consecuencia, puedan actuar en tal condición, de los Diputados que la integran o incluso sólo de quienes votaron a favor de la propuesta elevada al Senado». Es decir, «la Asamblea no ostenta la representación de los intereses legítimos de los Diputados, sea de todos, sea de los que votaron a favor de la propuesta de candidatos presentada en el Senado, que le permita invocar un interés legítimo en defensa, en este caso, del ejercicio de un derecho fundamental, el ejercicio del derecho al cargo (artículo 23.2 CE), cuya titularidad corresponde individualmente a cada Diputado (FJ 3)». Por ello, el Tribunal Constitucional rechaza también la equiparación aludida por las recurrentes de entre las Asambleas Legislativas, titulares de potestades públicas, y los grupos parlamentarios, que son agrupaciones temporales de Diputados para organizar mejor el ejercicio del cargo del que son titulares sus integrantes.

c.2) Negación de legitimación activa para interponer recurso de amparo de ciertas personas jurídicas públicas

En la **STC 78/2010**, un recurso de amparo planteado por el Gobierno de Canarias, el Alto Tribunal confirma su asentada doctrina (por todas, STC 175/2001, de 26 de julio) de que las personas jurídicas públicas sólo excepcionalmente son titulares del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y por este motivo sólo excepcionalmente el recurso de amparo es un cauce idóneo para que estas organizaciones jurídicas públicas denuncien una defectuosa protección de este derecho por parte de los jueces y tribunales. Concretamente, cuando las leyes procesales reconozcan a este tipo de personas capacidad procesal «serán titulares del derecho de acceso al proceso (derecho que comprende el derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho de acceso al recurso) y del derecho fundamental a no padecer indefensión procesal, lo que conlleva que las personas jurídicas públicas puedan ser titulares de algunos de los derechos fundamentales que se derivan de las garantías procesales previstas en el artículo 24.2 CE. Por el contrario, cuando las Administraciones Públicas acuden al proceso desprovistas de sus prerrogativas de poder público, como acude a los órganos judiciales cualquier particular, son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 CE en todas sus manifestaciones, por lo que también estos supuestos entrarían dentro de las excepciones en las que las personas jurídicas públicas son titulares de este derecho fundamental» (FJ 6).

D) Delimitación del ámbito de la jurisdicción del TC (artículo 4.1 LOPJ) en relación con los procesos sobre las normas forales fiscales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Disposición Adicional Quinta LOTC): ATC 190/2010, de 1 de diciembre

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acordó excluir de su conocimiento un recurso interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 781/2003, de 26 de diciembre, desestimatoria de un recurso contencioso-administrativo promovido contra el artículo 4, apartado 8, de la Norma Foral 2/2001, de 12 de febrero, por la que se aprueban determinadas medidas tributarias para el Territorio Histórico de Guipúzcoa, por entender que su conocimiento ha pasado a corresponder al Tribunal Constitucional en virtud de lo dispuesto en los artículos primero y segundo de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de reforma de la LOTC. Basándose en esta argumentación, el Tribunal Supremo remitió al Tribunal Constitucional las actuaciones practicadas en el referido recurso y emplazó a las partes para seguir el curso de los autos.

El Pleno del Tribunal Constitucional declara su *falta de jurisdicción* para conocer del recurso de casación remitido por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Para ello delimita primero *ex* artículo 4.1 LOTC su ámbito de jurisdicción en relación con los procesos constitucionales sobre las normas forales fiscales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco atribuidos a su conocimiento por la Disposición Adicional Quinta de la LOTC (apartados 1 y 2). De esta forma, el TC entiende que el ámbito de su jurisdicción en relación con el control de estas normas «se circunscribe exclusivamente a los recursos y cuestiones regulados en la Disposición Adicional Quinta de la LOTC» (FJ 3). En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma, por un lado, que no es un Juez de casación y, por otro, que la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, tampoco lo ha convertido en un Tribunal de casación de las Sentencias dictadas por los Tribunales contencioso-administrativos sobre las normas forales fiscales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Tampoco puede ser destinatario de los procesos o recursos sobre las normas forales fiscales de los referidos Territorios Históricos en curso o no fenecidos a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero. En este sentido, el Tribunal Constitucional sólo puede enjuiciar las citadas normas forales fiscales a través de los concretos procesos constitucionales establecidos en la Disposición Adicional Quinta de la LOTC: la cuestión y el recurso de inconstitucionalidad.

En consecuencia, el Alto Tribunal devuelve las actuaciones y el expediente del referido recurso al Tribunal Supremo. Se empiezan a ver así las disfuncionalidades de esta atribución competencial que aún está pendiente de enjuiciamiento constitucional por los cuatro recursos de inconstitucionalidad (números 3443/2010, 4138/2010, 4223/2010 y 4224/2010) promovidos planteados por el Consejo de Gobierno de La Rioja y el Parlamento de La Rioja y por la Junta y las Cortes de Castilla y León.

E) Procedimiento de declaración de existencia de funcionamiento anormal en la tramitación de recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional (artículo 139.5 LRJPAC). El empleo de 8 meses para resolver la inadmisión de un recurso de amparo no puede considerarse una dilación indebida

El ATC 194/2010 es la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional resuelve una petición de funcionamiento anormal en la tramitación de un recurso de amparo o de una cuestión

de inconstitucionalidad en virtud del artículo 139.5 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), introducido por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, para la implantación de la nueva oficina judicial.

La petición de declaración de funcionamiento anormal al Alto Tribunal es el primero de los dos pasos necesarios para recibir una indemnización del Estado. Es decir, antes de formular la reclamación patrimonial ha de solicitarse del Tribunal Constitucional que declare de forma expresa la existencia de ese mal funcionamiento. El Alto Tribunal sienta las características de esta petición y su contestación.

En primer lugar, la petición al TC de un presupuesto para la fijación por el Consejo de Ministros del importe de la indemnización, de modo que si no se formula la solicitud o si, formulada, el Tribunal la desestima, no procede que se inicie el procedimiento en vía administrativa. En segundo lugar, la declaración del Tribunal Constitucional sobre la existencia o no de funcionamiento anormal es una auténtica resolución, no es un mero informe que se inserte en un procedimiento administrativo. En tercer lugar, esta resolución tiene carácter de jurisdiccional, no sólo porque el órgano que la emite sea un auténtico tribunal como es el Tribunal Constitucional, sino porque de una interpretación sistemática de los artículos 139.5 LRJPAC y 4.2 LOTC se garantiza el carácter de supremacía jurisdiccional del Tribunal Constitucional, esto es, que sólo el Tribunal Constitucional puede juzgar su propia actuación jurisdiccional y, por tanto, sólo él puede formular la declaración sobre eventuales funcionamientos anormales en la tramitación de los procesos constitucionales (FJ 1).

En el presente caso, el recurrente alega que debido a que en el actual trámite de admisión del recurso de amparo ya no es necesaria una resolución motivada sobre el fondo del asunto, sino que se inadmite con una mera providencia, le parece que el transcurso de más de catorce meses entre la presentación de la demanda y la providencia de inadmisión constituye una dilación indebida que le ha perjudicado en la medida en que ha retrasado la posibilidad de interponer el correspondiente recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por tanto, el Tribunal Constitucional se centra en dilucidar si en la tramitación del recurso de amparo promovido por el demandante se produjeron dilaciones cuyas consecuencias lesivas no tendría el deber jurídico de soportar. A pesar de que el funcionamiento anormal que se denuncia se desarrolló íntegramente antes de la vigencia del artículo 139.5 LRJPAC, y de afirmar que la LOTC no establece plazo alguno sobre la admisión o inadmisión de los recursos de amparo, el Tribunal Constitucional decide que la solicitud carece de fundamento puesto que la dilación no se extendió durante catorce meses sino durante ocho, ya que la verificación de su admisibilidad sólo fue posible una vez que se acreditó la fecha de notificación de la resolución impugnada. Esta acreditación, que correspondía al recurrente, se demoró cinco meses por su culpa. En consecuencia, el Pleno del Tribunal denegó la solicitud alegando que «el demandante de amparo no mostró diligencia alguna para hacer posible el pronunciamiento sobre la admisibilidad de su recurso antes de que quedara constancia de la fecha de notificación de la Sentencia que impugnaba, y tampoco denunció tras ello y con carácter previo a la inadmisión que estuviera padeciendo dilación indebida alguna» (FJ 2).

F) Conflicto positivo de competencias. Los plazos para computar el requerimiento previo pueden computarse a partir del rechazo expreso del requerimiento, aunque éste sea tardío (artículo 63.4 LOTC)

En la **STC 165/2010, de 18 de octubre**, el Tribunal Constitucional resuelve un conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno de Aragón respecto del Real Decreto 1229/2005, de 13 de octubre, por el que se regulan las subvenciones públicas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en las áreas de influencia socioeconómica de los Parques Naturales.

El Abogado del Estado solicita la inadmisión del conflicto por extemporáneo. El artículo 63 LOTC exige que con carácter previo a la interposición del conflicto positivo de competencias, el órgano ejecutivo de una Comunidad Autónoma ha de presentar un requerimiento de incompetencia al Gobierno de la Nación que deberá contestar en un mes. Tras este mes, si su pretensión no ha sido satisfecha, podrá plantear el conflicto dentro del plazo de un mes. En el presente caso, el Gobierno de la Nación rechazó el requerimiento habiendo pasado el mes de plazo que establece el artículo 63.4 LOTC. El Gobierno de Aragón planteó el conflicto positivo de competencias calculando el plazo de un mes para la interposición previsto en el artículo 63.5 LOTC a partir de la contestación del Gobierno. Sin embargo, el Abogado del Estado estima que el mes de plazo de planteamiento del conflicto ha de calcularse a partir del mes del planteamiento del requerimiento, por lo que la interposición del conflicto sería extemporáneo.

El TC resuelve esta duda interpretativa basándose en la «naturaleza y función del requerimiento previo», esto es, «apurar las posibilidades de resolución convencional o negociada de las diferencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas». Por ello, el Alto Tribunal acepta la posibilidad de respuestas tardías a los requerimientos y realizar una interpretación del artículo 65.3 LOTC coherente con ella, entendiendo que «nada se opone a que el plazo para presentar el conflicto se compute a partir del rechazo expreso del requerimiento, aunque éste sea tardío».

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) **Síndic de Greuges: supervisión de la actividad de la Administración local de Cataluña y colaboración con el Defensor del Pueblo**

La **STC 137/2010, de 16 de diciembre**, analiza la constitucionalidad del último párrafo del artículo 78.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante, EAC), que no fue enjuiciado de manera autónoma en la STC 31/2010. En esta ocasión se examina el apartado que señala que el Síndic de Greuges «[t]ambién supervisa la actividad de la Administración local de Cataluña y la de los organismos públicos o privados vinculados que dependen de la misma». La Sentencia declara que la supervisión por parte del Síndic de Greuges de la actividad de la Administración local no es inconstitucional, porque tras el pronunciamiento de inconstitucionalidad que realizó la STC 31/2010 contra el inciso «con carácter exclusivo», la actuación de este órgano estatutario no excluye el control que realiza el Defensor del Pueblo.

También se declara la constitucionalidad del artículo 78.2 EAC, que no fue impugnado en el recurso del Partido Popular y que dispone que «[e]l Síndic de Greuges y el Defensor del Pueblo colaboran en el ejercicio de sus funciones». Señala la Sentencia que el establecimiento de este principio de colaboración en el Estatuto se condiciona a la regla de la voluntariedad. La previsión estatutaria «no vincula en ningún caso al Estado, por lo que no puede considerarse como una imposición, sino únicamente como una manifestación de respeto hacia dicho principio, pudiendo actuar el Estado con plena libertad».

B) **Agua y medio ambiente: delimitación estatutaria del alcance y contenido de las competencias autonómicas**

La **STC 138/2010, de 16 de diciembre**, declara la constitucionalidad de algunos apartados del Estatuto de Cataluña que precisan el alcance y contenido de las competencias autonómicas y que no habían sido analizados en sentencias previas. Se considera que son conformes con las reglas de distribución de competencias los epígrafes del artículo 117.3 EAC que atribuyen a

la Generalitat la competencia ejecutiva para, dentro de su ámbito territorial, adoptar «medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos» [letra a)] y ejercer las «facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal» [letra c)]. El Gobierno de La Rioja argumentaba que las medidas adicionales de protección podrían menoscabar e interferir las competencias del organismo de cuenca o las medidas previstas en el plan hidrológico. El Tribunal constitucional considera que es una impugnación preventiva y que, en caso de que la Generalitat ejerciera sus competencias de forma que invadiera ilegítimamente otro ámbito competencial, la inconstitucionalidad debería imputarse a la concreta actuación, pero no al precepto estatutario.

También se rechaza a impugnación de la letra g) del artículo 144.1 EAC, que se refiere a la regulación y gestión de los vertidos efectuados en aguas interiores de Cataluña así como de los efectuados en las aguas superficiales y subterráneas que no pasen por otra Comunidad. El Tribunal Constitucional considera que es correcta la incardinación de estas potestades dentro del título competencial «medio ambiente» y su calificación como una competencia compartida, por lo que la regulación que haga la Generalitat de Cataluña debe respetar las normas básicas dictadas por el Estado y puede consistir en el establecimiento de normas adicionales de protección.

C) Ordenación general de la economía y defensa de la competencia (artículo 149.1.13.^a CE): las Comunidades Autónomas no pueden establecer límites cuantitativos a las ventas promocionales

La **STC 130/2010, de 29 de noviembre**, declara inconstitucional el artículo 31.b) de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio. Este artículo establecía que los comerciantes no podían aplicar una actividad promocional de venta con descuento a más del cuarenta por ciento de los artículos existentes en el establecimiento.

El Tribunal Constitucional aplica a esta restricción cuantitativa al comercio su doctrina sobre las limitaciones temporales para determinadas modalidades de venta (SSTC 88/1986, 148/1992, 228/1993, 157/2004 y 106/2009) y considera que forman parte de las normas sobre defensa de la competencia, con la consecuencia de que su adopción corresponde al Estado en virtud del artículo 149.1.13.^a CE. El Tribunal Constitucional señala que la finalidad principal de estas medidas es regular las condiciones de concurrencia entre los empresarios.

D) Ordenación general de la economía y horarios comerciales (artículo 149.1.13.^a CE): inconstitucionalidad de precepto autonómico que restringe el régimen de libertad de horarios comerciales en zonas de gran afluencia turística

La **STC 88/2010, de 15 de noviembre**, considera que el artículo 15.6 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio de Cantabria, vulnera la normativa básica del Estado en materia de horarios comerciales. El Tribunal Constitucional se apoya en la STC 254/2004, de 22 de diciembre, para afirmar que la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales, tienen carácter básico y está cubierta por la competencia del Estado en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. La contradicción entre la norma autonómica y las bases estatales se produce porque la Ley 1/2004 reconoce la libertad de horarios para todos los establecimientos instalados en zonas de gran afluencia turística, mientras el legislador autonómico discrimina entre tipos de establecimientos en función del tamaño, excluyendo de este régimen especial a los «comercios minoristas cuya superficie útil de venta y exposición supere dos mil quinientos metros cuadrados».

E) Ayudas al alquiler y ordenación general de la actividad económica (artículo 149.1.13.^a CE): la gestión debe cohonestarse con las competencias autonómicas en la materia de vivienda. Renta básica de emancipación de los jóvenes

La **STC 129/2010, de 29 de noviembre**, estima parcialmente el conflicto de competencia presentado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes. Este programa consistía en ayudas directas destinadas a apoyar económicamente a los jóvenes que quisieran acceder a una vivienda en régimen de alquiler. El Tribunal Constitucional señala que la creación de este programa de ayudas se halla amparada por la competencia sobre «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (artículo 149.1.13.^a CE), pero que su gestión debe cohonestarse con las competencias autonómicas en la materia de vivienda.

La Sentencia rechaza que concurren circunstancias excepcionales que justifiquen que la gestión de las ayudas pueda ser realizada por el Estado. El Abogado del Estado argumentaba que era necesario centralizar la gestión de la ayuda para garantizar la igualdad de oportunidades de los destinatarios. El Tribunal Constitucional considera que estas razones no son convincentes, porque la renta básica de emancipación se ha configurado de tal forma que su percepción se garantiza a todos aquellos que cumplan las condiciones que la norma establece. No se limita la cuantía global de los fondos, ni existe concurrencia competitiva entre los eventuales beneficiarios. La distribución homogénea y no discriminatoria de las ayudas en todo el territorio aparece suficientemente garantizada por la regulación unitaria que hace el Real Decreto de los requisitos, las condiciones de disfrute y el régimen de compatibilidad.

F) Ayudas en materia de espacios naturales: ordenación general de la actividad económica (artículo 149.1.13.^a CE) y bases sobre protección del medio ambiente (artículo 149.1.23.^a CE): requisitos formales y materiales de las bases. Régimen de las subvenciones con cargo a los presupuestos generales del Estado para la promoción del desarrollo sostenible de las poblaciones ubicadas en el área de influencia de los parques nacionales

La **STC 65/2010, de 18 de octubre**, avala la constitucionalidad del Real Decreto 1229/2005, que regula el régimen jurídico de las subvenciones públicas en las áreas de influencia socioeconómica de los parques nacionales. Las iniciativas subvencionables tienen como objetivo principal en unos casos la protección del medio ambiente (proyectos de conservación o restauración del patrimonio natural) y en otros el fomento del desarrollo económico de las zonas de influencia socioeconómica de los parques nacionales (proyectos para poner en marcha actividades económicas relacionadas con la prestación de servicios de atención a visitantes y la comercialización de productos artesanales), por lo que la cobertura competencial se encuentra, respectivamente, en los artículos 149.1.23.^a y 149.1.13.^a CE.

La Sentencia subraya que el Real Decreto establece la territorialización de las subvenciones entre las diversas Comunidades Autónomas, por lo que el objeto del conflicto no es la gestión de las ayudas, sino los límites a la legislación básica del Estado. El Gobierno de Aragón denuncia, en primer lugar, que el Real Decreto que se impugna no satisface la exigencia formal de incorporación de las bases en normas con rango de Ley. El Tribunal Constitucional argumenta que este requisito formal admite excepciones y que el carácter coyuntural de la regulación de subvenciones públicas justifica el uso de la potestad reglamentaria. En segundo lugar, el recurso esgrime el «excesivo detallismo» del Decreto. Por el contrario, el Tribunal Constitucional

considera que la regulación estatal del destino y de las condiciones generales de otorgamiento de las subvenciones «deja un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino de las ayudas o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación».

G) Bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (artículo 149.1.18.^a CE): inconstitucionalidad de la dispensa del requisito de titulación introducida en favor del personal interino

La **STC 113/2010, de 24 de noviembre**, analiza si algunos apartados de la Ley de Canarias 8/1999, de 27 de abril, de creación de las escalas de profesores numerarios y maestros de taller de formación profesional marítimo-pesquera, vulneran la normativa básica del Estado dictada en materia de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (artículo 149.1.18.^a CE).

La Sentencia declara la inconstitucionalidad de los apartados 1 y 3 de la Disposición Transitoria Segunda de la ley autonómica, que dispensan a los funcionarios interinos que venían prestando servicio en los Institutos de Formación Profesional Marítimo-Pesquera de Canarias de los requisitos de titulación exigidos legalmente para acceder a la condición de funcionarios de carrera. El Tribunal Constitucional considera que esta dispensa resulta contraria a las normas básicas del Estado que establecen que para acceder al empleo público es necesario poseer la titulación académica exigida en cada caso [inicialmente en el artículo 25 de la Ley 30/1984 y actualmente en el artículo 56.1. e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público]. El carácter básico de normativa estatal deriva de la conexión de este requisito con los principios de mérito y capacidad previstos para el acceso a la función pública.

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

ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ

ROBERTO ROSINO CALLE

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) Uso masivo y desproporcionado de artillería y bombardeos de aviación contra civiles en caso de intervención militar justificada, pero sin adoptar las medidas adecuadas.
 - B) Derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5 CEDH).**
 - a) Determinación del concepto de «autoridad judicial competente» conforme al CEDH para evitar que el funcionario que conoce la causa sea el mismo que quien la instruye.
 - C) Derecho al debido proceso (artículo 6 CEDH).**
 - a) Prueba testifical y presunción de inocencia.
 - b) Vulneración del Juez imparcial por decretar miembros del tribunal juzgador la prisión provisional del recurrente (condena a España).
 - c) No se asegura el derecho del acusado a ser asistido por un defensor si no se asegura la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente.
 - d) El derecho al debido proceso y la utilización de pruebas obtenidas por incitación de un agente encubierto a cometer el delito.
 - e) La falta de celebración de una vista pública en el recurso de apelación si se valoran hechos nuevos provoca una lesión del derecho a un proceso justo (condena a España).
 - f) Lesión del derecho a un proceso equitativo por la falta de claridad del pronunciamiento de un Jurado.
 - D) Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH).**
 - a) Control de convencionalidad por omisión del legislador. Regulación del aborto ineficaz.
 - b) La ausencia de reconocimiento del matrimonio religioso o de las uniones de hecho no vulnera el derecho a la vida familiar.
 - c) La insuficiente protección de la mujer en casos de violencia doméstica lesiona el derecho a la vida privada.
 - d) Revocación de una juez por una decisión del Consejo Superior de la Magistratura basada en hechos privados. ¿Aplicación de las garantías del proceso debido a estos procedimientos disciplinarios?

- e) No lesión de la vida privada y del derecho a la igualdad cuando la transexualidad no ha jugado un papel determinante a la hora de limitar un régimen de visitas en un proceso de divorcio.

E) Libertad religiosa (artículo 9 CEDH).

- a) El derecho de un preso a seguir una dieta conforme a sus creencias religiosas puede estar amparado por el artículo 9 CEDH.
- b) Discriminación por denegar la subscripción de acuerdos entre el Estado y algunas comunidades religiosas (artículos 9 y 14 CEDH).

F) Libertad de expresión (artículo 10 CEDH).

- a) Intimidación de personas con proyección política que no ocupan cargos públicos.
- b) Lesión por revocación arbitraria de licencia de radio.
- c) La libertad de expresión no incluye un derecho al insulto. Distinción entre hechos y juicios de valor.
- d) Retirada de un periódico de propiedad municipal que contenía un artículo molesto sobre la venta irregular de unas acciones (artículo 10 CEDH).

G) Libertad de reunión y asociación (artículo 11 CEDH).

- a) Despido de un trabajador por participar en un piquete que no vulnera el artículo 11 del Convenio al no haber seguido el procedimiento legal de declaración de huelga.
- b) Alcance del consenso europeo sobre los derechos de los homosexuales como minoría: el derecho a hacer campañas para el reconocimiento de los derechos: prohibiciones reiteradas de manifestación el día del orgullo gay.

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

- a) Imposición de condiciones a los extranjeros que en la práctica impiden el derecho.

I) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH).

- a) Igualdad y derecho a la vida privada familiar. Prohibición de discriminación en el permiso de paternidad (cambio en la jurisprudencia).
- b) Discriminación por razón de nacionalidad en la negativa a conceder una ayuda para familias numerosas a una familia de refugiados por carecer de la nacionalidad griega (artículo 8, en relación con el 14, CEDH).

J) Derecho a la propiedad (artículo 1, Protocolo 1 CEDH).

- a) Derecho al goce pacífico de las posesiones: ausencia de medidas de compensación o redención por Rusia de bonos estatales comprados por un particular a la URSS.
- b) Las costas procesales derivadas de un proceso en el que no se está de acuerdo con la cantidad derivada de una expropiación no podrán ser mayores que la cantidad concedida en la expropiación.

K) Derecho a la participación en elecciones libres (artículo 3, Protocolo 1 CEDH).

- a) Límites legítimos a la presentación de candidaturas. Aplicación de doctrina consolidada.
- b) La falta de ejecución de una STEDH provoca una nueva lesión del CEDH.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A) Libertad personal (artículo 17 CE).

- a) Reserva de ley orgánica: El internamiento en centro psiquiátrico constituye una limitación del derecho de libertad personal del artículo 17.1 CE y, como tal, es objeto de reserva de ley orgánica. Inconstitucionalidad sin nulidad.

B) Libertad de expresión (artículo 20 CE).

- a) Alcance de la libertad de expresión en el contexto de una disputa por la audiencia de varios medios radiofónicos (artículos 18 y 20 CE).

C) Principio de legalidad penal (artículo 25 CE).

- a) La pena accesoria de alejamiento prevista en el Código Penal no vulnera derechos fundamentales y resulta proporcionada para proteger los bienes jurídicos afectados por los delitos a los que se aplica.
- b) Prohibición de que la Administración Civil imponga sanciones que impliquen privación de libertad (artículo 25.3 CE): La sanción de arresto prevista en el régimen disciplinario de la Guardia Civil sólo es conforme a la Constitución cuando la infracción se haya cometido en una actuación estrictamente militar.
- c) Se vulnera este derecho cuando se impone una medida de internamiento forzoso en centro psiquiátrico que no podrá ser revisada en un plazo de tiempo.

D) Libertad de enseñanza y derechos educativos de los padres (artículos 27.1 y 3 CE).

- a) La opción del legislador de establecer la escolarización obligatoria no vulnera estos derechos.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

A) Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo.

- a) Integridad moral y física, intimidación personal y familiar, inviolabilidad del domicilio (artículo 15.1 y 18.1 y 2 CE).
 - a.1) Plan Especial de instalación de telecabina: Ciertos daños ambientales, pueden atentar contra el derecho al respeto a la vida privada y familiar.
- b) Nacionalidad.
 - b.1) El no tener en cuenta la cancelación de antecedentes penales y considerar cercano en el tiempo un delito cancelado nueve años antes de la petición de nacionalidad puede ir contra algunos principios del Derecho Constitucional.
- c) Asilo.
 - c.1) Derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba para la defensa. Denegación de prueba pericial que genera indefensión al actor. Es necesaria la justificación de la denegación de prueba y, ante las dudas, se resolverá favoreciendo la práctica de la prueba, sobre todo en procesos en que es difícil acreditar los hechos.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la presente crónica se revisan las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional (SSTC 50/2010 a 143/2010) y Tribunal Supremo en materia de derechos fundamentales durante el último trimestre de 2011.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Cabe destacar con carácter general en esta crónica la resolución de varios casos contra España en sede europea siendo nuestro país condenado en dos ocasiones. Importa también apuntar que en ambos (de manera diferente, a partir del *petitum* en un caso y en voto particular en el otro) se plantea el problema de la ausencia en España de un cauce procesal para la revisión de los procesos en los que se aprecia violación del artículo 6 del Convenio.

Igualmente en esta crónica es destacable la condena al Reino Unido por no haber iniciado los trámites legislativos necesarios para una correcta ejecución de una sentencia anterior (**Greens y M.T. contra el Reino Unido**) y la salomónica decisión adoptada en **A, B y C contra Irlanda** en un tema tan delicado para la república irlandesa como es el aborto. Finalmente resulta de interés la condena a Rusia (**Alekseyev contra Rusia**) por la permanente prohibición para celebrar el día del orgullo Gay en Moscú.

Igualmente pueden destacarse dos «*pilot judgements*» en **Maria Ataniasu y otros contra Rumanía, de 12 de octubre** y en **Vassilios Athanasiou y otros contra Grecia**, de 21 de diciembre de 2010. Por último, resulta digno de resaltar la existencia de varias condenas contra Rumanía por violación del artículo 3 como consecuencia del deficiente estado de sus cárceles: **Coman contra Rumanía, Cucolas y Marcu contra Rumanía**, ambas de 26 octubre de 2010 y **Dobri contra Rumanía, de 14 de diciembre de 2010**.

A) Derecho a la vida (artículo 2 CEDH)

- a) *Uso masivo y desproporcionado de artillería y bombardeos de aviación contra civiles en caso de intervención militar justificada, pero sin adoptar las medidas adecuadas (artículo 2 CEDH)*

Son relevantes los hechos que enjuicia el **Caso Abuyeva y otros contra Rusia, de 2 de diciembre de 2010**, arranca del precedente que entraña **Isayeva contra Rusia** de 24 de febrero de 2005. Los recurrentes y sus familiares fueron víctimas del ataque de las fuerzas rusas en la villa de Katyr-Yurt en Chechenia en 2000.

El TEDH estima que se ha producido una flagrante violación del artículo 2 CEDH en sus clásicos aspectos sustantivos y procedimentales, aplicando la doctrina del **Caso Isayev**. Se acepta que el uso de la fuerza podía estar justificado y el empleo de armas letales en este caso, pero no existió una ponderación entre los objetivos perseguidos y los medios empleados. El primer objetivo de la operación debió ser proteger las vidas de los civiles de la violencia mediante medidas adecuadas. Asimismo, se estima que la investigación criminal de los hechos que se practicó por el Gobierno demandado fue manifiestamente inadecuada y fue cerrada sin haber sido realizada con la diligencia debida.

En suma, el TEDH reitera que también el empleo de las fuerzas armadas contra la población civil, en una sociedad democrática, está sometido a razonables limitaciones, derivadas de

la necesidad de adoptar medidas de protección de sus vidas, como en este caso, debería haber sido ordenar su previa evacuación.

Un Voto concurrente suscrito por tres Magistrados reprocha a la Corte que si bien el artículo 19 CEDH únicamente le obliga a asegurarse del respeto de las obligaciones que resultan del Convenio y de sus protocolos, esto no significa que no pueda referirse a otras fuentes del Derecho Internacional. En este caso, las reglas de Derecho Internacional humanitario que regulan el comportamiento de los combatientes en situaciones de conflictos armados no internacionales como eran las aquí enjuiciadas, así la Cuarta Convención de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional de 1977, que fue ratificado por Rusia en 1989.

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

- a) *Determinación del concepto de «autoridad judicial competente» conforme al CEDH para evitar que el funcionario que conoce la causa sea el mismo que quien la instruye*

En **Moulin contra Francia, de 23 de noviembre de 2010**, el TEDH resuelve el recurso de la Sra. Moulin que es una abogada detenida en el transcurso de una investigación de un delito de tráfico de drogas, por no haber mantenido la confidencialidad de la investigación. Cuando fue detenida, no pasó a presencia del Ministerio Fiscal hasta que no habían transcurrido cinco días, durante los cuales estuvo bajo custodia de la policía y de jueces de instrucción («*investigating judges*»). Y es en este punto donde la demandante alega una lesión de su derecho a la libertad, pues la misma considera que tras su detención no había sido puesta sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales. El TEDH concreta que su examen se debía limitar al artículo 5.3 CEDH y el concepto autónomo de autoridad judicial competente.

En tal sentido concluye que las características que un juez u otro funcionario debe poseer para satisfacer los requisitos del artículo 5 CEDH excluyen la posibilidad de que sea el mismo órgano el que instruye una causa y el que pueda actuar posteriormente como acusación contra el sujeto en el procedimiento penal que se abra. El TEDH recuerda que la nota de independencia excluye expresamente la posibilidad de que las partes que conocen de un asunto puedan actuar posteriormente contra el sujeto en un proceso penal. Y esto fue lo que sucedió en el presente caso. Por este motivo, el TEDH sentenció que, debido a su situación, los fiscales en Francia no cumplían el requisito de independencia del Poder Ejecutivo, requisito y garantía inherente a la noción autónoma de «funcionario autorizado por la ley para ejercer el poder judicial» en el sentido del CEDH.

C) Derecho al debido proceso (artículo 6 CEDH)

- a) *Prueba testifical y presunción de inocencia*

En el asunto **Vaquero Hernández y otros contra España, de 2 de noviembre de 2010**, el TEDH estudia la posible violación de los derechos a la presunción de inocencia y a la defensa que se habría producido en el marco de uno de los procesos penales seguidos en nuestro país por las acciones de los GAL. En este caso, los recurrentes son varios miembros de la Guardia Civil y el Sr. Elgorriaga Goyeneche, antiguo Gobernador Civil y, después, Delegado del Gobierno en el País Vasco, juzgados por detención irregular y asesinato. Los demandantes se quejaban de que el principal testimonio que sirvió de prueba para su condena se realizó ante el juez

de instrucción, a puerta cerrada, y que el testigo correspondiente, que era además co-inculgado, se retractó en la vista oral; lo que habría determinado la vulneración de sus derechos de defensa y a la presunción de inocencia.

En relación con la cuestión planteada, el TEDH recordaba que no es su función reexaminar las pruebas ni sustituir la valoración de la prueba realizada por los tribunales internos, sino tan sólo valorar si el proceso en su totalidad puede considerarse equitativo. En este sentido, el TEDH recordaba que el artículo 6 CEDH exige, con carácter general, que los elementos de prueba se presenten ante el acusado en una audiencia pública, a fin de asegurar el desarrollo contradictorio del proceso. Sin embargo, el TEDH señalaba que la lectura de un testimonio realizado a puerta cerrada en la audiencia pública no es, por sí misma, contraria a las exigencias del artículo 6 CEDH, siempre que el acusado tenga la posibilidad de interrogar al testigo de cargo y de refutar su testimonio. En el caso objeto de estudio, el TEDH constata que tuvieron tal posibilidad y que, además, no era la única prueba por existir otros indicios, por lo que tampoco podía considerarse que se hubiera producido una vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

b) Vulneración del Juez imparcial por decretar miembros del tribunal juzgador la prisión provisional del recurrente (condena a España)

En **Cardona Serrat contra España, de 26 de octubre de 2010**, el recurrente considera que no pueden formar parte del Tribunal que va a juzgar su causa dos jueces que previamente han ordenado su detención provisional como consecuencia de un recurso frente a la decisión del juez instructor de ponerle en libertad. La recusación es rechazada por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia y el recurrente es condenado. El Tribunal Supremo, tras revisar la jurisprudencia del TEDH, en particular Castillo Algar contra España de 28 de octubre de 1998, y del Tribunal Constitucional, aprecia inexistencia de la vulneración del juez imparcial porque los dos magistrados no se pronunciaron ni sobre la culpabilidad del recurrente ni sobre la realidad de los hechos. Por su parte el Tribunal Constitucional, en su STC 143/2006, de 8 de mayo, desestimó el amparo considerando que los magistrados no anticiparon ningún juicio sobre la culpabilidad del recurrente.

La Corte recuerda su doctrina respecto a que la presencia en el tribunal de magistrados que han decidido sobre su prisión provisional puede suscitar dudas sobre su imparcialidad, y que aunque la prisión provisional no se puede asimilar a una constancia formal de culpabilidad, sin embargo sí es posible en determinadas circunstancias. Señala en particular que en el caso la Audiencia no se ha limitado a pronunciarse sobre una decisión de prisión previamente adoptada por la vía de recurso (como sucedía en Romero Marín contra España, de 12 de junio de 2006), sino que ha adoptado directamente esa decisión (como en el caso Perote Pellón de 25 de julio de 2002). Además, a diferencia de éste último, no se ha limitado a prorrogar la detención, sino que la ha acordado directamente, modificando la decisión del juez instructor. Así, no se ha limitado a una apreciación sumaria de los hechos, sino que se ha pronunciado sobre la existencia del riesgo de que el recurrente intimide a los testigos. Por ello, la Corte estima que los términos empleados podían hacer pensar al recurrente que existían indicios suficientes de culpabilidad y que, por tanto, tenían una idea preconcebida que les impedía juzgar sobre el fondo, por lo que afirma la violación del artículo 6.1.

Un aspecto adicional que merece ser recalcado es que el recurrente no pretende ninguna indemnización, sino que se limita a pedir la anulación del juicio de la Audiencia Provincial de Valencia, y la Corte recuerda que no está habilitada por la Convención para ordenar la nulidad

de un juicio, y que el Estado es libre en principio, bajo el control del Comité de Ministros, para escoger los medios para cumplir las obligaciones del 46.1 del Convenio.

- c) *No se asegura el derecho del acusado a ser asistido por un defensor si no se asegura la confidencialidad de las relaciones abogado-cliente*

En el asunto **Sakhnovski contra Rusia, de 2 de noviembre de 2010**, el TEDH se pronuncia sobre la eventual vulneración del derecho a la asistencia letrada en el contexto de un proceso penal por un delito grave. El demandante había sido asistido en el proceso penal de primera instancia por un letrado de oficio. Sin embargo, presentado el recurso de apelación, la Corte Suprema le asigna una nueva letrada de oficio con la que sólo mantiene una entrevista a través de videoconferencia quince minutos antes del comienzo de la vista oral, a la que el propio recurrente sólo «asiste» mediante videoconferencia, dada la lejanía a la capital del centro penitenciario en el que permanecía en prisión provisional.

Se plantean así dos motivos distintos de posible vulneración del derecho a un proceso equitativo. En relación con la primera cuestión, el TEDH se limita a indicar que la presencia del acusado en la vista oral a través de videoconferencia no produce necesariamente la violación del artículo 6.1 CEDH si se garantizan el resto de derechos reconocidos en el precepto y el acusado puede seguir la vista sin problema técnico alguno y comunicarse con su abogado durante la misma de forma efectiva y confidencial.

En relación con la segunda cuestión, el TEDH señala que el derecho de un acusado a entrevistarse con su letrado puede verse sometido a muchas limitaciones, pero que debe garantizarse en todo caso, que ambos tengan la oportunidad de entrevistarse por algún medio técnico que asegure la confidencialidad y preparar así de forma adecuada la defensa. En el caso objeto de estudio, tales condiciones no se produjeron, vulnerándose el derecho a la asistencia letrada.

- d) *El derecho al debido proceso y la utilización de pruebas obtenidas por incitación de un agente encubierto a cometer el delito*

En el asunto **Bannikova contra Rusia, de 4 de noviembre de 2010**, el TEDH analizaba la posible vulneración del derecho al debido proceso en un caso en el que la demandante había sido condenada por tráfico de estupefacientes gracias a las pruebas obtenidas por un agente encubierto de la policía rusa que consiguió que le vendiera una importante cantidad de droga.

El TEDH recuerda que si bien el derecho a un juicio justo prohíbe la utilización de pruebas obtenidas previa incitación policial, ese derecho no se vulnera en el caso de que las pruebas sean obtenidas utilizando técnicas de investigación mediante agentes encubiertos. A fin de distinguir entre ambos conceptos, el TEDH enumera una serie de criterios que deben ser tenidos en cuenta: si el delito se habría cometido sin la intervención policial; si la actitud del agente encubierto se limitó únicamente a investigar la actividad delictiva de una forma esencialmente pasiva; si la policía tenía razones serias para pensar que la persona investigada estaba envuelta en alguna actividad delictiva y podía documentar esos motivos, que justificarían la operación encubierta; si los agentes encubiertos se unieron a la banda criminal una vez que se había comenzado a desarrollar la trama delictiva o si participaron desde un inicio en la misma promoviendo de algún modo; si los agentes encubiertos se pusieron en contacto con el delincuente para incitarle a cometer un acto delictivo, o incluso, reiteraron esos contactos tras una primera negativa, presionando de algún modo al investigado.

El TEDH llega a la conclusión de que no se había vulnerado el artículo 6 CEDH, en la medida en que el agente encubierto sólo instó a la demandante a cometer el delito tras tener constancia de que la demandante había vendido droga anteriormente. Además, la demandante pudo plantear de forma adecuada la eventual nulidad de las pruebas así obtenidas ante los tribunales internos y llegando éstos a la conclusión de que no se había producido una incitación a cometer el delito que determinara la necesidad de inadmitir la prueba correspondiente pues la demandante ya había cometido el delito indicado antes de la intervención del agente encubierto.

e) *La falta de celebración de una vista pública en el recurso de apelación, si se valoran hechos nuevos, provoca una lesión del derecho a un proceso justo (condena a España)*

En el asunto **García Hernández contra España, de 16 de noviembre de 2010**, la demandante se quejaba de que su condena en apelación por la Audiencia Provincial se había producido bajo la nueva apreciación de los hechos que ya habían sido declarados probados en primera instancia. La demandante consideraba que esta nueva apreciación había sido efectuada sin la celebración de una audiencia pública y sin la práctica de nuevas pruebas, lesionándose, así, su derecho a beneficiarse de un proceso equitativo.

El TEDH estima que ante un Tribunal de apelación que goza de plena jurisdicción, el artículo 6 CEDH no garantiza necesariamente el derecho a una audiencia pública ni, si tal audiencia tiene lugar, el de asistir en persona a los debates. Y al hilo de recordar otros casos parecidos contra España (Bazo González, de 16 de diciembre de 2008, e Igual Coll, de 10 de marzo de 2009), el TEDH reitera su jurisprudencia en estos temas: una audiencia se revela necesaria cuando la jurisdicción de apelación efectúa una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los reconsidera, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente de Derecho. Esto es, habrá que determinar caso a caso si la jurisdicción encargada de pronunciarse sobre la apelación procedió o no a una nueva apreciación de los elementos de hecho. Y este fue, precisamente el caso sin audiencia a la demandante por lo que el TEDH estima que en este caso se había producido una lesión del artículo 6.1 CEDH.

Destaca especialmente en este asunto, la opinión concurrente del Juez Zupançiq, donde, manifestando que está de acuerdo con la sentencia, considera que habría que insistir al Gobierno español para que éste adoptara una legislación que le permitiera un nuevo proceso, siempre y cuando lo solicitara un demandante en un proceso en el que se hubiera comprobado que hubo una violación del derecho a un proceso equitativo.

f) *Lesión del derecho a un proceso equitativo por la falta de claridad del pronunciamiento de un Jurado*

En **Taxquet contra Bélgica, de 16 de noviembre de 2010**, llevado a cabo ante la Gran Sala, el TEDH se pronuncia sobre la alegación del demandante respecto a que su condena se había basado en un veredicto de culpabilidad emitido por un Jurado que no había incluido ningún tipo de motivación y cuya decisión, conforme a la normativa nacional, no podía ser objeto de recurso ante un organismo competente para conocer todos los aspectos del caso. Aunque el TEDH se pronunció mediante sentencia de 13 de enero de 2009, declarando por unanimidad que se había producido una violación del artículo 6 CEDH, el 5 de junio de 2009 el caso fue remitido a la Gran Sala, a petición del Gobierno belga.

El Tribunal observa en este caso que existen múltiples formas de Jurado en los distintos Estados parte del Consejo de Europa y que esta institución era una forma de involucrar a los ciudadanos en la administración de justicia, en particular en relación con los delitos más graves. Según su jurisprudencia, la falta de un veredicto motivado por parte de una institución como el Jurado no constituía de por sí una violación del derecho del acusado a un juicio justo, pero en el caso del Sr. Taxquet, ni la acusación ni las preguntas dirigidas que el Jurado tenía que responder contenían información suficiente en cuanto a su participación en los delitos de los cuales había sido acusado: la acusación y las preguntas no habían permitido al demandante, al Sr. Taxque, determinar cuál de los elementos de prueba y las circunstancias de hecho discutidos en el juicio habían causado en última instancia el veredicto del Jurado. A lo que se añadía el hecho de que el sistema belga no prevé un recurso ordinario contra las sentencias de un Tribunal con Jurado. En este caso, el TEDH declaró que Bélgica debería pagar una indemnización al demandante, y tomó nota de que se había modificado el Código belga de Procedimiento Penal para permitir a los solicitantes la reapertura de su juicio cuando se declara por el TEDH una violación del Convenio.

D) El derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH)

a) Control de convencionalidad por omisión del legislador. Regulación del aborto ineficaz

Probablemente el caso más importante de este trimestre sea el resuelto en **A, B y C contra Irlanda, de 16 de diciembre de 2010**, pues valora la conformidad con el artículo 8 de la regulación irlandesa de la interrupción del embarazo.

Las demandantes son tres mujeres mayores de edad que viajaron al Reino Unido en 2005 para interrumpir su embarazo, ya que la legislación irlandesa prohíbe la práctica de abortos en su territorio, a no ser que exista riesgo real y evidente para la vida la madre. Además, todavía se mantiene en vigor una Ley de 1861 en virtud de la cual se condena a cadena perpetua a toda aquella mujer embarazada o cualquier tercero que lleve a cabo cualquier acción ilícita con la intención de provocar un aborto. Los motivos por los que cada una de las recurrentes decidieron interrumpir su embarazo fueron muy diversos: por circunstancias socioeconómicas (primer caso), por decisión personal (segundo caso) y por riesgo de su vida y de la del feto (tercer caso).

Las tres mujeres acuden al TEDH alegando que la imposibilidad de abortar en Irlanda hizo el procedimiento innecesariamente costoso, complicado y traumático, así como que esta situación las había estigmatizado y humillado, hasta el punto de que habían arriesgado su salud y, en caso de la tercera demandante, incluso su vida.

El Tribunal rechaza tanto la alegación del artículo 2 del CEDH (porque no se había producido ningún obstáculo legal para que cualquiera de las solicitantes pudiera viajar al extranjero para interrumpir su embarazo) como la del artículo 3 (por entender que la carga psicológica y física sufrida por cada una de ellas como resultado de sus viajes al extranjero para interrumpir su embarazo, no habían sido lo suficientemente graves como para calificarlo como trato inhumano o degradante).

En cuanto a la posible vulneración del artículo 8 CEDH, el Tribunal comienza afirmando que no supone el reconocimiento del derecho al aborto. Sin embargo, la prohibición irlandesa de interrumpir el embarazo sí puede considerarse dentro del ámbito del derecho de las demandantes al respeto de su integridad física y psicológica, es decir, de sus vidas privadas. Por lo que hay que examinar los casos por separado.

Las dos primeras demandantes basaron su demanda en que las restricciones legales a la interrupción del embarazo en Irlanda impiden que pueda abortarse por razones de salud o bien-

estar, vulnerando por ello el derecho al respeto de su vida privada. El Tribunal acepta la existencia de una injerencia en el derecho, pero la considera conforme con la legalidad y con el objetivo legítimo de proteger la moral pública de la sociedad de Irlanda. El Tribunal concluye la existencia de un consenso indiscutible entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre esta materia, pero tal consenso no es, a su juicio, suficiente para reducir decisivamente el amplio margen de apreciación que el Estado disfruta en ese contexto. Así, el Tribunal afirma que ha de respetarse un margen de apreciación nacional para la ponderación de los intereses en conflicto del feto y la madre, interpretación que en un caso similar (sentencia Vo contra Francia, de 8 de julio de 2004) ya había utilizado.

Aplicando el margen de apreciación el Tribunal analiza, por un lado, el derecho de las recurrentes a viajar al extranjero para abortar, así como el derecho a obtener cuidados médicos en Irlanda antes y después del aborto, y, por otro lado, el hecho de que la prohibición en Irlanda de abortar por razones sanitarias o de bienestar se basa en los profundos valores morales del pueblo irlandés en relación con el derecho a la vida del no nacido. Analizando ambos puntos de vista el Tribunal concluyó que la prohibición existente sobre el aborto en Irlanda supone un equilibrio justo entre el derecho de las demandantes a que se respete su vida privada y los derechos invocados en nombre de los no nacidos. Por lo tanto, el Tribunal resuelve, por once votos contra seis, que en este caso no se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio.

Por lo que se refiere al análisis de la situación de la tercera recurrente, el Tribunal comprueba que, por un lado, hasta la fecha no se había aplicado la reforma constitucional que prevé la posibilidad de interrumpir el embarazo siempre que corra riesgo la vida de la madre. Aun reconociendo que el desarrollo legislativo sobre esta materia es una cuestión sensible y compleja, la Corte concluye que no existen procedimientos eficaces y accesibles que permitan determinar si concurren las circunstancias para poder interrumpir el embarazo de forma legal en Irlanda, motivo por el cual considera, de forma unánime, que Irlanda, por omisión legislativa, ha violado el derecho de la recurrente a que se respete su vida privada, reconocida en el artículo 8 del Convenio.

La sentencia tiene varios votos particulares, dos votos particulares concurrentes, que discrepan en la argumentación llevada a cabo por la mayoría del Tribunal, especialmente en lo que se refiere a la interpretación dada en esta sentencia del margen de apreciación nacional; y un voto particular discrepante, suscrito por seis magistrados. El voto particular discrepante considera que, aplicando el principio de proporcionalidad, quedaría acreditada la vulneración del artículo 8 CEDH también en el caso de las dos primeras demandantes. Además, critica el hecho de que la mayoría del Tribunal no haya utilizado el amplio consenso que existe en esta materia para limitar el margen de apreciación nacional.

b) *La ausencia de reconocimiento del matrimonio religioso o de las uniones de hecho no vulnera el derecho a la vida familiar*

En el asunto **Perýfe Yýðýt contra Turquía, de 2 de noviembre de 2010**, semejante al asunto *Muñoz Díaz contra España*, de 8 de diciembre de 2009 (*Justicia Administrativa* n.º 47), el TEDH se pronuncia sobre dos cuestiones de gran relevancia: si la falta de reconocimiento de efectos jurídicos a matrimonios religiosos puede considerarse una vulneración del derecho a la vida familiar; y si la negativa de las autoridades turcas a reconocer el derecho a una pensión de viudedad y el derecho a la asistencia sanitaria de una mujer casada solo religiosamente lesiona el derecho a la igualdad. El asunto se planteaba porque la demandante, a pesar de haber mantenido una relación sentimental monógama de 26 años con el marido ya fallecido, no había contraído matrimonio civil, sino religioso, y la legislación turca sólo reconoce efectos al

matrimonio civil, prohibiendo expresamente la celebración de un matrimonio religioso antes de que se proceda a celebrar el matrimonio civil. Como consecuencia, la demandante cumplía todos los requisitos exigidos por la legislación interna para acceder a la pensión de viudedad y al derecho a la asistencia sanitaria como beneficiaria del derecho de su pareja, con la única salvedad de que no había contraído un matrimonio civil.

Respecto a la primera cuestión, el TEDH considera que la ausencia de reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios religiosos o la falta de reconocimiento de las uniones de hecho no es una lesión al derecho a la vida familiar, reconocido en el artículo 8 CEDH porque la demandante había podido disfrutar de su vida en pareja sin ninguna injerencia del Estado; que había elegido libremente contraer matrimonio religioso, a pesar de poder contraer matrimonio civil; y que el Estado no le había impuesto sanción alguna por contraer matrimonio religioso, a pesar de que la legislación interna exigía contraer previamente matrimonio civil. En ese contexto y tras analizar la variopinta situación de los Estados parte en relación con los matrimonios religiosos y las uniones de hecho, el TEDH señala que no puede entenderse que el artículo 8 CEDH imponga a los Estados la obligación de reconocer efectos jurídicos a los matrimonios religiosos o a formas de convivencia distintas al matrimonio.

Respecto a la segunda cuestión, el razonamiento del TEDH es mucho más matizado. Así, recordando su jurisprudencia anterior recuerda que el acceso a determinadas prestaciones sociales, inclusive las de viudedad, queda protegido por el derecho a la propiedad, reconocido en el artículo 1 del Protocolo adicional. En esa lógica, las disposiciones del artículo 14 CEDH serían aplicables al acceso a las prestaciones sociales, impidiendo a los Estados parte articular un sistema de prestaciones que fuera discriminatorio. El TEDH se centra así en analizar si la negativa de las autoridades turcas a reconocer el matrimonio religioso de la demandante (con las consecuencias que esto llevaba aparejadas en relación con el disfrute de ciertas prestaciones sociales) podía considerarse una discriminación prohibida por el artículo 14 CEDH si carece de justificación objetiva y razonable.

Aplicando esta jurisprudencia al caso objeto de estudio, el TEDH subrayaba que la medida cuestionada perseguía un objetivo legítimo (la laicidad es un principio básico del Estado turco y en el caso para proteger los derechos de las mujeres y erradicar la poligamia) y podía considerarse proporcionada (a diferencia de *Muñoz Díaz contra España* porque en éste quedó claro que la demandante no podía haber contraído matrimonio civil en el momento en que se casó con su marido por el rito gitano por los impedimentos que entonces contemplaba la legislación española) pues la demandante pudo haber contraído un matrimonio civil desde el primer momento y durante 26 años. Además, también a diferencia de en *Muñoz Díaz*, el matrimonio de la demandante no había tenido reconocimiento alguno por parte de las autoridades turcas.

c) *La insuficiente protección de la mujer en casos de violencia doméstica lesiona el derecho a la vida privada*

En **A contra Croacia, de 14 de octubre** (así como en idéntico sentido, **Hajduová contra Eslovaquia, de 30 de noviembre de 2010**), el TEDH condena al Estado como consecuencia de su incapacidad para proteger a la recurrente frente a las agresiones y conducta violenta de su ex-marido producidas a lo largo de 2 años y medio incumpliendo, con ello, las obligaciones positivas derivables del artículo 8. En concreto el Tribunal considera que la fragmentación de los distintos procesos seguidos contra el agresor y la incapacidad de las autoridades para hacer efectivas las medidas protectoras acordadas judicialmente a favor de la recurrente (unidas a las que obligaban al tratamiento psiquiátrico de su ex-marido también incumplidas) colocaron a la recurrente en una situación que le impedía el disfrute de su derecho a la vida privada.

- d) *Revocación de una juez por una decisión del Consejo Superior de la Magistratura basada en hechos privados. ¿Aplicación de las garantías del proceso debido a estos procedimientos disciplinarios?*

El **Caso Ozpinar contra Turquía, de 19 de octubre de 2010**, considera violado el derecho a la vida privada y familiar en un supuesto en que una juez fue revocada de su puesto por una decisión del Consejo Superior de la Magistratura basada en hechos privados. En el curso de un procedimiento seguido tras una denuncia por «un grupo de policías patriotas» contra un procurador y dos jueces, la juez fue sometida a un expediente disciplinario en el que se la reprochaba: habitar en un apartamento con un hombre casado, abogado y padre de cuatro niños, al que supuestamente beneficiaba en los pleitos; haber creado la convicción pública de que además mantenía relaciones íntimas con otros hombres; haber disputado con su madre en el palacio de justicia; irregularidades en el horario de trabajo y otros hechos de parecido tenor. La recurrente denunciaba que estos hechos afectaban a su vida privada y que no había gozado del derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH) frente a la decisión del Consejo; y advertía que todo se basaba en rumores y falsas acusaciones, provocadas realmente por su estilo de vida moderno y chocante —llevar minifalda, maquillarse, vivir separada de su madre...— y no en motivos profesionales. El Gobierno invocaba su amplio margen de apreciación nacional en materia de función pública.

El TEDH subraya que los hechos reprochados a la recurrente mezclaban motivos profesionales con asuntos privados referidos a la imagen que proyectaba a los justiciables. El tribunal reconoce que el estatuto de magistrado puede obligar a sus titulares a una obligación de decoro, discreción y reserva, a unos deberes deontológicos que se introduzcan en la vida privada para no dañar la reputación e imagen judiciales. Pero ello no hace que los titulares de la magistratura dejen de ser individuos dotados de derechos fundamentales. La Corte remarca la buena carrera de la magistrada y su promoción excepcional, y que fue obligada a contestar a cuestiones privadas a lo largo del expediente disciplinario. Advierte que un expediente basado en tales motivos debe contener suficientes garantías frente a la arbitrariedad de las que la demandante no parece haberse beneficiado. Y de todo esto concluye que la finalidad de la medida pudo ser legítima, pero que la interferencia resultaba desproporcionada.

Un voto concurrente abre un interesante debate y razona con buen criterio que la cuestión debió verse también desde el ángulo del derecho de defensa del artículo 6 CEDH. En suma que el procedimiento disciplinario ante el Consejo Superior de la Magistratura, en el que se dilucidaba la revocación de ejercicio de una función por una autoridad independiente, no gozaba de las suficientes garantías y, pese a no ser judicial en sentido estricto, debieron aplicarse al mismo las garantías del proceso debido. Conviene recordar que la expresión «tribunal» posee un sentido material y autónomo en el marco del Convenio, y que el Consejo es un órgano independiente y formado por magistrados.

- e) *No lesión de la vida privada y del derecho a la igualdad cuando la transexualidad no ha jugado un papel determinante a la hora de limitar un régimen de visitas en un proceso de divorcio*

En el asunto **P.V. contra España, de 30 de noviembre de 2010**, la demandante se queja de que su transexualidad (el cambio de sexo masculino al sexo femenino) ha pesado de manera determinante en la decisión judicial de restringir el régimen de visitas a su hijo.

En abril de 2002 un juez de primera Instancia declaró la separación de hecho de los cónyuges y homologó el convenio al que habían llegado de mutuo acuerdo antes de la separación,

conforme al cual la custodia se atribuyó a la madre y la patria potestad a ambos, con un régimen de visitas a favor del padre de dos fines de semana al mes y la mitad de las vacaciones escolares. Años más tarde, en el 2004, la madre solicitó la privación de la patria potestad para el padre (la demandante), así como la suspensión del régimen de visitas bajo la argumentación del cambio de sexo del mismo. En este caso, el Juez, a pesar de confirmar la patria potestad conjunta, restringió el régimen de visitas, tras el Informe médico que consideraba que el padre sufría de inestabilidad emocional y aconsejaba un régimen de visitas progresivo. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo interpuesto en su Sentencia de 22 de diciembre de 2008, avalando que la decisión judicial se adoptó en interés del menor y no como consecuencia de la transexualidad de la recurrente.

En este caso, aunque el TEDH observa que la transexualidad del padre se encuentra en el origen del procedimiento de modificación de las medidas acordadas inicialmente en el juicio de separación, y aunque señala que «cuando la orientación sexual está en juego, hacen falta razones particularmente graves y convincentes para justificar una diferencia de trato», concluye que en el presente caso «Es el interés del niño lo que ha primado en la toma de decisión». Por lo que no habría lesión del derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 CEDH.

E) Libertad religiosa (artículo 9 CEDH)

a) *El derecho de un preso a seguir una dieta conforme a sus creencias religiosas puede estar amparado por el artículo 9 CEDH*

En **Jakóbsky contra Polonia, de 7 de diciembre de 2010**, el recurrente pidió en diversas ocasiones a las autoridades carcelarias de Polonia que se le permitiera seguir una alimentación vegetariana ya que era budista. Dicha petición nunca fue atendida. Aunque fue trasladado a diferentes centros carcelarios, y pese a su insistencia ante diversas autoridades, su petición fue reiteradamente desatendida.

Al respecto, el TEDH afirma que, si bien el artículo 9 CEDH no protege cualquier acto motivado por creencias religiosas, el seguimiento de una determinada dieta alimenticia puede considerarse una expresión directa de dichas creencias. En este caso, por tanto, la petición del recluso trae causa de su religión y no era irrazonable. Además, aunque suponía un coste adicional para el Estado y una carga no prevista para el personal de la cocina, tan solo solicitaba una dieta vegetariana. Por tanto, su comida no precisaba ser cocinada ni servida de una determinada manera, ni requería productos especiales. En consecuencia, hubo una violación del artículo 9 CEDH. De este modo el TEDH considera que los presos pueden tener derecho a recibir una determinada dieta, si bien no sería en principio una regla aplicable a cualquier supuesto, ya que la propia sentencia toma en consideración la importancia cuantitativa del budismo, así como el escaso esfuerzo que una dieta vegetariana implica para una prisión.

b) *Discriminación por denegar la suscripción de acuerdos entre el Estado y algunas comunidades religiosas (artículos 9 y 14 CEDH)*

En diciembre del 2004 el gobierno croata fijó los criterios para que las comunidades religiosas pudieran concluir acuerdos que les permitieran celebrar matrimonios con plena validez jurídica, e impartir su religión en las escuelas y guarderías públicas. Conforme a dichos criterios se exigía tener un mínimo de 6.000 feligreses o ser una comunidad religiosa activa en Croacia desde 1941. Dado que los recurrentes no cumplían dichos requisitos, su petición de suscribir los acuerdos fue rechazada por el Gobierno croata. Sin embargo, la Iglesia Búlgara Ortodoxa, la Iglesia católica antigua Croata y la Iglesia Ortodoxa Macedonia suscribieron diversos acuerdos con el Gobierno, pese a que tampoco cumplían los requisitos legales.

El TEDH en **Savez Crkava «Riječ Života» y otros contra Croacia, de 9 de diciembre de 2010**, recuerda que, en principio, no supone una violación de los artículos 9 y 14 del Convenio, la conclusión de acuerdos entre un Estado y concretas comunidades religiosas, siempre que haya una razón objetiva y razonable para otorgarle un trato diferente frente a otras comunidades. Ahora bien, los criterios que permiten que a una comunidad religiosa no se le concedan los mismos privilegios que al resto deben someterse a un escrutinio especialmente riguroso. (Testigos de Jehová y otros contra Austria, de 31 de Julio de 2008).

En este caso, el gobierno croata afirma que las iglesias que concluyeron los acuerdos sin cumplir los requisitos legales eran «comunidades religiosas históricas propias de la cultura europea». Sin embargo, el gobierno no explica por qué las comunidades excluidas no pertenecían a dicho grupo, pese a formar parte de las llamadas iglesias reformistas. Dicha consideración es suficiente para afirmar que se ha producido una violación de los artículos 9 y 14 CEDH, ya que la negativa del gobierno a la hora de suscribir un convenio con los recurrentes carecía de una justificación objetiva y razonable.

F) Libertad de expresión (artículo 10 CEDH)

a) Intimidad de personas con proyección política que no ocupan cargos públicos

En **Saaristo y otros contra Finlandia, de 12 de octubre**, se muestra la dificultad para establecer categorías a la hora de determinar la extensión de los límites a la libertad de expresión en relación con personas con proyección pública. En concreto se plantea el caso de la sanción impuesta a los recurrentes (el redactor de la noticia y el editor de la revista) por publicar datos de la vida privada del director de la campaña presidencial de uno de los candidatos. En concreto tales datos se refieren al hecho de que su pareja había sido previamente el marido de una reportera política que incluso había moderado debates entre candidatos en otras campañas presidenciales.

El supuesto coloca al TEDH en una situación complicada desde el punto de vista de la coherencia de su jurisprudencia. En efecto, como ha declarado en reiteradas ocasiones la protección de la libertad de expresión es una de las garantías básicas de la democracia por lo que cuando se ejerce a través de la prensa (como era el caso) y sobre asuntos de interés general, en especial político electoral (y no cabe duda de que también reunía ese interés) debe disfrutar de la máxima protección permitiendo la transmisión de mensajes provocativos, inquietantes o no bien recibidos por la sociedad o por las personas afectadas. Ahora bien, el sujeto que debía sufrir este tipo de mensajes era habitualmente el que ocupaba un cargo público o quien competía para ello. En este caso no se produce tal cosa. Los sujetos que sufren la publicidad de datos de la vida privada no se presentan a ningún puesto electivo, sino que son simplemente la jefe de campaña (y su marido) de un candidato por lo que sólo debería sufrir limitaciones al ejercicio de sus derechos en relación con la propia función desempeñada; lo que, en principio, estaría muy alejado de la identidad de la pareja o de las anteriores matrimonios de ésta. El TEDH resuelve la cuestión con bastante elegancia argumentativa al considerar que aunque la afectada no es exactamente ni un funcionario ni un político «en sentido tradicional», tampoco es una persona privada teniendo en cuenta sus funciones en el desarrollo de la campaña presidencial. De hecho, al asumir el puesto, tenía que haber sido consciente de que su persona despertaría interés público y que el ámbito de protección de su vida privada se vería reducido. De este modo los tribunales nacionales no habrían tenido en cuenta «la naturaleza política de sus funciones» a la hora de valorar el conflicto entre libertad de expresión e intimidad. Quizás no totalmente satisfecho con la construcción realizada, el TEDH añade dos argumentos ulteriores (pero que se antojan residuales en la determinación de la *ratio decidendi*): los hechos transmitidos contribuían al debate en una materia de interés público en cuanto «una forma de información sobre el

contexto político» (lo que permite alejar la solución del caso del famoso asunto Carolina —**von Hannover contra Alemania, de 24 de junio de 2004**—) y la sanción impuesta a los recurrentes (5.000 euros) resultaba desproporcionada en función de la cuantía máxima (17.000 euros) jamás impuesta en el Estado parte en este tipo de pleitos.

b) Lesión por revocación arbitraria de licencia de radio

El TEDH declara la violación del artículo 10 del convenio como consecuencia de la revocación de una licencia para la emisión de contenidos radiofónicos. En **Nur Radyo Ve Televizyon Yayını v. Turkey (no. 2), de 12 de octubre**, el Tribunal entiende contraria al Convenio la decisión de revocar la licencia a la sociedad recurrente para emitir como consecuencia de sucesivas condenas por falta de respeto continuada al principio de secularismo y por la realización de discursos del odio. Igualmente se achacaba a la compañía la emisión pirata de programas tras la retirada de la licencia. El TEDH realiza una extraña aproximación a la cuestión que, ciertamente, es muy delicada. En concreto sostiene que la decisión definitiva de retirada de la licencia para emitir es consecuencia de la imputación a la compañía de la emisión de un programa pirata cosa que nunca fue probada en los tribunales. Por ello, aunque efectivamente hubiera seis prohibiciones previas basadas en la exposición de discursos del odio o en la falta de respeto al principio de secularismo, lo relevante era que la séptima y última infracción imputada resultaba arbitraria y con ello lesiva del derecho a transmitir información. La decisión deja abierta la cuestión más importante: cuáles son los límites a la libertad de las agencias estatales para retirar licencias como consecuencia de la emisión de contenidos contrarios al ordenamiento jurídico. Parece que el planteamiento del TEDH va ser bastante estricto en la medida en que afirma la existencia de muy poco margen de apreciación nacional y que introduce como primer límite la prohibición de todo acto que pudiera tachar de arbitraria la retirada de una licencia.

*c) La libertad de expresión no incluye un derecho al insulto.
Distinción entre hechos y juicios de valor*

Andrushko contra Rusia, de 14 de octubre, una sentencia que podría fácilmente pasar desapercibida (no aparece como relevante en la base de datos del Consejo de Europa y no fue objeto de anuncio previo e individualizado sino junto a otros 13 casos), permite al TEDH aclarar algunos puntos oscuros e importantes de su jurisprudencia en materia de libertad de expresión en temas donde las posiciones de la jurisprudencia europea y la del Tribunal Constitucional eran parcialmente divergentes.

En primera lugar, y por primera vez, declara con claridad la imposibilidad de que la libertad de expresión tutele la profusión de insultos (inexistencia de un derecho al insulto reconocida en España desde la STC 105/1990) ni siquiera durante una campaña electoral. El caso no plantea ninguna cuestión importante. El TEDH recoge coherentemente su jurisprudencia para destacar el carácter superprotegido de la libertad de expresión de candidatos en el marco de una campaña (protección de la *political speech*) en especial respecto a otros candidatos (que aceptan con su candidatura la exposición a mayores riesgos para sus derechos). Igualmente recoge la idea, ya bastante clara en su jurisprudencia, de que aunque se trate de unas valoraciones o juicios de valor el que éstos se asienten en una «base fáctica suficiente» es un criterio importante a la hora de establecer posibles responsabilidades. Finalmente, y aquí es donde se encuentra la interesante novedad (párrafo 48), el TEDH declara que «la expresión o publicación de una opinión puede ser también excesiva, en particular si su único propósito es insultar. Debe establecerse una clara distinción entre crítica e insulto». Si bien, y en tono casi justificatorio de una jurisprudencia enormemente discutible y criticada en esta revista (*vid. Lopes Gomes da Silva contra*

Portugal, de 28 de septiembre de 2000), reconoce que a menudo no es fácil diferenciarlos en el marco de un debate político agrio. En el supuesto planteado, aunque las afirmaciones puedan considerarse polémicas, lo cierto es que no llegaban «al insulto ni constituían ataques personales gratuitos».

La segunda cuestión relevante, aclarada suficientemente en esta sentencia, atañe a la distinción entre hechos y juicios de valor. Esta distinción en la jurisprudencia constitucional española supone la diferenciación entre la libertad de expresión (predominio de juicios de valor en el mensaje transmitido) y la libertad de información (predominio de la imputación de hechos). En la primera, la *exceptio veritatis* no opera (las opiniones no son susceptibles de prueba) y en la segunda sí. El TEDH aclara en los párrafos 50 y ss. su posición en la que debe garantizarse el derecho de toda persona a probar que «la base fáctica de sus expresiones era verdad» de modo que si no se previera un mecanismo procesal para ello también se lesionaría la libertad de expresión (en nuestro país es bien conocida esta doctrina desde **Castells contra España, de 23 de abril de 1992**, pero sólo cuando se tratara de predominio de hechos, esto es, de ejercicio de la libertad de información y no de la libertad de expresión). De este modo, al enjuiciar un supuesto de libertad de expresión se ha de tener en cuenta la base fáctica sobre la que se asientan las opiniones expresadas. Las opiniones en sí mismas no deberán ser probadas (so pena de ser una prueba diabólica), pero los hechos sobre los que se asientan tales opiniones sí podrán serlo, es más deberán existir mecanismos para canalizar tal prueba. De esta manera, si los hechos son ciertos el grado de crítica realizable en ejercicio de la libertad de opinión podrá ser mayor. En fin, en el supuesto, el TEDH considera violado el artículo 10 como consecuencia de que las autoridades rusas, entre otras cosas, «renunciaron a distinguir entre juicios de valor y afirmaciones de hecho y no confirieron suficientes garantías procedimentales al recurrente para asegurar que tuviera una oportunidad realista de probar que las imputaciones por ella publicadas tenían suficiente base fáctica» (párrafo 57). A partir de esta decisión, parecería razonable que el Tribunal Constitucional español superara su artificial distinción entre libertad de expresión y libertad de información sobre la base de la existencia de un predominio de juicios de valor o de hechos pues ambos se presentan mezclados en toda comunicación encontrándose la clave de la distinción entre ambas libertades en otros criterios más vinculados a la trascendencia pública de la cuestión debatida.

d) Retirada de un periódico de propiedad municipal que contenía un artículo molesto sobre la venta irregular de unas acciones (artículo 10 CEDH)

El **Caso Saliyev contra Rusia, de 21 de octubre de 2010**, analiza un supuesto donde el recurrente, presidente de una organización no gubernamental, publicó un artículo en un periódico, de propiedad municipal, en el que denunciaba que la compra de acciones de una compañía local de energía era ilegal e informaba de que en el turbio asunto estaba implicado uno de los líderes del partido político en el gobierno, un alto oficial. El editor del periódico aceptó la publicación. Tras proceder a la distribución del periódico, pero poco después fueron retiradas y destruidas. El Gobierno demandado imputaba la retirada al editor, quien dimitió poco después de los hechos alegando la imposibilidad de cumplir correctamente sus funciones. El recurrente razonaba en la demanda que la retirada o secuestro del periódico se debía a razones políticas. Y el Tribunal estima violado el Convenio tras efectuar un medido razonamiento lógico, una prueba indirecta o por indicios de la interferencia de las autoridades públicas en la libertad de expresión del actor.

El TEDH reitera que los periódicos deben ser libres de ejercer su discrecionalidad editorial, decidiendo qué artículos y cartas publican a través de sus propios editores. Y el Estado tiene la obligación de asegurar esta libertad individual. Esta aproximación de la Corte puede

ser diferente en una situación de monopolio de hecho o de derecho, especialmente gubernamental, donde pueden venir reforzadas las garantías de pluralismo en el servicio público, cosa que, sin embargo, no ocurría en el caso. De hecho el supuesto no se refiere al derecho de acceso a la prensa sino a una interferencia posterior en la libertad de expresión pues el artículo estaba ya en el dominio público. La Corte concluye que los periódicos fueron secuestrados a causa del contenido crítico y de denuncia del artículo, a pesar de que el editor según testificó los consideraba de interés público. Las partes discrepan sobre quién ordenó el secuestro pero el TEDH acepta la opinión de los tribunales domésticos que estimaron que fue el editor. La independencia de éste estaba limitada por su directa relación con el ayuntamiento y con su línea política; extremo que hace pensar que el editor actuó como un agente del gobierno local. La interferencia de una autoridad pública en la libertad de expresión es cierta, pues se trataba de unos contenidos de gran interés público, razonablemente apoyados en documentos y hechos, y expresados de forma aceptable. El tipo de discurso —crítico y de denuncia— que demanda una especial protección bajo el artículo 10 CEDH. La cuestión es si violaba los derechos fundamentales de terceros. Los tribunales nacionales entendieron que debían prevalecer los derechos del empresario a retirar las copias, pero no ponderaron la libertad de expresión del actor, creyendo que se trataba de una «situación de negocio». Una decisión pues que no estaba debidamente justificada. El secuestro fue una medida que no resultaba necesaria y violó el artículo 10 CEDH.

G) Libertad de reunión y asociación (artículo 11 CEDH)

- a) *Despido de un trabajador por participar en un piquete que no vulnera el artículo 11 del Convenio al no haber seguido el procedimiento legal de declaración de huelga*

En **Trofimchuk contra Ucrania, de 28 de octubre de 2010**, se discute un despido como consecuencia de la participación en un piquete. La Corte considera que esa participación suponía el ejercicio del derecho de reunión y que, en consecuencia, forma parte del artículo 11 del Convenio, y que aunque el despido no fue formalmente por esa participación, sino por su ausencia durante dos horas del trabajo, teniendo en cuenta que el piquete se dirigió directamente contra el empleador y concernía a las condiciones del trabajo, separar su participación en ese piquete de su despido por la ausencia de dos horas del trabajo es «demasiado formalista y contrario al principio de la práctica y efectiva aplicación del Convenio». Sin embargo, el recurrente no siguió el procedimiento legal de declaración de huelga, por lo que el tribunal considera que no existe vulneración del artículo 11.

- b) *Alcance del consenso europeo sobre los derechos de los homosexuales como minoría: el derecho a hacer campañas para el reconocimiento de los derechos: prohibiciones reiteradas de manifestación el día del orgullo gay*

En el importante **Caso Alekseyev contra Rusia, de 21 de octubre de 2010**, el TEDH estima una violación del derecho de reunión pacífica a causa de la reiterada prohibición de una manifestación del llamado «día del orgullo gay» durante tres años. El recurrente y otras personas organizaron una marcha contra la discriminación de la minoría gay y lesbiana en Rusia, promoviendo el respeto de sus derechos y la tolerancia, y celebrando también el día de la abolición de la responsabilidad penal en Rusia por actos homosexuales. El Alcalde de Moscú prohibió el acto alegando que la homosexualidad era algo *contra natura*, y que si autorizaba la manifestación estaría actuando contra la salud y la moral, y despreciando los derechos de numerosas personas que habían pedido que la manifestación se prohibiera. La Constitución federal (ar-

título 55, §3) permite restringir los derechos fundamentales por ley para proteger los principios constitucionales, la moral y la salud públicas.

El TEDH trae primero a colación, dos fuentes externas, la **Recomendación del Comité de Ministros CM/Rec (2010) 5** del Consejo de Europa que exhorta a los Estados miembros a adoptar medidas para combatir la discriminación en el terreno de la orientación sexual y de la identidad de género, que recomienda expresamente asegurarse del respeto del derecho de reunión pacífica; y una decisión de 2006 del Comisionado para los Derechos Humanos, dictada en San Petesburgo, sobre el ejercicio del derecho de manifestación. Y, seguidamente, estima violado el artículo 11 CEDH.

Frente a la alegación de un amplio margen de apreciación nacional en este punto y la pretendida ausencia de un consenso europeo en materia de reconocimiento de la homosexualidad, la Corte advierte de la interferencia indebida en el derecho de asociación y manifestación. Remarca la importancia de la tolerancia, del pluralismo y de la amplitud de mente (*broadmindedness*) en el orden público europeo y en las sociedades democráticas. Rechaza que manifestarse el día del orgullo gay constituya un riesgo de desordenes públicos. Y añade, además, que el simple riesgo de tensiones o desórdenes, a causa de contramanifestaciones de grupos opuestos, no autoriza una medida tan radical como es la prohibición absoluta de una manifestación, sino que obliga a que la policía adopte medidas de seguridad de los manifestantes, o, a lo sumo, justificaría algunas restricciones. La prohibición fue desproporcionada.

No puede privarse a una sociedad —se afirma— de la oportunidad de oír diferentes voces en una cuestión que ofenda a la sensibilidad de la mayoría (§55) por chocantes e inaceptables que ciertos puntos de vista puedan parecer a las autoridades, las interferencias en las libertades de reunión y manifestación hacen un flaco servicio a la democracia y a menudo la ponen en peligro (§58). Sería incompatible con los valores del sistema del Convenio que el ejercicio de los derechos de un grupo minoritario se condicionara a ser aceptados por la mayoría, pues los convertiría en meros derechos teóricos e ilusorios (§59).

La Corte tampoco acepta un amplio margen de apreciación nacional a la hora de garantizar los derechos civiles de gay y lesbianas a causa de la supuesta falta de consenso europeo (§61). Con decisión, el TEDH estima que, por el contrario existe un consenso, derivado de su propia jurisprudencia y que sistematiza y repasa con detalle: en la abolición de la responsabilidad criminal por las relaciones homosexuales entre adultos, en el acceso de los homosexuales a las fuerzas armadas, en garantizarles derechos como padres, en su igualdad ante los impuestos y en los derechos sucesorios y en la igualdad en la edad del consentimiento para las relaciones íntimas entre homosexuales y heterosexuales.

Por el contrario, el Tribunal admite que no existe un consenso europeo en sendos terrenos donde sí existe un margen de apreciación nacional: en la garantía de los derechos de adopción de padres homosexuales y en su derecho a contraer matrimonio.

Pero esta falta de consenso europeo no es relevante en este caso, porque conceder derechos fundamentales sustantivos a los homosexuales es diferente del *derecho a hacer campaña para que les sean reconocidos tales derechos*. Es inaceptable un margen de apreciación nacional en este terreno.

H) Derecho a contraer matrimonio (artículo 12 CEDH)

a) *Imposición de condiciones a los extranjeros que en la práctica impiden el derecho*

En **O'Donoghue y otros contra el Reino Unido, de 14 de diciembre de 2010**, se cuestionan los sucesivos regímenes legales que el Reino Unido ha aplicado desde 2004 a los matrimonios

de extranjeros de terceros Estados, con el fin de evitar los matrimonios de conveniencia. Estos regímenes fueron sucesivamente aplicados a los recurrentes, motivo por el cual no consiguieron casarse hasta finales del 2008.

El TEDH afirma que cabe establecer limitaciones al derecho a contraer matrimonio, entre otras razones, para prevenir los matrimonios de conveniencia que pretendan eludir la normativa de inmigración. Ahora bien, ninguna ley puede privar a ninguna persona o categoría de personas de la capacidad jurídica para contraer matrimonio con la persona de su elección. Y en este caso no parece que el objetivo de la normativa fuera evitar los matrimonios de conveniencia.

En este sentido, a las personas con permiso de residencia no se les requería información alguna sobre su matrimonio. Además, en el segundo régimen se denegaba el derecho a contraer matrimonio a todas las personas sin permiso de residencia (el primer régimen era aún más restrictivo). Si bien puede existir la sospecha de que es un colectivo más proclive a los matrimonios de conveniencia, extremo por otra parte no demostrado, no se les puede negar el derecho al matrimonio. Asimismo, la imposición de una tasa elevada puede impedir en la práctica el ejercicio de dicho derecho. Al respecto el TEDH considera que pedir 295 libras esterlinas a un colectivo que suele tener bajos ingresos o al que, incluso, no se le permite acceder al mercado laboral, puede impedir el derecho al matrimonio. Incluso aunque se prevea que dicha cantidad se reembolse, sigue siendo un poderoso obstáculo al derecho al matrimonio. Por tanto, todos y cada uno de los regímenes jurídicos que se discuten en la sentencia constituyen una violación del artículo 12 CEDH. Asimismo, también fue vulnerado el artículo 14 CEDH, al producirse una discriminación por motivos religiosos en el primer régimen, y por motivos de nacionalidad y pobreza en todos los supuestos.

I) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH)

a) *Igualdad y derecho a la vida privada familiar. Prohibición de discriminación en el permiso de paternidad (cambio en la jurisprudencia)*

En **Konstantin Markin contra Rusia, de 7 de octubre de 2010**, el TEDH condena al Estado por discriminación en la regulación y aplicación de las reglas relativas al permiso de paternidad en el Ejército. El recurrente solicitó disfrutar el permiso de paternidad que le correspondía en relación con sus tres hijos al divorciarse y quedar éstos bajo su custodia. La petición (que implicaba un permiso de 3 años) fue rechazada al pedirlo el padre y no la madre. La corte constitucional rusa justificaba la decisión en la medida en que el permiso de maternidad tenía como finalidad la recuperación de la madre tras el parto y en los perniciosos efectos del permiso para la operatividad de las fuerzas armadas.

El TEDH comienza sosteniendo que la regulación del permiso de paternidad no es una obligación derivable del derecho a la vida privada familiar. Sin embargo, sí es una exigencia del Convenio evitar la discriminación en razón de sexo en el supuesto en el que, libremente, el Estado miembro decida regularlo. En tal sentido recuerda que cualquier discriminación por razón de sexo deberá sufrir un examen particularmente duro en cuanto la superación de las discriminaciones por razón de sexo es una de las finalidades esenciales del Consejo de Europa. Desde el punto de vista de la eventual justificación objetiva de la discriminación, no puede sostenerse que el permiso cumpla la función de permitir la recuperación de la madre tras el parto, sino que tiene como finalidad un momento posterior al del parto para poder cuidar personalmente a los hijos durante los primeros años de su vida. En el desarrollo de esta tarea la posición de los padres es muy similar con independencia de su sexo.

El TEDH se separa aquí de su jurisprudencia (sentada en **Petrovic contra Austria, de 28 de febrero de 1998**) en la que reconocía un amplio margen de apreciación a los Estados a la

hora de regular esta materia. El motivo fundamental es la evolución legislativa en los Estados miembros. Existe, ahora, un consenso común europeo en el sentido de hacer posible que tanto el padre como la madre puedan solicitar y obtener el permiso de paternidad, lo que, a juicio del Tribunal, supone que la sociedad europea se ha movido hacia una mayor igualdad en el desarrollo de la tarea de educar a los hijos, habiendo ganado reconocimiento el papel de los padres en ella.

El hecho de que el recurrente fuera militar no cambia la situación en el caso, aunque en supuestos anteriores haya admitido restricciones a los derechos como consecuencia de la integración de los recurrentes en las fuerzas armadas, pues el margen de apreciación nacional es menor en el caso de las restricciones al artículo 8. Así, el TEDH no admite que la concesión del permiso de paternidad condicione de manera grave la eficacia y operatividad de las fuerzas armadas, no constando ninguna prueba de tal efecto negativo. En este punto se produce la disidencia de uno de los jueces que, entre otros argumentos, sustenta que la presencia de un trato diferencial positivo a favor de las mujeres en el ejército puede tener una suficiente justificación no discriminatoria para los varones a quienes se les deniegue el acceso al mismo.

b) Discriminación por razón de nacionalidad en la negativa a conceder una ayuda para familias numerosas a una familia de refugiados por carecer de la nacionalidad griega (artículo 8 en relación con el 14 CEDH)

En **Saidoun y Fawsie ambos contra Grecia, de 28 de octubre de 2010**, se enjuicia el caso de dos familias de refugiados a las que se deniega una petición de una vivienda destinada a familias numerosas por no poseer la nacionalidad griega ni la condición de ciudadana de la Unión Europea ni tratarse de una refugiada de origen griego de acuerdo a la normativa entonces vigente en Grecia. El 15 de enero de 2008 se modifica la ley para igualar a todos los refugiados en este aspecto.

La Corte señala que en asuntos similares como el caso Okpisz de 25 de octubre de 2005 y en Weller contra Hungría de 31 de marzo de 2009, ambos referidos a prestaciones sociales para familias de extranjeros, ha declarado que existía vulneración del artículo 8 combinado con el 14 porque el Estado no había dado una justificación razonable a la exclusión de ciertas categorías de extranjeros fundadas exclusivamente en su nacionalidad, y recuerda que solo consideraciones de peso pueden hacer compatible una diferencia de trato basada exclusivamente en la nacionalidad con la Convención *Gaygusuz contra Austria* de 16 de septiembre de 1996.

A continuación señala que el artículo 23.1 de la Convención de Ginebra obliga a los Estados a conceder a los refugiados que viven en su territorio el mismo tratamiento en materia de asistencia y ayudas públicas que a los nacionales y considera que la decisión del Consejo de Estado basada «en la necesidad de proteger y promover la nación griega» no es una justificación razonable, y que, en consecuencia, existe vulneración del artículo 8 en combinación con el 14.

J) Derecho a la propiedad (artículo 1, Protocolo 1)

a) Derecho al goce pacífico de las posesiones: ausencia de medidas de compensación o redención por Rusia de bonos estatales comprados por un particular a la URSS

El **Caso Yuriy Lobatov contra Rusia, de 2 de diciembre de 2010**, analiza el siguiente supuesto de hecho ligado a la manifiesta violación de los derechos de propiedad y al respeto del goce pacífico de los bienes recogidos en el artículo 1, Protocolo 1. El recurrente compró bonos

del Estado de la URSS en 1982, destinados a financiar ciertos programas y que podían ser reembolsados en cualquier momento durante el plazo de 20 años a un interés del 3%, por una cantidad de dinero que nunca le fue compensada ni devuelta por Rusia que sucedió como sujeto a aquella desaparecida República.

El TEDH encuentra similar el caso a **Suljgaric contra Bosnia Herzegovina, de 3 de noviembre de 2009**, donde se suscitaba la responsabilidad de este Estado respecto de unos bonos emitidos por la extinta Yugoslavia. La Corte declara enjuiciable el asunto tras declarar su admisibilidad *ratione temporis*, *ratione materiae* y *ratione personis*, habida cuenta de que la República Rusa confirmó expresamente su condición de sucesor respecto de las obligaciones de la antigua URSS respecto de estos bonos y de que distintas normas regularon el supuesto. Y, a continuación, se recuerdan las obligaciones negativas y positivas que derivan del artículo 1, Protocolo 1, y que los derechos de posesión allí reconocidos incluyen el derecho a alguna forma de compensación o reembolso de estos bonos estatales que fueron comprados por particulares. El Tribunal admite que durante la tumultuosa transición y la crisis económica de 1998 el Estado Ruso concediera prioridad al pago de necesidades urgentes referidas a los servicios públicos antes que a reclamaciones meramente pecuniarias, pues éste fue un fin legítimo basado en un interés público. Pero en cualquier Estado de Derecho (*Rule of Law*) bajo el *CEDH* y los principios reconocidos en el artículo 1, Protocolo 1, el Estado debe asimismo respetar las leyes y asegurarse de un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados. Desde esta perspectiva, las autoridades rusas impusieron sucesivas limitaciones al reembolso o redención de estos bonos comprados en 1982 y durante muchos años fallaron a la hora de permitir el ejercicio de los derechos por los particulares afectados.

Un voto concurrente discrepa del razonamiento, si bien admite la violación del derecho. Se afirma que el caso debió ser analizado únicamente desde la perspectiva de las obligaciones positivas de los Estados reconocidos en el artículo 1, Protocolo 1: fue la ausencia de una regulación adecuada lo que hizo imposible la redención de los bonos.

- b) *Las costas procesales derivadas de un proceso en el que no se está de acuerdo con la cantidad derivada de una expropiación no podrán ser mayores que la cantidad concedida en la expropiación*

En el asunto **Perdigao contra Portugal, de 16 de noviembre de 2010**, donde el TEDH, en Gran Sala, consideró que se había producido la lesión del derecho a la propiedad porque la indemnización concedida a los demandantes por la expropiación de sus tierras fue menor que las tasas judiciales que tuvieron que pagar en un procedimiento judicial en el que se había impugnado el importe de la compensación. Aquí el TEDH señaló que, aunque no iba a examinar el método de cálculo de la indemnización por parte de los Tribunales portugueses, resultaba paradójico y, por lo tanto debía considerarse que «un Estado no puede quitar con una mano —en las tasas judiciales— más de lo que había concedido con la otra».

K) Derecho a la participación en elecciones libres (artículo 3, Protocolo 1)

- a) *Límites legítimos a la presentación de candidaturas.
Aplicación de doctrina consolidada*

Tras la anulación por el TS en aplicación del artículo 12 LOPP de 133 de las candidaturas presentadas por ANV a distintos comicios electorales, y tras la posterior confirmación por el Tribunal Constitucional de la corrección de los procedimientos seguidos con el artículo 23 CE,

ANV presentó demanda ante el TEDH por la supuesta vulneración del artículo 3, Protocolo núm. 1, al CEDH y los artículos 10 y 11 CEDH.

En su sentencia **Eusko Abertzale Ekintza - Acción Nacionalista Vasca, de 7 de diciembre de 2010**, el Tribunal recuerda los principios generales relativos a los posibles límites que el Estado pueda establecer al derecho a participar en unas elecciones libres y, concretamente, transcribe los párrafos 57 y 51 de la sentencia **caso Etxebarria y otros contra España, de 6 de noviembre de 2009**.

Así, en síntesis, respecto del concepto de limitación implícita al derecho de participación en unas elecciones libres (**STEDH Gitonas y otros contra Grecia, de 1 de julio de 1997**) el TEDH recuerda que prescinde del análisis del concepto de necesidad que sí debe concurrir en las restricciones previstas en los artículos 8 a 11 CEDH. En cambio, respecto del artículo 3, Protocolo núm. 1, los elementos a tener en cuenta son que las medidas sean proporcionadas y que las limitaciones no sean una negación total del derecho a la libertad de la expresión de la opinión pública. Asimismo, se recuerda que respecto de la vertiente pasiva del derecho a sufragio, el TEDH se limita a verificar la ausencia de arbitrariedad de los procedimientos internos que llevan a negar la posibilidad de ser elegida a una determinada persona.

Conforme a estos principios generales, el TEDH estima que la medida de anulación de las candidaturas responde a la aplicación de unas medidas prevista en una ley suficientemente previsible y accesible (artículo 12 LOPP), que persigue un fin legítimo como es evitar la utilización de un partido político para perseguir las actividades de un partido político ya disuelto tras ser considerado ilegal, finalidad que es compatible con la protección del orden democrático al que el CEDH pretende servir. Asimismo, la medida es proporcionada ya que se adoptó tras tomar en consideración y ponderar numerosos elementos e informaciones en manos de los poderes públicos. Por último, el Tribunal concluye que los procedimientos seguidos para proceder a la efectiva anulación de las candidaturas se siguieron respetando todas las garantías requeridas. En definitiva, el TEDH consideró que el artículo 3, Protocolo núm. 1, no había sido vulnerado en este supuesto.

En el ámbito de la participación política merece también la pena citar el caso **HADEP y Demir contra Turquía, de 14 de diciembre de 2010**. Los recurrentes forman parte del partido HADEP, el cual fue disuelto por las autoridades turcas por considerarlo un «centro de actividades ilegales» e, incluso, de apoyo al PKK. De hecho se iniciaron procesos penales contra algunos de sus miembros. Sin embargo, estos procesos fueron suspendidos ya que tan solo se demostró que en una reunión del partido un simpatizante blandió una bandera del PKK. A pesar de ello la disolución fue inmediata y se confiscaron los bienes del partido, decisión que fue respaldada por el Tribunal Constitucional. El TEDH recuerda que la decisión de disolver un partido debe someterse a un escrutinio particularmente riguroso. Y aunque la vinculación entre un partido y una organización terrorista es una amenaza a la democracia (caso Herri Batasuna contra España), en este supuesto no se había probado ni que existiera asociación alguna entre el partido y el PKK, ni que hiciera apología del mismo. En conclusión, al ser la disolución de un partido una medida «drástica», supuso una violación del artículo 11 CEDH.

b) La falta de ejecución de una STEDH provoca una nueva lesión del CEDH

Destaca el asunto **Greens y M.T. contra el Reino Unido, de 23 de noviembre de 2010**, cuya decisión ha sido recurrida ante la Gran Sala, y donde el TEDH considera que la lesión se ha producido por la falta de ejecución del Reino Unido de una decisión anterior en el asunto **Hirst contra el Reino Unido (n.º 2)** de 6 de octubre de 2005, donde ya se había sentenciado violación del derecho a unas elecciones libres. Ante esto, el TEDH, aplicando su doctrina del «procedi-

miento de juicio piloto», ha dado al Reino Unido un plazo de 6 meses desde que la sentencia en este caso sea definitiva para que presenten propuestas legislativas que modifiquen la situación irregular planteada y se ha negado a examinar casos similares hasta que el Reino Unido no modifique su legislación al respecto.

En el presente caso, el TEDH observó que la falta de actividad por parte del Gobierno inglés en esta materia después del citado pronunciamiento judicial (unos cinco años) «era un motivo de pesar y preocupación». Y añadió que, teniendo en cuenta el elevado número de casos semejantes y de los potenciales casos parecidos, la falta de regulación nacional se convertía en un factor agravante en cuanto a la responsabilidad del Estado en virtud del CEDH, y mucho más allá, se convertía en una amenaza para la eficacia futura del sistema del CEDH. El Tribunal recordó que en *Hirst*, la Gran Sala dejó a la discreción del Reino Unido la decisión sobre la forma precisa para asegurar el derecho de voto garantizado por la Convención en los casos de los ciudadanos condenados a prisión, sin entrar a discutir el tipo concreto de medidas que eran necesarias para garantizar la correcta ejecución de la sentencia *Hirst*.

El Tribunal señaló que, al ser un pronunciamiento piloto, el resultado de la STEDH no era tanto resolver el caso concreto, sino que su doctrina se extendiera más allá de los intereses particulares del candidato, buscándose que las soluciones pudieran ser utilizadas por otras personas que pudieran verse afectadas. Pero, en este caso, dado el dilatado lapso de tiempo que había transcurrido, aunque inicialmente no se consideró oportuno precisar el contenido de las futuras propuestas legislativas, la prolongada demora hasta la fecha ha demostrado la necesidad de un calendario, y la consecuencia de no resolver los casos similares presentados hasta que no exista una nueva legislación.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Libertad personal (artículo 17 CE)

- a) *Reserva de ley orgánica: El internamiento en centro psiquiátrico constituye una limitación del derecho de libertad personal del artículo 17.1 CE y, como tal, es objeto de reserva de ley orgánica. Inconstitucionalidad sin nulidad*

La **STC 132/2010, de 2 de diciembre**, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por un Juzgado de Primera Instancia de A Coruña contra el artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), por infracción de la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 81.1 CE con relación al artículo 17.1 CE.

Reiterando doctrina precedente (STC 129/1999), el Tribunal recuerda que el derecho de libertad personal del artículo 17.1 CE alcanza a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento en un centro psiquiátrico, a la que se refiere también el artículo 5.1.e) CEDH. Como tal, esta medida es objeto de la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 81.1 CE. En aplicación de esta doctrina, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 LEC que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

Ahora bien, el Tribunal considera que a esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el ordenamiento no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material. Estamos en presencia, por consiguiente, de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar por lo que el Tribunal le insta para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica. Sin embar-

go, el Tribunal no fija un plazo para proceder a esta modificación legislativa. Esta posibilidad, no prevista en nuestro ordenamiento, podría llevar aparejada una mayor eficacia de cara a su cumplimiento por el legislador.

Aplicando la misma doctrina sentada en la STC 129/1999, el Tribunal descarta la duda de constitucionalidad con relación a los incisos del artículo 763.1 LEC que establecen reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial pues estas reglas no contienen una regulación que deba considerarse incluida en el ámbito reservado a la reserva de ley orgánica.

Estas mismas consideraciones se encuentran en la **STC 131/2010, de 2 de diciembre**, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el mismo órgano judicial contra el artículo 211 del Código Civil en su redacción dada por la disposición final duodécima de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y hoy derogado por la LEC.

B) Libertad de expresión (artículo 20 CE)

a) Alcance de la libertad de expresión en el contexto de una disputa por la audiencia de varios medios radiofónicos (artículos 18 y 20 CE)

La **STC 50/2010, de 4 de octubre**, otorga el amparo solicitado por la cadena SER en un supuesto en que se planteaba una colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión. En el caso objeto de estudio, el derecho al honor de un periodista de la cadena COPE había sido supuestamente vulnerado por las manifestaciones vertidas por un reportero de la cadena SER en las que parecía asociársele con la ideología de aquellos que perpetraron el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981. A pesar de que las instancias previas habían considerado que tal asociación suponía una vulneración del derecho al honor, el TC realiza una valoración contextualizada de las opiniones por lo que «deben tenerse en cuenta las circunstancias, el contexto, la relevancia pública del asunto y el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión». En esta lógica, el TC valora que las opiniones vertidas contra el recurrente se desarrollaron en el marco de una disputa por la audiencia, con claras connotaciones políticas, entre distintos medios de comunicación; que las opiniones se vertieron después de que el recurrente indicara que el asunto de las escuchas del CESID era un asunto de tal importancia que podía equipararse con el 23F; que la polémica entre ambos medios periodísticos tenía clara relevancia pública; y que el recurrente, conocido periodista de la COPE, debía considerarse un personaje público. Valorando todos esos datos, el TC llegaba a la conclusión de que debía prevalecer la libertad de expresión sobre el derecho al honor.

C) Principio de legalidad penal (artículo 25 CE)

a) La pena accesoria de alejamiento prevista en el Código Penal no vulnera derechos fundamentales y resulta proporcionada para proteger los bienes jurídicos afectados por los delitos a los que se aplica

La **STC 60/2010, de 7 de octubre**, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Audiencia Provincial de Las Palmas contra el artículo 57.2 del Código Penal en su redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por infracción de diversos derechos fundamentales. Este precepto prevé la aplicación de la pena accesoria de alejamiento por la comisión de delitos como homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, entre otros. Los derechos y principios alegados por el órgano judicial son: el principio de personalidad de la pena (artículo 25.1 CE), la prohibición de indefensión (artículo 24.1 CE), el principio de proporcionalidad de la pena (artículo 25.1 en relación con el artículo 9.3 CE), el

derecho a la intimidad familiar en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 18.1 en relación con los artículos 1.1 y 10 CE), la libertad de circulación y residencia (artículo 19 CE), el derecho a contraer matrimonio (artículo 32 CE) y el derecho al trabajo (artículo 35).

Tras una larga argumentación en la que analiza uno por uno los derechos y principios alegados y su posible vulneración por el precepto del Código Penal cuestionado, el Tribunal concluye que este precepto no contradice ninguna disposición de la Constitución teniendo en cuenta la entidad de los bienes jurídicos que intenta proteger. También recuerda el Tribunal que, en su labor de enjuiciamiento, no debe invadir el margen de libre configuración de delitos y penas que corresponde al legislador democrático.

b) Prohibición de que la Administración Civil imponga sanciones que impliquen privación de libertad (artículo 25.3 CE): La sanción de arresto prevista en el régimen disciplinario de la Guardia Civil sólo es conforme a la Constitución cuando la infracción se haya cometido en una actuación estrictamente militar

La **STC 73/2010, de 18 de octubre**, resuelve la cuestión interna de inconstitucionalidad contra el artículo 10.1 y 2 de la LO 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil por posible vulneración del artículo 25.3 CE. El precepto cuestionado está ya derogado, pero resultaba de aplicación en el recurso de amparo que dio lugar a esta cuestión de inconstitucionalidad.

Concluye el Tribunal que para que la previsión legal cuestionada de una sanción privativa de libertad pueda ampararse en el artículo 25.3, debe quedar acreditado que la sanción de arresto ha sido impuesta por la Administración militar, no solamente en sentido formal, sino también en sentido material, es decir, siempre y cuando la actuación objeto de sanción se haya desarrollado estrictamente en el ejercicio de funciones materialmente calificables como militares y no en el ámbito propio de las fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado.

c) Se vulnera este derecho cuando se impone una medida de internamiento forzoso en centro psiquiátrico que no podrá ser revisada en un plazo de tiempo

La **STC 124/2010, de 29 de noviembre**, resuelve el recurso de amparo contra la Sentencia del Tribunal Supremo que aplicaba al recurrente la medida de seguridad de internamiento forzoso en centro psiquiátrico para tratamiento médico prevista en el artículo 101 CP por tiempo máximo de veinte años, añadiéndose que tal medida no podrá ser revisada hasta transcurridos ochos años desde su adopción.

El Tribunal recuerda su reiterada jurisprudencia según la cual las medidas de internamiento en centro psiquiátrico afectan al derecho de libertad personal (artículo 17.1 CE) y han de ser revisadas de forma que cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad el internamiento debe cesar (STC 112/1988, que recoge jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Pero, además, la Sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el artículo 97 CP, que impone la revisión anual de las medidas de seguridad impuestas. Por tanto, el Tribunal considera que la Sentencia ha incurrido en vulneración del principio de legalidad penal del artículo 25.1 CE en su vertiente de garantizar el estricto sometimiento del juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación. El Tribunal, en consecuencia, anula parcialmente la Sentencia objeto de recurso, exclusivamente en lo referido a que la medida de seguridad impuesta no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento.

D) Libertad de enseñanza y derechos educativos de los padres (artículo 27.1 y 3 CE)

a) La opción del legislador de establecer la escolarización obligatoria no vulnera estos derechos

La **STC 133/2010, de 2 de diciembre**, resuelve el recurso de amparo presentado contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que ordenaba la escolarización obligatoria en el ciclo escolar básico de los hijos menores de los demandantes de amparo, que recibían enseñanza en su propio domicilio. En la demanda de amparo se alegaba fundamentalmente vulneración de la libertad de enseñanza y de los derechos de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (artículos 27.1 y 3).

Con carácter previo, el Tribunal pone de manifiesto que la imposición de la escolarización obligatoria de los menores se encuentra en el artículo 9 de la LO 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE) por lo que, si se concluye que hubo vulneración de los derechos alegados, debería elevarse la cuestión al Pleno (artículo 55.2 LOTC).

Y el Tribunal considera que el amparo debe ser rechazado por dos razones: la primera de ellas que la facultad invocada por los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida en ninguna de las libertades constitucionales que la demanda invoca y que el artículo 27 reconoce. El Tribunal apoya esta conclusión en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España y, particularmente, en el artículo 2 del Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en la interpretación realizada por el TEDH conforme a la cual las convicciones paternas no pueden tener cualquier consideración independientemente de cuál sea su naturaleza (*cf.*, entre otros, caso Kjeldsen, de 7 de diciembre de 1976).

La segunda razón que alega el Tribunal es que incluso en el supuesto de que la decisión de no escolarizar a los hijos propios se entendiera en el presente caso motivada por razones de orden moral o religioso, la imposición del deber de escolarización de los niños entre los seis y los dieciséis años constituye un límite incorporado por el legislador que resulta constitucionalmente viable por encontrar justificación en otras determinaciones constitucionales contenidas en el propio artículo 27 CE y por no generar una restricción desproporcionada del derecho controvertido. Concluye el Tribunal que el artículo 27 CE no prohíbe al legislador democrático configurar la enseñanza básica obligatoria como un periodo de escolarización de duración determinada durante el cual quede excluida la opción de los padres de enseñar a sus hijos en su propio domicilio en lugar de proceder a escolarizarlos. Pero tampoco el artículo 27 CE excluye otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo

a) Integridad moral y física, intimidad personal y familiar, inviolabilidad del domicilio (artículos 15.1 y 18.1 y 2 CE)

a.1) Plan Especial de instalación de telecabina: Ciertos daños ambientales, pueden atentar contra el derecho al respeto a la vida privada y familiar

En la **STS de la Sala Tercera, de 15 de octubre de 2010**, el Tribunal Supremo razona que la protección dada a la inviolabilidad del domicilio comprende la tutela del espacio físico domici-

liario frente a atentados medioambientales que dificulten su normal disfrute (STC 112/2001, de 24 de mayo, que reconoce que ciertos daños ambientales, pueden atentar contra su derecho al respeto a su vida privada y familiar privándolas del disfrute de su domicilio, entre otros, y que merece la protección dispensada al derecho fundamental en el ámbito domiciliario, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de acciones y omisiones de entes públicos a los que se impute la lesión producida). Manifiesta, asimismo, que el Plan Especial que establece un uso del espacio territorial, situando una telecabina próxima a los domicilios de los recurrentes, les puede dificultar gravemente la privacidad (puedan someterlos a frecuentes ruidos y a la exposición constante ante terceras personas de los ventanales o huecos externos de sus viviendas).

b) Nacionalidad

- b.1) El no tener en cuenta la cancelación de antecedentes penales y considerar cercano en el tiempo un delito cancelado nueve años antes de la petición de nacionalidad puede ir contra algunos principios del Derecho Constitucional

STS de la Sala Tercera, de 27 de octubre de 2010. Se plantea el recurso de casación, ante la sentencia desestimatoria de recurso presentado contra la denegación de la concesión de la nacionalidad española por residencia a una persona de origen cubano. Se alega que fue condenada por delito de falsedad en documento oficial, y la denegación se fundamenta en no haber acreditado suficientemente la buena conducta cívica y a la condena penal, pese a su posterior cancelación. En la sentencia de instancia se aclara que este hecho no se puede dejar de considerar a efectos de la conducta cívica, y a efectos de su valoración resulta justificada y proporcionada, según exige el artículo 22 CC, sin que el cumplimiento de los demás requisitos exonere de esa exigencia, cuya carencia determina la denegación de la nacionalidad. Matiza que la fecha de la solicitud se encontraba próxima en el tiempo «dado que su condena es reciente».

El Tribunal Supremo considera que esta doctrina puede conducir a resultados no acordes con algunos principios del derecho constitucional, ya que: la anterior condena pese a la cancelación, se consideraría para la comprobación de buena conducta cívica, y continuaría produciendo siempre unos efectos perniciosos, y esos mismos antecedentes seguirían proyectando sus efectos perniciosos en el ámbito social, más allá de lo establecido, lo que acarrearía, siempre, una mala conducta cívica. La antigua condena penal cancelada, proyectaría inseguridad jurídica, ya que la Administración valora conceptos sociológicos no obstante la inexistencia de impedimentos administrativos al respecto. Se exigiría un «plus» en la posterior actuación personal, familiar o sociolaboral para conseguir la «rehabilitación social» mediante la consecución de la buena conducta cívica. Habría que matizar, por tanto, la valoración de la naturaleza de la condena y su proyección social peyorativa que conlleva (tipo de delito y circunstancias que lo rodearon).

Respecto al elemento temporal, la toma en consideración del momento de la condena no es adecuado, ya que el momento a tener en cuenta ha de ser aquel en el que los hechos determinantes de la condena tuvieron lugar y no el de la condena misma. Los hechos tuvieron lugar en 1994, y la sentencia de condena es de fecha 1999, sin que se haya acreditado que la causa del retraso fuera imputable a la recurrente. La solicitud de nacionalidad española se formuló en 2003. Habían transcurrido casi nueve años entre los hechos y la solicitud, y más de once años cuando se produce la resolución denegatoria. El recurrente ha desarrollado actividad laboral, cursos de formación, lleva una vida normal en el aspecto personal familiar y social, y dado el tiempo transcurrido entre los hechos determinantes de la condena y la fecha de la resolución recurrida, pudiendo decirse que la condena puede calificarse de un hecho aislado, y que su grado de proyección social y temporal no puede alcanzar el nivel necesario para sostener que no tiene una «buena conducta cívica» en el momento de la resolución. Esto es, la tardanza en la celebra-

ción del correspondiente juicio, no puede actuar en demérito del solicitante de la nacionalidad, por lo tanto se estima el recurso de casación y se le concede la nacionalidad española.

c) *Asilo*

- c.1) Derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba para la defensa. Denegación de prueba pericial que genera indefensión al actor. Es necesaria la justificación de la denegación de prueba y, ante las dudas, se resolverá favoreciendo la práctica de la prueba, sobre todo en procesos en que es difícil acreditar los hechos

STS de la Sala Tercera, de 17 de diciembre de 2010. Se plantea el recurso de casación, contra la sentencia desestimatoria del derecho de asilo en España a una persona de origen colombiano. Se le denegó por estimarse que no se había acreditado, ni de forma directa ni indiciaria la realidad de la persecución personal encuadrable en el régimen de asilo.

Se recurre en casación esa sentencia, por infracción del artículo 24.2 CE sobre el derecho a utilizar los medios pertinentes de defensa por haberse denegado dos de las pruebas propuestas generando indefensión, ya que con ellos se pretendía acreditar la realidad de la persecución por parte de las FARC. El Tribunal Supremo considera que respecto a una de las pruebas propuestas, relativa a la incorporación al expediente de alegaciones de solicitantes de asilo sobre los que se basó el informe de la instrucción para considerar contradictorias las declaraciones, ya que carece de motivación suficiente la denegación. Conocer con detalle las mencionadas alegaciones no es impertinente o irrelevante para la decisión del litigio, lo que puede permitir al recurrente explicar o rebatir las contradicciones apreciadas y proporcionar base suficiente para crear indicios bastantes de que el temor a ser perseguido por grupos terroristas sea fundado, como exige el artículo 8 de la Ley 5/1984. El órgano judicial debe razonar las consideraciones de la inutilidad de la prueba denegada, y toda duda debe resolverse favoreciendo la práctica de la prueba, sobre todo en procesos que por su naturaleza son difíciles de acreditar los hechos, como son los procesos atinentes a la materia de asilo. Se estima el recurso de casación, retrotrayendo las actuaciones al momento que debió admitirse la prueba que ocasionó la denegación de asilo, y la continuación del proceso.

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
ARGELIA QUERALT
ROBERTO ROSINO CALLE

IV. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. LEY ORGÁNICA.
 - A) **Estatuto de Autonomía.**
 - a) El único parámetro para analizar la constitucionalidad de un Estatuto de Autonomía es la Constitución, no otro Estatuto de Autonomía.
 - b) El Defensor del Pueblo puede interponer un recurso de inconstitucionalidad que afecte a cualquiera de los preceptos de un Estatuto de Autonomía, no sólo a los relativos a la regulación de los derechos.
 - B) **Reserva de ley orgánica en materia de derechos fundamentales: la privación de libertad exige regulación por ley orgánica aunque no se trate de una condena penal. La declaración de inconstitucionalidad de un precepto no siempre va unida a su nulidad.**
3. BASES.
 - A) **Competencia estatal sobre el otorgamiento de subvenciones para vivienda ex artículo 149.1.13 CE: el Estado dispone de un título genérico, básico o de coordinación, pero corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución en relación con las subvenciones.**
 - B) **Competencias sobre ordenación general de la economía y comercio interior: inconstitucionalidad del precepto autonómico que restringe el régimen de libertad de horarios comerciales establecido por la normativa básica estatal.**
 - C) **Competencia estatal sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos ex artículo 149.1.18 CE: la Comunidad Autónoma excluye a los funcionarios transferidos por el Estado del proceso de integración en escalas.**
4. LEY ORDINARIA.
 - A) **Reserva de Ley en materia sancionadora.**
 - a) Sanción administrativa impuesta en aplicación de un reglamento carente de cobertura legal.
 - b) Validez del precepto legal que impone a las mutuas de accidentes de trabajo un recargo único del 20% para ingresos fuera de plazo.
 - c) Prohibición de que la Administración civil imponga sanciones privativas de libertad: sanción privativa de libertad impuesta a un guardia civil por inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas en el desarrollo de una actividad policial y no estrictamente militar.

B) Derecho a la legalidad penal.

- a) Imposición de medida de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo máximo de veinte años, excluyendo su revisión durante los ocho primeros años.
- b) Vulneración del principio de legalidad penal por la apreciación judicial sobre la prescripción de la pena que introduce causas interruptoras del cómputo del plazo de prescripción no previstas legalmente.

5. REGLAMENTO.

A) Potestad reglamentaria.

- a) Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria: el principio de interdicción de la arbitrariedad obliga a motivar las disposiciones generales.
- b) Nulidad de un Decreto autonómico contrario a la legislación estatal básica.
- c) Los reglamentos pueden complementar las disposiciones del Derecho Comunitario.

B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.

- a) El trámite de audiencia sólo es obligatorio para asociaciones de carácter no voluntario.
- b) Las relaciones de puestos de trabajo son un acto plúrimo sometido a sus propias reglas procedimentales.

6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

A) Principio de igualdad.

- a) Principio de no discriminación por razón de nacionalidad: su falta de alegación en el proceso judicial previo no permite su alegación en el proceso de amparo.
- b) Principio de igualdad en la ley: nulidad parcial del precepto legal que reserva exclusivamente a los representantes de los trabajadores en la empresa la intervención en el nombramiento, mediante el sistema de designación, de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo.
- c) Principio de igualdad en la ley: inconstitucionalidad de los preceptos legales que excluyen al personal del Cuerpo Nacional de Policía no integrado en escalas funcionariales del proceso de elección de representantes en el Consejo Nacional de Policía.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Id Cendoj 28079130042010100564; y respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa de los Tribunales Superiores de Justicia hasta la referencia Id Cendoj 48020330022010100387. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 143/2010, de 21 de diciembre.

2. LEY ORGÁNICA

A) Estatuto de Autonomía

- a) *El único parámetro para analizar la constitucionalidad de un Estatuto de Autonomía es la Constitución, no otro Estatuto de Autonomía*

La **STC 138/2010, de 16 de diciembre**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de La Rioja, contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En este recurso el Tribunal remite en repetidas ocasiones a la STC 31/2010, que ya había enjuiciado algunas de las cuestiones planteadas en el recurso presentado. En relación con los preceptos que no habían sido anteriormente impugnados, el Tribunal Constitucional reitera los planteamientos considerados en la citada Sentencia, relativos a la forma en que se deben interpretar los preceptos estatutarios. Para el Tribunal Constitucional, la falta de una cláusula de salvaguarda expresa en los distintos preceptos del Estatuto a favor del Estado no excluye la vigencia de las competencias de éste en aquellos ámbitos en los que concurren con la Comunidad Autónoma. En consecuencia, en dichos casos se debe entender que no se excluye la competencia del Estado, aún en el caso en que no se haga referencia expresa a ella en la regulación del precepto estatutario de que se trate.

Por último, cabe destacar que la representación procesal del Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja aduce que algunos de los preceptos impugnados por vulnerar la Constitución, en materia de gestión del agua, denominaciones de origen intercomunitarias y sistema de financiación, que ya han sido examinados, infringen además «competencias e intereses que tienen una expresa consideración en el Estatuto de Autonomía de La Rioja». Por lo tanto, considera que en este caso se produce una doble infracción, constitucional y estatutaria.

Frente a este planteamiento, el Tribunal replica «que el único parámetro para enjuiciar la validez constitucional de una disposición incluida en un Estatuto de Autonomía es la propia Constitución; esto es, la constitucionalidad de un precepto estatutario sólo puede enjuiciarse sobre la base de su conformidad con la Norma fundamental». Por lo tanto, afirma que no cabe analizar dichas disposiciones en relación con las de otro Estatuto de Autonomía para fiscalizar su posible inconstitucionalidad.

En consecuencia, el Tribunal, para determinar la constitucionalidad de los preceptos impugnados en este ámbito, remite a los Fundamentos Jurídicos en los que analiza su conformidad con la Constitución.

- b) *El Defensor del Pueblo puede interponer un recurso de inconstitucionalidad que afecte a cualquiera de los preceptos de un Estatuto de Autonomía, no sólo a los relativos a la regulación de los derechos*

En la **STC 137/2010, de 16 de diciembre**, el Tribunal Constitucional resuelve el recurso que interpone el Defensor del Pueblo contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Tanto la representación procesal del Parlamento catalán como la de la Generalitat de Cataluña solicitaron la inadmisión parcial del recurso por falta de legitimación activa del Defensor del Pueblo para impugnar aquellos preceptos del Estatuto catalán que no tuvieran directa relación con la defensa de alguno de los derechos comprendidos en el título I de la Constitución.

El Tribunal resuelve esta cuestión afirmando que, «con independencia de la cualidad del Defensor del Pueblo como Alto Comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los de-

rechos comprendidos en el título I, su legitimación al respecto ha de entenderse en los mismos términos y con la misma amplitud que la del resto de los sujetos contemplados conjuntamente en los artículos 162.1.a) CE y 32.1 LOTC, pues, como afirmamos en la temprana STC 5/1981, de 13 de febrero, dicha legitimación les ha sido reconocida a cada uno de ellos “no en atención a su interés, sino en virtud de la alta cualificación política que se infiere de su respectivo cometido constitucional”».

En consecuencia, la legitimación constitucional atribuida al Defensor del Pueblo por el artículo 162.1.a) CE no debe ser interpretada exclusivamente a partir del artículo 54 CE, pues, a diferencia de lo que sucede con la legitimación para interponer el recurso de amparo —que está conectada con la defensa de los derechos fundamentales—, la legitimación para presentar el recurso de inconstitucionalidad coloca en nuestro Ordenamiento al Defensor del Pueblo en el papel de defensor de la propia Constitución.

Otra importante función del Defensor del Pueblo es permitir el acceso indirecto de los ciudadanos ante el Tribunal Constitucional. Los ciudadanos, que en el ordenamiento jurídico español carecen de la facultad de interponer directamente un recurso de inconstitucionalidad, pueden ejercer el derecho de petición para solicitar al Defensor del Pueblo su presentación.

Dado que la mayor parte de los preceptos impugnados en este recurso ya lo habían sido en recursos anteriores, o bien se refieren a cuestiones estrictamente relacionadas con ellos, el Tribunal Constitucional, para resolver las demás cuestiones planteadas, remite fundamentalmente a su jurisprudencia expuesta en la STC 31/2010.

Por lo que se refiere a la imposición por parte del Estatuto de la obligación de que el Defensor del Pueblo colabore con el Síndic de Greuges —que a juicio del Defensor del Pueblo supone una infracción de la Ley Orgánica reguladora de esta institución—, el Tribunal Constitucional entiende que la inclusión de esta referencia en el Estatuto no vincula en ningún caso al Estado, por lo que dicha regulación no puede considerarse como una imposición, pudiendo actuar el Estado con plena libertad, sin perjuicio de la conveniencia de que exista una colaboración entre el Defensor del Pueblo y las correspondientes instituciones autonómicas.

**B) Reserva de ley orgánica en materia de derechos fundamentales:
la privación de libertad exige regulación por ley orgánica aunque
no se trate de una condena penal. La declaración de inconstitucionalidad
de un precepto no siempre va unida a su nulidad**

En la **STC 131/2010, de 2 de diciembre**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña, en relación con el artículo 211, párrafo primero, del Código Civil, y, en su caso, con la Disposición Final Vigésima Tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, por posible infracción de los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución.

El citado artículo 211.1 CC, en su redacción procedente de la Ley Orgánica 1/1996, se refiere a la regulación de la exigencia de una autorización judicial de internamiento en relación con las personas que padezcan trastornos psíquicos. Al afectar dicha regulación a la libertad personal del artículo 17.1 CE, dicho artículo debería haber sido incluido por la Disposición Final Vigésima Tercera de dicha Ley Orgánica en el ámbito de la reserva de ley orgánica.

Esta cuestión ya había sido aclarada anteriormente en la STC 129/1999. En esta sentencia, el objeto impugnado no era, como en la presente cuestión, el párrafo primero del artículo 211 del Código Civil, sino el párrafo segundo de la misma norma (en la redacción dada al mismo

por la Ley 13/1983, de 24 de octubre), para el que, por contener reglas procedimentales sobre la conformación de la decisión judicial de internamiento, no se consideró necesaria la forma de ley orgánica. El Tribunal consideró que dicha reserva quedaba limitada a «la norma que en nuestro Derecho permite el internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos», esto es, al «párrafo primero del mismo precepto, que habilita al Juez para acordar una privación de libertad en el concreto supuesto ahí contemplado». Para el Tribunal, la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el artículo 17.1 CE.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional y nula la Disposición Final Vigésima Tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en cuanto atribuye, con infracción de lo dispuesto en los artículos 17.1 y 81.1 CE, carácter de ley ordinaria a la Disposición Final Duodécima de la propia Ley Orgánica 1/1996, por la que se dio nueva redacción al párrafo primero del artículo 211 del Código Civil, dado que tiene por objeto una materia —la medida de autorización judicial de internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos— incluida en el ámbito de la reserva de ley orgánica.

Para el Tribunal Constitucional, la regulación de la Disposición Final Vigésima Tercera de la Ley Orgánica 1/1996 determina, en consecuencia, que el artículo 211, párrafo primero, del Código Civil, en su redacción dada por la referida Disposición Final Duodécima de la misma Ley Orgánica 1/1996, debe también ser declarado inconstitucional por regular materia reservada a ley orgánica, pero no nulo en este caso. No siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad.

El Tribunal Constitucional considera que la declaración de nulidad del artículo 211, párrafo primero, del Código Civil crearía un vacío no deseable en el ordenamiento jurídico. Además, dicho precepto no ha sido cuestionado en su contenido material, esto es, no se ha discutido la pertinencia de la medida de internamiento de las personas incapacitadas por razón de trastorno psíquico en un establecimiento de salud mental mediante autorización judicial, sino solamente el rango de su regulación, por lo que el Tribunal decide sólo declarar la inconstitucionalidad, no su nulidad.

En la **STC 132/2010, de 2 de diciembre**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña que tiene por objeto determinar la posible inconstitucionalidad del artículo 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), por infracción de la reserva de Ley orgánica establecida en los artículos 17.1 y 81.1 CE.

El primer inciso del párrafo primero del artículo 763.1 LEC, dispone que «el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial». El primer inciso del párrafo segundo del mismo artículo establece que «la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida».

En ambos casos se trata de unos preceptos incluidos en una ley ordinaria que regulan una materia que, de acuerdo con la doctrina establecida en las SSTC 129/1999 y 131/2010, expuestas en este mismo apartado de la crónica, es materia reservada a ley orgánica. En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de este precepto, si bien, al igual que en el caso anterior, dispone que la declaración de inconstitucionalidad no debe determinar la

nulidad, pues esta última crearía un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, fundamentalmente al no haberse cuestionado su contenido material.

El Tribunal Constitucional precisa que se trata de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar, por lo que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica.

Por último, el Tribunal rechaza la duda de constitucionalidad que plantea el Juzgado promotor de la cuestión, en relación con el resto de los incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, los cuales establecen las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento por razón de trastorno psíquico, de modo que no contienen una regulación que deba considerarse incluida en el ámbito reservado a la ley orgánica.

3. BASES

A) Competencia estatal sobre el otorgamiento de subvenciones para vivienda *ex* artículo 149.1.13 CE: el Estado dispone de un título genérico, básico o de coordinación, pero corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución en relación con las subvenciones

La **STC 129/2010, de 29 de noviembre**, resuelve un conflicto positivo de competencias, planteado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid contra el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes. La controversia competencial se plantea entre la competencia estatal derivada del artículo 149.1.13 CE, y las competencias autonómicas relativas al procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia [artículo 26.1.1.3 del Estatuto de Autonomía de Madrid (EAM)], vivienda (artículo 26.1.1.4 EAM) y desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud (artículo 26.1.1.24 EAM), respecto a las cuales corresponde a la Comunidad de Madrid la potestad legislativa, la reglamentaria y la función ejecutiva.

Tras recordar la doctrina constitucional en materia de subvenciones, la representación procesal de la Comunidad de Madrid alega que el Real Decreto 1472/2007 no se ajusta a esa doctrina, ya que desconoce las competencias exclusivas de la Comunidad de Madrid, al asumir el Estado el ejercicio de las competencias que, en esos ámbitos, corresponderían a la Comunidad de Madrid. Si bien resulta posible una actividad promocional del Estado en materia de vivienda al amparo del artículo 149.1.13 CE, dicha intervención ha de ajustarse a los supuestos de delimitación competencial a los que pueden reconducirse los distintos modelos de regulación subvencional, que han sido sistematizados por el Tribunal en la STC 13/1992, de 6 de febrero.

En coherencia con ello, el Tribunal considera que no procede un régimen de gestión y consignación centralizada de las ayudas, en el que el Estado se reserve su pago y remita su gestión a la suscripción de un convenio de colaboración con el Ministerio de Vivienda, pues todo ello hace irrelevante la intervención de la Comunidad Autónoma, sin que tampoco se den aquí los supuestos —limitación de los fondos y necesidad de garantizar la igualdad en los destinatarios— en los que se puede permitir la centralización de actuaciones de este tipo en la Administración General del Estado, según la jurisprudencia constitucional.

En consecuencia, lo procedente es la gestión descentralizada de estas ayudas, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las funciones de regulación y ejecución, en los términos

del denominado segundo supuesto del fundamento jurídico 8 de la citada STC 13/1992. La conclusión de todo ello es que el Real Decreto controvertido no respeta las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma en la materia sobre la que recae la subvención, así como tampoco su autonomía financiera, consagrada en el artículo 156 CE.

B) Competencias sobre ordenación general de la economía y comercio interior: inconstitucionalidad del precepto autonómico que restringe el régimen de libertad de horarios comerciales establecido por la normativa básica estatal

La **STC 88/2010, de 15 de noviembre**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Presidente del Gobierno, contra el artículo 15.6 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio de Cantabria. Este artículo regulaba la exclusión de determinado tipo de establecimientos, en concreto de los que tuvieran una superficie útil de venta y exposición superior a dos mil quinientos metros cuadrados, de la libertad de horarios proclamada por la norma básica estatal, para los situados en las zonas de gran afluencia turística, en virtud del primer párrafo del artículo 43.3 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

A juicio del Abogado del Estado, la regulación de la Ley cántabra vulnera las competencias del Estado establecidas en el artículo 149.1.13 CE, a cuyo amparo se ha dictado la normativa estatal en materia de horarios comerciales, ya que ésta no establece distinciones en virtud de la superficie de venta y exposición de los establecimientos en cuestión.

El Tribunal Constitucional considera que la normativa estatal que establece la libertad de horarios para los establecimientos situados en zonas de gran afluencia turística, ha de considerarse una norma básica legítimamente dictada al amparo del artículo 149.1.13 CE, que debe ser respetada por las Comunidades Autónomas.

En consecuencia, el Tribunal declara que el actual artículo 15.5 de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002 ha incurrido en contradicción con lo dispuesto por la normativa estatal básica en esta materia, pues resulta claro que dicho artículo restringe la libertad de horarios en zonas de gran afluencia turística a los establecimientos comerciales minoristas cuya superficie útil de venta y exposición supere dos mil quinientos metros cuadrados, limitación no contenida en la legislación básica estatal en materia de horarios comerciales. Como se ha expuesto, la normativa básica estatal no hace distinciones en función de la mayor o menor superficie del establecimiento comercial. Por lo tanto, el Tribunal concluye que se ha producido un exceso del legislador autonómico en el ejercicio de su competencia estatutaria en materia de comercio interior, lo que determina la declaración de inconstitucionalidad de la disposición legal recurrida por contravenir el orden constitucional de distribución de competencias.

C) Competencia estatal sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos ex artículo 149.1.18 CE: la Comunidad Autónoma excluye a los funcionarios transferidos por el Estado del proceso de integración en escalas

La **STC 113/2010, de 24 de noviembre**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Disposición Adicional Segunda y la Disposición Transitoria Segunda, apartados 1 y 3, de la Ley del Parlamento de Canarias 8/1999, de 27 de abril, de creación de las escalas de profesores numerarios y maestros de taller de formación profesional marítimo-pesquera. En el recurso de inconstitucionalidad se alega la vulneración del

artículo 149.1.18 CE, que atribuye al Estado la competencia para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos por entender que los preceptos impugnados permiten el acceso a determinadas escalas de funcionarios a personas que podrían carecer de la titulación exigida legalmente para ello, lo que vulnera frontalmente el principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, que garantiza la normativa básica estatal...

El Tribunal Constitucional ha definido esta competencia en los siguientes términos: «en materia de función pública al Estado le corresponde, en virtud del artículo 149.1.18 CE, establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, expresión que, empleada por los artículos 103.3 y 149.1.18 CE, ha de entenderse referida a los funcionarios de todas las Administraciones públicas, incluyendo materialmente en su ámbito, “en principio, la normativa relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas” [SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3.c); 56/1990, de 29 de marzo, FJ 19].»

En este marco, el Tribunal Constitucional reconoce a la Comunidad Autónoma, en orden a la adaptación de su organización para asumir las funciones y servicios asumidos en su momento mediante el correspondiente proceso de traspasos, un ámbito propio de regulación. Sin embargo, este ámbito propio no puede llegar hasta el punto de obviar la exigencia de un requisito previsto con carácter general por la normativa básica estatal, como es el requisito de la titulación. El Tribunal recuerda que no resulta posible acceder a la condición de funcionario de carrera si se carece de uno de los requisitos exigidos para ello por la normativa que, en el momento en que se produce dicho acceso, resulte de aplicación, como sucede en este caso con el requisito de la titulación, que viene impuesto tanto por la normativa básica estatal como por la propia normativa canaria en materia de función pública (artículos 23 y 24 de la Ley 2/1987).

Por lo tanto, el Tribunal considera que la norma autonómica impugnada vulnera la distribución competencial resultante del artículo 149.1.18 CE, ya que al no exigir el requisito de la titulación, contradice la legislación básica estatal e invade el ámbito material de lo básico, incurriendo por ello en un vicio de incompetencia que vulnera la Constitución.

4. LEY ORDINARIA

A) Reserva de Ley en materia sancionadora

a) Sanción administrativa impuesta en aplicación de un reglamento carente de cobertura legal

En la **STC 135/2010, de 2 de diciembre**, se resuelve un recurso de amparo relativo a la posible vulneración del derecho a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE), como consecuencia de la imposición de una sanción administrativa sobre la base de una previsión reglamentaria sin la suficiente cobertura legal. En concreto el objeto de la impugnación es la resolución sancionadora de 23 de mayo de 2005, que se basa en el artículo 24.3.1 del Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, por el que se establecen las medidas de control aplicables a determinadas sustancias y sus residuos en los animales vivos y sus productos. Este precepto tipifica como infracción grave «la comercialización para sacrificio de animales, en el caso de administración de productos o sustancias autorizadas, en los que no se haya respetado el plazo de espera prescrito para dichos

productos o sustancias», afirmando hacerlo «[d]e acuerdo con lo establecido en el artículo 35.b).1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, y en el artículo 108.2.b) de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre».

El Tribunal Constitucional reitera en esta sentencia las exigencias derivadas del artículo 25.1 CE en cuanto a la colaboración entre la ley y el reglamento para la tipificación de las infracciones. Según el Tribunal, la ley que da cobertura al reglamento debe contener la «determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica» y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, «el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley» (SSTC 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3; 132/2001, de 8 de junio, FJ 5, y 26/2005, de 14 de febrero, FJ 3).

El Tribunal Constitucional concluye que el artículo 24 del Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, tipifica de forma completamente autónoma, sin cobertura legal alguna, la infracción en virtud de la cual se sanciona al recurrente en amparo. Las leyes a las que se refiere la resolución sancionadora de 23 de mayo de 2005, no constituyen normas generales habilitantes que determinen los elementos esenciales de la conducta antijurídica, sino que dejan un campo de acción al reglamento que permite a éste determinar qué infracciones tienen la calificación de graves, mediante una regulación independiente y no subordinada a la ley, lo que excede de la mera colaboración reglamentaria admitida en el marco del artículo 25.1 CE.

En consecuencia, como la Ley no determina los elementos esenciales de las infracciones o, en otros términos, no hay una «definición básica de la conducta prohibida en la propia ley» (STC 26/2005, de 14 de febrero, FJ 4), el Tribunal concluye que el reglamento aplicado para sancionar a la recurrente en amparo no se limitaba a «desarrollar» y «precisar» los tipos de infracciones previamente establecidos en la ley, sino que, por el contrario, reguló esta materia sin sometimiento a directriz legal previa alguna en cuanto a la tipificación de las conductas consideradas infractoras, lo que no puede admitirse en virtud del artículo 25.1 CE.

El Tribunal declara finalmente que la resolución administrativa impugnada ha vulnerado el derecho a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE) del recurrente, porque la ley no da cobertura suficiente al reglamento que prevé las sanciones impuestas a aquél.

b) Validez del precepto legal que impone a las mutuas de accidentes de trabajo un recargo único del 20% para ingresos fuera de plazo

La **STC 121/2010, de 29 de noviembre**, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Tarragona, respecto del artículo 28 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. El fundamento de la cuestión es que el precepto cuestionado podría resultar vulnerador de los artículos 24 y 25.1 en relación con el artículo 9.3 de la Constitución al regular una «sanción encubierta» en forma de recargo único impuesto sobre las deudas con la Seguridad Social distintas de las cuotas que fueran ingresadas fuera de plazo.

El Tribunal Constitucional determina que el recargo por mora cuestionado carece de naturaleza sancionadora. Este recargo responde a la naturaleza de compensación financiera, y su función es tanto reparadora o indemnizatoria para la Tesorería General de la Seguridad Social como preventiva o disuasoria del posible retraso en el pago por parte de la Mutua responsable de las aportaciones a las que se hubiera obligado en relación con el capital coste de las prestaciones derivadas de las contingencias en que incurran sus afiliados. En consecuencia, al carecer de dicha naturaleza no cabe alegar en este caso la vulneración del artículo 25.1 CE.

- c) *Prohibición de que la Administración civil imponga sanciones privativas de libertad: sanción privativa de libertad impuesta a un guardia civil por inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas en el desarrollo de una actividad policial y no estrictamente militar*

La **STC 122/2010, de 29 de noviembre**, resuelve el recurso de amparo interpuesto contra una sanción privativa de libertad impuesta a un guardia civil. Al demandante de amparo se le impuso la sanción de tres días de arresto domiciliario, sin perjuicio del servicio, por el Teniente Comandante del puesto principal de Altea, por la comisión de una infracción leve prevista en el artículo 7.10 de la Ley Orgánica de régimen disciplinario de la Guardia Civil, por «inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas» en el desarrollo de una inspección ocular realizada en un inmueble para la investigación de un hecho delictivo.

Al recurrente se le impuso una sanción privativa de libertad por una actuación desarrollada en el ámbito de su actividad policial y no de carácter estrictamente militar. Además, dicha sanción fue impuesta por la Administración, en concreto por uno de sus superiores, sin intervención de ningún órgano judicial. Esto es, se le impuso administrativamente la sanción más gravosa para su libertad de las previstas en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

Este precepto fue analizado en la STC 73/2010. En ella se declaró que aquél «sólo resulta acorde con la Constitución si se interpreta en el sentido de que la imposición de las sanciones privativas de libertad (según el procedimiento previsto en la Ley) procede cuando la infracción ha sido cometida en una actuación estrictamente militar y así se motive en la resolución sancionadora».

Para llegar a esta conclusión la citada Sentencia, parte de la doble naturaleza de las funciones que realiza la Guardia Civil, unas de carácter policial, como parte de las fuerzas de seguridad del Estado (artículo 9 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado), y otras actuando también como fuerza armada, si bien de manera excepcional, en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden.

Por lo tanto en este caso el Tribunal Constitucional entiende vulnerado el artículo 25.3 CE que impide a la Administración imponer sanciones privativas de libertad.

B) Derecho a la legalidad penal

- a) *Imposición de medida de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo máximo de veinte años, excluyendo su revisión durante los ocho primeros años*

La **STC 124/2010, de 29 de noviembre**, resuelve un recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006, que absolvió al demandante de los delitos de asesinato e incendio por los que había sido condenado por la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid. El Tribunal Supremo apreció la concurrencia de eximente completa por incapacidad de culpabilidad [artículo 20.1 del Código Penal (CP)], con aplicación de la medida de internamiento en centro psiquiátrico para tratamiento médico, prevista en el artículo 101 CP, por tiempo máximo de veinte años, añadiéndose que tal medida de internamiento no podría ser revisada hasta transcurridos ocho años desde su adopción. El recurrente impugna la prohibición de revisión de la medida de internamiento durante ocho años y el límite máximo de duración, fijado en veinte años, alegando que vulnera

derechos del demandante, entre otros, el derecho a la legalidad penal y a la orientación de las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social (artículo 25 CE).

El Tribunal Constitucional entiende que la prohibición de la revisión de la medida durante ocho años, es contraria a la previsión legal de revisión anual establecida por el artículo 97 CP. El Tribunal aclara que esta infracción del precepto penal tiene su encaje en el artículo 25.1 CE, ya que regula la forma de cumplimiento de la medida de seguridad impuesta, que se integra dentro de las privativas de libertad del artículo 96.2 CP. El precepto citado por la Sentencia recurrida en justificación de la medida impuesta, el artículo 101 CP, remite en su número dos al artículo 97 CP, que establece con carácter obligatorio una revisión periódica anual.

En consecuencia, el Tribunal declara que la sentencia recurrida vulnera el principio de legalidad penal, artículo 25.1 CE, en su vertiente de garantizar el estricto sometimiento del Juez a la ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación, al merecer tal consideración la prohibición de la revisión de la medida hasta transcurridos ocho años de internamiento, por ser contraria a la previsión sustantiva de revisión anual contenida en el artículo 97 CP.

b) Vulneración del principio de legalidad penal por la apreciación judicial sobre la prescripción de la pena que introduce causas interruptoras del cómputo del plazo de prescripción no previstas legalmente

En la **STC 97/2010, de 15 de noviembre**, se impugna el Auto de 15 de enero de 2010, por el que se acuerda continuar la ejecución de la pena impuesta al recurrente en amparo por Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2001, como autor de un delito de desobediencia [artículo 102, párrafo primero, del Código Penal Militar (CPM)]. El Tribunal Supremo consideró que la pena en cuestión no había prescrito.

El demandante de amparo estima que las resoluciones judiciales impugnadas vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad (artículo 17.1 CE) y con el derecho a la legalidad penal (artículo 25.1 CE). Además alega que la decisión judicial de denegar la prescripción de la pena que le ha sido impuesta, no supera el canon constitucional exigible, al ser manifiestamente incoherente con la norma que regula la prescripción de la pena [artículo 134 del Código Penal (CP)] y con los fines de la institución. El artículo 134 CP no prevé ninguna causa de interrupción de la prescripción de la pena, por lo que los órganos judiciales no pueden crear causas de interrupción de la prescripción no reguladas legalmente. En este caso, el Tribunal Militar Territorial Cuarto ha conferido un efecto de interrupción de la prescripción a la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto y durante la tramitación de un recurso de amparo, creando así nuevas causas de interrupción de la prescripción de la pena no establecidas legalmente, lo que supone, además, una interpretación extensiva de la legalidad en perjuicio del reo.

El Tribunal Constitucional da la razón al recurrente. A juicio del Tribunal, resulta evidente que el criterio interpretativo mantenido por el Tribunal Militar Territorial Cuarto en los Autos recurridos, aunque no puede ser calificado como arbitrario, no satisface el canon constitucional reforzado exigido en supuestos como éste, pues excede el propio tenor literal de los preceptos legales aplicables. Dichos preceptos no contemplan la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo como causas de interrupción de la prescripción (artículo 134 CP de 1995). La interpretación judicial recogida en los Autos impugnados excede del tenor de los preceptos legales aplicables, por lo que cabe afirmar que carecen de cobertura legal.

En este caso, para el Tribunal Constitucional, las resoluciones judiciales recurridas, al haber denegado la prescripción de la pena impuesta al recurrente en amparo, con base en una interpretación que no se adecuaba al significado directo de los preceptos legales aplicables y, en concreto, a los que regulan la prescripción de las penas, han lesionado el derecho del recurrente en amparo a la libertad (artículo 17.1 CE) y a la legalidad penal (artículo 25.1 CE).

5. REGLAMENTO

A) Potestad reglamentaria

a) *Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria: el principio de interdicción de la arbitrariedad obliga a motivar las disposiciones generales*

La **STS de 3 de noviembre de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, ponente: Segundo Menéndez Pérez), Id Cendoj 28079130042010100564, resuelve el recurso de casación 480/2009 interpuesto por el Ayuntamiento de Salamanca contra la STSJ de Castilla y León de 28 de noviembre de 2008. En dicha Sentencia el Tribunal declaró la nulidad de pleno Derecho de parte del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 27 de noviembre de 2007 que modificaba los Estatutos de la Fundación Salamanca Ciudad de Cultura y nombraba como vocales del Patronato de la Fundación a cuatro concejales. La razón de la anulación fue la falta de motivación del Acuerdo que modificó los anteriores Estatutos cambiando la composición del Patronato sin justificación alguna.

El Tribunal Supremo comparte la argumentación del Tribunal *a quo* para considerar que el Acuerdo impugnado carecía de motivación. Entiende que, aunque la Ley no obliga expresamente a motivar las normas reglamentarias, hay que entender que esa exigencia se deriva del respeto a los principios generales del Derecho y, en especial, al principio de interdicción de la arbitrariedad: «la motivación, por la que se hacen explícitas las razones de la ordenación, es garantía de la propia legalidad, ya que, incluso, la razonabilidad, al menos como marco o límite externo a la decisión administrativa válida, sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal y puede justificar, en su caso, la anulación de la norma reglamentaria» (FJ 5). Con base en estos argumentos se desestima el recurso.

En igual sentido se pronuncia la **STS de 27 de octubre de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Santiago Martínez-Vares García), Id Cendoj 28079130042010100565, que resuelve el recurso de casación núm. 100/2009 interpuesto por el Ayuntamiento de Salamanca contra la STSJ de Castilla y León de 26 de diciembre de 2008, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento que modificaba los Estatutos del Patronato Municipal de Vivienda y Urbanismo. Y en la **STS de 29 de octubre de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Celsa Pico Lorenzo), Id Cendoj 28079130042010100575, que resuelve el recurso de casación núm. 516/2009 interpuesto por el Ayuntamiento de Salamanca contra la STSJ de Castilla y León que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los Acuerdos del Pleno del Ayuntamiento que modificaron los estatutos del Organismo Autónomo de Gestión Económica y Recaudación y designaron nuevos miembros de la Junta Rectora.

b) *Nulidad de un Decreto autonómico contrario a la legislación estatal básica*

La **STS de 26 de octubre de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Antonio Martí García), Id Cendoj 28079130042010100532, resuelve el recurso de casación núm. 1535/2009 interpuesto por la Comunidad Autónoma del País Vasco contra la Sentencia

de 5 de febrero de 2009 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En dicha Sentencia el Tribunal estimó parcialmente el recurso interpuesto por la Administración General del Estado contra la Orden de 29 de marzo de 2007 del Consejero de Educación, Universidades e Investigación del País Vasco por la que se declara abierto el proceso electoral para proceder a la elección de los Órganos Unipersonales de Gobierno de los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco, publicada en el Boletín Oficial del País Vasco número 76, de 20 de abril de 2007. Tras un análisis del contenido del Decreto, el Tribunal Supremo confirma la Sentencia de instancia y declara que no ha lugar al recurso de casación. Entiende que el Decreto vulnera la regulación estatal básica y que, por ello, es correcta la declaración de nulidad realizada por la Sala *a quo*.

c) Los reglamentos pueden complementar las disposiciones del Derecho comunitario

La **STS de 5 de octubre de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, ponente: Segundo Menéndez Pérez), Id Cendoj 28079130042010100487, resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 71/2009 interpuesto por el Consejo General del Colegio de Veterinarios de España contra el Real Decreto 361/2009, por el que se regula la información sobre la cadena alimentaria que debe acompañar a los animales destinados a sacrificio. Los motivos aducidos por el recurrente son dos: por un lado, que el Real Decreto vulnera la normativa comunitaria en la materia; por otro lado, la contravención de la Ley 8/2003, de Sanidad Animal.

El Tribunal Supremo analiza el contenido del Real Decreto impugnado y comprueba que en ningún caso es contrario a la normativa europea o nacional. La norma se limita a regular el papel del «veterinario privado», distinto del «veterinario oficial» y del «veterinario autorizado» (FJ 5), de forma que su contenido complementa la normativa preexistente en la materia. Con base en esta argumentación se desestima el recurso.

La **STS de 16 de septiembre de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, ponente: Isabel Perelló Domenech), Id Cendoj 28079130032010100273, también resuelve un recurso contencioso-administrativo (núm. 179/2007) relacionado con la aplicación del Derecho comunitario. El recurso se interpuso por SEDIGAS, Asociación Española del Gas contra el Real Decreto 1027/2007, sobre aprobación del Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios. La recurrente se apoya en que algunos preceptos del Real Decreto constituyen una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa de la libertad de circulación de mercancías protegida por el Derecho comunitario. En concreto, aduce que el Real Decreto impide o, como mínimo, dificulta la comercialización de aparatos de gas de tipo A y B, que se ajustan a las exigencias de seguridad de las Directivas europeas (FJ 1).

Para resolver el caso, el Tribunal recurre a los argumentos empleados en otros casos precedentes. En concreto, resuelve el caso con base en la constatación de que la normativa impugnada — referida a las vías de evacuación del gas— persigue evitar los riesgos de contaminación del aire interior de los edificios y del entorno exterior de fachadas y patios. La finalidad es racional y objetiva —afirma el Tribunal— y las medidas adoptadas son proporcionadas. Así que concluye señalando que no existe ninguna medida de efecto equivalente prohibida por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (FJ 4).

B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

a) El trámite de audiencia sólo es obligatorio para asociaciones de carácter no voluntario

La **STS de 16 de septiembre de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, ponente: Isabel Perelló Domenech), Id Cendoj 28079130032010100274, resuelve el recur-

so contencioso-administrativo (núm. 182/2007) interpuesto por la Asociación de Promotores Constructores de España contra el Real Decreto 1027/2007, sobre aprobación del Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios. Entre otros motivos, alega la recurrente que durante la elaboración del Real Decreto se vulneró el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, del Gobierno, puesto que no se le concedió audiencia, sin que se ofreciese ninguna motivación al respecto.

Para resolver la cuestión suscitada, el Tribunal Supremo invoca su reiterada jurisprudencia en torno a la obligatoriedad del trámite de audiencia en la elaboración de disposiciones de carácter general. Señala el Tribunal que la audiencia sólo es obligatoria en relación con asociaciones que no sean de carácter voluntario. El resto de asociaciones voluntarias —como es el caso de la recurrente— no deben ser consultadas obligatoriamente; sin perjuicio de que la Administración, discrecionalmente, pueda otorgarles audiencia (FJ 1). Así, concluye que no existió el vicio de forma alegado y declara que no ha lugar al recurso.

b) Las relaciones de puestos de trabajo son un acto plúrimo sometido a sus propias reglas procedimentales

La STSJ del País Vasco de 1 de octubre de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ponente: José Antonio Alberdi Larizgoitia), Id Cendoj 48020330022010100387, resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 666/2009 interpuesto por el Comité Intercentros contra el artículo 6 del Convenio Colectivo de Personal Laboral del Departamento de Interior del Gobierno Vasco y el Decreto del Gobierno Vasco 30/2009, de modificación del decreto por el que se aprueban las relaciones de puestos de trabajo de los Departamentos y Organismos Autónomos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco. El recurrente pretende la anulación del Decreto impugnado y un pronunciamiento por el que se ordene a la administración demandada que proceda a la tramitación legal adecuada de la modificación de la relación de puestos de trabajo garantizando la preceptiva participación de la representación de los trabajadores. Estas pretensiones se apoyan en la omisión de la consulta al Comité Intercentros que se exige en el artículo 8 del Convenio Colectivo y que determina la nulidad de pleno Derecho del Decreto.

El Tribunal constata que el trámite se omitió, efectivamente, y procede a determinar si deriva en la nulidad del Decreto. Para ello se refiere, en primer lugar, a la naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo. Afirma que su naturaleza «no es la de un reglamento organizativo (...), sino la de un acto plúrimo, si bien a efectos procesales se le reconoce la propia de las disposiciones de carácter general» (FJ 2). Así pues, en su procedimiento de elaboración no han de cumplirse las mismas exigencias que en las disposiciones de carácter general, pero sí han de satisfacerse las formalidades establecidas en el Convenio Colectivo. En concreto, en el supuesto planteado, se exige la consulta con «la representación del personal» que corresponde al Comité Intercentros. Al omitirse la consulta preceptiva al Comité Intercentros —concluye el Tribunal— se produjo la omisión de un trámite esencial del procedimiento de elaboración de la relación de puestos de trabajo que determina su nulidad. De modo que se estima el recurso interpuesto.

6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad

a) Principio de no discriminación por razón de nacionalidad: su falta de alegación en el proceso judicial previo no permite su alegación en el proceso de amparo

La STC 133/2010, de 2 de diciembre, resuelve un recurso de amparo que se dirige contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, que confirma en apelación la dictada por el

Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín, mediante la que se ordenaba la escolarización en el ciclo escolar básico de los hijos menores de los demandantes de amparo, que recibían enseñanza en su propio domicilio. En esencia, ambos órganos judiciales argumentan, por un lado, que ningún padre puede negar a sus hijos el derecho y el deber de participar en el sistema oficial de educación, que derivan del mandato constitucional de enseñanza obligatoria (artículo 27.4 CE) y, de otra parte, que la escolarización obligatoria está integrada en el contenido mismo del derecho a la educación (artículo 27.1 CE), no sólo por los beneficios que reporta a los menores mientras esta escolarización se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje en el marco de los grados y las titulaciones.

Los recurrentes alegan, entre otras, la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad (artículo 14 CE), puesto que algunos de los recurrentes, que no son de nacionalidad española, tienen reconocido en su país de origen el derecho a la enseñanza domiciliaria.

El Tribunal Constitucional señala que no puede entrar a considerar la posible vulneración del derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad porque no se ha producido su invocación formal en el proceso judicial previo [artículo 50.1.a), en relación con el artículo 44.1.c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional].

Para el Tribunal, el requisito de la invocación previa tiene la doble finalidad de, por una parte, dar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la eventual vulneración y restablecer, en su caso, el derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria; y, por otra, de preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción de amparo. El cumplimiento de este requisito no exige que en el proceso judicial se haga una mención concreta y numérica del precepto constitucional en el que se reconozca el derecho vulnerado, o la mención de su *nomen iuris*, sino que es suficiente que se someta el hecho que fundamenta la vulneración al análisis de los órganos judiciales, dándoles la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, de reparar la lesión del derecho fundamental que posteriormente se alega en el recurso de amparo.

En este caso, los demandantes de amparo no habían invocado en ningún momento, en su recurso de apelación, ninguna cuestión relativa a una conducta discriminatoria por razón de la nacionalidad. En consecuencia, dichos demandantes no permitieron a la jurisdicción ordinaria un eventual restablecimiento de su derecho, lo que determina la inadmisibilidad del recurso de amparo en lo que se refiere a la posible vulneración de este derecho.

b) *Principio de igualdad en la ley: nulidad parcial del precepto legal que reserva exclusivamente a los representantes de los trabajadores en la empresa la intervención en el nombramiento, mediante el sistema de designación, de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo*

En la **STC 128/2010, de 29 de noviembre**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del artículo 7.2 (inciso cuarto) del texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por posible vulneración del artículo 14 CE. El problema que se plantea en este caso es determinar si el precepto cuya inconstitucionalidad se cuestiona, podría resultar vulnerador del derecho a la igualdad garantizado en el artículo 14 CE, al excluir a determinados partícipes, los partícipes en suspenso, de toda intervención en el nombramiento, mediante el sistema de designación, de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo, por cuanto éste queda reservado a los "representantes de los trabajadores en la empresa». No existe, para el Tribunal Supremo, que es el órgano judicial que plantea la cuestión, justificación razonable

para el trato diferenciado establecido en la norma cuestionada entre los partícipes activos y los partícipes en suspenso, dado que todos ellos tienen idéntica situación jurídica frente al plan, por ser titulares únicos de los recursos acumulados en el fondo afecto.

La doctrina del Tribunal Constitucional acerca del derecho a la igualdad en la ley ha sido recientemente resumida en la STC 87/2009, de 20 de abril. Según esta doctrina, la vulneración del derecho a la igualdad en la ley reconocida en el artículo 14 CE presupone la existencia en la propia ley de una diferencia de trato entre situaciones jurídicas iguales. Esta diferencia de tratamiento, sin embargo, sólo será vulneradora del derecho a la igualdad si no responde a una justificación objetiva y razonable que, además, resulte adecuada y proporcional.

Para el Tribunal Constitucional, la opción del legislador de vincular el plan de empleo a la negociación colectiva supone vulnerar el principio de igualdad, pues impone a los partícipes en suspenso un «sacrificio» demasiado gravoso en relación con el posible fin —que por otra parte no aparece explicitado en la norma— que perseguiría la atribución de esa facultad de designación de los miembros de la comisión de control a la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa. A juicio del Tribunal, existen alternativas menos restrictivas que no pondrían en entredicho la vinculación a la negociación colectiva de estos planes.

La aplicación de la doctrina constitucional expuesta y la inexistencia de una causa proporcional que justifique la no participación de los partícipes en suspenso en el procedimiento de designación de sus representantes en la comisión de control conducen a la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

c) *Principio de igualdad en la ley: inconstitucionalidad de los preceptos legales que excluyen al personal del Cuerpo Nacional de Policía no integrado en escalas funcionariales del proceso de elección de representantes en el Consejo Nacional de Policía*

En la **STC 120/2010, de 24 de noviembre**, se resuelve una cuestión interna de inconstitucionalidad planteada en relación con los artículos 25.3, párrafo segundo, 26.1 párrafo segundo, y 26.2, párrafo primero, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de las fuerzas y cuerpos de seguridad (LOFCS), por posible vulneración del artículo 14 CE. La duda que debe resolver el Tribunal Constitucional es si la previsión de un procedimiento para designar a los representantes al Consejo de Policía del Cuerpo Nacional de Policía, que se estructura exclusivamente a partir de las escalas previstas en la misma Ley, excluyendo por tanto a aquellos funcionarios que ocupan plazas de facultativos y técnicos, introduce un trato diferenciado que resulta vulnerador del derecho a la igualdad. En consecuencia, la diversidad de régimen jurídico es la causa específica de la regulación legal cuestionada.

El Abogado del Estado solicita la desestimación de la cuestión y justifica la constitucionalidad del precepto cuestionado, ya que no cabe afirmar la identidad de situaciones entre los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía integrados en las cuatro escalas que lo componen y los funcionarios adscritos en las plazas de facultativos y técnicos. Los funcionarios que ocupan plazas de facultativos y técnicos en el Cuerpo Nacional de Policía, según se prevé en el artículo 17 Ley Orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad, ejercen funciones auxiliares y de apoyo a las funciones estrictamente policiales —que define la propia ley en sus artículos 11 y 12—.

Una vez determinada la existencia de un régimen diferenciado entre los diversos miembros del Cuerpo Nacional de Policía, en función de su integración o no en las Escalas policiales, lo relevante ahora es determinar si existen razones objetivas y proporcionadas que justifiquen esta diversidad de trato.

Para el Tribunal Constitucional, la atribución del sufragio activo y pasivo en función de un criterio formal (pertenencia o no a una determinada estructura funcionarial), cuyo establecimiento obedece a otro tipo de finalidades (racionalización de la organización policial y promoción interna), deviene artificioso por no adecuado a dicho fin y, en cualquier caso, resulta demasiado gravoso o desproporcionado, pues se podría haber optado por soluciones menos gravosas que no excluyesen de raíz la representación de este colectivo de funcionarios. No existe, en consecuencia, una razón constitucional suficiente que permita justificar la exclusión de los facultativos y técnicos del proceso electoral para la elección de miembros del Consejo de Policía.

La inconstitucionalidad de los preceptos mencionados surge a causa de su carácter excluyente (en cuanto su tenor sólo se refiere a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía integrados en las escalas previstas en el artículo 17 de la Ley 2/1986, de 13 de marzo). Esto obliga al Tribunal a precisar el sentido de su fallo. Como hemos visto anteriormente no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad. Uno de los supuestos en los que esto ocurre se produce cuando la razón de inconstitucionalidad del precepto reside, no en su regulación concreta, sino en las omisiones que resultan a partir de ésta. En este caso no se trata de suprimir o cancelar alguna de las partes de los preceptos cuestionados, sino, al contrario, de ampliar su objeto, para incluir a aquellos que han sido excluidos sin justificación ninguna.

En conclusión, se ha producido una omisión del legislador contraria a la Constitución que no puede ser subsanada mediante la anulación del precepto, sino que la apreciación de la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa de éste, exige que sea el legislador quien determine, en este caso, lo antes posible, el régimen de participación de facultativos y técnicos en el Consejo de Policía con respeto al derecho a la igualdad que ha resultado vulnerado.

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 de trámite.**
 - a) Declaración de Impacto Ambiental: no susceptible de recurso autónomo.
3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
 - A) **Iniciación.**
 - a) Plazo para la iniciación del procedimiento sancionador según el Reglamento general de la inspección de tributos.
 - b) El sábado como día hábil en el cómputo del plazo para la presentación de reclamaciones económico-administrativas.
 - B) **Tramitación.**
 - a) La omisión de audiencia en el procedimiento sancionador, causa de nulidad radical.
 - b) Omisión del dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de rescate de concesiones administrativas.
 - c) El trámite de información pública en el procedimiento complejo para la construcción de carreteras estatales.
4. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.
 - A) **Notificación.**
 - a) Notificación edictal tras notificación a través de oficios policiales: improcedencia.
5. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.
 - A) **Revisión de oficio.**
 - a) Declaración de lesividad de acto anulable: cómputo del plazo de cuatro años.
 - b) Solicitud de revisión de oficio: nulidad por utilización de distintos criterios de corrección para un mismo ejercicio.
 - B) **Anulabilidad.**
 - a) Convalidación de actos anulables.

C) **Reclamaciones económico-administrativas.**

- a) Improcedencia de la retroacción de las actuaciones en reclamación económico-administrativa.
-

1. **CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de octubre a diciembre de 2010, ambos incluidos, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. Durante este período no existe ningún pronunciamiento que merezca ser especialmente destacado.

2. **CLASES DE ACTOS**

A) **Actos de trámite**

- a) *Declaración de Impacto Ambiental: no susceptible de recurso autónomo*

La **STS de 26 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a (recurso de casación núm. 5395/2006), recoge y reitera jurisprudencia propia anterior conforme a la cual la Declaración de Impacto Ambiental tiene un carácter instrumental o medial en relación con la decisión final de llevar a cabo un determinado proyecto, por lo que dicha declaración ambiental no constituye un acto administrativo definitivo que pueda ser impugnado de forma autónoma en vía jurisdiccional, de manera que su enjuiciamiento sólo podrá llevarse a cabo con motivo de la impugnación que se dirija contra el acto que ponga fin al procedimiento.

3. **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

A) **Iniciación**

- a) *Plazo para la iniciación del procedimiento sancionador según el Reglamento general de la inspección de tributos*

La **STS de 22 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a (recurso núm. 4091/2007), casa y anula la sentencia de instancia y estima en parte el recurso administrativo interpuesto contra una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, relativa a la liquidación girada en concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Conforme a la jurisprudencia dictada desde 2002, el artículo 49.2 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos obliga, en todos los casos, a notificar al sujeto pasivo la iniciación del procedimiento sancionador dentro del plazo de un mes, bien desde la firma del acta de conformidad, bien desde la presentación de las alegaciones al acta en disconformidad o desde la finalización del término para formularlas. La notificación del acuerdo de incoación dentro de esos parámetros temporales constituye un requisito inexcusable para la legitimidad de la actuación administrativa sancionadora, y, por consiguiente, para la validez del acto que la ponga fin. Aplicando la anterior doctrina al caso planteado, se concluye que ha existido caducidad del expediente sancionador, tras el transcurso de más de un mes entre la incoación del acta de disconformidad y la notificación del acuerdo del inicio del expediente sancionador, por lo que se anulan las sanciones impuestas.

b) El sábado como día hábil en el cómputo del plazo para la presentación de reclamaciones económico-administrativas

La **STS de 17 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 213/2006), desestima el recurso presentado contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que declaró inadmisibles por extemporánea la reclamación económico-administrativa en su día formulada por el actor. La sentencia de instancia declaró que no estaba vinculada por las sentencias dictadas en fecha 19 de abril de 2000 por otra Sección, y distinto ponente y miembros de la misma, ya que de los artículos 88, 63 y 65 del Reglamento de Procedimiento de las Reclamaciones Económico-administrativas se desprende inequívocamente lo siguiente: «a) que los plazos legalmente establecidos son improrrogables; b) que el cómputo por días únicamente se excluyen como inhábiles los domingos y los declarados festivos, no los sábados; c) que la facultad de los interesados de elegir la oficina en la que vayan a presentar el escrito de reclamación económico-administrativa no es absoluta e incondicionada, sino que, en la elección concreta de la oficina, la eficacia de la presentación se subordina a que se efectúe “durante las horas en que, respectivamente, estén abiertas al público”, y d) que, en definitiva, el elenco de oficinas posibles de presentación de escritos —señaladamente, en las Delegaciones del Gobierno y oficinas de Correos— tiene la finalidad de facilitar en todo caso al interesado dicha presentación dentro del plazo establecido, pero no la de permitir una prórroga artificial —e indebida— del plazo legal por el mero hecho de que, de entre todas las posibles, el interesado pretenda la presentación precisamente en la oficina que se encuentra cerrada —bien porque no se haya abierto o porque acabe de cerrar—, pues entenderlo de otro modo sería tanto como dejar a la exclusiva voluntad de los interesados la eventual ampliación del plazo de presentación que, se insiste, tiene la naturaleza de improrrogable».

El Tribunal Supremo confirma este pronunciamiento al señalar que el plazo de 15 días previsto en el artículo 88.2 del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas es de carácter improrrogable, sin que el hecho de que el último día del plazo sea sábado permita su prórroga al lunes siguiente, ya que esto equivaldría a una ampliación no autorizada por la norma. Las diversas alternativas de lugares que se establecen en la Ley para facilitar la presentación obvian cualquier dificultad que pudiera producirse en alguno de ellos. Lo contrario sería tanto como dejar en manos de los interesados la facultad de ampliar el plazo de presentación con sólo acreditar la dificultad que tiene la presentación en cualquiera de las oficinas citadas en el artículo 68 del indicado Reglamento.

B) Tramitación

a) La omisión de audiencia en el procedimiento sancionador, causa de nulidad radical

La **STS de 21 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado (recurso núm. 34/2006) y también el recurso contencioso-administrativo del que trae causa declarando que la falta de audiencia en el procedimiento sancionador por infracciones tributarias es causa de nulidad radical. La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, con mención del artículo 63.2 de la Ley 30/1992, había acogido el motivo opuesto por el recurrente, la falta de audiencia en el procedimiento sancionador, pero lo consideró como causa de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho, y aunó a dicha declaración los efectos propios de la anulabilidad.

Frente a la sentencia de instancia, el Tribunal Supremo recuerda sus numerosísimos pronunciamientos en la línea apuntada por la parte recurrente, en los siguientes términos: «Como

doctrina general se ha dicho que el trámite de audiencia, al igual que el recurso administrativo, tiene como finalidad permitir al interesado hacer valer frente a la Administración las alegaciones y pruebas que puedan ser útiles para sus derechos sin necesidad de afrontar los gastos y gravámenes de un proceso jurisdiccional; y, por ello, la eventual posibilidad de acudir a este último proceso no dispensa a la Administración de su obligación de ofrecer y hacer efectivo aquel trámite; y se ha añadido que el proceso jurisdiccional puede entablarse también con la exclusiva finalidad de denunciar esa omisión del trámite de audiencia y de reclamar que se declaren las consecuencias invalidantes que por ello puedan resultar procedentes para la actuación administrativa de que se trate. Por lo cual, el proceso jurisdiccional instado con esa sola finalidad no comporta la necesaria subsanación de la invalidez e indefensión que se haya producido en la vía administrativa como consecuencia de la omisión del trámite de audiencia». Asimismo, el TS cita la STC de 1 de junio de 1981, en la que se afirmó con toda claridad que los principios esenciales reflejados en el artículo 24 CE en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución.

Concluye la sentencia del TS declarando que la omisión del trámite de audiencia, esencial en todo expediente sancionador, infringe manifiestamente lo establecido en los artículos 24 y 25 de la Constitución, al quedar privado de cualquier posibilidad de defensa, por lo que constituye causa de nulidad radical contemplada en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, «los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional». La sentencia de instancia debió estimar el recurso de la parte recurrente y en consecuencia declarar la nulidad de la resolución del TEAR, y en su lugar declarar la nulidad de pleno derecho, con las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento, de las sanciones por infracciones tributarias impuestas al recurrente.

b) Omisión del dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de rescate de concesiones administrativas

La **STS de 18 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a (recurso de casación núm. 6491/2008), desestima el recurso planteado frente a la SAN de 15 de septiembre de 2008. Dicha sentencia de instancia estimaba en parte el recurso interpuesto por la Diputación Provincial de Castellón contra Resolución del Ministerio de Cultura, que acuerda el rescate de la concesión administrativa del uso del Castillo y Muralla de Morella, que se declara nula, con nulidad relativa, por haber incurrido en defecto de procedimiento, y, como consecuencia de ello, la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la oposición formulada por la Diputación Provincial de Castellón para que se acuerde remitir al Consejo de Estado el expediente de rescate de la concesión y emita el preceptivo informe.

El TS confirma así el pronunciamiento de la sentencia de instancia en la que recordando su jurisprudencia anterior, y en particular las SSTs de 17 de octubre y de 29 de diciembre de 2003, se afirma que en aplicación del artículo 22 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, el rescate del servicio comporta la extinción de la concesión administrativa, por lo que resultaba obligada la consulta de la Comisión Permanente de ese alto órgano consultivo que dispone el anterior precepto. Dicha omisión de un informe preceptivo del Consejo de Estado se califica como vicio esencial del procedimiento que determina su anulabilidad, de acuerdo con el artículo 63.2 de la Ley 30/1992.

c) *El trámite de información pública en el procedimiento complejo para la construcción de carreteras estatales*

La **STS de 14 de diciembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a (recurso de casación núm. 2559/2008), conoce de la impugnación de una Resolución del Secretario de Infraestructuras del Ministerio de Fomento que aprobó el expediente de información pública y el estudio informativo de la Autopista de peaje Madrid-Toledo, que es una fase procedimental previa a la aprobación del proyecto de construcción y el proyecto de trazado. Frente a las alegaciones del Ayuntamiento recurrente, que entendía que se hizo caso omiso del contenido de su escrito de alegaciones y de su escrito de «solicitud municipal» de obras de subsanación de deficiencias para su inclusión en el proyecto constructivo de la autopista, la sentencia de instancia ya destacó las peculiaridades del trámite de información pública en el procedimiento complejo de construcción de autopistas regulado en la Ley de Carreteras. Así, las solicitudes presentadas por el Ayuntamiento recurrente no constituyen escrito de iniciación de un procedimiento en sentido propio, puesto que se insertan en un procedimiento iniciado de oficio, y, en particular, en el procedimiento administrativo reglado y típico de la construcción de carreteras, en el que se distinguen claramente dos fases procedimentales: la de aprobación del Estudio Informativo y la aprobación del Proyecto de Ejecución, limitándose la primera fase a la definición del trazado. De ahí que las alegaciones referidas a la ejecución deban remitirse al momento procedimental posterior del propio expediente de ejecución de la autopista, que es la aprobación del proyecto en sentido estricto. Por ello, señala la sentencia de instancia que la pretensión del recurrente, de que se abra un procedimiento específico e individual al amparo de la Ley 30/1992, para contemplar, analizar y discutir los diferentes aspectos del proyecto de autopista que a su juicio deben ser objeto de revisión por no estar conforme con la forma en que se han concebido y concretado en el correspondiente Estudio Informativo, carece de cobertura legal, pues existiendo un procedimiento específicamente previsto al efecto en la normativa aplicable no cabe acudir al procedimiento general de la Ley 30/1992. Asimismo, destaca la sentencia de instancia que la propia presencia de una Administración pública como titular de la obra pública y del servicio a la colectividad al que está naturalmente destinada, hacen inviable la posibilidad misma de que se pueda ganar, a través del mecanismo de presentar solicitudes fuera del procedimiento general, el derecho a introducir variaciones, modificaciones o alteraciones de configuración o trazado que irían en perjuicio de los intereses públicos que el Estado está llamado a defender, en la medida en que alterarían el carácter unitario y racional de los proyectos.

El TS confirma la fundamentación de la sentencia de instancia en cuanto al carácter de *iter* procedimental complejo regulado en la Legislación sectorial que debe seguirse para la construcción de una carretera estatal, procedimiento en el que se insertan las solicitudes del Ayuntamiento y que no deben dar lugar a la iniciación de procedimientos específicos. Asimismo señala que el artículo 34 del Reglamento General de Carreteras no impone a la Administración demandada dar una respuesta pormenorizada a cada una de las cuestiones planteadas en el trámite de información pública, pudiendo ser la respuesta común, como permite el artículo 86 de la Ley 30/1992 para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales.

Por otra parte, el TS declara que la sala de instancia no ha infringido la jurisprudencia sobre el cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, y en particular del artículo 10.1 de la Ley de Carreteras, ya que no consta que el Ayuntamiento recurrente hubiera instado de forma expresa y motivada la necesidad de elevar el expediente al Consejo de Ministros, como mecanismo de coordinación articulado en la referida disposición legal. En este sentido, el TS afirma que según ya sostuvo en STS de 22 de septiembre de 2009, una interpretación razonable del artículo 10 de la Ley 25/1988, de Carreteras, promueve distinguir en el procedimiento de aprobación de proyectos de construcción de infraestructuras la información oficial, a que alude

el apartado primero de la disposición legal analizada, de la información pública, a la que se refiere el apartado cuarto, de modo que sólo procede elevar el expediente al Consejo de Ministros cuando las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales afectadas muestren su disconformidad con el trazado proyectado en el estudio informativo, con base en la «incompatibilidad con las determinaciones del planeamiento urbanístico vigente», de modo que la decisión gubernamental conlleva la orden de modificación o revisión de los instrumentos de planeamiento.

4. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Notificación

a) *Notificación edictal tras notificación a través de oficios policiales: improcedencia*

En el supuesto enjuiciado por la **STSJ de Aragón de 7 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a (recurso de apelación núm. 412/2008), la Policía Local, al proceder a notificar el procedimiento sancionador a la actora, no cumplió las prescripciones legales consignadas en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que prevé: «Si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y hora en el que se intentó la notificación, intento que se repetiría por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes». Los anteriores requisitos no pueden ser suplidos por un oficio de la Policía Local en el que se expone «durante varios días y en diferentes horarios, todos ellos en turno de noche, los agentes abajo firmantes han girado visita al establecimiento (...) con la finalidad de proceder a la notificación del expediente arriba reseñado, encontrando la citada actividad en todas las ocasiones cerrada al público. Que así mismo se ha intentado proceder a la notificación del presente expediente en el domicilio particular de las personas conocidas responsables de la citada actividad, gestiones que han sido infructuosas en todas las ocasiones». Por tanto, no se concretan las horas y las fechas en que se intentaron las notificaciones que dicen haberse practicado y no se justifica que éstas se hayan practicado conforme a precepto anteriormente indicado. Esto, en opinión del Tribunal, produce la indefensión del recurrente, ante el desconocimiento de la incoación del procedimiento sancionador, dado que manifiesta que no tuvo conocimiento de la notificación edictal y que, por lo tanto, no pudo ejercitar su derecho de defensa. Por todo ello, anula la sanción impuesta en estas circunstancias.

5. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Revisión de oficio

a) *Declaración de lesividad de acto anulable: cómputo del plazo de cuatro años*

La **STS de 24 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a (recurso de casación núm. 5807/2007), conoce de la impugnación iniciada por la Comunidad Autónoma del País Vasco mediante un recurso contencioso-administrativo que dirigió, después de haberla declarado lesiva para el interés público, contra la Resolución del Viceconsejero de Seguridad, por la que se nombró un funcionario de carrera. La Administración recurrente defiende, en la casación, que el cómputo del plazo de cuatro años que establece el artículo 103.2) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como límite para la declaración de lesividad, se ha de computar desde el día siguiente a su publicación y no desde el día siguiente a la fecha en que se dictó. Frente a este argumento, el Tribunal defiende que el texto literal de dicho artículo

103.2 declara, inequívocamente, que «la declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo». Que la voluntad del legislador de partir en esta materia de la fecha del dictado del acto y no de la de su publicación se reafirma, no sólo si se tiene en cuenta esa diferenciación que el mismo texto legal hace en el artículo 57, sino también, si se toma en consideración que el artículo 56.1 de la anterior Ley Jurisdiccional de 1956 establecía que la Administración que pretendiera demandar debería previamente declarar el acto lesivo a los intereses públicos «en el plazo de cuatro años a contar desde la fecha que hubiere sido dictado». Pues esto último pone de manifiesto el claro propósito de mantener y no modificar ese anterior criterio de que la fecha inicial del plazo es la del dictado del acto, y no otra.

Por último, el Tribunal recoge un argumento también señalado por la sala de instancia y que supone que, en el caso enjuiciado, la Administración conoció las razones que podían justificar el procedimiento de lesividad con tiempo más que suficiente para evitar el transcurso del plazo.

b) Solicitud de revisión de oficio: nulidad por utilización de distintos criterios de corrección para un mismo ejercicio

La **STS de 11 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a (recurso de casación núm. 3783/2008), tiene su origen en la impugnación del rechazo de una solicitud de revisión de oficio de una resolución administrativa que aprueba la relación definitiva de aspirantes que habían superado unas pruebas selectivas de personal. Partiendo de la jurisprudencia constitucional, el Tribunal afirma que, aunque es verdad que quien no recurre un acto administrativo lo consiente, si la Administración modifica, como consecuencia de un recurso, o de oficio, un criterio de valoración de unas pruebas selectivas, ha de hacerlo para todos los participantes en el proceso selectivo, so pena de vulnerar el principio de igualdad de acceso a la función pública. En consecuencia, debemos distinguir entre quienes discuten el resultado de sus ejercicios o exámenes, en el que la estimación de un recuso ha de afectarles a ellos exclusivamente, y quienes impugnan un criterio de valoración, pues éstos deben aplicarse por igual a quienes participan en un proceso selectivo. Por ello, considera que, en el caso enjuiciado, se ha vulnerado el principio de igualdad en relación con los aspirantes que, sin haber recurrido inicialmente la primera lista de aprobados, sin embargo, con la adopción de nuevos criterios de valoración, debieron entrar en las listas. Y esta vulneración de un derecho fundamental es una causa de nulidad de pleno derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

B) Anulabilidad

a) Convalidación de actos anulables

La **STSJ de Navarra de 20 de noviembre de 2004** anula una Orden Foral que aprueba un Proyecto de Transformación de Regadío, por no haberse llevado a cabo la evaluación de impacto ambiental, prescindiendo, así, de un trámite preceptivo y esencial de procedimiento, lo que es causa de nulidad radical; y por omisión del visado colegial. Después de esta sentencia, el Director General de Medio Ambiente formula Declaración de Impacto Ambiental sobre el citado Proyecto de Transformación de Regadío, lo que es impugnado por los mismos recurrentes del anterior pleito. En este nuevo recurso contencioso-administrativo, los recurrentes alegan que los actos nulos, como es la resolución anulada por la STSJ de Navarra de 20 de noviembre de 2004, no pueden ser convalidados mediante la subsanación de los defectos de que adolecieran. El TS, en su **STS de 18 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Admi-

nistrativo, Sección 4.^a (recurso de casación), desestima este motivo de casación. En concreto, afirma que «la cabal y completa» ejecución de la sentencia de origen (STSJ de Navarra de 20 de noviembre de 2004) no exige de modo ineludible, ni por lo que ordena en su fallo, ni por lo que razona en sus fundamentos jurídicos, que el terreno afectado por las obras de aquel Proyecto de Transformación en Regadío se reponga a su estado original. Ni se opone, antes al contrario, a que se lleven a cabo las actuaciones administrativas que debieron preceder a la aprobación del repetido Proyecto, bien para legalizar las obras que finalmente hayan de mantenerse de las ya hechas, bien para sustituir otras o para complementar aquéllas. Siendo una de éstas, precisamente, la Declaración de Impacto Ambiental. Este razonamiento no conculca la norma que reserva la posibilidad de convalidación para los actos anulables, pues lo acontecido no es la convalidación de aquel Proyecto en sí mismo, sino la conservación de lo que sea lícito conservar tras llevar a cabo lo antes omitido. La recta razón y un elemental principio de no destruir lo que ya se acomode al ordenamiento jurídico, se oponen de raíz a la tesis sustentada por la parte actora y hoy recurrente en casación.

C) Reclamaciones económico-administrativas

a) *Improcedencia de la retroacción de las actuaciones en reclamación económico-administrativa*

La SAN de 2 de diciembre de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 135/2008, contra resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Central que, estimando en parte la reclamación económico-administrativa contra los acuerdos de liquidación del Jefe de la Oficina Nacional de Inspección, relativos al Impuesto sobre Sociedades, ordena la retroacción de las actuaciones para que por la Inspección compruebe la concurrencia o no de los requisitos a los que hace mención el artículo 103.3.a) y b) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. En relación con la retroacción de las actuaciones, la Audiencia Nacional, reproduciendo sentencia anterior, afirma: «... los Tribunales Económico-Administrativos no pueden suplir funciones atribuidas al Inspector Jefe en el momento de dictar el acuerdo de liquidación, conforme establece el artículo 60 del Reglamento de la Inspección de Tributos, en relación con la propuesta de liquidación reflejada en el Acta y sobre lo alegado por el interesado a dicho Acta, pues su función revisora se ha de centrar en los conceptos que han sustentado la liquidación practicada, no sobre la suficiencia o no de las actuaciones practicadas por el actuuario, de forma que supla, como se ha dicho, las funciones, que al respecto tiene asignadas el Inspector Jefe, sobre dichas actuaciones, pues es este último el que, para poder dictar el acuerdo de liquidación, debe tener presentes todos los datos necesarios para dictar dicha liquidación, de forma que, una vez haya procedido a dictar acuerdo de liquidación, la cuestión en vía impugnatoria se traslada la conformidad o no a Derecho de dicha liquidación, sea por incumplimiento de las normas procedimentales, sea por aplicación indebida de las normas sustantivas aplicadas en la regularización tributaria.

En este sentido, los Tribunales Económico-Administrativos deben pronunciarse sobre la bondad o no de los acuerdos impugnados, confirmando o anulando la liquidación practicada, pero no ordenando retrotraer las actuaciones para que por la Inspección se vuelvan a analizar los hechos que ya calificó y que fueron confirmados por el Inspector Jefe, sin hacer uso de las facultades que, como se ha declarado, le confiere el citado artículo 60 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos».

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) **Relación *in house* en el caso de una sociedad municipal de capital mixto.**
 3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.
 - A) **Intereses de demora: improcedencia de solicitar su abono desde la fecha en que se presentó la reclamación.**
 4. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS.
 - A) **Para la resolución de un contrato administrativo por parte de la Administración, ésta debe seguir el correspondiente procedimiento administrativo.**
 - B) **Convenio entre Administraciones Públicas para ejecución de obra: improcedencia de devolver las cantidades abonadas pese a haberse ejecutado la obra fuera de plazo.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de diciembre a febrero de 2011, tanto por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo, como por los 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) **Relación *in house* en el caso de una sociedad municipal de capital mixto**

La jurisprudencia del TJCE en muchos de sus pronunciamientos ha analizado en qué supuestos una Administración pública puede actuar al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos para encargar la gestión o prestación de servicios en una entidad creada por ella. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, de conformidad con las Directivas

relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque la otra parte contratante sea una persona jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando se cumplan dos requisitos:

- La autoridad pública que es entidad adjudicadora debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- Y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan. O dicho de otro modo, la entidad deberá realizar la parte esencial de su actividad para la colectividad o las colectividades públicas que la controlan.

Para que concurra el concepto de «control análogo» tienen que cumplirse los siguientes requisitos de forma acumulativa: «cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos, o que cuenten con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia, de cuyos miembros más de la mitad sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público». Ha de subrayarse que las sentencias del TJCE señalan de forma consolidada que la participación aunque sea de forma minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo una entidad adjudicadora, excluye que la entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada empresa un control análogo.

La Jurisprudencia que se acaba de exponer se aplica en la **STJCE de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-215/09**, en la que se argumenta en sus apartados 31 y 32, literalmente lo que sigue:

«(...) una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede hacerlo también en colaboración con otras autoridades públicas (Sentencia de 9 de junio de 2009], Comisión/Alemania, C-480/06, Rec. p. I-4747, apartado 45). Asimismo, como se señaló en el apartado 1 de la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI), tal autoridad es libre de ejercer por sí misma una actividad económica o de confiarla a terceros, por ejemplo, a entidades de capital mixto creadas en el marco de una colaboración público-privada.

Además, es cierto que la aplicación del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos está excluida cuando, al mismo tiempo, el control que ejerce la entidad adjudicadora sobre el adjudicatario es análogo al que la referida entidad ejerce sobre sus propios servicios y si dicha entidad realiza la parte esencial de su actividad con la entidad a la que pertenece (...). No obstante, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo una entidad adjudicadora excluye que ésta pueda ejercer sobre la citada empresa un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véanse, en particular, las Sentencias de 10 de septiembre de 2009, Sea, C-573/07, Rec. p. I-8127, apartado 46, y de 15 de octubre de 2009, Acoset, C-196/08, Rec. p. I-9913, apartado 53)».

3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Intereses de demora: improcedencia de solicitar su abono desde la fecha en que se presentó la reclamación

La **STS de 20 de diciembre de 2010** (recurso de casación 644/2009), Id Cendoj 28079130042010100690, confirma la SAN de 30 de octubre de 2008, desestimatoria del recur-

so interpuesto contra la desestimación presunta por el Ministerio de Fomento de la reclamación de solicitud de abono de intereses de demora por retraso en el pago de indemnización por los daños ocasionados como consecuencia de las lluvias torrenciales en las obras de la infraestructura A-49 Tramo Aljaraque-Lepe.

El motivo único del recurso era la infracción de los artículos 1100 y 1108 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al reconocimiento de la obligación de abonar intereses legales desde la reclamación del acreedor como medio para obtener la reparación integral de los daños y perjuicios sufridos. El Abogado del Estado rechaza el motivo por cuanto el principal no sólo no estaba determinado y era ilíquido sino que además la recurrente aceptó el importe fijado en el prolijo expediente tramitado. La sentencia considera procedente «mantener, en unidad de doctrina y seguridad jurídica, el criterio sustentado en la sentencia de 30 de junio de 2009, recurso de casación 5440/2007 (...). Como allí se dijo el motivo debe ser desestimado, pues erró la recurrente al solicitar los intereses desde la fecha en que presentó ante el Ministerio de Fomento, su reclamación para el abono de los daños y perjuicios causados por fuerza mayor durante la ejecución de las obras (...) pues, una cosa, es la reclamación por los daños y perjuicios ocasionados por fuerza mayor, y otra distinta, son los intereses derivados de esta reclamación, posteriormente reconocida por la Administración, por lo que no procede abonar intereses moratorios sobre la cantidad reconocida por resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación del Ministerio de Fomento, máxime cuando aquella cantidad, tal cual señala la sentencia impugnada, se encontraba ya actualizada».

4. EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Para la resolución de un contrato administrativo por parte de la Administración, ésta debe seguir el correspondiente procedimiento administrativo

La STSJ de Castilla y León, Sala de Burgos, núm. 729/2010, de 12 noviembre (recurso de apelación núm. 237/2010) (FD 4), determina que en el caso de que exista una causa imputable al contratista para resolver un contrato administrativo, debe seguirse el trámite correspondiente para la resolución del contrato. Señala la sentencia literalmente lo que sigue:

«Es cierto que, aun cuando no se abre un expediente con número diferenciado respecto del expediente general seguido para la contratación, no es causa que pueda ocasionar una nulidad, ni una anulación, el no haber abierto formalmente otro expediente, puesto que no causa ningún tipo de indefensión y se expresa con rotundidad que se pretende la incoación de expediente de resolución de contrato y de reclamación de indemnización por daños y perjuicios, así como incautación de la garantía provisional. Igualmente consta, como ya hemos indicado anteriormente, la alegación formulada por el contratista. Ahora bien, si ciertos y reales son estos trámites cumplimentados, sin embargo es esencial el cumplimiento de otros trámites que se han obviado por la Administración: 1. Cual es el trámite de alegaciones, que no ha sido concedido con anterioridad al dictarse la resolución (...). El trámite de audiencia (...) y el informe preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva, y este informe preceptivo es necesario cuando que existe una clara oposición a la resolución del contrato por parte del contratista (...) faltando este esencial trámite del previo informe del Consejo Consultivo, como el trámite esencial de dar audiencia al contratista, no queda otra solución que anular las resoluciones recurri-

das y retrotraer las actuaciones hasta el momento anterior a las resoluciones aquí anuladas, para que se dé audiencia al contratista y posteriormente se requiera el informe del Consejo Consultivo, que en esta Comunidad sustituye al Consejo de Estado».

B) Convenio entre Administraciones Públicas para ejecución de obra: improcedencia de devolver las cantidades abonadas pese a haberse ejecutado la obra fuera de plazo

La STS de 16 de febrero de 2011 (recurso 2569/2009), Id Cendoj 28079130042011100058, desestima el recurso interpuesto por la AGE contra la SAN de 19 de febrero de 2009, que estimó el recurso por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares contra Resolución de la Secretaría de Estado de Política Científica y Tecnológica de 16 de septiembre de 2003 que requirió el reintegro de la cantidad abonada en virtud de Convenio suscrito entre ambas Administraciones así como la anulación de las anualidades subsiguientes pactadas. La Sentencia anuló la resolución recurrida y reconoció el derecho de la recurrente a percibir todas las prestaciones económicas establecidas en el Convenio suscrito entre el Ministerio de la Presidencia y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para la creación de un Centro de Investigación y Tecnologías Turísticas en el ámbito territorial de dicha Comunidad.

El recurso se basaba en que, habiendo expirado el Convenio el 28 de diciembre de 2001 y no conteniéndose en él previsión alguna de prórroga, mal podía llegarse a la conclusión de que las obras de construcción, iniciadas el 26 de abril de 2002, se hicieron en su ejecución, es decir, en ejecución de un Convenio «inexistente». Por su parte, la defensa de la Comunidad Autónoma Balear se opuso al recurso invocando la razón de decidir de la Sentencia de instancia, que fue, en definitiva, la escasa entidad del retraso imputable a la Administración Autonómica, que no supuso un incumplimiento que pudiera impedir la consecución normal del objeto del convenio, pues el Centro de Investigación se construyó, efectivamente, con arreglo a lo convenido.

El TS hace algunas consideraciones de interés sobre la naturaleza y el régimen aplicable a los convenios de colaboración interadministrativos (FD 3):

«(...) el enjuiciamiento de los convenios de colaboración de naturaleza interadministrativa debe partir de la consideración de su especial naturaleza pública, que les distingue y separa de los contratos privados (habida cuenta de los sujetos que los suscriben) e incluso de los contratos administrativos (habida cuenta de que, más allá de la concurrencia formal de voluntades, se trata de la asunción de objetivos orientados a un específico y relevante interés público que es el que justifica su suscripción y excede del sentido tradicional de la materia contractual: por todas, STS de 15 de julio de 2003) y que, además, constituye, más allá del ámbito contractual, una técnica de cooperación entre Administraciones Públicas para la satisfacción del interés público y lleva —sin remisión— a que dichos convenios deban aplicarse e interpretarse desde la perspectiva predominante del interés público en juego y a que la normativa de derecho privado sólo tenga encaje de manera supletoria: cuando exista verdadera laguna o falta de regulación normativa y/o convencional que pudieran dar paso, por exigirlo la efectividad de lo convenido, a la técnica supletoria de la “integración” normativa».

A continuación, señala, que «la parte recurrente en casación no ha acreditado (ni aún en el supuesto de que se admitiera la integración de los hechos que postula la recurrente) que concurrieran las circunstancias que pudieran ser constitutivas —en la ejecución del convenio— de

infracción del principio de la buena fe por parte de la Comunidad Autónoma o que conllevasen un supuesto abuso de derecho». Considera «inflexible» la postura de la AGE y concluye compartiendo la tesis de la Sentencia de instancia cuando, «reconociendo el hecho del cumplimiento tardío por la Administración Balear de sus obligaciones en el Convenio, puesto que inició las obras cuatro meses después de la expiración del plazo convenido, sin embargo consideró la actitud de la Administración del Estado como desproporcionada al solicitar el reintegro de lo pagado y desvincularse del abono de las cantidades pendientes, sin tener en cuenta que aun con el retraso constatado, las obras se iniciaron y concluyeron antes del plazo que el propio Convenio fijaba para ello en tres años desde su inicio, siendo una realidad no discutida la construcción del Centro y el hecho de su funcionamiento».

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL.

A) **Autonomía local.**

- a) Principio de vinculación negativa: las entidades locales pueden, sin previa habilitación legal, dictar ordenanzas en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradicen ni vulneran la legislación estatal o autonómica sectorial que pudiera existir ni introducen criterios limitativos altamente restrictivos sin justificación.

B) **Impugnación de acuerdos de las entidades locales.**

- a) Es la publicación en el diario oficial la que determina el inicio del cómputo del plazo de 2 meses para impugnar acuerdos de las entidades locales.
- b) La solicitud de ampliación de información prevista en el artículo 64 LBRL interrumpe el plazo para interponer directamente recurso contencioso-administrativo.

C) **Régimen de funcionamiento de las entidades locales. No se puede modificar el Reglamento Orgánico municipal para introducir contenidos contrarios a las leyes. Derecho a la participación en los asuntos públicos de los concejales no adscritos.**

2. ORGANISMOS PÚBLICOS.

A) **La modificación de los Estatutos de Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales y Sociedades Mercantiles debe ser motivada, por tener los Estatutos naturaleza de disposición de carácter general.**

B) **Organismos Autónomos. Cuestión de competencia.**

3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS.

A) **Profesiones tituladas. La formación tendente a aportar competencias para la administración segura de medicamentos a los enfermeros no comporta atribuir facultades de prescripción.**

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía local

- a) *Principio de vinculación negativa: las entidades locales pueden, sin previa habilitación legal, dictar ordenanzas en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradicen ni vulneran la legislación estatal o autonómica sectorial que pudiera existir ni introducen criterios limitativos altamente restrictivos sin justificación*

En el número 47 de esta Revista ya comentamos varias sentencias dictadas consecutivamente sobre esta cuestión, en concreto las SSTs de 7 de octubre de 2009, (recurso 204/2008), 14 de octubre de 2009 (recurso 5229/2007), 15 de octubre de 2009 (recurso 283/2008), 17 de noviembre de 2009 (recursos 1168/2008 y 2135/2008), 9 de diciembre de 2009 (recursos 2989/2008, 3956/2008, 4286/2008 y 6448/2008) y 15 de diciembre de 2009 (recurso 496/2009). Ahora el órgano supremo de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa viene a complementar su doctrina respecto a nuevas impugnaciones de ordenanzas reguladoras de la aplicación de purinas y fangos de depuración de los Ayuntamientos de Pira y Rocafort de Queralt (ambos de Tarragona) en sus **SSTs de 30 de noviembre de 2010** (recursos 5179/2008 y 1200/2008). Aunque estima parcialmente el recurso, el primer motivo de casación —que es el que nos interesa— es desestimado. Reproducimos a continuación los fragmentos más significativos que resumen la doctrina del Tribunal Supremo en esta cuestión:

«Esta Sala, en los diversos recursos de casación que se han planteado en torno a ordenanzas municipales reguladoras de la aplicación de nitratos procedentes de origen animal, ha mantenido una postura flexible, tendente a un reconocimiento amplio y evolución progresiva de nuestra jurisprudencia en lo que se refiere a las competencias reglamentarias de las entidades locales.

En dicho sentido, a partir de una primera Sentencia de 7 de octubre de 2009, recaída en el recurso de casación 204/2008, hemos tenido ocasión de oponernos a que prevaleciera una concepción del ámbito o del modo de determinación de las competencias municipales basada en la idea de la vinculación positiva que ahí acarrearía el principio de legalidad, de suerte que la Corporación Local sólo pudiera actuar en la forma en que previamente hubiera sido habilitada por el legislador sectorial, no pudiendo dictar una ordenanza sobre una materia sin la previa habilitación de éste para ello. Por el contrario, hemos afirmado que hoy en día no es esa concepción la que mejor se acomoda a una interpretación de las normas reguladoras del régimen competencial de tales Corporaciones que atienda, como es obligado, a una que con el carácter de fuente primaria y naturaleza de Tratado fue incorporada a nuestro Ordenamiento, cual es la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988. Ni es tampoco la que mejor se adecua a algunos pronunciamientos de este Tribunal Supremo que ya la han tenido en cuenta, en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquéllas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir.

(...) la amplitud con que la Constitución concibe la garantía institucional de la autonomía de gobierno y administración de los municipios (artículo 140 de la Constitución), la cual debe ser interpretada, en el terreno competencial, de acuerdo con la cláusula de subsidiariedad

que contiene la Carta Europea de Autonomía local de 15 de octubre de 1985, ratificada por España mediante Instrumento de 20 de enero de 1988, con arreglo a cuyo artículo 4.2 “las Entidades locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad”. (...) [justifica que] las Corporaciones locales, en aquellas materias en que necesariamente han de ejercer competencias, como lo es en especial la de protección del medio ambiente, pueden ejercerlas por medio de ordenanza en los aspectos en que la norma autonómica no las haya utilizado, siempre que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente, “para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 28 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local”.

Partiendo de la anterior premisa, nos ha parecido proporcionado el ejercicio que de la competencia municipal sobre la gestión de estiércol, purines y lodos de depuración, se ha hecho en diversas ordenanzas municipales, limitando desde el punto de vista temporal o espacial, e incluso desde ambas perspectivas, su utilización. Así, en la Sentencia de 15 de octubre de 2009, recurso 283/2008, hemos dado por buena la prohibición de su aplicación a una distancia de entre 200 y 500 metros del casco urbano, núcleo habitado, vivienda o edificio de uso o servicio público (limitación temporal) y, paralelamente, la interdicción de la aplicación de lodos de depuración en determinados días de la semana, sábados y domingos y días festivos (restricción temporal). También nos manifestamos a favor de la doble posibilidad de limitación, temporal y espacial, en la Sentencia de 14 de octubre de 2009, recurso 5229/2007, relativa a una Ordenanza en que se prohibía aplicar purines, de una parte, en terrenos situados a menos de 500 metros del límite del suelo urbano, y, de otra, en domingos y días festivos. En otras ocasiones, hemos necesitado abordar únicamente restricciones zonales, caso de la Sentencia de 9 de diciembre de 2009, recurso 6448/2008, en relación con la prohibición de aplicación de los fertilizantes orgánicos a una distancia mínima de 100 metros a viviendas aisladas, o se han puesto de manifiesto limitaciones temporales, como en la Sentencia de 15 de diciembre de 2009, recurso 496/2009, con referencia a las limitaciones referidas al período veraniego.

Lo relevante es que, en aquellas resoluciones, se sometían a nuestro conocimiento prohibiciones relativas, restringidas a determinados lugares o momentos, que no prohibían de un modo absoluto la utilización de las sustancias en cuestión a efectos del desarrollo de la agricultura. Por el contrario, en nuestro caso, se plantea, a tenor de los artículos 1.2 y 6 de la Ordenanza de referencia anulados por la sentencia de instancia, una prohibición absoluta.

Por ello, no podemos aplicar el mismo criterio que en aquellas ocasiones, en que advertíamos que las limitaciones instituidas por las correspondientes ordenanzas aparecían como razonables y proporcionadas, valorando asimismo la falta de presentación por parte de quienes pretendían su anulación, de la acreditación de su carácter desproporcionado.

Por el contrario, en el caso sometido a nuestra actual deliberación, advertimos lo contrario, y es que ante el carácter altamente restrictivo de la limitación impuesta, habría de existir una justificación de su racionalidad, y de ello se hayan huérfanos tanto el expediente administrativo como los alegatos de la Administración recurrente. Pesa en nuestro criterio, asimismo, la limitación que se produce de una actividad profesional y comercial, que si bien puede ser limitada por razones relacionadas con la protección del medio ambiente, como en las ya citadas sentencias hemos afirmado, ello será posible siempre que la restricción concretamente impuesta obedezca a una razón justificada, en cuanto que derechamente orientada a la consecución de una finalidad de interés público o general».

B) Impugnación de acuerdos de las entidades locales

- a) *Es la publicación en el diario oficial la que determina el inicio del cómputo del plazo de 2 meses para impugnar acuerdos de las entidades locales*

Como ya vimos en el número 48 de esta Revista, al analizar las SSTS de 17 de diciembre de 2009 y de 22 de abril de 2010 —las cuales reproducen la jurisprudencia mantenida en las SSTS de 18 de junio de 2007 y de 25 de mayo y 25 de junio de 2008—, el artículo 46 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa determina que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo se cuenta desde la notificación o publicación del acto, de manera que si después de la notificación sobreviene la publicación debe computarse desde esta última el plazo de dos meses para impugnar en vía jurisdiccional.

Es ahora la **STS de 26 de noviembre de 2010** (recurso 6028/2006), la que reitera lo dispuesto en las sentencias anteriores. En ella el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Valverde contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 29 de septiembre de 2006, que estimaba parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias contra el Acuerdo de dicho Ayuntamiento de 29 de marzo de 2004, que aprobaba el Plan Especial y Catálogo de Edificios Disconformes con el Planeamiento.

Sin entrar a valorar cuestiones de fondo, la Sección 5.^a de la Sala Tercera considera que, si bien el Ayuntamiento realizó con carácter previo varias comunicaciones informativas a la Administración Autonómica, el acuerdo de aprobación del Plan Especial y Catálogo de Edificios Disconformes con el Planeamiento fue objeto de publicación en el Boletín Oficial de Canarias de 3 de agosto de 2004, por lo que el recurso contencioso-administrativo que la Administración autonómica interpuso el 2 de noviembre de 2004 no puede ser tachado de extemporáneo, ya que se presentó dentro del plazo de dos meses a contar desde la mencionada publicación, debiendo realizarse el cómputo como explica la sentencia recurrida en el último párrafo de su fundamento segundo, esto es, descontando el mes de agosto y teniendo en cuenta que el último día del plazo, 31 de octubre de 2004, fue domingo y que el siguiente día, 1 de noviembre, fue festivo.

Recordando lo dispuesto en las sentencias mencionadas en el primer párrafo de este comentario, el Tribunal Supremo concluye que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 46 LJCA se cuenta desde la notificación o publicación del acto, de manera que si después de la notificación sobreviene la publicación debe computarse desde esta última el plazo de dos meses para impugnar en vía jurisdiccional.

- b) *La solicitud de ampliación de información prevista en el artículo 64 LBRL interrumpe el plazo para interponer directamente recurso contencioso-administrativo*

La **STS de 6 de octubre de 2010** (recurso 482/2008), desestima un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, contra la STS de 29 de marzo de 2007 (recurso 7415/2002), la cual ya fue objeto de comentario en el núm. 36 de esta Revista.

La controversia jurídica se centra fundamentalmente en determinar si la solicitud de ampliación de información sobre acuerdos comunicados por las entidades locales formulada al amparo de lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local interrumpe únicamente el plazo que tiene la Administración estatal para requerir la anulación de los acuerdos de las entidades locales o suspende también el plazo para impugnar directa-

mente el acuerdo, como entiende la STS de 29 de marzo de 2007, todo ello de conformidad con lo previsto en los artículos 65 LBRL, 215.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales y 46 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Una vez puesto de manifiesto que el recurso de casación para la unificación de doctrina «es un instrumento para garantizar el principio de igualdad en la aplicación de la Ley cuando sobre controversias sustancialmente idénticas existen resoluciones contradictorias» la Sección 7.ª de la Sala Tercera manifiesta que de, todas las invocadas, sólo la STS de 20 de julio de 2004 (recurso 5696/2001) puede considerarse como sentencia de contraste, pero entiende que no hay razones con entidad suficiente que permitan dar preferencia a la interpretación mantenida en dicha sentencia sobre la que ahora se trata de combatir. Por ello, ante la necesidad de poner fin a esas soluciones divergentes, considera más acertada la doctrina mantenida en la STS de 29 de marzo de 2007, y ello porque una interpretación literal de los preceptos aplicables conduciría a un resultado ilógico, pues, como expresó la Abogacía del Estado, de otro modo «se llegaría al absurdo de que en los casos en que la información complementaria fuese recibida por la Administración requirente transcurridos dos meses desde la recepción originaria del acto o acuerdo municipal ya no podría impugnarlo de modo directo, por haber transcurrido el plazo para ello, y, en cambio, sí podría formular un requerimiento de anulación cuyo rechazo habilitaría de nuevo el cauce jurisdiccional del recurso contencioso-administrativo». Procede, en consecuencia, acudir a una interpretación teleológica (permitida por el artículo 3.1 del Código Civil) que tiene en cuenta que la finalidad de la información cuya ampliación permite la Ley es que la Administración del Estado o autonómica puedan constatar si hay razones para decidir la ilegalidad del acto municipal, y que tal constatación es necesaria para cualquiera de las dos modalidades de impugnación que permite utilizar el ordenamiento jurídico.

Por tanto, la solicitud de ampliación de información prevista en el artículo 64 LBRL suspende, no sólo el plazo previsto para efectuar el requerimiento previo de anulación del artículo 65.2, sino también el plazo para interponer directamente recurso contencioso-administrativo sin dicho requerimiento previo en los términos del artículo 65.4 LBRL.

C) Régimen de funcionamiento de las entidades locales. No se puede modificar el Reglamento Orgánico municipal para introducir contenidos contrarios a las leyes. Derecho a la participación en los asuntos públicos de los concejales no adscritos

El TSJ del País Vasco mediante **Sentencia de 30 de septiembre de 2010** (recurso 199/2009), estima el recurso contencioso-administrativo formulado por la Administración del Estado contra el Acuerdo dictado el 24 de noviembre de 2008 por el Ayuntamiento de Bergara, que aprobaba definitivamente la modificación del Reglamento Orgánico municipal, y anula en consecuencia varios de sus preceptos.

Los preceptos impugnados permitían, en lo sustancial, la creación de un grupo político mixto para acoger en él a los concejales de un grupo municipal disuelto o suspendido judicialmente. En consecuencia, el Reglamento permitía la concesión a los concejales no adscritos de los derechos políticos y económicos propios de los grupos políticos, con lo que desaparecía lo que en expresión de la abogacía del Estado se considera «la nota de aislamiento que debe integrar su esencia» y se pasaba a crear *de facto* un nuevo grupo municipal.

Por tanto, el debate se centra en determinar si es legalmente posible que los concejales de partidos, coaliciones o agrupaciones electorales ilegalizadas o suspendidas pueden, tras estas

resoluciones, integrarse en el Grupo Mixto o deben quedar como representantes individuales, sin integración en grupo alguno.

Tras recordar el Tribunal el obligado sometimiento del Reglamento a la Ley, de la que constituye un instrumento de ejecución, y recordar que toda actuación normativa municipal está supeditada a la legislación de régimen local, la Sala procede a reiterar la doctrina jurisprudencial y constitucional sobre el derecho a la participación política contemplado en el artículo 23, que es un derecho de configuración legal. Así extrae algunos de los pronunciamientos más importantes de la STS de 21 de marzo de 2006 (recurso 7326/2001) y de las SSTC 141/2007 y 169/2009, que citan otras muchas.

El TSJ considera que la ilegalización o suspensión del partido, coalición o agrupación electoral no da lugar a la pérdida de la condición de concejal de sus integrantes, conservando éstos la representatividad ganada con independencia de lo que ocurra a la estructura política a través de la cual se presentaron, ya que es el concejal quien ostenta la titularidad de la representación electoralmente obtenida.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 73.3 de la Ley de Bases de Régimen Local, «cuando el concejal no se integra ya en la formación electoral por la que fue elegido, y la descripción que la norma expone permite considerar sin mayor esfuerzo que comprende también los casos en los que tal falta de integración tiene lugar en virtud de haber sido suspendida o ilegalizada, (...) se pasa a ostentar la consideración de miembros no adscritos, ajenos al propio Grupo Mixto, así resulta del tenor de la norma pues contrapone la integración en un Grupo Político a aquellos otros supuestos, los analizados, excepcionándolos de tal integración y considerándolos como no adscritos. Esta excepción implica que su participación en los asuntos públicos, y recordemos que es un Derecho de configuración legal, se va a desarrollar de otra forma».

En definitiva, entiende la Sala que «a los concejales de un grupo político suspendido o disuelto judicialmente, la ley (principio de reserva de ley) no les reconoce más derecho que el de adquirir la condición de Concejales no adscritos, pero no el derecho a constituir un grupo político, derecho del que la ley expresamente exceptúa a los Concejales que, por cualquier causa, ya no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos. Y por esta razón sólo podían ser convocados a la Comisión Informativa, como tales Concejales no adscritos, con el alcance que se establece en la STC antes transcrita —la STC 169/2009—. La condición de concejales no adscritos implica que no podrán formar parte de ningún otro Grupo político así como la pérdida de los derechos económicos vinculados a los Grupos Políticos municipales, reteniendo los derechos que individualmente le correspondan como miembro de la Corporación pero no los derivados, con carácter exclusivo, de su pertenencia a un grupo político».

En aplicación de los artículos 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 9, 22, 103 y 149.1.1 y 149.1.18 de la Constitución, 10.3, 11.8, 12.a) y 22 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos, y 4, 20.1.c) y 73.3 de la Ley de Bases del Régimen Local, teniendo en cuenta que la regulación de los efectos derivados de la suspensión y/o disolución judicial de un partido político queda reservada a la ley y es competencia del Estado, a la luz de los pronunciamientos anteriores el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco declara la nulidad de los artículos impugnados. Debe entenderse, pues, que a los concejales afectados por el supuesto previsto en el artículo 73.3 LBRL la ley no les reconoce derecho alguno a constituir o formar parte de un nuevo grupo municipal como puede ser el grupo mixto. El artículo 73.3 de la LBRL veda que los concejales no adscritos actúen como grupo político municipal, por lo que las expresiones que se utilizan en los preceptos impugnados contravienen la actuación individualizada que los caracteriza. Por último, el artículo 39.3

del Reglamento impugnado vulnera el artículo 20.1.c) LBRL en cuanto permite designar como miembro de la Comisión Informativa a personas que no tengan la condición de concejal.

2. ORGANISMOS PÚBLICOS

A) La modificación de los Estatutos de Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales y Sociedades Mercantiles debe ser motivada, por tener los Estatutos naturaleza de disposición de carácter general

El TS resuelve en sus **SSTS de 26, 27 y 29 de octubre de 2010** (recursos 714/2009, 100/2009 y 516/2009, respectivamente), diversos recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Salamanca contra las correspondientes sentencias del TSJ de Castilla y León que declararon nulos de pleno derecho los acuerdos de modificación de los Estatutos de la Sociedad Anónima de Turismo y Comunicaciones, el Patronato Municipal de vivienda y Urbanismo del Ayuntamiento de Salamanca (Entidad Pública Empresarial) y el Organismo Autónomo de Gestión Económica y Recaudación (OAGER) de Salamanca.

El Alto Tribunal anula la modificación del Estatuto de la Sociedad Anónima Turismo y Comunicaciones del Ayuntamiento de Salamanca por un motivo de forma al faltar un informe preceptivo (Sentencia de 26 de octubre de 2010), pronunciándose en las otras dos sentencias sobre la naturaleza jurídica de ambos Organismos Públicos y la necesidad de motivar los acuerdos de modificación de los Estatutos de estas entidades.

En concreto, la Sentencia de 29 de octubre insiste en que la actividad desplegada por el OAGER que esencialmente gira alrededor de la elaboración, preparación y propuesta del régimen fiscal del Ayuntamiento, constituye asuntos que han de ser sometidos al Pleno que, así eran concebidos en los estatutos originales, mientras se encuentra huérfana de motivación la reforma propuesta al reputar insuficiente la consignada en el seno de la propia Junta rectora de «defensa de los intereses de los ciudadanos salmantinos». La modificación del Estatuto del OAGER fue aprobada inicialmente por el Pleno municipal de 25 de julio de 2007 y definitivamente mediante acuerdo plenario de fecha 27 de septiembre siendo en sesión del 8 de noviembre siguiente cuando se materializaron los cambios derivados de aquella modificación revocando y cesando en su cargo a los representantes del Ayuntamiento con nombramiento de otros nuevos.

La modificación de los Estatutos del OAGER, en lo que nos interesa, sustituyó la presencia de «concejales que por cada grupo político integrante de la corporación les corresponda en proporción a su composición, en el número que señale el Pleno de la corporación» por «cinco vocales designados por el Ayuntamiento Pleno, más el Concejal Delegado de Economía y Hacienda, más ciertos cargos del Ayuntamiento que asistirán con voz pero sin voto». Esta modificación estatutaria es la recurrida en el proceso de instancia y anulada por falta de motivación a la que se añadió la falta de proporcionalidad.

Como señala la Sentencia de 27 de octubre de 2010, referida a una entidad pública empresarial local, y cuyo argumento reproduce la Sentencia de 29 de octubre por extrapolable a ambos supuestos de hecho, «la naturaleza del Estatuto es la de una disposición general de aquellas que en uso de su potestad normativa, que no es sino una manifestación más de su autonomía, pueden dictar las Corporaciones Locales, conocidas como Reglamentos u Ordenanzas y que, cuando se trata como sucede en este supuesto de una norma de autoorganización, se denominan también Estatutos. Por lo tanto la modificación en este caso de la composición del Consejo de Administración de la EPEL Patronato Municipal de Vivienda y Urbanismo de Salamanca en tanto que disposición general, debe sujetarse a los mismos requisitos y garantías que se exigen

a cualquiera de las normas reglamentarias que emanan del resto de las Administraciones Públicas que gozan de esa potestad normativa. En consecuencia, y puesto que hablamos de una disposición general que emana de un ente local, la misma debe ajustarse en primer término al procedimiento previsto para ello con carácter general en el artículo 49 de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, así como a lo dispuesto en el artículo 56 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, Real Decreto Legislativo 781/1986, que manifiesta que para la modificación de las disposiciones citadas se deberán observar los mismos trámites que para su aprobación».

El TS estima que el Estatuto es un Reglamento de Organización, por tanto, se trata de una norma singular, pero que con los matices que le son propios, se somete en cuanto a su elaboración y posible modificación a los criterios generales que rigen en la materia para la aprobación de las disposiciones generales.

Según el Alto Tribunal, el primer principio que una norma reglamentaria cualquiera que sea su naturaleza debe respetar es el de jerarquía normativa. En este caso no ofrece duda que la Corporación respetó ese principio ajustándose al mandato legal concreto contenido en el artículo 85 Bis.1.d) de la Ley 7/1985. Otro requisito consustancial para cualquier norma reglamentaria es la de cumplir con el procedimiento de elaboración previsto para ello, y que en relación con las Corporaciones Locales se regula en el artículo 49 de la Ley 7/1985 y en los artículos 55 a 59 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. Esas formalidades, al menos en lo esencial, fueron cumplidas en la elaboración de las modificaciones controvertidas.

Salvados estos primeros obstáculos formales, el TS pasa a examinar si se cumplieron los límites sustanciales de la potestad reglamentaria que se singulariza por su carácter discrecional, puesto que la Administración que la ejerce goza de una mayor libertad de elección en la adopción de sus determinaciones, fundada en términos generales en criterios que exceden de lo jurídico, y que obedecen a razones de oportunidad, económicos o de otra índole, y a cuyo control se añade, además, cuando de esta potestad se trata, la dificultad de que la Ley no exige expresamente la motivación de las normas reglamentarias. El TS, tras analizar la jurisprudencia sobre la materia, especialmente la STS de 16 de junio de 2003, sobre los límites de la potestad reglamentaria, procede, pues, la confirmación de la Sentencia de instancia en tanto que ésta anuló la modificación del artículo 7 y del artículo 8 del Estatuto del OAGER, del mismo modo que lo hizo respecto a la modificación estatutaria del Patronato Municipal de Vivienda y Urbanismo, al no motivarse esa modificación de modo suficiente máxime cuando quiebra además, tal cual analiza, el principio de proporcionalidad. En concreto, se elimina la presencia proporcional de vocales según el número de grupos políticos sin decir el porqué y olvidando que se trata de competencias de actuación municipal, no de representación, pues se gestionan como órganos externalizados; no se alude a que el funcionamiento no sea operativo, a que se haya satisfecho esa presencia proporcional en otros órganos o entes, etc. Simplemente se justifica la modificación en que es en «defensa de los intereses de los ciudadanos salmantinos». Ciertamente, concluye el TS, es ésta una motivación insuficiente tal cual declara la Sala de instancia.

B) Organismos autónomos. Cuestión de competencia

La STS de 4 de noviembre de 2010 (cuestión de competencia 75/2010), declara que la competencia para conocer el recurso interpuesto contra la desestimación presunta de la reclamación de anulación y el archivo de la reclamación efectuada por el Subdirector General de Recursos Humanos del Parque Móvil del Estado, en concepto de abono de atrasos correspondientes a trienios indebidamente abonados al mismo, corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Trabada cuestión de competencia negativa entre la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 1, para conocer del recurso interpuesto por el interesado contra la desestimación presunta de su reclamación de anulación y el archivo de la reclamación efectuada por el Subdirector General de Recursos Humanos del Parque Móvil del Estado se dio traslado de éstas al Ministerio Fiscal, que ha evacuado dictamen en el sentido de entender que la competencia discutida corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

El Parque Móvil del Estado es un organismo autónomo de los previstos en el capítulo II del Título III, de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Subsecretaría del Departamento (artículo 2 del Real Decreto 146/1999, de 29 de enero). En el caso de autos se está ante una resolución de un organismo autónomo, con competencia en todo el territorio nacional, en la que no se cuestiona que la materia sobre la que versa el asunto es una cuestión de personal, lo que excluye la aplicación de la regla de competencia prevista en el apartado c) del artículo 9 LRJCA, al tratarse de una de las materias exceptuadas en dicho precepto —personal, propiedades especiales y expropiación forzosa— por remisión a la letra i) del apartado 1 del artículo 10; y por tanto, entra en el ámbito de este último precepto correspondiendo la competencia al Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

A) **Profesiones tituladas. La formación tendente a aportar competencias para la administración segura de medicamentos a los enfermeros no comporta atribuir facultades de prescripción**

La SAN de 1 de diciembre de 2010, Sala Cuarta (recurso 73/2010), desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido a instancia del Ilustre Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, contra la Orden SAS/3225/2009, de 13 de noviembre, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Enfermería Geriátrica (BOE de 30 de noviembre de 2009), por ser conforme a derecho.

El recurso se fundamenta en la infracción de los artículos 2.2, 6.1 y 2.a), 7.1 y 2.a), 17.2.a), 19.1 y 21.1 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesionales Sanitarias (en adelante, LOPS) y los artículos 1.2 y 7 del Decreto 450/2005, de 22 de abril, sobre especialidades de enfermería; Así como en la vulneración de los principios de arbitrariedad e interdicción de desviación de poder (artículos 9.3 CE y 70.2 de la LJCA). Los demandantes alegan que la Orden impugnada regula la formación especializada de los diplomados universitarios en enfermería, conforme a la habilitación establecida en el artículo 20.1 de la LOPS, si bien consideran que por vía los programas de especialidad podrían adquirirse competencias profesionales que no corresponden al título que da acceso a la especialidad, en el sentido de que debe existir una correspondencia entre el título universitario y el contenido propio de los programas. En concreto, alega que el contenido del programa formativo alberga determinados contenidos y ámbitos profesionales que corresponden en exclusiva a los médicos y odontólogos, como son la realización de diagnósticos, el tratamiento terapéutico y la prescripción médica, de donde se deduce la atribución de una competencia profesional que no corresponde a los enfermeros, por lo que tal actuación administrativa no es razonable ni adecuada a la naturaleza de las cosas, porque determina una desregulación de la profesión de médico y odontólogo.

La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, que se afirma vulnerada, regula los aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas en lo que se refiere a su ejercicio, a la estructura general de la formación de los profesionales, al desarrollo profesional de éstos y a su participación en la planificación y ordenación de las profesiones sanitarias. Define las profesiones sanitarias, tituladas y reguladas, como «aquellas cuya formación pregraduada o especializada se dirige específica y fundamentalmente a dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud, y que están organizadas en colegios profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos».

La Ley establece, por tanto, no sólo el marco de las profesiones definiendo la regulación del ejercicio, sino que además estructura la formación pregraduada y especializada a fin de dotar a los interesados de conocimientos y habilidades competenciales. Es decir, el marco de la formación aparece vinculado a la regulación del ejercicio de las profesiones sanitarias, si bien se constituyen como ámbitos distintos en los que se pretenden objetivos distintos; a saber, la formación de un lado, y la distribución de competencias de cada una de las profesiones sanitarias, de otro. Tal y como afirma la Abogacía del Estado y el Colegio Oficial de Diplomados de Enfermería, la regulación de la Orden se circunscribe al aspecto de la formación especializada, no a la regulación de la profesión y las competencias que han de desarrollar cada uno de los profesionales implicados en los procesos sanitarios de promoción y recuperación de la salud. La regulación no incide en el ejercicio como pretende la parte demandante, sino en la formación previa, atribuyendo a los diplomados en enfermería geriátrica un conjunto de conocimientos, habilidades y competencias que en modo alguno menoscaban las competencias atribuidas a los médicos y odontólogos, porque la regulación no va más allá del aspecto de la formación.

Por lo que respecta a las alegaciones efectuadas en relación a las posibilidades de administración o prescripción farmacológica, tampoco cabe acoger la argumentación que hace valer la demandante. La formación pretende, por tanto, aportar competencias para la administración segura de medicamentos, lo que no comporta atribuir facultades de prescripción. No obstante, debe recordarse que la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, establecía en el artículo 77 que los únicos profesionales sanitarios con facultad para ordenar la prescripción de medicamentos eran los médicos y odontólogos. Sin embargo, la Ley 28/2009, de 30 de diciembre, de modificación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, mantiene el precepto, y la modifica para introducir la participación en la prescripción de «determinados medicamentos» de otros profesionales sanitarios como son los enfermeros y podólogos, incorporándoles en programas de seguimiento de determinados tratamientos. La Exposición de Motivos de la Ley refiere expresamente que se hace eco de una cuestión «asumida en la práctica diaria de nuestro sistema sanitario» que «tiene como objetivo fundamental la seguridad y el beneficio de los pacientes y de dichos profesionales». Por lo tanto, sin perjuicio de apuntar el cambio normativo producido con posterioridad a la Orden de 13 de noviembre de 2009, ésta no comporta una nueva distribución de funciones, sino una definición de las competencias y objetivos que se pretenden en la formación especializada de geriatría, con el fin de adaptarla a las nuevas previsiones normativas plasmadas con posterioridad en la Ley 28/2009.

JESÚS DEL OLMO ALONSO
VANESA RODRÍGUEZ AYALA
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SUMARIO

1. CONCEPTO DE SANCIÓN.
 - A) **No es sanción.**
2. POTESTAD SANCIONADORA.
 - A) **La imposición de una sanción privativa de libertad a un guardia civil cuando la infracción la ha realizado en el desempeño de una actuación policial vulnera el artículo 25.3 CE.**
3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD.
 - A) **Vulnera la reserva de ley una sanción impuesta en aplicación de una norma reglamentaria independiente que no se apoya en una ley previa.**
 - B) **Anulación de una sanción por declaración de inconstitucionalidad de la ley aplicada.**
 - C) **En las relaciones de sujeción especial no es necesario precisar qué norma integra el tipo sancionador en blanco.**
 - D) **La existencia de un tipo más adecuado para calificar unos hechos que el tipo efectivamente empleado para sancionarlos no vulnera el principio de tipicidad.**
 - E) **No vulnera el principio de tipicidad un pliego de cargos que no concreta cuál de los dos subtipos del precepto por el que sanciona se está aplicando si es evidente de cuál de ellos se trata.**
4. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE.
 - A) **Posibilidad o no de aplicar retroactivamente y de oficio la norma más favorable en fase judicial.**
5. ANTIJURIDICIDAD.
 - A) **Ejercicio legítimo de un derecho, en concreto, el de asociación.**
6. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD.
 - A) **La presunción de inocencia exige que la Administración motive la culpabilidad. No se puede motivar la culpabilidad diciendo simplemente que no existen causas que puedan excluirla.**

- B) Aceptación de la responsabilidad objetiva en las sanciones disciplinarias impuestas al funcionario condenado penalmente por el hecho de dicha condena.
 - C) Extensión del deber de diligencia de las personas jurídicas.
 - D) Exclusión de la culpabilidad por la existencia de ciertas actuaciones administrativas que podía entenderse amparaban la conducta del infractor.
7. SUJETOS RESPONSABLES.
- A) Los responsables subsidiarios sólo responden cuando hayan actuado, al menos, con culpa, aunque no es necesario ni considerarlos interesados en el procedimiento sancionador contra el responsable principal ni tramitarles un procedimiento sancionador aparte.
 - B) La exigencia de responsabilidad subsidiaria se mantiene aunque desaparezcan las condiciones que la hacen posible.
8. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*.
- A) No es aplicable el concurso ideal cuando la sanción finalmente procedente resulte contraria al principio de prevención sancionadora.
 - B) No es infracción continuada y eso conlleva su prescripción.
 - C) Hechos relacionados, aunque distintos, que impiden apreciar vulneración del *non bis in idem* material.
 - D) *Non bis in idem*: no lo vulnera la previsión legal de que una única infracción sea castigada con más de una sanción.
 - E) *Non bis in idem*: no lo vulnera la aplicación como agravante de una circunstancia que parece encontrarse contenida en el tipo.
 - F) El derecho a no sufrir dos procedimientos punitivos sucesivos por el mismo ilícito sólo rige cuando ambos sean, por su complejidad y por la gravedad del castigo que impongan, «materialmente» penales.
9. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- A) Derecho a no declarar contra sí mismo y obligación de aportar a la Administración los datos que luego fundamentan la sanción.
 - B) Derecho a ser informado de la acusación: no puede sancionarse por hechos no recogidos ni en la propuesta de resolución ni en el acto de incoación.
 - C) Es posible sancionar hechos que no se recojan en el acto de incoación pero sí en la instrucción posterior.
 - D) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia cuando, además, sea titular de un derecho fundamental.
 - E) Derecho a que el instructor remita copia de los documentos obrantes en el expediente por correo o por cualquier otro medio adecuado.
10. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.
- A) No es necesario que el periodista autor de una entrevista publicada en prensa ratifique la realidad de la entrevista para darle valor probatorio.

- B) **Carga de la prueba: las circunstancias que justifican la conducta infractora ha de probarlas quien las alega.**
11. RESOLUCIÓN SANCIONADORA.
- A) **Los déficits de motivación no pueden ser suplidos en vía judicial.**
B) **Notificación defectuosa que genera indefensión invalidante de la resolución sancionadora.**
12. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- A) **Interpretación restrictiva de las causas de suspensión del procedimiento.**
B) **No existe caducidad en los procedimientos disciplinarios militares.**
13. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES.
- A) **La Administración no goza de discrecionalidad para fijar la extensión de la sanción y, además, se encuentra limitada por el principio de proporcionalidad.**
B) **Toma en consideración de todas las circunstancias concurrentes.**
14. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN.
- A) **Prescripción de las infracciones permanentes.**
B) **Sobre si la iniciación de un procedimiento penal interrumpe o no la prescripción de la falta disciplinaria que castiga el mismo hecho.**
15. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES.
- A) **Ejecutividad inmediata de las sanciones impuestas en el ámbito militar.**
16. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA.
- A) **El control de las sanciones administrativas no corresponde al orden jurisdiccional penal.**
B) **Cambio de la infracción. Sustitución o modulación de la sanción.**
C) **Posibilidad o no de subsanar los vicios probatorios cometidos en el procedimiento administrativo sancionador en sede de recurso administrativo o judicial.**
-

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) **No es sanción**

— El recargo único de mora del 20% impuesto sobre las deudas con la Seguridad Social ingresadas fuera de plazo distintas de las cuotas.

Se plantea cuestión de inconstitucionalidad con relación al artículo 28.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Dicho precepto dispone: «1. Las deudas con la Seguridad Social que tengan el

carácter de ingresos de derecho público y cuyo objeto esté constituido por recursos distintos a las cuotas, recargos o, en su caso, intereses sobre unas y otros, se incrementarán con un recargo de mora del 20 por 100 cuando se paguen fuera del plazo reglamentario que tengan establecido». Entiende el proponente que el precepto cuestionado podría vulnerar los artículos 24 y 25.1 CE en relación con el artículo 9.3 CE por cuanto que contempla una sanción encubierta y desproporcionada en forma de recargo único impuesto sobre las deudas con la Seguridad Social distintas de las cuotas que fueran ingresadas fuera de plazo. Este planteamiento es admitido por el Fiscal General del Estado que solicita la estimación de la cuestión por entender que el precepto cuestionado vulnera el artículo 24.2 CE.

Al respecto, la **STC 121/2010, de 29 de noviembre** (Sala Segunda, cuestión de inconstitucionalidad), explica que en el proceso *a quo* el recargo aplicado (cuatro millones de pesetas) se impuso por el retraso (de quince días) en el ingreso por una Mutua de Accidentes de Trabajo de la aportación que le correspondía al capital coste de la pensión de incapacidad permanente total de un concreto trabajador (dieciocho millones de pesetas). Y declara: «resulta, así, que el retraso por las Mutuas en el pago de las aportaciones por ellas asumidas para hacer frente a prestaciones individualizadas ya devengadas a favor de los afiliados incurridos en la contingencia de que se trate genera a la Tesorería General de la Seguridad Social un daño real y cuantificado, de lo que cabe deducir que en la imposición en estos casos, por aplicación del artículo 28.1 LGSS, de un recargo por retraso en el pago no existe finalidad represiva alguna, sino la meramente resarcitoria y, en último término, disuasoria del incumplimiento de una obligación concreta asumida frente a la Tesorería General de la Seguridad Social (...); en suma, la funcionalidad del recargo (como la de la cláusula penal en la contratación privada o en la contratación administrativa) no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente, sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento... Es decir, el recargo estimula negativamente el pago puntual ante la amenaza de que, en caso de inobservancia del plazo, la deuda se incremente (...). En definitiva, el recargo por mora cuestionado carece de naturaleza sancionadora, ya que responde más propiamente a la naturaleza de compensación financiera, cuya función es tanto reparadora o indemnizatoria para la Tesorería General de la Seguridad Social como preventiva o disuasoria del posible retraso en el pago por parte de la Mutua responsable de las aportaciones a las que se hubiera obligado en relación con el capital coste de las prestaciones derivadas de las contingencias en que incurran sus afiliados».

Se desestima la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta.

— El lanzamiento de quien ocupa indebidamente una vivienda militar, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que éste pueda incurrir «cuando, como consecuencia de una contumaz inobservancia (...) de deberes legales o reglamentarios (...), decide el superior emitir una orden personal y concreta, destinada a quien de esa forma se comporta, para que cese en su actitud y se atenga a los deberes que le incumben» y esta orden es desobedecida (**STS de 3 de septiembre de 2010**, Sala de lo Militar, recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 20/2010).

2. POTESTAD SANCIONADORA

A) **La imposición de una sanción privativa de libertad a un guardia civil cuando la infracción la ha realizado en el desempeño de una actuación policial vulnera el artículo 25.3 CE**

A un guardia civil se le impone una sanción de tres días de arresto domiciliario, sin perjuicio del servicio, por falta leve del artículo 7.10 Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de la

Guardia Civil consistente en la inexactitud en el incumplimiento de las órdenes recibidas. Los hechos imputados consistieron en que realizó una inspección ocular en un inmueble para investigar un hecho delictivo paralela a la efectuada por su jefe de pareja, amparándose en una supuesta incompetencia de éste, y en que profirió en su contra varias descalificaciones. Alega el recurrente en amparo la vulneración de su derecho a la libertad (artículo 17 CE) con relación a la prohibición de que la Administración pueda imponer sanciones que impliquen la privación de libertad (artículos 25.3 CE y 5 CEDH), por habersele impuesto una sanción administrativa de tres días de arresto domiciliario. La STC 73/2010, de 18 de octubre [*vid.*, en el núm. 50 de esta revista, la crónica VII.2.A)], declaró que el artículo 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil no es inconstitucional interpretado en el sentido de que la imposición de las sanciones privativas de libertad a guardias civiles sólo procede cuando la infracción haya sido cometida en una actuación estrictamente militar, y no de carácter policial, y así se motive en la resolución sancionadora. A la luz de la conclusión alcanzada en este fallo, la **STC 122/2010, de 29 de noviembre** (Sala Segunda, recurso de amparo), declara que «es evidente, por tanto, que al recurrente se le impuso una sanción privativa de libertad por una actuación desarrollada en el ámbito de su actividad policial y no de carácter estrictamente militar (...). De acuerdo con la interpretación que de este último precepto (el artículo 10 LORDGC) se realizó en la STC 73/2010, esa actividad disciplinaria, en cuanto supuso una privación de la libertad del actor, vulneró lo dispuesto en el artículo 17.1 del texto constitucional en relación con el artículo 25.3 CE». Se anula la sanción «sin que proceda ordenar la retroacción de las actuaciones al momento procesal anterior al de dictarse (...), dado que el recurrente en amparo ya cumplió la sanción de arresto que le fue impuesta».

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) **Vulnera la reserva de ley una sanción impuesta en aplicación de una norma reglamentaria independiente que no se apoya en una ley previa**

A la entidad *Juan Cebrián C.B.* se le impuso una multa de 3.000 euros por infracción consistente en la aparición de sustancias y residuos no permitidos en animales vivos, en concreto, porque en varios cerdos de su propiedad se detectó la presencia de sulfamidas, que es una sustancia que puede resultar nociva para la salud humana. Dicha sanción se le impuso por la infracción tipificada en el artículo 24.3.1 del Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, que tipifica como infracción grave «la comercialización para sacrificio de animales, en el caso de administración de productos o sustancias autorizadas, en los que no se haya respetado el plazo de espera prescrito para dichos productos o sustancias», de acuerdo con lo establecido en el artículo 35.b).1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, y en el artículo 108.2.b) de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre. La **STC 135/2010, de 2 de diciembre** (Sala Primera, recurso de amparo), estima, sin embargo, que «de la lectura de las disposiciones anteriores se deriva, con toda evidencia, que el artículo 24 del Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio, tipifica de forma completamente autónoma, sin cobertura legal alguna, la infracción en virtud de la cual se sanciona al recurrente en amparo. El artículo 35.b).1 de la Ley general de sanidad (...), remite de manera genérica a la normativa especial aplicable al caso, pero no puede entenderse que esa normativa especial pueda ser el reglamento (...). Por otra parte, entre las múltiples conductas infractoras descritas en los artículos 35.b).5 de la Ley general de sanidad y 108.2.b) de la Ley del medicamento no se encuentra ninguna que pueda conectarse, de forma más o menos directa, con la que contempla el artículo 24 del Real Decreto 1749/1998, de 31 de julio. Así, pues, (...) no puede sino concluirse que el reglamento aplicado (...), reguló esta materia

sin sometimiento a directriz legal previa alguna en cuanto a la tipificación de las conductas consideradas infractoras, lo que no puede admitirse en virtud del artículo 25.1 CE».

Se otorga el amparo y se anula la sanción impuesta.

B) Anulación de una sanción por declaración de inconstitucionalidad de la ley aplicada

La Comunidad de Madrid impuso una multa a una sociedad propietaria de un hipermercado por infracción muy grave en materia de horarios comerciales. Los hechos consistieron en la apertura al público en día festivo no autorizado por la Administración autonómica. La multa fue impuesta sobre la base de la Ley de la Comunidad de Madrid 4/1994, de 6 de junio, de Calendario de Horarios Comerciales. Posteriormente, la Ley fue declarada inconstitucional en dicho punto por carecer la Comunidad Autónoma de competencias de desarrollo en materia de comercio interior. Ante estos hechos, la **STSJ de Madrid de 16 de septiembre de 2010** (recurso contencioso-administrativo 709/1995) analiza «cuáles son los efectos que produce la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el presente recurso contencioso administrativo en el que se impugna una resolución administrativa por la cual se impone al ahora recurrente una sanción de multa en virtud de preceptos legales que se han declarado contrarios a la Constitución. Y para ello debemos acudir a lo dispuesto en el artículo 38 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, que afirma que la citada sentencia tiene el valor de cosa juzgada y vincula a todos los Poderes Públicos y, además, produce efectos desde la fecha de su publicación en el BOE», por lo que anula la sanción.

C) En las relaciones de sujeción especial no es necesario precisar qué norma integra el tipo sancionador en blanco

Una guardia civil fue informada de que se iba a efectuar una operación, preparada desde hacía tiempo, contra la venta de mercancías falsificadas en un mercadillo. A pesar de ello, la guardia civil se dirigió por su cuenta a dicho mercadillo, donde procedió a la detención de una persona por un presunto delito contra la propiedad industrial y a la incautación de efectos falsificados, lo que alertó a los vendedores del mercadillo investigados, que hicieron desaparecer las prendas falsificadas, dando al traste con la operación programada. Por tales hechos fue sancionada con pérdida de diez días de haberes como autora de una falta grave del artículo 8.33 Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, consistente en «la negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones profesionales». Ni en el expediente ni en la resolución sancionadora se indicaba, sin embargo, qué obligación profesional en concreto se había incumplido, lo que podría suponer una vulneración del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad. La **STS de 24 de junio de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 15/2010) estima, sin embargo, que «en el orden específico de las relaciones de sujeción especial no puede valorarse como indicio de inseguridad jurídica (...) este supuesto de tipificación remisiva implícita (...). La conducta relevante a efectos sancionadores, que se deja fuera de la descripción típica que se contiene en la norma disciplinaria básica o norma tipificadora directa —el tipo—, viene contenida en una norma ajena a esta última —el pretipo— de cuyo conocimiento el sujeto activo no puede hacer abstracción, por lo que, en estos casos, en la resolución sancionadora no es preciso, a efectos de complementar el tipo o norma tipificadora básica, consignar expresamente la norma en la que se impone la obligación o el deber infringido». De este modo, «la circunstancia de que la autoridad sancionadora no haya precisado la norma complementadora (...) para nada conculca el principio de legalidad en su aspecto

de tipicidad, pues todo guardia civil debe conocer y cumplir las obligaciones legales que, en cuanto miembro de un Cuerpo de Seguridad del Estado, sobre él pesan».

D) La existencia de un tipo más adecuado para calificar unos hechos que el tipo efectivamente empleado para sancionarlos no vulnera el principio de tipicidad

Un Capitán de Artillería del Ejército de Tierra se negó, en el desarrollo de unas actividades de instrucción y adiestramiento, a dar novedades a su mando superior, aun siendo directamente requerido por éste para que lo hiciera. Tales hechos motivaron que fuera sancionado a cuatro días de arresto como autor de la falta leve tipificada en el artículo 7.2 LO 8/1998, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, consistente en «la inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior». Frente a dicha calificación, el Capitán sancionado alega que su conducta resultaba, más bien, constitutiva de la falta también leve tipificada en el artículo 7.1 de la misma norma, consistente en «la negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del destino o puesto», por lo que, al haber sido sancionado por la comisión de un tipo distinto, habría resultado vulnerado su derecho fundamental a la legalidad sancionadora en su vertiente de principio de tipicidad. Tanto la sentencia de instancia como la **STS de 8 de junio de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 22/2010), aceptan que la calificación más adecuada de los hechos habría sido la propuesta por el sancionado. Pero aclaran que «la vulneración del principio de legalidad no se produce cuando los hechos resulten “subsumibles en un precepto sancionador en vigor (...) y en definitiva merezcan ser calificados bajo cualquiera de las previsiones” de la Ley disciplinaria aplicable, “aun cuando la tipificación aplicada no fuera la más adecuada”, pues siendo posible la subsunción y en consecuencia pudiendo la conducta ser sancionada no existirá más que una cuestión de legalidad ordinaria [y, aparentemente, irrelevante] (...). Es decir, la incardinación de los hechos en la falta recogida en el apartado 2.º del artículo 7 de la LO 8/98 (...), no vulnera el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la CE».

E) No vulnera el principio de tipicidad un pliego de cargos que no concreta cuál de los dos subtipos del precepto por el que sanciona se está aplicando si es evidente de cuál de ellos se trata

Una guardia civil fue sancionada con pérdida de diez días de haberes por falta grave del 8.33 Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre. La sancionada impugnó la sanción alegando, entre otras cuestiones, que el pliego de cargos no concretaba en cuál de los dos subtipos que integran la falta grave configurada en el artículo 8.33 («la negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones profesionales» y «la negligencia grave en el incumplimiento de las órdenes recibidas») se subsumían los hechos imputados, lo que supondría una infracción del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad. La **STS de 24 de junio de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 15/2010), rechaza, sin embargo, que la situación descrita «coloque a la parte en una situación de indefensión ni comporte una vulneración del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad, pues, aun cuando no se haya realizado dicha concreción ni en el Pliego de Cargos ni (...) en la Propuesta de Resolución (...), el simple examen de los hechos imputados evidencia que la conducta de la guardia civil (...) no incumplía, aun por negligencia grave, orden alguna (...), sino que afectaba al cumplimiento de sus obligaciones profesionales».

4. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

A) Posibilidad o no de aplicar retroactivamente y de oficio la norma más favorable en fase judicial

Una guardia civil resultó adjudicataria de una taquilla para guardar las prendas de su uniforme y su material de armamento, en tanto no se le concediera el uso de una vivienda en su acuartelamiento. No obstante, tras resultar adjudicataria de dicha vivienda, no devolvió la taquilla, que siguió usando. Posteriormente, y encontrándose de baja, se acometieron ciertas obras de reforma que dieron como resultado la desaparición de la taquilla con su uniforme y armamento dentro. Por tales hechos fue sancionada con pérdida de siete días de haberes como autora de una falta grave del artículo 12.8 Ley Orgánica 11/1991, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en «la negligencia en la conservación de los elementos del servicio, causándole grave perjuicio a los mismos». Al enjuiciar la legalidad de esta sanción, la **STS de 28 de septiembre de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 62/2010), plantea, en primer lugar, y de oficio, la posible aplicación a los hechos de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, que sustituyó a la anterior, al tratarse de «una cuestión de legalidad de necesario análisis para determinar qué disposición es más favorable a la interesada, aunque no haya sido planteado por la misma». A tal efecto, identifica como posible norma más favorable el artículo 8.24 de la nueva Ley, que exigía, como novedad, la concurrencia de «negligencia inexcusable». Realizada la comparación entre ambos preceptos, la sentencia estima más favorable a la sancionada el nuevo «ya que la negligencia en la conservación antes exigida para que una conducta sea sancionada como falta grave se ha convertido ahora en la exigencia de una negligencia inexcusable que requiere (...) un comportamiento más reprochable». En consecuencia, y al entender que en la conducta de la sancionada concurrió simple negligencia, anula la sanción.

Radicalmente en contra de esta posibilidad se muestra la **STS de 7 de mayo de 2010**, Sección Tercera, recurso de casación núm. 3552/2007, que niega la posibilidad de que el órgano enjuiciador pueda aplicar de oficio una norma sancionadora más favorable al sancionado sin dar audiencia a la Administración. En los hechos, D. *Sixto* y su empresa de auditoría (*Alezes Auditores, S.L.*) habían sido sancionados por infracciones de la Ley de Auditorías de Cuentas. La sentencia de instancia, de oficio, aplicó retroactivamente la norma sancionadora más beneficiosa, resultado de una reforma posterior a los hechos, y cambió la calificación de la infracción grave por la de leve. La Administración del Estado recurre en casación y alega que la sentencia de instancia ha vulnerado el artículo 33.2 LJ y le ha provocado indefensión. Al respecto, la citada sentencia declara que «para que los Tribunales (...) puedan tomar en consideración nuevos motivos, no alegados por las partes, es preciso, so pena de incurrir en incongruencia, que los introduzcan en el debate, (...), pues sólo así queda debidamente garantizado el principio de contradicción (...). Y, en efecto, se constata que la actuación de la Sala sentenciadora (...) implicó una merma del derecho de defensa de la Administración recurrente por cuanto, (...) no se trató de una simple aplicación automática y carente de complejidad de la nueva norma sino que la Sala realiza una serie de valoraciones jurídicas (...). Esta nueva operación jurídica resulta, sin duda, compleja, porque supone incardinar los hechos probados en una nueva descripción del tipo (...) y no podía acometerse sin contar con las partes procesales que gozaban con la garantía de audiencia y contradicción (...). En consecuencia, procede estimar el motivo de casación y la reposición de las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia para que la Sala de instancia someta la cuestión a las partes, según lo indicado en el artículo 33.2 LJ, y resuelva en consecuencia». En los mismos términos, **STS de 5 de mayo de 2010**, Sección Tercera, recurso de casación núm. 3360/2007.

También se realiza una aplicación de la norma sancionadora más favorable en sede judicial, aunque en este caso por expresa petición del sancionado, en la **STS de 30 de junio de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 2848/2005), al considerar que la nueva LGT restringe la aplicación de la agravante «comisión repetida de infracciones tributarias» únicamente al supuesto de haber sido sancionado el sujeto infractor «por una infracción de la misma naturaleza».

5. ANTIJURIDICIDAD

A) Ejercicio legítimo de un derecho, en concreto, el de asociación

Un guardia civil concedió una entrevista al *Diario Canarias 7* en la que comentaba, a título de Delegado Provincial de la Asociación Unificada de Guardias Civiles en Las Palmas, la concentración celebrada en la Plaza Mayor de Madrid el 20 de enero de 2007, realizando, entre otras, las siguientes manifestaciones: «si nos sancionan, montaremos una más grande», «si quieren meternos a los 3.000 en la cárcel, ellos verán», «llamar embustero a Zapatero no es un insulto, es la verdad», «los pluses de productividad aquí se reparten sin criterio, es decir, entre los amigos. Y los guardias civiles ya se han cansado de ver que el que le lleva el café al jefe cobra un plus de 800 euros, y el que se pasa el día en la carretera, 100» o «aquí, si criticas al jefe, vas a la cárcel». Por tales hechos, fue sancionado con la pérdida de veinte días de haberes como autor de una falta grave consistente en «hacer manifestaciones contrarias a la disciplina». El sancionado alega la falta de antijuridicidad en su conducta, por razón de que las manifestaciones formuladas lo fueron en el ejercicio del derecho fundamental de asociación. La **STS de 13 de septiembre de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 25/2010), destaca que la nueva Ley Orgánica 11/2007 reconoce el derecho de asociación a los guardias civiles, por lo que «se le debe conceder un amplio margen de libertad de expresión en las actuaciones dirigidas a la defensa y promoción de los derechos e intereses profesionales, económicos y sociales de sus compañeros. Pero, en todo caso, dentro de las limitaciones propias del respeto a la disciplina debida en la prestación del servicio». En consecuencia, la sentencia considera que «esta libertad no puede, en ningún caso, alcanzar el anuncio de actuaciones que pretenden forzar a la Administración a hacer o, como en este caso, dejar de hacer, algo —en concreto, iniciar acciones disciplinarias—, pues ello comporta una inadmisibles coerción sobre los órganos encargados de dirigir la Institución. A ello se unen las manifestaciones vertidas en descrédito de los superiores y el hecho de dar a entender que la actuación de éstos en la concesión de determinados pluses (...) resulta ser claramente arbitraria o que cualquier crítica (...) a los mismos se sanciona (...), todo lo cual afecta, y de manera muy singular, a la disciplina con que tal servicio debe prestarse, al trasladar a la ciudadanía y a los propios miembros del Cuerpo una imagen que produce descrédito ante una y otros». En definitiva, concluye la sentencia que «la circunstancia de ostentar la condición de cargo directivo de una Asociación profesional no comporta la exclusión de quienes desempeñen dicha función representativa de la aplicación de la normativa disciplinaria propia de la Guardia Civil, de manera que las actuaciones jurídicamente antidisciplinarias de los mismos no se encuentran, por tal razón, excluidas de reprochabilidad».

6. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) La presunción de inocencia exige que la Administración motive la culpabilidad. No se puede motivar la culpabilidad diciendo simplemente que no existen causas que puedan excluirla

Vuelven a repetir esta jurisprudencia, quizá excesivamente formalista y, por ello, de discutible acierto, las **SSTS de 27 de mayo** (recurso de casación para la unificación de doctrina núm.

294/2005), de **22 de septiembre** (recurso de casación núm. 5781/2005), de **23 de septiembre** (recurso de casación núm. 5510/2005) y de **30 de septiembre de 2010** (recurso de casación núm. 4498/2005), todas, otra vez, de la Sección Segunda de la Sala Tercera y con relación a sanciones tributarias [*vid.* en los núms. 44, 45, 46, 48, 49 y 50 de esta revista, los apartados VII.9.B) y C); VII.12.B); VII.11.C); VII.5.A); VII.5.C) y VII.6.A), respectivamente]. Lo mismo hace la **STS de 6 de mayo de 2010**, Sección Segunda, recurso de casación núm. 427/2005, que anula una multa de 186.741 euros impuesta a *Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.*, «al no haber procedido el órgano competente a motivar la concurrencia de culpabilidad». La Sala examina el acuerdo sancionador para determinar si contiene una argumentación suficiente acerca del elemento subjetivo del tipo infractor y dice lo siguiente: «En efecto, la lectura del Acuerdo de imposición de sanción (...) —que es el que, en principio, debemos centrar nuestro análisis a los efectos de los artículos 24.2 y 25 de la CE— pone de manifiesto que, en lo que a la culpabilidad respecta, la sanción impuesta se funda, en esencia, en los siguientes razonamientos: a) se estima que la conducta del obligado fue voluntaria, en el sentido de que se entiende que le era exigible otra conducta distinta, ya que no se aprecia ninguna de las causas de exclusión de la responsabilidad previstas en el artículo 77.4 de la LGT (pp. 7-8); b) en la conducta del obligado tributario se aprecia la existencia de, al menos, la simple negligencia que exige el artículo 77.1 de la LGT, ya que la normativa aplicable es clara y no admite duda interpretativa alguna (p. 8); c) la negligencia se produce por cuanto la norma infringida es clara y no daba lugar a dudas interpretativas, por lo que se entiende que la Entidad incurrió en dicha negligencia, debiéndose tomar en consideración que no nos encontramos ante un simple ciudadano con nulos o escasos conocimientos de materia fiscal, sino ante una importante empresa con un equipo de expertos jurídicos y fiscales que debían conocer la recta aplicación de las normas aplicables al caso (p. 18)».

Y concluye: «en suma, (...), la Inspección de los Tributos pone el acento en que la obligada tributaria no es una persona física, sino una “importante empresa”, que cuenta con asesoramiento jurídico adecuado. Pero ya dijimos (...) que debe rechazarse que pueda negarse que la sociedad recurrente haya hecho una interpretación razonable por el simple hecho de que tenga “experiencia”, disponga de “suficientes medios” y esté “asistida de profesionales jurídicos”. Y es que, no es factible, en ningún caso, presumir una conducta dolosa por el mero hecho de las especiales circunstancias que rodean al sujeto pasivo de la imposición (importancia económica, clase de asesoramiento que recibe, etc.), sino que, en cada supuesto y con independencia de dichas circunstancias subjetivas, hay que ponderar si la discrepancia entre el sujeto pasivo y la Hacienda Pública se debe o no a la diversa, razonable y, en cierto modo, justificada interpretación que uno y otra mantienen sobre las normas aplicables».

Parece que los Tribunales Superiores de Justicia ya se están haciendo eco de esta nueva jurisprudencia tributaria. Prueba de ello es la **STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2010** (recurso contencioso-administrativo núm. 1017/2008), que, aplicándola, anula las sanciones impuestas por falta de motivación del elemento subjetivo o la culpabilidad del sancionado.

B) Aceptación de la responsabilidad objetiva en las sanciones disciplinarias impuestas al funcionario condenado penalmente por el hecho de dicha condena

Un guardia civil fue condenado penalmente como autor de dos delitos de abuso sexual, cometidos sobre la hija de su pareja, que acabó suicidándose, y sobre su propia hija biológica, a las penas de tres años y de dos años y tres meses de prisión, así como a varias penas accesorias. De conformidad con el artículo 13.7 LO 12/2007, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, constituye falta muy grave «cometer un delito doloso condenado por sentencia firme

que causa un grave daño a la Administración y a los ciudadanos». En consecuencia, tras la tramitación del oportuno expediente sancionador, se le impuso la sanción disciplinaria de separación del servicio. Entre otras alegaciones, el sancionado cita el padecimiento de un trastorno depresivo persistente, aparecido con posterioridad a la comisión de los delitos por los que fue condenado, a los efectos de que se apreciara una falta de imputabilidad o una disminución de responsabilidad. Sin embargo, la **STS de 22 de septiembre de 2010**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar núm. 4/2010), considera que «es claro que su concurrencia en modo alguno puede incidir en la *culpabilidad* de un tipo disciplinario que tiene un carácter objetivo, dado que se deriva del hecho de haber sido condenado por un delito doloso». Tan llamativa afirmación, que, sin embargo, no está exenta de sentido, podría ser un indicio de que esta medida disciplinaria no constituye una verdadera sanción sino, más bien, una consecuencia de la pérdida sobrevenida de la «aptitud o idoneidad profesional» (STC 180/2004), aunque nada de ello llegue a afirmarse en la sentencia.

C) Extensión del deber de diligencia de las personas jurídicas

La *Sociedad Tocoginecológica Dr. Chacón, SL*, fue sancionada por la comisión de una infracción muy grave en materia de protección de datos a raíz de que aparecieran en un contenedor de Sevilla 158 documentos, integrantes de la «historia de urgencias» de otras tantas pacientes, en los que se hacía referencia al motivo de sus consultas, antecedentes, alergias, medicación, resultado de la exploración física, juicio clínico y tratamiento. Alegada la falta de elemento subjetivo por haber sido los hechos realizados por un trabajador, que sería el verdadero responsable, la **STS de 2 de junio de 2010**, Sección Sexta (recurso de casación núm. 1008/2007), confirma la sanción señalando que la negligencia apreciada «es, evidentemente, atribuible a la recurrente en su condición de persona jurídica, sin que por parte de esta pueda eludirse su responsabilidad sobre la base de la afirmación de que los hechos de los que se deriva la responsabilidad resultan de que la documentación fue depositada en un contenedor de la vía pública por un tercero, al que (...) se identifica con un administrativo de la propia recurrente, lo que excluye esa calificación de tercero y comporta la atribución de responsabilidad para la actora, sin que pueda, lógicamente y con seriedad, argumentar su falta de conocimiento de los hechos imputados con vulneración del principio de responsabilidad».

D) Exclusión de la culpabilidad por la existencia de ciertas actuaciones administrativas que podía entenderse amparaban la conducta del infractor

La empresa *Ralons Servicios, S.L.*, fue sancionada por el Ministerio del Interior por prestar servicios auxiliares a los de seguridad en el Aeropuerto de Fuerteventura sin hallarse inscrita como empresa de seguridad privada en el correspondiente registro administrativo. La **SAN de 22 de septiembre de 2010** (recurso de apelación núm. 78/2010) anula la sanción por falta de culpabilidad, tras comprobar que la actividad sancionada era objeto de un contrato adjudicado a la empresa y previamente convocado por la propia Administración pública: «así las cosas (...) falta la necesaria culpabilidad del sujeto (...), puesto que *Ralons Servicios, S.L.*, se ha limitado a dar cumplimiento a un contrato suscrito con la Administración obtenido en concurrencia con otros empresarios (...), en la confianza de que la actuación administrativa se ha conducido cumpliendo la exigencia del artículo 103 de la Constitución, de servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Careciendo, además, de razón que la propia Administración adjudique a un concursante un contrato de prestación de servicios auxiliares y ella misma, en virtud su naturaleza de personalidad única, califique posteriormente

esos mismos servicios como de seguridad privada y sancione a dicho contratista (...) por carecer de habilitación para ello (...) cuando en el concurso para la adjudicación del contrato se licita no para empresas de seguridad sino para empresas de servicios para ser prestados por personal auxiliar, lo que es contrario al principio de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil) que debe guiar todo comportamiento jurídico, y, así mismo, al principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE)».

7. SUJETOS RESPONSABLES

A) Los responsables subsidiarios sólo responden cuando hayan actuado, al menos, con culpa, aunque no es necesario ni considerarlos interesados en el procedimiento sancionador contra el responsable principal ni tramitarles un procedimiento sancionador aparte

La responsabilidad subsidiaria de los administradores, de hecho o de derecho, de las personas jurídicas sólo alcanza a las sanciones impuestas a la entidad cuando el administrador, por acción u omisión, haya tenido alguna participación, al menos con culpa o negligencia, en la comisión de la infracción tributaria de su entidad. Éste es el significado, según la **STS de 24 de mayo de 2010**, Sección Segunda, recurso de casación núm. 1889/2005, del actual artículo 43.1.a) LGT. Lo mismo indica la **STS de 5 de mayo de 2010**, Sección Segunda, recurso de casación núm. 357/2005. En el caso, D.^a Noemí, sobre la que se deriva una responsabilidad subsidiaria por las deudas tributarias contraídas por la entidad *Construcciones Rabal, S.L.*, alega la aplicación incorrecta del artículo 40.1 LGT al haberse incluido la sanción dentro del acuerdo de derivación de responsabilidad, sin ser ella parte en el procedimiento sancionador. Alega, por tanto, que, para no causarle indefensión, se le debió, al no haber sido parte, iniciar un expediente sancionador con todas las garantías que en estas fechas le atribuía la legislación tributaria. La Sala, que aplica la misma jurisprudencia de la sentencia anterior, añade que «hay que excluir la necesidad de un expediente sancionador independiente, sin perjuicio de la defensa, que puede hacerse en el expediente de derivación. Hay que reiterar que la peculiaridad de la responsabilidad que se contempla en relación con las infracciones no es la que procede de la derivación de responsabilidad a los Administradores, sino de la propia responsabilidad del sujeto pasivo del impuesto, cuyo administrador no ha realizado los actos necesarios que fuesen de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias infringidas. Se trata, pues, y en definitiva, de una responsabilidad por acto propio y distinto de la deuda tributaria, pero que requiere que la conducta infractora se haya impuesto al deudor principal y la sanción también le haya sido impuesta».

B) La exigencia de responsabilidad subsidiaria se mantiene aunque desaparezcan las condiciones que la hacen posible

La entidad *Tecinc, S.A.*, fue sancionada con una multa por una infracción tributaria. Al resultar imposible el cobro, y una vez emitida la declaración de fallido, la Administración tributaria se dirigió contra sus administradores, al considerarlos responsables subsidiarios. Sin embargo, ante el incremento del patrimonio de *Tecinc, S.A.*, los administradores se niegan a pagar sus deudas al considerar que la entidad, en tanto que responsable principal, vuelve a ser solvente. La **STS de 17 de junio de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 2014/2005), rechaza «la incorrección de la decisión administrativa declarando fallida a *Tecinc, S.A.*, pues en aquel momento lo era», y estima que lo que se ha producido es «una mutación patrimonial consistente en haber

venido a mejor fortuna, circunstancia que podrá tener otras consecuencias, pero no la anulación de unos actos administrativos que, a la luz de la realidad del momento en el que fueron dictados y controlados en vía judicial, se revelan plenamente ajustados a Derecho».

8. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS:
NON BIS IN IDEM

A) No es aplicable el concurso ideal cuando la sanción finalmente procedente resulte contraria al principio de prevención sancionadora

Gestevisión Telecinco, S.A. es sancionada por publicidad encubierta en la serie de televisión «Escenas de matrimonio». Alega en su defensa la aplicación de la infracción continuada, dado que se castigan como infracciones diferentes conductas semejantes en la emisión de varios capítulos seguidos de la citada serie. La **SAN de 25 de octubre de 2010** (recurso contencioso-administrativo 698/2008) confirma la sanción e inaplica la figura de la infracción continuada con base en el ya conocido argumento de que no puede ser rentable la comisión de infracciones: «como conclusión el Tribunal estima inaplicable, al presente caso, el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993 porque comportaría contravención de la necesaria proporcionalidad entre la infracción y la sanción; porque, por la singular naturaleza económica de la actividad, iría en fomento de la infracción en lugar de operar el principio de prevención (general y especial)».

B) No es infracción continuada y eso conlleva su prescripción

Metrovacesa, S.A. es sancionada con multa de 300.506 euros por infracción del artículo 11 Ley Orgánica de Protección de Datos consistente en ceder un dato personal a un tercero; en concreto, por facilitarle a la Caja de Ahorros del Mediterráneo el número de teléfono móvil de uno de sus clientes (D. Torcuato) que ésta utilizó para hacerle llamadas ofertándole sus servicios. Alega la sancionada que la infracción imputada no tiene la naturaleza de continuada y que, por ello, habría prescrito cuando se inició el procedimiento sancionador. Y está de acuerdo la **STS de 16 de marzo de 2010**, Sección Sexta, recurso de casación núm. 5548/2006, que afirma que «este hecho no puede ser caracterizado como una infracción continuada (...) Porque no hay una pluralidad de acciones (...). Es claro, así, que la infracción continuada exige una pluralidad de acciones ilícitas de naturaleza semejante, guiadas por una única intención (...). Nada de esto se da en el presente caso (...). La puesta en conocimiento de un tercero del dato personal relativo al denunciante (...) ocurrió en un momento determinado del tiempo (...). Que esa acción pudiera tener consecuencias lesivas para el titular del dato personal en un momento posterior no la convierte, (...), en una infracción continuada». Como el momento más tardío en que pudo haber tenido lugar la cesión del dato fue el 19 de mayo de 2000, fecha en que se celebró el contrato de compraventa, y el procedimiento administrativo sancionador se inició el 24 de febrero de 2004, habían transcurrido más de tres años desde el momento de la infracción, por lo que ésta había prescrito. Se estima el recurso y se anula la sanción impuesta.

C) Hechos relacionados, aunque distintos, que impiden apreciar vulneración del *non bis in idem* material

Siguiendo cierta jurisprudencia de la que ya hemos dado noticia en crónicas anteriores [*vid.* en el núm. 50 de esta revista el apartado VII.8.A)], la **STS de 7 de junio de 2010**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo núm. 169/2009 y 246/2009) confirma que la sanción im-

puesta a un magistrado por el retraso en el dictado de una sentencia no impide que, transcurrido «al menos el tiempo razonable para la resolución de los asuntos atrasados», el mismo magistrado pueda volver a ser sancionado por seguir sin dictar la misma sentencia. La Sala excluye expresamente la posible vulneración del principio *ne bis in idem* argumentando que no puede considerarse «que la sanción de un retraso justifique ya para el futuro el incumplimiento de la obligación de resolver». A pesar de la contundencia de esta jurisprudencia, y de la justicia material que la sustenta, parece difícil negar que ambas sanciones comparten un mismo sujeto, un mismo hecho y un mismo fundamento.

D) *Non bis in idem*: no lo vulnera la previsión legal de que una única infracción sea castigada con más de una sanción

La Comisión Nacional del Mercado de Valores sancionó a una entidad mercantil, autora de una infracción grave, con la imposición de una multa de 12.020 euros y con una amonestación pública con publicación en el BOE. Frente a la alegación de la improcedencia de imponer dos sanciones por una misma infracción, la **STS de 16 de junio de 2010**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 4692/2007), aclara que «la ley aplicable a la conducta infractora en que había incurrido la agencia de valores permitía imponerle de modo conjunto, ante una infracción grave por ella cometida, tanto la sanción de multa como la de amonestación pública», por lo que «no hay ningún quebranto del principio *non bis in idem*, principio que impide sancionar ulteriormente la misma conducta que ya fue objeto de una resolución sancionadora previa, pero que no obsta a que en ésta se impongan simultáneamente dos o más sanciones, principales o accesorias, por un mismo hecho».

E) *Non bis in idem*: no lo vulnera la aplicación como agravante de una circunstancia que parece encontrarse contenida en el tipo

La entidad *Áreas de Construcción y Promoción Level, S.L.*, vendió un importante conjunto de viviendas con defectos constructivos e incumpliendo la memoria de calidades, hechos por los que fue sancionada con multa de 300.000 euros como autora de una infracción en materia de consumo consistente en la «venta de viviendas con deficiencias constructivas». Dicha infracción fue calificada como muy grave al concurrir la circunstancia agravante de «lesión de los intereses económicos de los consumidores». La entidad sancionada alegó que dicha circunstancia se encuentra subsumida en el propio tipo infractor, dado que «la venta de viviendas con deficiencias constructivas» llevaría implícita, en todo caso, una lesión de los intereses económicos de los compradores de viviendas, por lo que, al tomarla en consideración dos veces, se habría producido una infracción del *non bis in idem*. La **STS de 2 de junio de 2010**, Sección Cuarta (recurso de casación núm. 3700/2008), no niega que la misma circunstancia se haya tenido en cuenta dos veces, limitándose a señalar, tras aludir al artículo 133 LRJPAC, que «es patente que en este supuesto no nos hallamos en esa situación de dualidad de sanciones o penas o sanciones impuestas concurriendo la triple identidad precisa para ello. Se sanciona un solo o único hecho y en consecuencia no es posible afirmar que se hubiera infringido el principio *non bis in idem*».

F) El derecho a no sufrir dos procedimientos punitivos sucesivos por el mismo ilícito sólo rige cuando ambos sean, por su complejidad y por la gravedad del castigo que impongan, «materialmente» penales

D. Genaro, Consejero Delegado de una entidad bancaria, es sancionado por el Banco de España por una infracción consistente en el incumplimiento de ciertas normas de contabilización ban-

caria. Con anterioridad, había sido absuelto en vía penal de un delito por los mismos hechos. La **SAN de 13 de octubre de 2010** (recurso contencioso-administrativo 326/2009) aplica la doctrina constitucional según la cual no hay vulneración del derecho a no sufrir dos procedimientos punitivos sucesivos por el mismo ilícito ya que, en el caso concreto, el procedimiento administrativo sancionador no puede equipararse, por su gravedad y complejidad, a un procedimiento penal: «añade el recurrente que (...) el artículo 25 CE que incluye la garantía *non bis in idem* debe interpretarse (...) a la luz del artículo 4 del CEDH que establece que “nadie podrá ser inculcado o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que se ya hubiere sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado” (...), pero, en realidad, esta vertiente procesal del *non bis in idem* tiene poca aplicación práctica en el Derecho español ya que el Tribunal Constitucional precisa (...) que el *non bis in idem* procesal prohíbe que exista un procedimiento administrativo sancionador posterior al proceso penal absolutorio por el mismo ilícito cuando aquél pueda equipararse por su complejidad y gravedad a un proceso penal, lo que en la práctica carece de relevancia ya que la configuración legal actual del procedimiento administrativo sancionador no es equiparable al procedimiento penal y así la STC 2/2003 señala que “en la regulación actual del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de dicha prohibición constitucional”. En este caso (...) no se aprecia que la sanción impuesta (multa de 10.000 euros) pueda equiparse por su magnitud a un procedimiento penal en que la pena es de privación de libertad. No puede hacerse la comparación en abstracto sino teniendo en cuenta la “entidad de las sanciones impuestas” tal como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 334/2005».

9. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Derecho a no declarar contra sí mismo y obligación de aportar a la Administración los datos que luego fundamentan la sanción

La entidad mercantil *Endesa Distribución Eléctrica, SLU*, es sancionada con multa por infracción grave del artículo 61.2 Ley 54/1997 consistente en incumplir las medidas de seguridad aun cuando no suponga un peligro manifiesto para personas o bienes. En concreto, por falta de subsanación de numerosos defectos existentes en sus líneas y demás instalaciones eléctricas en la provincia de Sevilla. Así, en el año 2002 se habían detectado un total de 20.410 defectos, cuyo plazo de corrección era de un año. Como quiera que al término de éste subsistía, según la Administración, un buen número de ellos la entidad fue sancionada como autora de la referida infracción administrativa. Alega la sancionada la invalidez de la procedencia de la prueba de cargo, en concreto, que es precisamente el informe sobre los defectos existentes presentado por ella a la Administración el que acreditaba la corrección de un determinado porcentaje de los defectos y la falta de subsanación del resto. Por tanto, la prueba de la infracción, dice *Endesa*, ha sido la información facilitada por quien la ha cometido. Sostiene la recurrente «que los datos fueron aportados a requerimiento de la Administración, comprobándose posteriormente que, con evidente merma de sus garantías de defensa, sería utilizado como la única prueba de cargo. Se le obligó a declarar contra sí mismo y sin siquiera advertirle la imputación que se pretendía, con evidente merma de las garantías declaradas por nuestra propia CE». Sin embargo, según la **STS de 26 de mayo de 2010**, Sección Tercera, recurso de casación núm. 2829/2007, la queja no puede ser estimada: «es cierto que, en abstracto, se podría producir una cierta tensión entre las exigencias de información impuestas por la Administración y el derecho constitucional a no declarar contra sí misma. Pero hemos reiterado que este último derecho no se vulnera cuando

la empresa requerida ha de proporcionar a la Administración la información de unos hechos objetivos sobre su actividad y la situación de las redes e instalaciones de distribución de energía eléctrica. Datos objetivos e información que, por lo demás, en todo caso está obligada a facilitar a la Administración en virtud de su condición de distribuidora de la energía eléctrica, esto es, de prestadora de un servicio esencial objeto de una regulación administrativa que así expresamente lo impone. El distribuidor debe contar con un sistema de registro de incidencias que está a disposición de la Administración y ésta no resulta ajena —sino garante en última instancia— al control de la continuidad del suministro y de la calidad del producto. La obligación de proporcionar toda la información requerida sobre las incidencias en el suministro es una condición asumida *ex ante* por cualquier empresa que quiera distribuir energía eléctrica, de modo que forma parte de su haz de deberes ante la Administración, en cuanto sociedad titular del servicio esencial de distribución de energía eléctrica».

B) Derecho a ser informado de la acusación: no puede sancionarse por hechos no recogidos ni en la propuesta de resolución ni en el acto de incoación

Un guardia civil es sancionado con pérdida de destino por infracción grave de embriagarse fuera del servicio cuando afecte a la imagen de la Guardia Civil. Según la **STS de 26 de mayo de 2010**, Sala de lo Militar, recurso núm. 139/2009, resulta evidente que en el pliego de cargos y en la propuesta de resolución del instructor tan solo se recogió la embriaguez, pero sin hacer referencia a la posible afectación de la imagen de la Guardia Civil. Es sólo en la resolución, explica la Sala, cuando la autoridad sancionadora pretende argumentar, por faltar el requisito de la habitualidad, que los acontecimientos referidos afectaron también a la imagen de la institución diciendo que «el guardia civil Pío, al carecer del permiso civil de conducir por haberle sido retirado, exhibió su permiso de conducir militar lo que motivó que trascendiera su condición de miembro de la institución». Y concluye: «claramente (...) no nos encontramos ante una mera ubicación incorrecta de los hechos (...), sino ante la introducción sorpresiva en el sustrato fáctico de la resolución sancionadora de unos hechos que ésta en ningún caso podía tener por acreditados, al no haber quedado recogidos antes entre los hechos imputados en el pliego de cargos o declarados probados en la propuesta de resolución, únicos en los que, (...), podía fundarse el reproche disciplinario. Tal inclusión vulnera el principio acusatorio e infringe el derecho de defensa, al introducir nuevos hechos que no fueron sometidos nunca a contradicción en el expediente, (...), existiendo una estrecha vinculación entre el respeto del derecho a ser informado de la acusación y la no modificación esencial de los hechos imputados».

Se confirma la sentencia de instancia que anuló la sanción impuesta.

C) Es posible sancionar hechos que no se recojan en el acto de incoación pero sí en la instrucción posterior

La Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) incoó un procedimiento sancionador contra la entidad *Sebroker Bolsa Agencia de Valores, S.A.*, por incumplimiento reiterado del coeficiente de liquidez durante varios meses de los años 2000, 2001 y 2002. Durante la tramitación del expediente, la CNMV descubrió que el incumplimiento se había producido en un número de meses aún mayor, lo que fue tenido en cuenta para la imposición de la sanción que puso fin al procedimiento. La entidad sancionada impugna la resolución al considerar que parte de los hechos en los que se fundamenta la imposición de la sanción no se recogieron en el acuerdo de incoación, cabalmente porque no eran conocidos al momento de formalizarse el expediente. La **STS de 16 de junio de 2010**, Sección Tercera (recurso de casación núm.

4692/2007), rechaza, sin embargo, la alegación, al considerar que «nada impide que a lo largo de un expediente administrativo de naturaleza sancionadora se descubran y recojan hechos a los que no se refiera singularmente el acuerdo de incoación. Los expedientes de este género se incoan, precisamente, para depurar las responsabilidades a que haya lugar, y basta para ello el conocimiento inicial de una conducta o de un hecho que en apariencia pueda constituir infracción administrativa. Es legítimo y no contraviene ningún precepto (ni, por supuesto, el artículo 24 de la Constitución) que en el curso del expediente ya incoado se pongan de manifiesto otros hechos reveladores de la infracción, distintos de los conocidos en el momento inicial (...). Lo realmente decisivo es que la incoación del expediente sancionador estaba plenamente justificada y que no existía ningún impedimento, antes al contrario (repetimos que ésta es precisamente la finalidad del expediente sancionador), para incorporar a las actuaciones documentos y otras pruebas acreditativas de hechos adicionales».

D) Legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia cuando, además, sea titular de un derecho fundamental

La **STS de 27 de septiembre de 2010**, Sección Séptima (recurso de casación núm. 6511/2008), aborda un caso en el que el denunciante es titular de un derecho fundamental cuya posible lesión es, precisamente, lo que podría constituir la infracción que pretende que se sancione. En los hechos, dos administrados, de aparición habitual en programas «del corazón», denunciaron ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) la difusión de imágenes en las que aparecían en su casa de Santander, captadas mediante dispositivos ocultos y sin su consentimiento, en los espacios «El programa del verano» y «Aquí hay tomate», así como en el sitio <http://www.telecinco.es>, lo que consideraron una intromisión ilegítima en su intimidad y en su imagen, así como una lesión a su derecho a la protección de los datos personales. El director de la AEPD dictó resolución disponiendo el archivo de la denuncia al considerar que no había indicios de la comisión de infracciones, lo que es impugnado por los denunciantes, que solicitan la imposición de las sanciones oportunas. Ante dicha reclamación, la citada sentencia aclara que «el derecho a la protección de datos que invocan (...) no comporta por sí solo el derecho de sus titulares a obtener la imposición de sanciones a quienes, tras el correspondiente procedimiento, sean considerados responsables de alguna de las faltas tipificadas en la Ley Orgánica 15/1999. En efecto, una cosa es que el régimen jurídico de ese derecho fundamental incluya, entre otros elementos, la tipificación de infracciones y sanciones que corrijan las conductas que lo vulneren y otra diferente que reconozca a los afectados la facultad de obtener esa sanción (...) Tienen, desde luego, el derecho a reclamar de la AEPD la incoación del procedimiento dirigido a comprobar si se ha cometido o no alguna falta y a que se resuelva al respecto conforme a la legalidad: es decir, por el órgano competente, debidamente instruido al respecto y de forma motivada. Sin embargo, el denunciante no tiene derecho al castigo del denunciado desde el momento en que la imposición de una sanción no revierte en su beneficio o no le evita un perjuicio».

E) Derecho a que el instructor remita copia de los documentos obrantes en el expediente por correo o por cualquier otro medio adecuado

Una televisión local, ubicada en la provincia de Vitoria, es sancionada por emitir sin previa concesión administrativa e interferir en el canal asignado a Televisión Española. Durante la tramitación del expediente y para evitar repetidos desplazamientos a Madrid —sede del órgano instructor—, la televisión local solicitó el envío de copias de las actuaciones instructoras realizadas. El citado órgano instructor se limitó a remitir las resoluciones que se iban adoptando,

sin adjuntar copia de los documentos e informes en que se apoyaban, y sin dar oportunidad al interesado de consultar, en la sede del órgano administrativo, cuantos documentos fueran de su interés. La **SAN de 14 de octubre de 2010**, recurso contencioso-administrativo 1307/2010, anula la sanción y declara el derecho del recurrente a que el órgano instructor le hubiera enviado la documentación citada por correo o por cualquier otro medio adecuado: «ciertamente el Real Decreto 1398/1993, (...), no establece (...), al menos de manera explícita, un deber de envío de la documentación. Pero, (...), aunque sólo fuera por aplicación de este último artículo 19, procedería la estimación del recurso ya que la interesada pidió, en efecto, la expedición de copias de determinados documentos. Ciertamente (...) una cosa es la expedición de un documento y otra su remisión o envío pero, de momento, ni tan siquiera las copias de los documentos fueron, en efecto, expedidas pese a las reiteradas solicitudes del interesado. (...). Por otra parte, no puede olvidarse que el artículo 35.a) de la Ley 30/1992 (...) refleja, entre los derechos que los ciudadanos ostentan (...), el que tienen a “conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias de los documentos contenidos en ellos”. Este precepto, (...), no tiene, además, un mero carácter programático sino de directa y obligatoria eficacia, y se proyecta sobre la generalidad de los procedimientos administrativos; pero, con mayor razón aún, lo hace sobre los de contenido sancionador (...). En consecuencia, y atendido especialmente que la propia interesada ha solicitado, de manera explícita y razonable, la remisión de determinados antecedentes, puede concluirse que la inactividad de la Administración en este punto no sólo produjo la contravención de los preceptos legales y reglamentarios citados sino que debe calificarse de productora de indefensión».

10. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) **No es necesario que el periodista autor de una entrevista publicada en prensa ratifique la realidad de la entrevista para darle valor probatorio**

Un guardia civil fue sancionado como autor de una falta grave consistente en «hacer manifestaciones contrarias a la disciplina» a raíz de ciertas manifestaciones vertidas en una entrevista publicada en prensa. Durante el procedimiento disciplinario se tomó como prueba de cargo la existencia de la entrevista, sin solicitar a la periodista que la firmaba su ratificación, lo que es denunciado como una posible vulneración del derecho esencial a la presunción de inocencia. La **STS de 13 de septiembre de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 25/2010), rechaza dicha denuncia, estableciendo que «la circunstancia de que la periodista autora de la entrevista no depusiera en sede administrativa para nada impide tener la misma por realizada. No es preciso que la autora ratifique la realidad de la entrevista, que se acredita con la copia de la publicación» así como con el reconocimiento, por parte del sancionado, de que había hablado con la periodista en su calidad de Delegado Provincial de la Asociación Unificada de Guardias Civiles.

B) **Carga de la prueba: las circunstancias que justifican la conducta infractora ha de probarlas quien las alega**

Se sanciona a un guardia civil con reprensión por falta leve tipificada en el artículo 9.3 Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, consistente en la inexactitud en el cumplimiento de las normas de régimen interior aplicables a la utilización de las plazas de aparcamiento existentes en el acuartelamiento de Baracaldo (Vizcaya) de la Guardia Civil. En concreto, por estacionar su vehículo en una plaza de garaje que no tenía asignada.

Alega el sancionado que se ha lesionado su derecho fundamental a la presunción de inocencia «porque no se han tenido en cuenta las circunstancias en que se produjo el hecho, por lo demás reconocido, con referencia a las restricciones que a la sazón se habían establecido para aparcar en otras zonas del acuartelamiento, o bien que el vehículo lo dejó con las llaves puestas para que pudiera ser desplazado del sitio que ocupaba». Pero, según la **STS de 10 de mayo de 2010**, Sala de lo Militar, recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 136/2009, «existe prueba acreditativa de haber ocupado indebidamente el sancionado la plaza de aparcamiento adjudicada a otro usuario, sin haber llegado a demostrar el recurrente, como le incumbía, la realidad de sus alegaciones pretendidamente justificadoras de su conducta constando, por lo demás, que existían otras plazas disponibles en el mismo aparcamiento del Cuartel en donde dejar el coche que utilizaba». Se confirma la sanción impuesta.

11. RESOLUCIÓN SANCIONADORA

A) Los déficits de motivación no pueden ser suplidos en vía judicial

Insiste en ello la **STS de 6 de mayo de 2010**, Sección Segunda, recurso de casación núm. 427/2005.

B) Notificación defectuosa que genera indefensión invalidante de la resolución sancionadora

El Ayuntamiento de Zaragoza le impone a un pub la sanción de suspensión de la licencia de apertura durante un mes y un día. Tras intentar notificar la sanción en el domicilio de la entidad titular, el Ayuntamiento acude a la notificación edictal. La **STSJ de Aragón, de 7 de octubre de 2010** (recurso de apelación núm. 412/2008) anula la sanción, estimando que se ha producido una notificación defectuosa, por incumplirse las previsiones del artículo 59.4 Ley 30/1992, que ha privado al interesado de la posibilidad de defenderse en vía administrativa: «obviamente (...), los anteriores requisitos no pueden ser suplidos por un oficio de la Policía Local, que obra en el folio 10 del expediente administrativo, en el que se expone “durante varios días y en diferentes horarios, todos ellos en turno de noche, los agentes abajo firmantes han girado visita al establecimiento denominado CEL-BET, sito en la C/ Concepción Sanz de Otero 23- 27, con la finalidad de proceder a la notificación del expediente arriba reseñado, encontrando la citada actividad en todas las ocasiones cerrada al público. Que, así mismo, se ha intentado proceder a la notificación del presente expediente en el domicilio particular de las personas conocidas responsables de la citada actividad, gestiones que han sido infructuosas en todas las ocasiones” (...). Ante la inconcreción de hora y fechas en que se intentaron las notificaciones que dicen haber practicado, sin que en forma alguna se justificara que las mismas (...) se practicaron conforme el precepto anteriormente indicado, ante la indefensión que le acarrea a la recurrente, el desconocimiento de la incoación del procedimiento sancionatorio dado que manifiesta que no tuvo conocimiento de la notificación edictal, el que culminó con una sanción de plano al no tener posibilidad de ejercitar su derecho de defensa, nula conforme prevé el artículo 63.2 [sic] de la Ley 30/1992. En consecuencia sin entrar en otras consideraciones procede la estimación del recurso de apelación».

12. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Interpretación restrictiva de las causas de suspensión del procedimiento

— A raíz de su retraso en el dictado de un elevado número de sentencias (99 asuntos civiles), una jueza fue sancionada por el Consejo General del Poder Judicial con multa de 3.000 euros

como autora de una falta grave del artículo 418.11 LOPJ. Durante la tramitación del expediente, que debía tener una duración máxima de seis meses, el Instructor adoptó hasta tres acuerdos de prórroga alegando la aparición de «circunstancias excepcionales», si bien en dos ocasiones tales circunstancias se correspondían, simplemente, con la aparición de nuevos procesos que también se encontraban pendientes de sentencia. Como resultado, la notificación de la resolución sancionadora se produjo once meses y nueve días después de su iniciación. Tras analizar tales hechos, la **STS de 1 de junio de 2010**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo núm. 47/2007), anula la sanción por considerar que se dictó en el marco de un procedimiento caducado, «al no merecer las vicisitudes acaecidas durante su tramitación la calificación de circunstancia excepcional a los efectos del artículo 425.6 LOPJ pues, en otro caso, dejaríamos sin sentido el instituto de la caducidad, que precisamente pretende acabar con la posibilidad de mantener indefinidamente abierto un expediente disciplinario mediante una fórmula estereotipada que permite amparar las dilaciones que ordinariamente se producen en la tramitación de un expediente sancionador y que, en este caso, no responden a ninguna causa justificada».

— Se sanciona a D. Eladio por dos infracciones en materia de espectáculos públicos de la Ley 17/1997, de 4 de julio, de Normas Reguladoras de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de la Comunidad de Madrid. La sentencia de instancia apreció la caducidad del procedimiento pues el plazo máximo para resolver y notificar no quedó suspendido por diligencia del instructor acordando que los funcionarios de la policía municipal denunciados se ratificaran en su denuncia, pues tal ratificación no equivale a un informe de aquellos a los que se refiere el artículo 42.5.c) Ley 30/1992. Y lo confirma la **STS de 4 de mayo de 2010**, Sección Cuarta, recurso de casación para unificación de doctrina núm. 267/2008, pues «la ratificación de los agentes en su denuncia, e incluso el informe que pudieran acompañar a esa ratificación, podrá considerarse preceptiva, en la acepción de obligada, si el denunciado negó los hechos, pero no “determinante del contenido de la resolución”, pues el sentido de ésta en un procedimiento sancionador sólo puede ser el que resulte del conjunto de pruebas de cargo y de descargo valorado en el modo en que exigen los principios rectores de tal procedimiento, entre ellos los de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. La lectura de lo que dispone el artículo 137.3 de la Ley 30/1992 corrobora con nitidez lo que hemos afirmado».

B) No existe caducidad en los procedimientos disciplinarios militares

Se mantiene inalterada la jurisprudencia que rechaza la aplicación del instituto de la caducidad del procedimiento a los expedientes disciplinarios incoados contra militares, manteniendo que «el único efecto que se sigue de rebasarse el plazo legal de tramitación es el de la reanudación de los plazos de prescripción que corresponda, de nuevo e íntegramente». En este sentido, **SSTS de 17 de junio y de 2 de septiembre de 2010**, Sala de lo Militar (recursos de casación contencioso-disciplinarios núms. 2/2010 y 49/2009).

13. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) La Administración no goza de discrecionalidad para fijar la extensión de la sanción y, además, se encuentra limitada por el principio de proporcionalidad

El capitán de un barco y la entidad propietaria de éste fueron sancionados con multa de 180.300 euros por haber entrado y atracado en el puerto de Salinetas (Las Palmas) sin el necesario ase-

soramiento del práctico de servicio. Alegada la vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, la sentencia de instancia consideró que «el principio de proporcionalidad tiene en el Derecho administrativo un alcance muy diferente al Derecho penal y otorga a la Administración un margen de discrecionalidad muy amplio de forma que sólo podrá entenderse vulnerado el principio de proporcionalidad cuando exista una desproporción de tal entidad que vulnere “el principio de Estado de Derecho, el valor de la Justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad”». Frente a tales afirmaciones, la **STS de 29 de junio de 2010**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 4894/2007), considera que «el razonamiento de la Sentencia (...) limita indebidamente el alcance del principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo sancionador a supuestos extremos de desequilibrio y otorga a la Administración un grado de discrecionalidad excesivo». En su lugar, considera preciso poner de relieve que «está fuera de duda que la Administración posee un indudable margen de apreciación de la relevancia de las circunstancias de hecho a la hora de valorar el alcance de una infracción. Pero es un error jurídico entender que dicho margen de apreciación puede calificarse propiamente de discrecionalidad, en su sentido estricto de admitir una libertad más o menos amplia para decidir una sanción u otra. Dicho margen de apreciación quiere decir que es la Administración quien está en mejor posición para valorar el peso relativo de las diversas circunstancias concurrentes en un supuesto concreto a la hora de determinar el riesgo creado a la seguridad o el perjuicio causado al bien jurídico protegido. Pero dicha capacidad de apreciación no quiere decir que no deban tenerse en cuenta obligadamente para fijar una sanción las diversas circunstancias concurrentes y así ponerlo de manifiesto en toda resolución sancionadora. De esta forma, puede el afectado conocer las razones que han llevado a la Administración a imponer una concreta sanción y se permite a los Tribunales corregir, en su caso, la vulneración del principio de proporcionalidad por una indebida ponderación de tales circunstancias, por amplio que sea el margen que deba concederse a la valoración de la Administración».

B) Toma en consideración de todas las circunstancias concurrentes

Un magistrado fue sancionado con multa de 5.000 euros como autor de la falta grave del artículo 418.5 LOPJ, consistente en «el exceso o abuso de autoridad o falta grave de consideración respecto de los ciudadanos, Secretarios, Médicos Forenses, Oficiales, Auxiliares y Agentes de los Juzgados y Tribunales, de los miembros del Ministerio Fiscal, Abogados y Procuradores, Graduados Sociales y Funcionarios de la Policía Judicial». Frente a dicha sanción, y realizando un nuevo «juicio de proporcionalidad o de individualización de la sanción en atención a las circunstancias del infractor —criterio de prevención especial— y de la infracción misma —criterio de prevención general—», la **STS de 25 de junio de 2010**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo núm. 302/2009), reduce la sanción a 2.500. En concreto, la Sala tiene en cuenta que la intención del sancionado fue, en todo momento, «que el Juzgado funcionase regularmente y que los funcionarios cumplieren su actividad profesional», «el escaso espacio del despacho (...) no imputable al magistrado sancionado» y «la conducta observada por el Secretario Judicial, que ha sido objeto de dos sanciones disciplinarias» y que propició «un progresivo deterioro de las relaciones profesionales entre el magistrado, el secretario y los funcionarios».

También la **STS de 29 de junio de 2010**, Sección Tercera (recurso de casación núm. 4894/2007), relativa a una sanción impuesta en materia de puertos por atracar un barco sin esperar a que llegara el práctico, considera que la Administración no tuvo en cuenta «datos o circunstancias de hecho relevantes que cualifican o atenúan el comportamiento infractor», lo que supuso una infracción del principio de proporcionalidad. En concreto, la sentencia indica que debió tenerse en cuenta que «el capitán del buque fue solicitando instrucciones en todo momen-

to en su aproximación al puerto y actuando de conformidad con las indicaciones recibidas», que el buque únicamente recorrió sin el práctico los 50 metros que restaban hasta el embarcadero y que no concurría «ninguna circunstancia de riesgo concreto (tráfico próximo, estado de la mar), fuera del riesgo genérico que se asocia a la aproximación y atraque a puerto». En atención a todas esas circunstancias, la sentencia reduce la sanción de multa a 100.000 euros.

14. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) Prescripción de las infracciones permanentes

Sin llegar a calificarlas expresamente como infracciones permanentes, la **STS de 7 de junio de 2010**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo núm. 169/2009 y 246/2009), asume que las infracciones de los jueces y magistrados consistentes en el retraso en el dictado de sentencias deben considerarse como tales, lo que determina que el plazo de prescripción no comience a correr hasta que se hayan dictado tales sentencias, poniendo fin, de este modo, a la situación antijurídica. A este respecto, estima la sentencia que «es evidente que si el actor hubiera probado que entre la fecha en que se dicta la sentencia y la apertura del expediente hubiera transcurrido un año, este hecho habría prescrito, pero si la sentencia no se ha puesto, la obligación persiste, y, en consecuencia, hasta que no se ponga, el retraso continúa existiendo».

B) Sobre si la iniciación de un procedimiento penal interrumpe o no la prescripción de la falta disciplinaria que castiga el mismo hecho

Durante una recepción de honor, un Teniente Coronel de Infantería de Marina recriminó a un Coronel que hubiera informado verbalmente al mando sobre la no pertinencia de que le fuera concedida una condecoración por su participación en una misión en Irak, clamando en voz audible que «algunos no tienen cojones para decir las cosas a la cara» y negándose a abandonar la estancia porque «no le salía de los cojones». Tras abandonar ambos el local, intercambiaron opiniones de manera poco serena en los aseos de la dependencia, donde fueron hallados por otros dos Tenientes Coroneles agarrados el uno al otro en actitud agresiva. Por tales hechos, el Teniente Coronel fue sancionado con un mes y un día de arresto como autor de la falta grave consistente en la «falta de subordinación cuando no constituya delito». Durante la tramitación del procedimiento disciplinario, sin embargo, se inició un proceso penal por los mismos hechos ante la posible comisión de un delito de maltrato de obra a un superior. A raíz de dicha iniciación, el instructor consideró interrumpido el procedimiento, si bien no acordó formalmente su suspensión. La **STS de 17 de junio de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 2/2010), niega cualquier relevancia a esta forma de actuar en relación con la prescripción de la infracción al considerar que «la interrupción de la prescripción de la posible infracción cometida se produce automáticamente con el inicio de un procedimiento penal por los mismos hechos de que se conoce por la Autoridad disciplinaria, sin que se exija legalmente una actuación formal de la Autoridad disciplinaria que así lo acuerde». En sentido parecido se manifiesta también la **SAN de 13 de octubre de 2010** (recurso contencioso-administrativo 326/2009).

La misma **STS de 17 de junio de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 2/2010) aclara también la relación que debe existir entre los hechos objeto del procedimiento disciplinario y los hechos objeto del proceso penal para que se produzca la interrupción del plazo de prescripción de la infracción administrativa. En particular, el

sancionado alegó que la falta de subordinación nunca fue objeto de persecución penal, dado que ésta se centró en el posible maltrato de obra, por lo que no habría interrumpido la prescripción de la infracción disciplinaria. La indicada sentencia, aclara, sin embargo, que «no es su calificación jurídica, sino los hechos investigados en el expediente disciplinario y aquellos sobre los que ha de recaer el enjuiciamiento penal los que han de guardar identidad para que opere (...) la suspensión o paralización del cómputo del tiempo de prescripción en el ámbito disciplinario de la conducta susceptible de posible reproche».

15. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES

A) Ejecutividad inmediata de las sanciones impuestas en el ámbito militar

Un Teniente Coronel de Infantería de Marina resultó sancionado con un mes y un día de arresto como autor de la falta grave consistente en la «falta de subordinación cuando no constituya delito», tipificada en el artículo 8.20 de la LO 8/1998 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. A pesar de solicitar la suspensión de la ejecución de la sanción mediante otrosí de su recurso de alzada, dicha suspensión fue denegada, procediéndose a su ejecución inmediata. A este respecto, aclara la **STS de 17 de junio de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 2/2010), de conformidad con los artículos 67 y 81 de la citada norma, que «el principio de ejecutividad inmediata de las sanciones se sigue en el ámbito disciplinario militar, en cuanto que con su aplicación se trata de garantizar la efectividad de la subordinación jerárquica y la disciplina, valores esenciales e imprescindibles para el adecuado funcionamiento de las Fuerzas Armadas, sin que rija, por tanto, en el régimen disciplinario militar la excepción del principio general de ejecutividad de las resoluciones administrativas prevista en el artículo 138.3 de la Ley 30/1992 para los actos administrativos sancionadores, siendo sólo ejecutiva la resolución que ponga fin a la vía administrativa».

16. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) El control de las sanciones administrativas no corresponde al orden jurisdiccional penal

Frente a la insólita alegación, por parte de una entidad mercantil sancionada como autora de una infracción tributaria, de que debían ser los jueces de lo penal, y no los de lo contencioso-administrativo, quienes conocieran de la impugnación de la sanción que le había sido impuesta, la **STS de 25 de junio de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación núm. 1597/2005), confirma que «la revisión jurisdiccional de las actuaciones y sanciones tributarias corresponde a los Tribunales de lo contencioso-administrativo y sólo cuando exista una cuestión prejudicial de carácter penal ese enjuiciamiento debe ceder a favor de los Tribunales penales. En el presente caso, no constando que exista procedimiento alguno por delito fiscal, no se advierte que pueda existir incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa».

B) Cambio de la infracción. Sustitución o modulación de la sanción

— Una comunidad de propietarios fue sancionada con multa de 435.296 euros por infracción muy grave consistente en el alumbramiento de aguas subterráneas incumpliendo las condiciones de la autorización. La valoración de esos daños fue determinada en virtud de un informe del

jefe del servicio de hidrología de la confederación hidrográfica del Tajo que es invalidado por la **STS de 12 de abril de 2010**, Sección Quinta, recurso de casación núm. 133/2009. La ausencia de una valoración válida de los daños impide también, según la Sala, el encuadramiento de la conducta en el tipo sancionado, pues la tipificación de esa infracción presupone la causación de daños valorados en más de 4.507 euros (infracción grave) o más de 45.075 euros (infracción muy grave). No obstante, la sentencia considera que los hechos son constitutivos, al menos, de la infracción menos grave consistente en «el incumplimiento de las condiciones impuestas en las concesiones y autorizaciones administrativas a que se refiere esta Ley». Por lo que establece que «de conformidad con la cuantía de la sanción prevista para las infracciones menos graves (...), en el caso presente procede imponer (...) la sanción de multa de 30.000 euros, atendiendo al considerable volumen de agua extraída en exceso y a la pervivencia de la conducta infractora durante un considerable periodo de tiempo».

— *Endesa Distribución Eléctrica, S.L.*, fue sancionada por infracción muy grave consistente en interrupciones reiteradas en el suministro de energía eléctrica en la provincia de Jaén sin que mediaran los requisitos legales que lo justificaran. La sentencia de instancia rebajó la infracción a grave e impuso la multa mínima del nuevo tipo apreciado. Sin embargo, la **STS de 11 de mayo de 2010**, Sección Tercera, recurso de casación núm. 3793/2007, casa la sentencia de instancia y confirma la infracción muy grave y la multa impuesta por la Administración. En el mismo sentido, pero esta vez por el corte de suministro eléctrico en la provincia de Málaga, **STS de 22 de junio de 2010**, Sección Tercera, recurso de casación núm. 3470/2007.

— En el caso de la **STS de 26 de mayo de 2010**, Sala de lo Militar, recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 1317/2009, un militar había sido sancionado con dos meses de arresto por una falta grave consistente en hacer manifestaciones contrarias a la disciplina. En concreto, por dirigir acusaciones insultantes en una denuncia escrita presentada contra uno de sus superiores. Alega el sancionado que la sanción impuesta no es proporcional y la Sala, que está de acuerdo, rebaja los dos meses a un mes y un día de arresto: «en la revisión, que se estima procede, ha de aflorar y por ende debe ser valorada la intencionalidad del encartado que no era otra que “denunciar”, aunque en forma inadecuada, lo que a su juicio, cuando menos, era constitutivo de irregularidades en el comportamiento y actuación de un superior. Tal circunstancia nos conduce a la minoración del reproche disciplinario y, en consecuencia, se reduce el tiempo de arresto al de un mes y un día que contempla el citado artículo 9.2».

— A raíz de la minoración en la antijuridicidad estimada por la **STS de 20 de septiembre de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 27/2010), en un supuesto similar al anterior, la Sala procede a sustituir la infracción grave sancionada («hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas») por una infracción leve distinta («la falta de respeto a superiores»), e impone *ex novo* la sanción adecuada a la nueva infracción, que fija en siete días de arresto.

— De manera similar, pero en relación con la sanción de multa de 312.827,85 euros impuesta al Ayuntamiento de Pinto por una infracción en materia de aguas, la **STS de 2 de junio de 2010**, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo núm. 476/2008), sustituye la infracción grave originalmente sancionada por una infracción menos grave, «por lo que debemos nosotros señalar la sanción que debe imponerse a dicho Ayuntamiento como responsable de la indicada infracción menos grave», imponiendo una sanción de multa de 9.015,18 euros.

— Por su parte, y sin alterar la calificación de la infracción con relación a ciertos hechos en materia de defensa de la competencia, la **STS de 8 de junio de 2010**, Sala Tercera (recurso de casación núm. 4216/2007), reduce la sanción impuesta al considerar que la Administración no tomó en consideración que los efectos anticompetitivos, derivados del abuso de posición de

dominio, sólo se habían producido en el área liberalizada. De este modo, sustituye la sanción de multa original de 15.000.000 de euros por otra de 8.149.500 euros.

C) Posibilidad o no de subsanar los vicios probatorios cometidos en el procedimiento administrativo sancionador en sede de recurso administrativo o judicial

Un Subteniente del Ejército fue sancionado con dos días de arresto por falta leve de «embriagarse públicamente, afectando a la imagen de la institución militar». La resolución sancionadora fue dictada por el Oficial que observó los hechos, quien no redactó un informe escrito describiendo el estado de embriaguez apreciado en el sancionado hasta que fue requerido para ello por su superior encargado de resolver el segundo recurso de Alzada. Ante la penuria probatoria existente en el momento de imponer la sanción, dictada sin que se hubiera emitido siquiera un parte escrito, la **STS de 8 de junio de 2010**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario núm. 137/2009), anula la sanción y niega todo valor posterior al informe escrito presentado por el oficial, al entender que «la Administración sancionadora no ha levantado, por tanto, la carga probatoria que le corresponde sobre la falta disciplinaria apreciada, cuya estimación y la sanción consiguiente se produjo desde el principio en la vía administrativa con vulneración del derecho a la presunción de inocencia, vulneración que es insubsanable en vía jurisdiccional».

En sentido contrario razona la **STS de 22 de septiembre de 2010**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar núm. 4/2010). En los hechos, un guardia civil sancionado disciplinariamente impugnó la sanción impuesta alegando la indefensión que se le causó durante el procedimiento disciplinario por no haber podido acreditar el padecimiento de un trastorno depresivo persistente a los efectos de que se le hubiera podido apreciar una falta de imputabilidad o la disminución de su responsabilidad. La citada sentencia, estima, sin embargo, que «el recurrente ha podido acreditar en fase de prueba de este recurso la realidad de dicha patología (...), por lo que cualquier alegación de indefensión por la imposibilidad de práctica de la prueba ha quedado enervada».

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO BUENO ARMIJO
MANUEL A RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL.
 - A) **Ruptura del justo equilibrio entre el interés general y el derecho de propiedad en la aplicación del artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1 al CEDH cuando las costas procesales del proceso expropiatorio exceden al justiprecio y se compensan con éste.**
3. OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN.
 - A) **Improcedencia de imponer una servidumbre de paso de una línea eléctrica sobre una vivienda rural y el huerto anejo a ella.**
4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO.
 - A) **La nulidad de la *causa expropriandi* arrastra consigo todo lo actuado.**
5. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO.
 - A) **El pago o consignación del justiprecio no puede ser objeto de suspensión a petición de la Administración expropiante o del beneficiario de la expropiación.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

El período analizado en la presente crónica comprende desde el 1 de noviembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010. En este lapso se han producido y analizado cerca de setenta sentencias en materia expropiatoria (3 del TEDH, 1 de la Audiencia Nacional y 65 del Tribunal Supremo), de las que se comenta la doctrina más destacada.

2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

- A) **Ruptura del justo equilibrio entre el interés general y el derecho de propiedad en la aplicación del artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1 al CEDH cuando las costas procesales del proceso expropiatorio exceden al justiprecio y se compensan con éste**

Se recordará que en el número 46 de esta Revista comentábamos la Sentencia dictada por la Sección 2.^a del TEDH, el 4 de agosto de 2009, en el asunto *Perdigao* contra *Portugal* (deman-

da núm. 24768/2006). En aquel caso, los demandantes, ciudadanos portugueses que habían sufrido la expropiación de sus fincas y de unos yacimientos mineros como consecuencia de la construcción de una autovía, llevaron el asunto ante los órganos del Convenio Europeo de Derechos Humanos argumentando una violación de su derecho de propiedad, reconocido en el Protocolo Adicional Primero al Convenio, consistente en que el justiprecio que finalmente les fue reconocido quedaba totalmente absorbido por las costas procesales, por lo que tuvieron que soportar la privación y aplicar el justiprecio al pago parcial de unas costas procesales que superaban el importe de lo percibido.

En su sentencia, la Sección 2.^a del TEDH afirmaba que las costas judiciales son «contribuciones» en el sentido del segundo párrafo del artículo 1 del Protocolo Adicional Primero, y que la aplicación de la legislación portuguesa en este caso produce una vulneración del derecho de propiedad de los litigantes porque impone una medida desproporcionada, que rompe el justo equilibrio que debe mediar entre el interés general que preside las privaciones forzosas y el derecho de propiedad.

Al amparo del Convenio (artículos 43 y consonantes), el asunto fue residenciado por el Gobierno portugués ante el pleno del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituido en Gran Sala** de acuerdo con el artículo 27.3 del Convenio, que dictó **sentencia el 16 noviembre de 2010**.

Toda la argumentación del Gobierno portugués ante la Gran Sala quiere hacer ver que es metodológicamente inapropiado y legalmente incorrecto confundir la indemnización por expropiación y la cantidad a pagar como resultado de una condena en costas judiciales. Con lo que no está de acuerdo el Gobierno portugués es con la conclusión de la sentencia de la Sección 2.^a de que en este caso era necesario examinar la reclamación de los demandantes a la luz de la norma general establecida en el primer párrafo. Haciendo hincapié en que la expropiación, como tal, no forma parte de la controversia, considera que las costas procesales reclamadas a los demandantes son compatibles con el artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Por su parte, la Gran Sala comienza recordando que el artículo 1 del Protocolo núm. 1 consta de tres normas distintas: la primera, que se expresa en el primer párrafo, es de carácter general y enuncia el principio de respeto a la propiedad; la segunda, figura en la segunda frase del mismo apartado, abarca la privación de bienes y sujetos a determinadas condiciones; y, en cuanto a la tercera, que figura en el segundo párrafo, da a los Estados el poder, entre otras cosas, de regular el uso de la propiedad de conformidad con el interés general. Como tantas veces ha dicho, el Tribunal sostiene de nuevo que las normas segunda y tercera se refieren a casos concretos de violación del derecho de propiedad que deben interpretarse a la luz del principio enunciado en la primera norma —primer párrafo— (véase, entre otras sentencias, *James y otros c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1986, o *Depalle contra Francia*, de 29 de marzo de 2010). Frente a la argumentación del Gobierno portugués, el Tribunal considera que no cabe olvidar que es la privación sufrida por los demandantes lo que dió origen al proceso y a la consiguiente disputa sobre las costas de éste y los honorarios legales. Según el Tribunal, este dato tiene un impacto definitivo en la forma en que la invocada vulneración del derecho de los demandantes va a ser analizada. En este sentido, la sentencia recuerda que la jurisprudencia del TEDH exige, en los casos de privación de la propiedad para fines públicos, el pago de una cantidad razonable en relación con el valor de la propiedad en cuestión.

El meollo de la cuestión es decidir, de un lado, si las costas procesales son o no una «contribución» en el sentido del párrafo segundo del artículo 1 del Protocolo núm. 1; y, de otro, si la imposición de unas costas superiores al justiprecio puede ser o no una carga proporcionada en el mecanismo de aplicación del Convenio. La Gran Sala, al igual que hiciera la Sección 2.^a, responde afirmativamente a la primera cuestión. Sobre la segunda, tampoco se aparta del

criterio de la Sección, y lo considera oportuno para examinar la denuncia de los demandantes en su conjunto, volviendo a afirmar que las situaciones contempladas en la segunda frase del primer párrafo y segundo párrafo son sólo casos especiales que han de leerse a la luz del criterio general, por lo que toda injerencia en el derecho de propiedad, incluidas las costas procesales, debe respetar el principio de proporcionalidad y no ser arbitraria, debiendo legitimarse en un «equilibrio justo» entre las exigencias del interés general de la comunidad y los requisitos para la protección de los derechos fundamentales de la persona. En este sentido, el Tribunal sostiene que

«(...) la búsqueda de este equilibrio se refleja en la estructura del artículo 1 del Protocolo núm. 1 en su conjunto, independientemente de las cláusulas que participan en cada transacción y será siempre una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la meta. Al verificar el cumplimiento de este requisito, el Tribunal reconoce al Estado un amplio margen de discrecionalidad para elegir las modalidades de aplicación de las medidas en cuestión y juzgar si las consecuencias están justificadas en el interés público, por el deseo de alcanzar el objetivo de la injerencia denunciada (...). La verificación de la existencia de ese equilibrio requiere una revisión exhaustiva de los diversos intereses implicados. El Tribunal considera conveniente llevar a cabo dicha revisión con respecto a dos elementos importantes. En primer lugar, que el Tribunal ya ha señalado, la fuente de la situación conflictiva es la privación de la propiedad de los demandantes. En tales situaciones, el “equilibrio justo”, exige el pago de una cantidad razonablemente relacionado con el valor de la propiedad, de lo contrario, habría una injerencia desproporcionada en los derechos privados (...).

En este caso, los demandantes recibieron una indemnización por la expropiación, la cantidad de 197.236.25€, pero que, tras la determinación de la cantidad que debían abonar en concepto honorarios de abogados, finalmente no percibieron. Por otra parte, tenían que pagar al Estado un saldo de 15.000 euros, incluso después de que el importe había sido fijado inicialmente reducido sustancialmente (...). En este sentido, es claro para él que el resultado perseguido por el artículo 1 del Protocolo num. 1 no ha sido alcanzado: no sólo los demandantes fueron despojados de sus tierras, sino que también habían pagado 15.000 euros para el Estado.

El Gobierno insiste en la diferencia de condición jurídica entre la obligación del Estado a pagar una indemnización por la expropiación y la obligación de la demandada al pago de costas judiciales. Esta última no está comprendida en el ámbito de aplicación de la propia expropiación, por lo que no afectaría a la cuestión del cumplimiento con el artículo 1 del Protocolo núm. 1. La Sección 2.^a reconoció que los objetivos perseguidos por la Ley en cada una de estas obligaciones no son en realidad idénticos, y que también tiene en cuenta esta diferencia cuando se describen los costos legales de “contribuciones” con arreglo al párrafo segundo del artículo 1 del Protocolo núm. 1. Se observa, no obstante que, en este caso, los demandantes eran partes en una disputa legal que enfrentó el Estado y que involucró la determinación de la cuantía de la indemnización por expropiación, como consecuencia de un acto realizado por el Estado en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público (...). En las circunstancias particulares del presente caso, la diferencia entre una obligación legal para que el Estado pague una indemnización por la expropiación y la obligación de la demandada al pago de costas judiciales no se opone a un examen exhaustivo de la proporcionalidad de la injerencia denunciada».

En este extremo, el Tribunal recuerda que los demandantes habían solicitado como justiprecio ante los Tribunales portugueses una cantidad mucho mayor que el valor de la privación

efectivamente sufrida, ya que demandaban el valor de una cantera y de una expectativa de obtener de ella recursos minerales que no fue considerada como partida indemnizable en los términos pretendidos. Teniendo en cuenta la legislación portuguesa sobre el tema, este *petitum* tiene una influencia sobre la cantidad final de las costas judiciales. Sin embargo, el Tribunal afirma que

«(...) la consideración de los beneficios que podrían obtenerse de una posible explotación económica de la cantera situada en el suelo, si esta expectativa debe o no debe ser incluida en la indemnización por expropiación, ampliamente debatida ante las instancias portuguesas, no es en sí misma un razón suficiente para justificar que el importe a pagar en concepto de costas judiciales se haya fijado en un nivel tal que conllevara la falta total de indemnización expropiatoria (...) ni el comportamiento de la actividad procesal desplegada por los demandantes puede justificar una suma tan importante en concepto de gastos legales si se tiene en cuenta la cuantía de la indemnización en relación con la expropiación».

En consecuencia, la Gran Sala concluye con carácter definitivo y firme que ha habido una violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

3. OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

A) **Imprudencia de imponer una servidumbre de paso de una línea eléctrica sobre una vivienda rural y el huerto anejo a ésta**

La STS de 17 de noviembre de 2010 (núm. 1280/2007) resuelve el recurso de casación interpuesto contra una Sentencia de 1 de febrero de 2007 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (rec. núm. 1412/1998) que resolvió el recurso interpuesto contra el acuerdo del Gobierno de la Generalidad de Cataluña que declaró la utilidad pública y ocupación urgente de los bienes y derechos afectados por la línea eléctrica de Castell d'Aro a los efectos de imponer una servidumbre de paso sobre los terrenos afectados.

El Tribunal de instancia declaró indebidamente constituida la servidumbre impuesta para el paso de la citada línea eléctrica sobre la Masía de los recurrentes en aplicación de lo preceptuado en el artículo 56 de la Ley 40/1994 de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional —actualmente sustituido por el artículo 57 de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico—, según el cual, «no podrá imponerse servidumbre de paso para las líneas de alta tensión: a) sobre edificios, sus patios, corrales, centros escolares, campos deportivos y jardines y huertos, también cerrados, anejos a viviendas que ya existan al tiempo de decretarse la servidumbre, siempre que la extensión de los huertos y jardines sea inferior a media hectárea; b) sobre cualquier género de propiedades particulares, si la línea puede, técnicamente, instalarse, sin variación de trazado superior a la que reglamentariamente se determine, sobre terrenos de dominio, uso o servicio público o patrimoniales del Estado, Comunidades Autónomas, de las provincias o los municipios, o siguiendo linderos de fincas de propiedad privada».

La imposibilidad de fijar el objeto expropiatorio derivaría, en este caso, de que en el terreno expropiado para el paso de la línea se ubica una vivienda habitada, junto a la que existe un huerto con árboles frutales para el consumo propio, cuya superficie es inferior a media hectárea y está cerrado por sus límites en la mayor parte, en el que se ha instalado una torre de sosteni-

miento de la línea que sobrevuela los citados terrenos a lo largo de unos 40 metros, a tenor de la prueba pericial practicada en los autos, lo que conlleva la ilegalidad de la servidumbre de paso impuesta por el Tribunal *a quo*.

La sentencia es recurrida en casación por el titular de la línea y beneficiaria de la expropiación, ENDESA y por la Administración expropiante, alegando como único motivo casacional la interpretación que la sentencia recurrida hace del artículo 56 de la Ley 40/1994 de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, por entender que la interpretación de la frase «*jardines y huertos, también cerrados, anejos a viviendas*» exige que dichos huertos, como es el caso del proceso, estén totalmente cerrados y, por otro lado, que no estén separados, como ocurre en el presente caso, por un camino de la vivienda.

Frente a este argumento, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a la casación interesada, afirmando con rotundidad que

«La interpretación puramente literal no tiene en cuenta el espíritu de la norma que, evidentemente, no es otro que proteger el acceso al ámbito privado, invadiendo, por tanto, la intimidad y propiedad, que comporta el establecimiento de la línea que permite el artículo 55 de la Ley 40/1994, exigiendo, efectivamente, que el huerto se encuentre cerrado y que sea anejo a viviendas, aparte de que su superficie sea inferior a media hectárea, lo que en el presente ocurría, dada la limitada superficie de ese huerto fijada en 1.695 m², consistente en un terreno de regadío con algunos árboles frutales variados para el uso y consumo propio de la vivienda existente en la finca.

Evidentemente, si el precepto hubiera querido imponer un cerramiento en su totalidad lo hubiera expresado, mas naturalmente ha de tenerse en cuenta que la finalidad de la norma no es otra, como antes decíamos, que proteger la privacidad, impidiendo el acceso a ese huerto, y el Tribunal de instancia entendió que al estar cerrado en su mayor parte, cumplía los requisitos establecidos en el artículo 56 de la Ley 40/1994, para impedir la constitución de servidumbre para la línea de alta tensión, apreciando que la expresión utilizada en el informe pericial incorporado a las actuaciones, al referirse a la totalidad finca rústica como cerrada por sus límites, en la mayor parte, cumplía el requisito exigido en el artículo 56.a) de la citada Ley.

Porque, efectivamente, no cabe olvidar que el obstáculo al libre acceso, con la consiguiente ruptura de privacidad que puede comportar, puede derivarse en determinados supuestos, entre otros casos, de simples accidentes del terreno, que por sí solos impiden el acceso al mismo an cuando no tengan materialmente cerramiento, resultando el mismo innecesario puesto que, en definitiva, de lo que se trata es de que el huerto no resulte accesible, habiendo considerado el Tribunal de instancia suficiente la exposición realizada por el perito agrícola informante en el proceso, y sin que tal apreciación que el Tribunal hace resultara contradicha por prueba alguna de la Administración expropiante o beneficiaria de la imposición de la servidumbre, que fácil tenía la práctica de prueba conducente a acreditar que el citado huerto era de acceso fácil a pesar de la existencia de un cerramiento de todos los límites de la finca en su mayor parte.

Por otro lado, la mera existencia de un camino entre la vivienda y el huerto en nada afecta al carácter de anejo que ha de darse al huerto, dado que, según el informe pericial, el mismo surte para el consumo propio con la producción que en él se realiza, según expresa el informe pericial, y, en consecuencia, ese camino que no consta fuera en todo caso de dominio y uso público, no puede alterar la calificación de anejo que tiene el huerto con respecto a la vivienda».

4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) La nulidad de la *causa expropriandi* arrastra consigo todo lo actuado

La STS de 23 de diciembre de 2010 (rec. núm. 161/2010) resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2009, relativa a la expropiación de terrenos para el acondicionamiento de las márgenes del río Avia. En dicha instancia los recurrentes se opusieron al justiprecio formulando tres pretensiones: que se declarase nulo todo el procedimiento expropiatorio por no ser ajustado a derecho el proyecto que lo legitimaba y, en consecuencia, que se incrementase el justiprecio en un 25 por 100; que se valorase el terreno expropiado como si de suelo urbanizable se tratara, por estar destinado a un sistema general de instalaciones deportivas y viales; y, finalmente, que se hiciese correctamente la valoración de las cepas existentes en el terreno expropiado.

La Sala de instancia estimó sólo la tercera de las pretensiones mencionadas, rechazando las otras dos. Por lo que se refiere a la alegada nulidad de todo el procedimiento expropiatorio, el Tribunal *a quo* rechazó el argumento de los recurrentes basado en lo dicho por el propio Tribunal Superior de Justicia en una Sentencia de 29 de septiembre de 2006, que anulaba el proyecto que legitimaba la expropiación en cuestión. No obstante, la Sala no tuvo en consideración lo sostenido en esta sentencia precedente porque ésta había sido recurrida en casación y, por tanto, no era firme en el momento de resolver este otro caso. En cuanto a la pretensión de valoración del terreno expropiado como si de suelo urbanizable se tratase, la sentencia impugnada niega que se esté en presencia de un sistema general que crea ciudad, ya que se trata de una actuación impulsada por la Confederación Hidrográfica del Norte sin un objetivo de desarrollo urbano.

En la formulación del recurso de casación para la unificación de doctrina, los recurrentes aportaron numerosas sentencias del Tribunal Supremo relativas a la posibilidad de impugnar indirectamente —al oponerse al justiprecio— el proyecto que legitima la expropiación, así como al problema conexo de la indemnización procedente en el supuesto de que, una vez declarado nulo todo el procedimiento expropiatorio, no sea posible la restitución *in natura* del bien expropiado. Dos de las sentencias de contraste aportadas, de 29 de junio de 2007 y de 2 de abril de 2008, versaban sobre una cuestión distinta: si, habiéndose declarado la nulidad del proyecto que legitima la expropiación por sentencia que aún no es firme, el Tribunal que conoce de la impugnación de un justiprecio debe o no estimar la pretensión de que se declare nulo todo el procedimiento expropiatorio por desaparición de la causa *expropriandi*, a lo que ambas sentencias responden afirmativamente.

Antes de resolver la casación interesada, el Tribunal Supremo advierte que el recurso de casación planteado contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de septiembre de 2006 que declaró la nulidad del proyecto «Acondicionamiento de la margen derecha del río Avia» y que estaba pendiente de resolución en el momento en que se dictó la sentencia impugnada, ha sido resuelto por la STS de 11 de mayo de 2010 confirmando la nulidad declarada en la instancia.

Con independencia de este dato, y para la unificación de la doctrina interesada en este caso, el Tribunal Supremo declara que la Sala de instancia no debió abstenerse de resolver la cuestión de la nulidad del procedimiento porque estuviera pendiente ante el Tribunal Supremo. Para éste, no cabe duda de que

«(...) la doctrina correcta sobre los efectos de la sentencia aún no firme que declara la nulidad del proyecto que legitima la expropiación es la mantenida por las sentencias de contraste. La razón fundamental expuesta en (...) la Sentencia de 29 de junio de 2007 es

muy clara y difícilmente cuestionable: el hecho de que la sentencia en que se apoya la pretensión del demandante ganara firmeza en un momento posterior no altera el planteamiento de la instancia. Como esta Sala dijo en aquella ocasión, sostener lo contrario conduciría a un desconocimiento de exigencias elementales de economía procesal, con la consiguiente vulneración de la efectividad de la tutela judicial.

A ello se puede ahora añadir otra consideración: precisamente porque la sentencia que había estimado la impugnación directa del proyecto que legitima la expropiación no era firme y no se había producido aún la invalidación del mismo con efectos *erga omnes*, la sentencia impugnada debía pronunciarse —tal como pedían los recurrentes— sobre la impugnación indirecta de dicho proyecto; cosa que no hizo, so pretexto de la falta de firmeza de aquella primera sentencia. Este modo de proceder, aunque no haya impedido a la Sala de instancia decidir sobre la pretensión principal de los recurrentes, implica, ciertamente, dejar de pronunciarse sobre una de “las cuestiones controvertidas del proceso” (artículo 67 LJCA) con relevancia para el sentido del fallo. En otras palabras, dado que aquella primera sentencia no era firme, tal vez la sentencia impugnada hubiera podido motivadamente separarse de ella y considerar que el proyecto que legitima la expropiación era ajustado a derecho; pero, al no seguir este camino, la única vía coherente era considerar que el mencionado proyecto era inválido por las razones que la propia Sala de instancia había expuesto en su primera sentencia. Lo que, en ningún caso, tiene justificación es, dejando de pronunciarse sobre si la impugnación indirecta del proyecto que legitima la expropiación está bien fundada o no, orillarla con el argumento de que la sentencia que estimó la impugnación directa no ha adquirido firmeza».

En consecuencia, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y, de acuerdo con lo exigido en el artículo 98.2 de la LJCA, resuelve el fondo del litigio estimando la pretensión de que se declare la nulidad de todo el procedimiento expropiatorio, pues es jurisprudencia reiterada que la nulidad de la causa *expropriandi* arrastra consigo todo lo actuado y, por tanto, implica la ilegalidad de la ocupación del bien expropiado, que debe ser restituido por la Administración a sus propietarios, indemnizando los perjuicios ocasionados por dicha ocupación ilegal. Esto es precisamente lo que ordenó la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de septiembre de 2006 cuando declaró la nulidad del proyecto «Acondicionamiento de la margen derecha del río Avia», y lo que luego confirmó la STS de 11 de mayo de 2010.

5. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

A) El pago o consignación del justiprecio no puede ser objeto de suspensión a petición de la Administración expropiante o del beneficiario de la expropiación

La STS de 16 de noviembre de 2010 (rec. núm. 2149/2007) resuelve el recurso de casación deducido por el Ayuntamiento de Linares (Jaén) contra un Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 19 de diciembre de 2006, confirmado en súplica, que denegaba la suspensión de la ejecución de un acuerdo de fijación de justiprecio. Uno de los motivos en los que se basa el recurso de casación es la vulneración del artículo 130.2 LJCA, por entender los recurrentes que una adecuada ponderación de los intereses en juego habría debido conducir a acordar la suspensión solicitada; y ello porque el acuerdo del órgano autonómico encargado de determinar el justiprecio sólo afectaría al interés privado

de los expropiados, por lo que los recurrentes estiman que podría ser objeto de suspensión si se dan los requisitos legalmente exigidos para ello.

El Tribunal Supremo desestima el recurso recordando su jurisprudencia según la cual el pago o consignación del justiprecio no puede ser objeto de suspensión a petición de la Administración expropiante o del beneficiario de la expropiación. La razón es que el acuerdo del Jurado de Expropiación —o su equivalente autonómico— agota su cometido con la tasación misma del bien expropiado, por lo que suspensión, en rigor, carecería de significación. Y si lo que se busca es retrasar el momento del pago del justiprecio fijado, la suspensión no sólo privaría al expropiado de su derecho a recibir el justiprecio en el plazo legalmente previsto (artículo 48.1 de la LEF) sino que daría carta de naturaleza a un retraso carente de cobertura mediante intereses de demora (artículo 57 LEF). Dicho de otro modo, para que la suspensión del pago o consignación del justiprecio fuera tolerable sería preciso supeditarla a la prestación de una caución, lo que para la Administración expropiante supondría una dificultad económica semejante a la que trata de evitar.

Junto a ello, el Tribunal Supremo afirma que

«(...) esta Sala no puede de ninguna manera compartir la afirmación que se vierte en este recurso de casación, según la cual frente al interés público en preservar la salud financiera del Ayuntamiento de Linares no habría más que un mero interés privado de los expropiados. El puntual pago del justiprecio de los bienes expropiados es de innegable interés general, pues sin una adecuada salvaguardia de la propiedad privada no existiría el Estado de Derecho. El artículo 33 CE es terminante a este respecto, al establecer que nadie puede ser privado de su propiedad “sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización”. No hay que olvidar, por lo demás, que la iniciativa expropiatoria no ha partido de los propietarios afectados, sino del propio Ayuntamiento de Linares».

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.
 - A) **Responsabilidad por normas reglamentarias legales: vulneración del principio de confianza legítima.**
 - B) **Responsabilidad por la anulación de actos administrativos y teoría del margen de tolerancia.**
 - C) **Responsabilidad en el ámbito sanitario: el criterio de la *lex artis ad hoc*.**
3. DAÑO INDEMNIZABLE. LÍMITE DE LA REPARACIÓN INTEGRAL A LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS SUFRIDOS EN ACTO DE SERVICIO.
4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. DESVIACIÓN DE PROCEDIMIENTO.
5. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR.
 - A) **Responsabilidad por leyes inconstitucionales: indemnización de los daños provocados por la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. Doctrina general.**
 - B) **Responsabilidad por leyes constitucionales: inexistencia de derecho a indemnización por las consecuencias de la aplicación de la Ley 28/2005, de medidas sanitarias frente al tabaquismo.**
 - C) **Responsabilidad por leyes constitucionales: supuestos en que procede la indemnización en el caso de la entrada en vigor de Leyes que alteran la previa ordenación del territorio.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente entrega, destaca con luz propia la jurisprudencia relacionada con la responsabilidad del legislador, en sus dos vertientes: por leyes inconstitucionales, con un pronunciamiento, la STS de 2 de junio de 2010, que constituye la última palabra —hasta la fecha— del Alto Tribunal sobre esta materia, fruto de un intenso debate plenario y acompañado de diversos votos particulares suscritos por un total de once Magistrados; y por leyes constitucionales que afectan al derecho de propiedad —planes de ordenación del territorio que limitan sus posibles usos— o

a la libertad de empresa —medidas de prohibición de venta de tabaco en determinados establecimientos—. Destaca, asimismo, una interesante sentencia en materia de responsabilidad del Gobierno por la aprobación de reglamentos legales fundada en la vulneración del principio de confianza legítima —por repentina alteración del marco normativo en que se desarrolla una actividad, en concreto, la edición de libros de textos adaptados a nuevos planes de estudio repentinamente suspendidos—. Como puede notarse, el instituto de la responsabilidad alcanza a todos los poderes públicos, y juega, con diverso fundamento y alcance, tanto respecto de la actuación legal como de la ilegal.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) Responsabilidad por normas reglamentarias legales: vulneración del principio de confianza legítima

En el período considerado, el Tribunal Supremo ha dictado el mismo día tres sentencias condenatorias por responsabilidad derivada de la aplicación de normas reglamentarias legales, con base en el principio de confianza legítima. Se trata de las **SSTS de 14 de junio de 2010**, Ar. 5668, 5669 y 5670.

El supuesto es el de los daños derivados de la entrada en vigor del Real Decreto 1318/2004 que, adoptado como una de las primeras medidas del nuevo Gobierno socialista salido de las elecciones generales de 2004, difirió la implantación de determinadas enseñanzas dos años respecto de lo previsto en un real decreto anterior de desarrollo de la Ley Orgánica 10/2002, de Calidad de la Educación (LOCE), lo que provocó perjuicios a diversas editoriales que habían confeccionado y editado ya libros orientados a ellas. La posterior aprobación de la Ley orgánica 2/2006, que modificó la LOCE, alteró ya definitivamente dichas enseñanzas.

El Tribunal Supremo, contra lo decidido por la instancia, toma en consideración que la planificación después alterada estaba encaminada a orientar a todos los sectores educativos, incluidas las editoriales, que actuaron consecuentemente con ellos, planificando, confeccionando y sometiendo al escrutinio de la comunidad educativa, previo a su comercialización, sus nuevos productos. El Real Decreto 1318/2004 modificó el diseño establecido normativamente de forma inesperada —el Abogado del Estado argüía que era previsible, y esgrimía declaraciones de prensa previas a las elecciones de líderes socialistas anunciando el cambio de la normativa educativa en caso de llegar al poder— y, súbitamente, sin ni siquiera seguir escrupulosamente el procedimiento reglamentario. Se provocó, así, un sacrificio singular que las editoriales que procedieron conforme a lo previsto en la LOCE y en el Real Decreto de 2003 que la desarrolló no tienen el deber jurídico de soportar. Además, se produjo un perjuicio definitivo, porque la prórroga operada por el Real Decreto de 2004 en realidad preparaba el terreno para el cambio definitivo de la LOCE llevado a cabo por la Ley Orgánica 2/2006.

El Tribunal Supremo aprecia, además, la concurrencia de un daño económico efectivo, en forma de daño emergente y de lucro cesante, si bien limita estos últimos a los relacionados con un curso académico, «y ello porque no puede pretenderse que se abone el esfuerzo editorial realizado para los cuatro cursos en que a tenor de la normativa vigente deben mantener como válidos los libros de texto, por mas que esa permanencia de duración sin cambios o alteraciones de los mismos la garantice la norma, porque ese compromiso no puede impedir un cambio en la política educativa basada en una Ley».

B) Responsabilidad por la anulación de actos administrativos y teoría del margen de tolerancia

No es necesario abundar aquí el significado de la llamada «teoría del margen de tolerancia», que permite excusar, a efectos indemnizatorios, los daños derivados de decisiones ilegales pero que se mantienen en un margen de «razonabilidad». Al estudio y valoración de dicha teoría hemos dedicado ya muchas páginas a lo largo de estas crónicas, incluido el número anterior.

En este período, y en esta línea, han continuado dictándose sentencias que desestiman la pretensión indemnizatoria:

- Es el caso de las medidas de alerta alimentaria ante la detección de un riesgo para la salud humana consistente en el inmovilizado de aceite de orujo por aplicación de una orden ministerial por el que se establecieron los límites máximos tolerables de hidrocarburos aromáticos policíclicos en el aceite de orujo (**SSTS de 6 de abril**, Ar. 2650; **de 27 de abril**, Ar. 2651; **de 26 de mayo**, Ar. 5238, 5239 y 5421; **de 28 de mayo**, Ar. 5429, y **de 8 de junio**, Ar. 5608), que ya fue comentado en el número 46 de estas crónicas.
- La **STS de 19 de mayo de 2010**, Ar. 3654, analiza la reclamación de un extranjero por los daños derivados de su expulsión de territorio nacional, que fue objeto de posterior anulación judicial. El Tribunal Supremo toma en consideración que la sentencia no niega los hechos imputados, sino su tipificación, que no puede considerarse irracional aunque fuera declarada después errónea y rectificadora, y declara la indemnización impropcedente.
- A la misma solución se llega en la **STS de 8 de junio de 2010**, Ar. 5313, en el caso de daños derivados de la suspensión judicial del proceso de adjudicación de la concesión de un casino.

C) Responsabilidad en el ámbito sanitario: el criterio de la *lex artis ad hoc*

En el período de esta crónica se han dictado, como es habitual, multitud de sentencias en materia de indemnización de daños sanitarios, cuya *ratio decidendi* radica en el respeto o infracción de la *lex artis ad hoc*:

- Unas desestiman el recurso, al considerar que, pese a haberse ocasionado un perjuicio por la actuación sanitaria, se siguió la *lex artis ad hoc*. Es el caso de las **SSTS de 8 de abril**, Ar. 2771 y 4602, **11 de mayo**, Ar. 4945 y 4947, **14 de mayo**, Ar. 5059, **26 de mayo**, Ar. 5240, **11 de junio**, Ar. 5645, **20 de junio**, Ar. 5968, **23 de junio**, Ar. 5834 y 5852, **25 de junio**, Ar. 5895, **28 de junio**, Ar. 5918, o **de 29 de junio de 2010**, Ar. 5952. A veces, la desestimación viene de la aplicación de la cláusula de los conocimientos, que no deja de ser, en realidad, una concreción de dicha cláusula —no se puede responsabilizar a la Administración de un contagio de la hepatitis C por transfusión cuando no estaban disponibles a nivel mundial los reactivos para testar la sangre, *ergo* actuó conforme a la *lex artis ad hoc*—; es el caso de la **STS de 25 de mayo de 2010**, Ar. 5225. En otros supuestos se afirma que la patología no tiene relación causal con la actuación sanitaria (es el caso de la **STS de 22 de abril de 2010**, Ar. 4704, en un caso de hidrocefalia congénita) o que ha sido la incorrecta actuación de la víctima la que ha roto el nexo causal (**SSTS de 4 de junio**, Ar. 5508, al haberse negado previamente el paciente a someterse a pruebas, que dieron lugar a un retraso en el diagnóstico, y **de 22 de junio de 2010**, Ar. 5785, por falta de interés en conocer el resultado de unas pruebas del SIDA, sin prueba, por lo demás, de que hubiera contagiado a su pareja y no a la inversa).

- En otras ocasiones, el Tribunal Supremo sí estima que concurren los requisitos de la responsabilidad. Así, en las **SSTS de 4 de mayo**, *Ar.* 4780 (falta de acreditación de la obtención del consentimiento informado, seguida de empeoramiento tras la intervención); **de 25 de mayo**, *Ar.* 5227 (falta de realización de ecografías avanzadas seguida de nacimiento de niño con importantísimas anomalías); **de 9 de junio**, *Ar.* 5583 (falta de acreditación de la obtención del consentimiento informado para practicar un parto vaginal y no por cesárea, en un embarazo de alto riesgo, con secuelas físicas en el recién nacido); **de 16 de junio**, *Ar.* 5716 (error en la interpretación de las pruebas de amniocentesis con posterior nacimiento de un niño con síndrome Down); **de 22 de junio**, *Ar.* 5789 (alta indebida con posterior fallecimiento del paciente); **de 23 de junio**, *Ar.* 5847 (insuficiencia de seguimiento de una operación de laringe que obligó a su extirpación posterior); **de 23 de junio**, *Ar.* 5858 (práctica de un parto de gemelos por vía vaginal, sin recurrir a la cesárea con secuelas físicas); **de 25 de junio**, *Ar.* 5886 (deficiente realización por una Consejería de salud de una campaña de vacunación y contagio de la meningitis C por una menor a la que vacunó insuficientemente); **de 29 de junio**, *Ar.* 5946 (diagnóstico y tratamiento erróneos, con la consiguiente prolongación del padecimiento); y **de 29 de junio de 2010**, *Ar.* 5948 (falta de acreditación del consentimiento informado seguida de lesiones quirúrgicas).

3. DAÑO INDEMNIZABLE. LÍMITE DE LA REPARACIÓN INTEGRAL A LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS SUFRIDOS EN ACTO DE SERVICIO

En el caso de los daños sufridos por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, se mantiene firme la jurisprudencia que condiciona la indemnizabilidad por la vía de la responsabilidad a la concurrencia de un mal funcionamiento; de lo contrario, sólo corresponde el cobro de la pensión extraordinaria (**STS de 16 de junio de 2010**, *Ar.* 5717). En caso de existir mal funcionamiento, dicha pensión es compatible con la indemnización, con el límite de la reparación integral, pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto (**STS de 30 de junio de 2010**, *Ar.* 5970).

4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO. DESVIACIÓN DE PROCEDIMIENTO

La **STS de 26 de mayo de 2010**, *Ar.* 21348, recuerda que no cabe utilizar la acción de responsabilidad de forma desviada cuando pasó el plazo para recurrir el acto en cuestión o se recurrió y fue declarado conforme a derecho.

5. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR

A) **Responsabilidad por leyes inconstitucionales: indemnización de los daños provocados por la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad. Doctrina general**

La **STS de 2 de junio de 2010**, *Ar.* 5494, se perfila como la última palabra —hasta la fecha— del Alto Tribunal sobre el principio de responsabilidad del legislador por leyes inconstitucionales. Es fruto de un intenso debate plenario y va acompañada de diversos votos particulares

suscritos por un total de once Magistrados. Los argumentos manejados en la sentencia y en los votos particulares son de gran profundidad jurídica. En el acotado espacio de estas crónicas, sólo podemos dar cuenta de las líneas maestras, advirtiendo de que la sentencia y el tema subyacente bien merecen un estudio detenido.

El supuesto que da origen a la sentencia es la declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, llevada a cabo por la STC 68/2007, de 28 de marzo. La declaración de inconstitucionalidad se basó en la inexistencia de «extraordinaria y urgente necesidad», sin entrar, pues, en el contenido de la disposición que, entre otras modificaciones del Estatuto de los Trabajadores, suprimió de la cuantía a percibir en estos casos los llamados «salarios de tramitación» (la cantidad que debió percibirse desde el despido hasta el cumplimiento de la sentencia). Dichos salarios fueron reinstaurados por la Ley 45/2002 surgida de la convalidación y posterior tramitación como proyecto de ley de dicho real decreto. Reclama indemnización un trabajador cuyo despido se declaró improcedente, optando el empresario por la extinción del contrato, y que no percibió dichos salarios de tramitación por dictarse sentencia en el período en que se mantuvo en vigor el Real Decreto-ley.

Como anunciamos, la sentencia constituye el más actual compendio y definición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad del legislador. Es extensa y se «continúa» en los votos particulares, varios de los cuales siguen de cerca el ya «clásico» Voto particular a la STS de 21 de junio de 2004, del Magistrado Puente Prieto, que comentamos en un número anterior de estas crónicas. Dicho debate alcanza al fundamento mismo del principio de responsabilidad del legislador, a la jurisdicción competente para conocer de las acciones de responsabilidad por actos legislativos, al alcance de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional declarativas de inconstitucionalidad de las leyes, a los conceptos de nulidad y de retroactividad, o a las relaciones entre la firmeza de los actos, el principio de cosa juzgada formal y material y la acción de responsabilidad. Se comprenderá la dificultad de intentar siquiera resumir las ideas fuerza en unas páginas y la recomendación de acudir a la fuente original para captar los argumentos en su plenitud. De modo esquemático:

El Tribunal Supremo parte de la exposición de su doctrina general sobre la responsabilidad de todos los poderes públicos apoyada normativamente en el artículo 9.3 de la Constitución, en su exposición desplegada recientemente en las sentencias sobre responsabilidad del Tribunal Constitucional y del Defensor del Pueblo que tuvimos ocasión de comentar en el número anterior de estas crónicas. Comienza aclarando que el artículo 139.3 de la Ley 30/1992 no está en juego en los supuestos de leyes inconstitucionales, pues ha de interpretarse que es sólo de aplicación a los daños derivados de leyes constitucionales, dado que, de lo contrario, la referencia a la posible previsión de indemnización en la propia ley carecería de sentido. Descarta también que las sentencias de inconstitucionalidad tengan eficacia prospectiva o *ex nunc* a falta de previsión en contrario, como se ha defendido por un sector de la doctrina, dado que la regla en nuestro Derecho es la nulidad de las normas que contradigan otra superior, acogida también en el artículo 39.1 LOTC, y, con ello, los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucional. Cuestión distinta es que el Tribunal Constitucional pueda limitar el alcance de la nulidad y consiguiente irretroactividad, llegando, incluso, a atribuir a la declaración de inconstitucionalidad efectos sólo prospectivos o de futuro, con base en otras consideraciones de índole constitucional. Afirma que, cuando nada diga el Tribunal Constitucional sobre los efectos de una sentencia, corresponde a los tribunales determinar definitivamente la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad. A partir de estas consideraciones, analiza cuál es el juego de los artículos 161.1.a) CE y 40.1. LOTC en relación con los supuestos, como el que se enjuicia, en que existe una sentencia judicial firme en relación con la aplicación de la

ley posteriormente declarada inconstitucional. Estas disposiciones afirman, la primera de ellas, que la declaración de inconstitucionalidad no hacen perder el valor de cosa juzgada a estas sentencias y, la segunda, que no permite revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de la norma declarada inconstitucional (salvo en el caso de los procesos sancionadores en que se deriven consecuencias favorables para el condenado). Se establece así una excepción a la regla contemplada en los artículos 222.2 y 400.2 LEC que sí permiten revisar la cosa juzgada material ante «hechos y fundamentos jurídicos posteriores». De este modo, los artículos 161.1.a) CE y 40.1. LOTC son «normas que merecen ser calificadas como restrictivas o limitativas de derechos de carácter excepcional, con la consecuencia, por ende, de que deben ser interpretadas de un modo estricto, no extensivo, que limite su aplicación a lo que expresamente disponen». No hay cosa juzgada cuando los sujetos o el *petitum* son diferentes. En el caso que se enjuicia, la acción se interpone contra el Estado —y no contra el empresario—, lo que excluye la identidad de sujetos. Además, no se exige el derecho a los salarios de tramitación sino una indemnización por el importe de los salarios no cobrados (bien jurídico que, aunque «claramente conectado», no es el mismo). Se distingue, así, en línea con su jurisprudencia anterior, entre el derecho frustrado y su equivalente económico (distinción que, debe reconocerse, sería más clara si la frustración del derecho hubiera comportado perjuicios adicionales), afirmando la autonomía de la acción de responsabilidad y su compatibilidad con el principio de cosa juzgada. Se trae aquí el argumento similar de la jurisprudencia comunitaria, en concreto, la Sentencia de 20 de septiembre de 2003, *Köbler*, asunto C-224/2001, sobre responsabilidad derivada de incumplimientos del Derecho comunitario por parte de los tribunales nacionales con resultados lesivos para un particular.

Determinada la aplicación al caso del principio de responsabilidad, analiza la concurrencia de los requisitos para que proceda su indemnización, que cifra en «un daño efectivo, evaluable económicamente, individualizado con relación a una persona o grupo de personas, y antijurídico, en el sentido, éste, de que aquél no tenga el deber jurídico de soportarlo». Entiende concurrentes todos ellos. Respecto a la antijuridicidad, en particular, considera que «(e)n los casos en que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador lo es la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley cuya aplicación irrogó el perjuicio, debe imponerse como regla general o de principio la afirmación o reconocimiento de la antijuridicidad de éste, pues si tiene su origen en esa actuación antijurídica de aquél, constatada por dicha declaración, sólo circunstancias singulares, de clara y relevante entidad, podrían, como hipótesis no descartable, llegar a explicar y justificar una afirmación contraria, que aseverara que el perjudicado tuviera el deber jurídico de soportar el daño». Y, al respecto, tiene en cuenta que la Ley 45/2002 que sustituyó al Real Decreto-ley posteriormente declarado inconstitucional volvió a la redacción inicial del precepto, inclusiva de los salarios de tramitación, desautorizando la supresión y fortaleciendo la conclusión sobre la inexistencia de un deber jurídico de soportar el daño. A esta conclusión llega pese a que dicha Ley contempló en su disposición transitoria primera que «las extinciones de contratos producidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en lo que se refiere a sus aspectos sustantivo y procesal, por las disposiciones vigentes en la fecha en que hubieran tenido lugar dichas extinciones». Y ello por cuanto la posterior declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto Ley origina para éste una invalidez *ex tunc*, que la retrotraen al momento mismo en que entró en vigor, por lo que el significado y trascendencia de dicha disposición consiste en «fijar los efectos de la sucesión temporal de normas, pero no a atribuirle después de declarada la inconstitucionalidad y nulidad de la norma precedente un efecto equivalente a dotar de juridicidad un daño que, como regla general o de principio es antijurídico». Declara, por todo ello, el derecho a obtener una indemnización por la cantidad indebidamente dejada de percibir, debidamente actualizada.

Resulta casi imposible resumir los extensos y elaborados argumentos de los Votos particulares en el espacio de esta crónica. Baste señalar sus ideas fuerza:

- El Voto particular del Magistrado Campos Sánchez Bordona, al que se adhiere el Magistrado Lucas Murillo de la Cueva, considera que los casos de responsabilidad por leyes inconstitucionales debe distinguirse en función de la «intensidad» de la violación constitucional, de suerte que cuando consiste en cuestiones de forma o competencia (que incluiría, en este caso, la concurrencia o no de una «extraordinaria y urgente necesidad»), que no va anexa a una incorrección «material», no se genera derecho a indemnización. Sería el caso de autos, dado que —juzgan los suscriptores del Voto particular— el legislador bien pudo decidir sustituir el cobro de salarios de tramitación por el de la prestación de desempleo, como hizo en el Real Decreto-ley en cuestión. Y, es más, la introducción en la Ley 45/2002 de la disposición adicional comentada refleja su convencimiento de la constitucionalidad de ambas posibilidades.
- El Voto particular del Magistrado Martín Timón, al que se adhiere el Magistrado Frías Ponce, hace un repaso por la jurisprudencia constitucional que le lleva a concluir que «la desvinculación de las declaraciones de inconstitucionalidad y de la nulidad, siempre posible, la graduación de los efectos de esta última en función de sus características, de principios (como el de proporcionalidad) y de otros valores o intereses protegibles, del orden constitucional de competencias etc., hacen muy dificultosa la afirmación de la existencia de un deber general de indemnizar con anclaje en la Constitución invocando *tan solo la declaración de inconstitucionalidad*». Y que, en cualquier caso, cuando las sentencias del Tribunal Constitucional guardan silencio sobre el alcance de sus efectos, el límite a la facultad de apreciación de los tribunales lo imponen los artículos 161.1.a) CE y 40.1 LOTC, que impiden que se obtenga por vía indemnizatoria aquello que se pretendió sin éxito en vía judicial, al igual que sucede con la anulación de disposiciones reglamentarias.
- El Voto particular del Magistrado Herrero Pina, al que se adhiere la Magistrado Teso Gamella, considera que «no resulta compatible la subsistencia de la efectividad del acto de aplicación de la norma con el éxito en el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, al subsistir el deber jurídico de soportar tales efectos, para cuya eliminación no resulta hábil dicha acción de responsabilidad patrimonial».
- El Voto particular del Magistrado Sieira Míguez considera que el artículo 40.1 LOTC se refiere a la cosa juzgada formal, no a la material, es decir, a que las sentencias firmes no pueden ser alteradas por una posterior declaración de inconstitucionalidad de la norma que aplicaron, y que dicha cosa juzgada no queda en cuestión por el ejercicio de una acción de responsabilidad, porque son acciones de contenido distinto y porque el bien jurídico protegido es también distinto.
- El Voto particular del Magistrado Díez-Picazo Jiménez, al que se adhieren los Magistrados Aguillo Avilés y Perelló Doménech es el que de forma más frontal se opone a la propia fundamentación del principio de responsabilidad del legislador. Comienza por señalar los elementos diferenciales de este asunto con el del gravamen complementario del juego que dio origen a la primera serie de condenas por responsabilidad del legislador, en los que la declaración de inconstitucionalidad lo fue por su propio contenido «y no por defectos en su procedimiento de elaboración» (léase, no concurrir extraordinaria y urgente necesidad), habiendo dispuesto la posterior Ley 45/2002 el mantenimiento de efectos que no debe enmendar el juez administrativo; y la ley declarada inconstitucional había sido aplicada mediante actos administrativos, y no directamente por los tribunales. Eso hace aún más injustificado atribuir la competencia para

conocer de la pretensión indemnizatoria a la jurisdicción contencioso-administrativa y someterla al régimen de la responsabilidad administrativa, y no a la judicial. Ya más en general, denuncia la insuficiencia, en su generalidad, del artículo 9.3 CE para anclar la responsabilidad del legislador, y del 139.3 Ley 30/1992, referido a la responsabilidad por leyes constitucionales. E, incluso si se entienden aplicables las condiciones de la responsabilidad administrativa, considera que «en línea de principio, existe un deber jurídico de soportar las leyes inconstitucionales», habida cuenta la deferencia que merece en una sociedad democrática el legislador habida cuenta su libertad de configuración del ordenamiento, que justificaría, «cuanto menos, un régimen de responsabilidad más restrictivo y circunscrito a supuestos particularmente graves y excepcionales, en la línea del previsto por el artículo 121 CE para el Poder Judicial». Además, el control de constitucionalidad no es mera subsunción, sino el fruto de un diálogo entre el Parlamento y el Tribunal Constitucional condicionado por los cambios en la cultura jurídica e, incluso, en la propia sociedad, y la indemnización incondicional de los efectos de toda ley inconstitucional «equivale a poner serias trabas a dicho diálogo, dificultando el funcionamiento fisiológico del Estado democrático de derecho». En todo caso, el artículo 40.1 LOTC supone un obstáculo insalvable a la responsabilidad cuando el supuesto generador del daño ha sido juzgado por sentencia firme, esto es, existe cosa juzgada formal, que incluye la rectificación indirecta por la vía de la responsabilidad, ya que «dar por buena esta pretensión indemnizatoria equivale a esquivar la inequívoca finalidad del artículo 40.1 LOTC: no reabrir, ni siquiera por otras vías, situaciones litigiosas definitivamente resueltas». Finalmente, cuestiona que los tribunales puedan determinar los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad, incluso en caso de silencio del Tribunal Constitucional.

- El Voto particular del Magistrado Espín Templado se limita a expresar su coincidencia sustancial con los Votos de los Magistrados Campos Sánchez-Bordona y Díez-Picazo Giménez.

B) Responsabilidad por leyes constitucionales: inexistencia de derecho a indemnización por las consecuencias de la aplicación de la Ley 28/2005, de medidas sanitarias frente al tabaquismo

En el período considerado, el Tribunal Supremo ha resuelto diversos recursos que tienen un mismo trasfondo, de evidente actualidad: las reclamaciones indemnizatorias interpuestas por los establecimientos de venta de productos derivados del tabaco por los efectos de la entrada en vigor de la Ley 28/2005, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, que prohibió la venta en establecimientos ubicados en lugares como aquellos en los que se ubicaban los afectados. Se trata de las **SSTS de 29 de abril**, Ar. 4750; **de 8 de junio**, Ar. 5606 y 227500 y **de 22 de junio**, Ar. 5786 y 7064, todas ellas referidas a establecimientos en centros comerciales; y **de 8 de junio**, Ar. 5605 (en un local situado en el interior de la Delegación Provincial del Ministerio de Educación) y 227501 (en un local ubicado en el interior del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria). Los primeros tuvieron que abandonar la actividad, y, respecto de los segundos, se previó que podían solicitar el cambio de ubicación.

El Tribunal Supremo parte de lo dispuesto en el artículo 139.3 Ley 30/1992. Recuerda que, antes de su promulgación, ya fue dictando todo un cuerpo jurisprudencial sobre responsabilidad del legislador. Comienza con una exposición de la jurisprudencia sobre responsabilidad por leyes constitucionales, que, en realidad, muestra su evolución (pues inicialmente afirmó que la

responsabilidad del legislador no puede extraerse directamente del artículo 9.3 de la Constitución, para después concluir que dicho artículo es de aplicación a todos los poderes públicos). Afirma, como conclusión de su repaso por su propia jurisprudencia, que el principio de igualdad ante las cargas públicas impone la indemnización de los daños derivados de la aplicación de una ley que genere sacrificios especiales para unos concretos destinatarios, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización. Otro fundamento lo constituyen los principios de buena fe que debe regir las relaciones de la Administración con los particulares, de la seguridad jurídica y equilibrio de prestaciones que debe presidir las relaciones económicas. Y, finalmente, el propio Tribunal Constitucional ha estimado, incluso, la procedencia de indemnizar los daños derivados de cambios en el planeamiento territorial cuando los actos legislativos omiten toda referencia sobre el particular de la responsabilidad (STC 28/1997). A partir de estas líneas jurisprudenciales (porque, puede constatarse, son varias), resuelve el caso en cuestión. Considera que:

«[...] la clave para apreciar la responsabilidad por acto legislativo está en la apreciación de que los daños ocasionados sean de naturaleza especial, y que no se traten de meras expectativas de derecho. En definitiva, es preciso que exista un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable».

Pues bien, en los casos de venta en tiendas situadas en centros comerciales de tabaco con recargo respecto al precio en los establecimientos de expenduría, aprecia que se trata de una actividad complementaria a la principal, y los perjuicios:

«[...] eran previsibles y se pudieron evitar y paliar dado que el procedimiento de elaboración de la referida Ley al afectar a la salud de los ciudadanos y responder a las directrices de la Unión Europea tuvo una gran repercusión social; de ahí, no podemos afirmar que se quebrantara el principio de la confianza legítima, máximo como ya hemos apuntado, la autorización que tenía la demandante estaba condicionada por determinadas restricciones —artículo 4 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo y 25 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio—.

Por ello, nos encontramos ante una situación producida por la aplicación de un acto legislativo de naturaleza no expropiatoria, que *per se* ni impone ni exige un sacrificio patrimonial singular y especial de derechos o intereses económicos legítimos para unas personas, como la demandante, ya que pudieron prever la repercusión económica que directa o indirectamente pudiera incidir en su negocio, sujeto a determinadas prohibiciones o limitaciones según el título pseudoconcesional por el que estaba autorizado por el Comisionado para el Mercado de Tabacos para realizar una actividad complementaria de otra principal».

En los casos de establecimientos situados en dependencias administrativas, añade:

«Aquellas razones han de ser también aplicables al caso de los titulares de establecimientos de venta al por menor de productos del tabaco situados en dependencias administrativas. Con respecto a ellos, se da una diferencia sustancial si comparamos la forma en que les afecta la Ley de 26 de diciembre de 2005, con la situación, analizada en la sentencia precitada, de los titulares de establecimientos autorizados para la venta de productos del tabaco en centros comerciales. Y es que, si a estos últimos les afectó una prohibición absoluta de comercialización en dichos establecimientos, el legislador ha sido mucho más benevolente

con los titulares de estancos en edificios administrativos, ya que, si bien el artículo 5.a) de la citada Ley 28/2005, de 26 de diciembre, ha eliminado la posibilidad de vender y suministrar tabaco en las dependencias administrativas en que venían efectuándolo, la disposición transitoria primera les reconoce, no obstante, el derecho a solicitar el cambio de emplazamiento del local (de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y se regula el estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre), en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la ley.

Luego en el presente caso se une a la falta de antijuridicidad del daño, la más que dudosa efectividad o existencia del daño mismo, pues, además de no haberse acreditado que el cambio de emplazamiento (por otra parte, elegido por el recurrente dentro de ciertos límites que marca el reglamento ya citado) haya de suponer realmente un detrimento en las consecuencias lucrativas del ejercicio de la actividad (cosa que en ningún caso puede presumirse a priori), es dudoso que en sí mismo el reconocerse el derecho al cambio de ubicación sea perjudicial al concesionario, cuando se está produciendo la remoción de una limitación que afecta a la generalidad de vendedores por virtud de lo dispuesto en artículo 39.1 del ya citado Real Decreto 1199/1999.

Razones ambas, las consistentes en la falta de antijuridicidad y de efectividad del daño de la actuación administrativa, que determinan la desestimación del recurso, lo que nos dispensa de pronunciarnos sobre la indemnización solicitada por los conceptos de lucro cesante; gastos de alquiler, adecuación y acondicionamiento del nuevo local y de puesta en marcha del negocio; pérdida de valor por la comparación entre los respectivos locales, y disminución de clientela.

Siendo, por fin, de añadir que esta Sala no entiende procedente plantear cuestión de inconstitucionalidad ni por razón de un pretendido parecer discriminatorio de la Ley 28/2005, pues, en ningún caso, dicho carácter puede ser alegado por quienes reciben en ella un trato privilegiado frente a otros titulares de concesiones a quienes afecta una prohibición absoluta de seguir ejerciendo la actividad, ni por haber dejado de prever la ley indemnizaciones a favor de los concesionarios perjudicados por la misma, pues es ésta una facultad dejada al arbitrio del legislador, sin perjuicio de las consecuencias que, en su caso, hubieran podido proceder por aplicación del régimen propio de la responsabilidad del Estado legislador, si hubiere habido lugar».

C) Responsabilidad por leyes constitucionales: supuestos en que procede la indemnización en el caso de la entrada en vigor de Leyes que alteran la previa ordenación del territorio

La STS de 11 de mayo de 2010, Ar. 4949, analiza un supuesto de posible responsabilidad del legislador por alteración de las determinaciones sobre ordenación del territorio. Se trata de unos terrenos clasificados en el momento de la adquisición como suelo urbanizable sectorizado por las normas subsidiarias del Planeamiento, sin que se hubiera tramitado en plazo el plan parcial. Posteriormente, se aprobaron dos decretos por el Gobierno autonómico que suspendieron la tramitación y aprobación de planes parciales en cuyo ámbito se admitiese por el planeamiento vigente cualquier tipo de uso turístico alojativo, decretos que fueron objeto de suspensión judicial. Con posterioridad, el parlamento autonómico aprobó una Ley de Medidas Urgentes

en materia de Ordenación del Territorio y del Turismo, que suspendió la tramitación de planes parciales. Meses más tarde, la demandante presentó su Plan Parcial al Ayuntamiento, que no fue tramitado y, finalmente, dos años más tarde, una nueva Ley por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo, que desclasificó los terrenos y los transformó en «rústicos de protección territorial».

La sentencia de instancia denegó el derecho a indemnización por la supresión o pérdida del aprovechamiento urbanístico que tenían los terrenos en la fecha de la adquisición pero reconoció a la reclamante el derecho a ser indemnizada por una cantidad equivalente a la diferencia existente entre el precio efectivamente satisfecho a la empresa vendedora por la compra realizada en noviembre de dos mil y el valor de los terrenos una vez operada la reclasificación así como por otros conceptos, como el resarcimiento de los ingresos tributarios que traigan causa de la adquisición de los terrenos.

El Tribunal Supremo resuelve conforme a su doctrina ya consolidada en supuestos análogos:

«Bajo la vigencia de la Ley del Suelo de 1976, de acuerdo con la concepción constitucional del derecho de propiedad consagrado en el artículo 33 de la Constitución. Pero esta adición de contenidos no se produce pura y simplemente [], sino en consideración a la participación del propietario en el proceso urbanizador y como contrapartida a los importantes deberes que se le imponen —artículos 83.3 y 84.3 de la citada Ley—, cuyo cumplimiento exige un cierto lapso temporal, dada la complejidad de su ejecución; sólo cuando dichos deberes han sido cumplidos puede decirse que el propietario ha incorporado a su patrimonio los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial, pues sólo entonces ha contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio; por ello, sólo cuando el plan ha llegado a —la fase final de realización— o —al menos durante la vigencia de la Ley del Suelo de 1976— cuando la ejecución no ha sido posible por causa imputable a la Administración se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos previstos en la ordenación y sólo, por tanto, entonces la modificación del planeamiento implicaría lesión de un derecho ya adquirido.

Desde la perspectiva de la indemnización por la privación legislativa de derechos de carácter urbanístico debe estar en congruencia con el grado del contenido patrimonial consolidado del que se priva a su propietario, como pusieron de manifiesto, casi con plasticidad, los artículos 23 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, posteriormente sustituidos por los artículos 12 y siguientes de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, al describir la gradual incorporación de los derechos derivados de la ordenación urbanística al patrimonio del propietario.

En la aplicación del artículo 41 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones —que concede una indemnización por cambio de ordenación del suelo antes de transcurrir los plazos de ejecución del planeamiento o por limitaciones o vinculaciones singulares que no puedan ser objeto de distribución equitativa en dicha ejecución—, esta Sala ha venido insistiendo en la necesidad, para que pueda entenderse procedente el derecho a ser indemnizado por el cambio de planeamiento, de que existan derechos consolidados —sentencia del Tribunal Supremo de cuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos, recurso número 4729/1990—, lo cual ocurre: cuando existe un plazo de ejecución del planeamiento modificado no precluido o se ha producido el transcurso de éste sin ejecución del planeamiento, por causas imputables a la Administración —sentencias de uno de febrero de mil novecientos ochenta y dos y dieciséis de diciembre de mil novecientos

ochenta y cinco—; cuando existe un plazo de ejecución del planeamiento modificado no precluido o se ha producido el transcurso de éste sin ejecución del planeamiento, por causas imputables a la Administración —sentencias de uno de febrero de mil novecientos ochenta y dos y dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco—; cuando el plan parcial se encuentra en la fase final de realización y la modificación afecta a una parte de los propietarios que han cumplido los requisitos o cargas de la anterior ordenación, sin haber obtenido beneficio equivalente y resultar, por ello, discriminados con el resto de los propietarios del sector —sentencias de veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta, treinta de junio de mil novecientos ochenta, veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y uno, uno de febrero de mil novecientos ochenta y dos, seis de julio de mil novecientos ochenta y dos, veinte de septiembre de mil novecientos ochenta y dos, veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y tres, veinticinco de abril de mil novecientos ochenta y tres, catorce de junio de mil novecientos ochenta y tres, diez de abril de mil novecientos ochenta y cinco, doce de mayo de mil novecientos ochenta y siete, veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y dos y veintiséis de enero de mil novecientos noventa y tres, recurso número 4017/1990— y cuando el cambio de calificación del suelo respecto de una finca individualizada comporta que sólo sea factible, por la imposibilidad de integrarla en un polígono, en razón al desarrollo urbanístico derivado de la aplicación del plan precedente, realizar el pago de la indemnización pertinente en el momento de ejecución del nuevo planeamiento —sentencia de veinte de mayo de mil novecientos ochenta y seis—.

Esta conexión entre el perjuicio causado por una disposición de carácter general —en este caso con valor de ley— inherente a la privación singular de un derecho o interés económico consolidado o incorporado al patrimonio del afectado y el mecanismo indemnizatorio a que da lugar la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos aparece proclamado sin ambages en la sentencia del Tribunal Constitucional de trece de febrero de mil novecientos noventa y siete, número 28/1997, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad número 278/1991, pues en dicha resolución se afirma, respecto de una ley similar a aquella a la que se imputa el perjuicio por el aquí recurrido, que el hecho de que en ella no se disponga expresamente un cauce reparador para compensar las prohibiciones y limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que se derivan de la misma no puede ser considerado como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Constitución, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos».

Aplicado al supuesto que enjuicia, estima que al no haber llegado a promover la reclamante la elaboración del correspondiente Plan Parcial antes de la suspensión del planeamiento, no puede considerarse incorporado a su patrimonio el derecho al valor futuro desde el punto de vista de su explotación turística o urbanística del terreno y consiguientemente los perjuicios ocasionados por la aplicación de la Ley de 2003 no son antijurídicos.

EMILIO GUICHOT REINA
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA

SUMARIO

1. RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO.
 - A) **Vulneración del derecho a la igualdad por la asignación de distinto complemento de destino a puestos de trabajo con semejantes funciones.**
 - B) **Determinación del sistema de libre designación para un puesto de trabajo que no reúne los requisitos necesarios para este sistema de provisión.**
2. ACCESO.
 - A) **La revisión administrativa de las resoluciones de Tribunales o Comisiones de Selección no supone control del juicio técnico discrecional de estos órganos.**
 - B) **Ausencia de motivación de la falta de valoración de los méritos alegados.**
3. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO.
 - A) **La regla general de reserva funcional en la designación de Directores Generales puede excepcionarse si existe una motivación suficiente.**
4. DERECHOS SINDICALES.
 - A) **Elección de órganos de representación.**
 - a) La exclusión de los facultativos y técnicos del proceso electoral para la elección de miembros del Consejo de Policía es contraria al principio de igualdad.
5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
 - A) **Contenido.**
 - a) La prima del seguro que debe pagar la Administración a la compañía aseguradora no tiene la consideración de retribución, sino que se trata de una previsión de carácter asistencial.
 - B) **Estructura de la negociación.**
 - a) En el cómputo de la representatividad correspondiente a la Mesa de la Administración General del Estado no deben ser incluidos los representantes de los funcionarios ya transferidos a las Comunidades Autónomas.

C) Procedimiento negociador.

- a) La falta de negociación en la elaboración de la relación de puestos de trabajo supone la omisión de un trámite esencial del procedimiento relacionado con el ejercicio de un derecho fundamental.

6. DERECHOS RETRIBUTIVOS.

A) Retribuciones complementarias.

- a) No pueden ser disminuidas mediante la modificación de la RPT si permanece invariable el contenido del puesto y no existe habilitación legal para ello.

B) Trienios.

- a) La celebración de varios contratos administrativos de forma fraudulenta puede dar lugar al reconocimiento de servicios previos.

7. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS.

- A) Es legal la previsión del RD 255/2006 conforme a la cual el desempeño de puestos con carácter de funcionario interino o de personal laboral temporal no habilita para pasar a la situación de excedencia voluntaria.**

8. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL.

- A) No hay un derecho a la rehabilitación en la condición del funcionario, aunque la Administración tampoco dispone de libertad para concederla o denegarla: ponderación de las circunstancias en función de los criterios normativos.**

1. RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

A) Vulneración del derecho a la igualdad por la asignación de distinto complemento de destino a puestos de trabajo con semejantes funciones

Tal como señala la **STS de 11 de noviembre de 2010**, Sala Tercera, Sección Séptima (recurso 3008/2007), no cabe asignar en la RPT un complemento de destino diferente a un puesto de trabajo con igual denominación y contenido funcional sin que del proceso ni del expediente se deriven circunstancias que justifiquen el distinto tratamiento. La diferencia señalada tampoco puede ampararse en el principio de autoorganización ni en la discrecionalidad que éste comporta.

B) Determinación del sistema de libre designación para un puesto de trabajo que no reúne los requisitos necesarios para este sistema de provisión

Para determinar si en el caso concreto —Jefe del Servicio de Régimen Jurídico Financiero del Instituto Canario de Hemodonación y Hemoterapia— se está ante un puesto con asignación de funciones de especial naturaleza que pueda ser provisto mediante libre designación, la **STS de 24 de noviembre de 2010**, Sala Tercera, Sección Séptima (recurso 5140/2007), hace una aplicación analógica de las previsiones que al respecto establece la legislación estatal. En este

sentido, la Sala entiende que, tratándose de Comunidades Autónomas, esas funciones de especial responsabilidad habrán de estar referidas a los puestos cuyos cometidos y atribuciones sean equiparables a los que en la LOFAGE corresponden a los Subdirectores generales o a aquellos otros que desempeñen funciones de Secretaría para órganos autonómicos que sean equiparables a Altos Cargos de la Administración General del Estado. Pues bien, según señala la STS de 24 de noviembre de 2010, no consta que el puesto litigioso tenga reconocido un espacio de iniciativa o dirección sobre concretas actuaciones pertenecientes al marco de atribuciones del Instituto Canario de Hemodonación, lo cual impide apreciar en dicho puesto el carácter directivo que la LOFAGE atribuye al cargo de Subdirector General; siendo indiferente a este respecto que no existan eslabones jerárquicos intermedios entre el puesto referido y el órgano directivo, pues ello sólo expresa el conducto orgánico por el que directamente se reciben las órdenes pero no un ámbito autónomo de función directiva.

2. ACCESO

A) **La revisión administrativa de las resoluciones de Tribunales o Comisiones de Selección no supone control del juicio técnico discrecional de estos órganos**

La **STS de 14 de septiembre de 2010**, Sala Tercera, Sección Séptima (recurso 303/2007), declara que la revisión administrativa y la anulación de la resolución del órgano de selección, al considerar que el uso de unas máquinas calculadoras con funciones estaba prohibido por las bases de la convocatoria, no exigen la aplicación de un juicio técnico discrecional reservado al mencionado órgano. El juicio técnico que corresponde a los órganos de selección es relativo a la valoración de méritos y capacidades de los aspirantes, mientras que, mediante la revisión de los pronunciamientos de tales órganos en casos como el mencionado, la Administración convocante lleva a cabo la interpretación de las bases de la convocatoria, para propiciar el cumplimiento de los principios contenidos en los artículos 23 y 103.3 CE.

B) **Ausencia de motivación de la falta de valoración de los méritos alegados**

Los méritos alegados en el acceso a la función pública deben ser valorados o no individualmente en cada caso. Por tanto, como indica la **STS de 2 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 232/2009), no resultan ajustados a Derecho los actos administrativos por los que se excluyen determinados méritos sin una motivación suficiente.

3. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

A) **La regla general de reserva funcional en la designación de Directores Generales puede excepcionarse si existe una motivación suficiente**

De conformidad con el artículo 18.2 LOFAGE, los nombramientos de Directores Generales habrán de efectuarse entre funcionarios de carrera, salvo que el Real Decreto de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario.

La excepción está dirigida a obtener unas experiencias y conocimientos respecto de los que no es improbable que pueda surgir la dificultad de encontrarlos en los Cuerpos funcionariales

con el exigente nivel que resulte aconsejable para el adecuado desempeño de la Dirección General.

Pero, en todo caso, como señala la **STS de 3 de septiembre de 2010**, Sala Tercera, Sección Séptima (recurso 528/2008), en la justificación deben concretarse de manera suficiente y sin ambigüedad los hechos que sirven de soporte a esa excepción

4. DERECHOS SINDICALES

A) Elección de órganos de representación

a) *La exclusión de los facultativos y técnicos del proceso electoral para la elección de miembros del Consejo de Policía es contraria al principio de igualdad*

La **STC 120/2010, de 24 de noviembre**, Pleno, ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Sala Segunda de este Tribunal y ha declarado la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, en su redacción actual, en cuanto que no incluyen a los facultativos y técnicos en las elecciones al Consejo de Policía.

El Consejo de Policía es el órgano de representación paritaria de la Administración y de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, con funciones relevantes de mediación y conciliación en caso de conflictos colectivos; de participación en el establecimiento de las condiciones de prestación del servicio de los funcionarios; de realización de mociones y consultas respecto de materias relativas al estatuto profesional de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía. Pues bien, en esta sentencia se ha planteado la constitucionalidad de las normas que regulan la elección de los representantes de los funcionarios pertenecientes al Cuerpo Nacional de Policía, en la medida en que prevén un sistema que se estructura exclusivamente a partir de las escalas previstas en la Ley 2/1986, excluyendo a aquellos funcionarios que ocupan plazas de facultativos y técnicos. Por ello, se ha considerado que los preceptos cuestionados introducen un trato diferenciado que resulta vulnerador del derecho a la igualdad.

Conviene recordar que el Cuerpo Nacional de Policía se estructura en cuatro Escalas y diversas subcategorías y que además existen plazas de Facultativos y Técnicos, con títulos de los Grupos A y B, cuya función es apoyar la función policial. Estas plazas pueden ser ocupadas por funcionarios que provienen de otra Administración, en cuyo caso quedan automáticamente en situación de excedencia voluntaria, por lo que no pueden participar en los procesos para elegir a sus representantes en su Administración de origen al no encontrarse en servicio activo, lo que, finalmente, comporta que sus intereses no se vean representados ni en su Administración de procedencia ni en el Cuerpo Nacional de Policía en el que se encuentran en servicio activo.

El problema se ha planteado porque el artículo 25.3 (párrafo segundo) de la Ley 2/1986, de 13 de marzo, prevé que «la representación de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía en el Consejo se estructurará por Escalas, sobre la base de un representante por cada 6.000 funcionarios o fracción, de cada una de las cuatro Escalas que constituyen el Cuerpo». A su vez, el artículo 26.1 (párrafo segundo) dispone que «las elecciones se celebrarán por Escalas votando sus miembros una lista que contenga el nombre o nombres de los candidatos» y el artículo 26.2 (párrafo primero) prescribe que «los candidatos a la elección podrán ser presentados, mediante listas nacionales, para cada una de las Escalas por los Sindicatos de funcionarios o por las agrupaciones de electores de las distintas Escalas legalmente constituidas». El tenor de estos artículos evidencia que las dudas de inconstitucionalidad no se proyectan sobre lo que dicen

los preceptos transcritos, sino sobre lo que no dicen u omiten, pues no regulan la situación de aquellos funcionarios policiales que ocupan plazas no escalafonadas de facultativos y técnicos, que quedan fuera del sistema.

A juicio del TC, la creación de las escalas dentro de un cuerpo único (nacido de la integración entre el Cuerpo Superior de Policía y de Policía Nacional) responde, según la propia Ley Orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad, a la necesidad de dotar a la institución policial de una organización más racional y coherente, posibilitando la mejor prestación de los servicios de los funcionarios. Aunque el legislador dispone de gran libertad para configurar los cuerpos y escalas, la atribución del sufragio activo y pasivo en función de un criterio formal (pertenencia o no a una determinada estructura funcional) cuyo establecimiento obedece a otro tipo de finalidades (racionalización de la organización policial y promoción interna) deviene artificioso por no adecuado a dicho fin y, en cualquier caso, resulta demasiado gravoso o desproporcionado pues se podría haber optado por soluciones menos gravosas que no excluyesen de raíz la representación de este colectivo de funcionarios. No existe, en definitiva, una razón constitucional suficiente que permita justificar la exclusión de los facultativos y técnicos del proceso electoral para la elección de miembros del Consejo de Policía.

Todo ello permite al TC concluir que estamos ante una omisión del legislador contraria a la Constitución que no puede ser subsanada mediante la anulación del precepto, sino que requiere que sea el legislador quien determine, a la mayor brevedad, el régimen de participación de facultativos y técnicos en el Consejo de Policía con respeto al derecho a la igualdad que ahora resulta vulnerado.

5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A) Contenido

- a) *La prima del seguro que debe pagar la Administración a la compañía aseguradora no tiene la consideración de retribución, sino que se trata de una previsión de carácter asistencial*

La **STS de 13 de diciembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha estimado el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Torrelavega, contra la STSJ de la Comunidad de Cantabria, anulándola y dejándola sin efecto.

La sentencia recurrida había estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración del Estado (Delegación del Gobierno) contra el Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Torrelavega por el que se aprueban las condiciones laborales de los funcionarios de la corporación y, en consecuencia, había declarado la nulidad de la cláusula que estableció a favor de dichos funcionarios un seguro de accidentes, que debía contratar el Ayuntamiento para los ejercicios 2005 y 2006, por estimar que infringía el artículo 93 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, en la medida en que introducía a favor de los funcionarios municipales una retribución, integrada por la prima del seguro que se obliga a abonar el Ayuntamiento, no prevista en el artículo 23 de la Ley 30/1984.

Asume el Tribunal la tesis planteada por el Ayuntamiento recurrente, en cuya virtud, este tipo de seguros de accidentes concertados por el Ayuntamiento a favor de sus funcionarios municipales no tienen carácter retributivo, al menos la prima del seguro que debe pagar el Ayuntamiento a la Compañía de seguros con la que contrate, sino que es una previsión de carácter

asistencial que entra dentro de la protección social que ha de dispensar la Administración a sus funcionarios. El TS estima esta pretensión, basándose en la línea jurisprudencial apuntada en su Sentencia de 28 de julio de 2006, en la que admitió la posibilidad de que la Diputación de Granada concertara un seguro colectivo para cubrir las contingencias de muerte natural, enfermedad profesional, invalidez absoluta y fallecimiento por accidente, considerando que las aportaciones económicas de la Diputación destinadas a atender dichas necesidades no son una mera contraprestación económica del desempeño profesional que se devengue necesariamente y con regularidad periódica. Por lo cual, carece de justificación atribuir a estos desembolsos la consideración de «retribuciones» y es más adecuado calificarlas de medidas asistenciales.

B) Estructura

- a) *En el cómputo de la representatividad correspondiente a la Mesa de la Administración General del Estado no deben ser incluidos los representantes de los funcionarios ya transferidos a las Comunidades Autónomas*

La STS de 17 de noviembre de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha estimado el recurso de casación interpuesto por la Federación de Sindicatos de la Administración Pública (Federación SAP) y ha reconocido su derecho a formar parte de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado prevista en el artículo 34 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). El proceso de instancia fue promovido a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales y se dirigió contra la denegación de su solicitud a ser convocada y estar presente en la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado. Se invocó el derecho fundamental de libertad sindical reconocido en el artículo 28 de la Constitución.

La duda se planteaba a la hora de interpretar el colectivo de funcionarios que había de ser tomado en consideración para determinar si a la Federación SAP tenía legitimación para estar presente en la Mesa General de la Negociación de la Administración General del Estado por cumplir con los porcentajes previstos en el artículo 33.1 del EBEP, esto es por «haber obtenido el 10% más de los representantes en las elecciones para delegados y Juntas de Personal, en las unidades electorales comprendidas en su ámbito de constitución». La Federación SAP defendió que de ese colectivo debían ser excluidos los funcionarios de la Administración de Justicia que ya habían sido transferidos a las Comunidades Autónomas. Con esta exclusión el sindicato sí alcanzaba el necesario 10% de representatividad que exige el precepto. Por el contrario, la Administración sostuvo que los Funcionarios de la Administración de Justicia no transferidos a las Comunidades Autónomas constituían una unidad electoral y los resultados de las elecciones sindicales en dicho ámbito sí eran computables a efectos de la representatividad necesaria para estar presente en la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado.

El TS, tras aclarar nuevamente que la negociación colectiva legalmente reconocida a los funcionarios públicos es materia encuadrable dentro del ámbito que corresponde al derecho de libertad sindical, ha concluido que «en lo que se refiere a las Mesas Generales de Negociación, la lectura del artículo 34 de la Ley 7/2007 del EBEP pone de manifiesto que se trata de estructuras de negociación previstas para las concretas Administraciones públicas en que habrán de surtir efectos los Pactos y Acuerdos que se obtengan como resultado de la negociación. Y esto hace que deba considerarse acertada la tesis recurrente de que para el cómputo de la representatividad correspondiente a la Mesa de la Administración General del Estado no deben ser incluidos los representantes de los funcionarios ya transferidos a las Comunidades Autónomas».

C) Procedimiento sancionador

- a) *La falta de negociación en la elaboración de la relación de puestos de trabajo supone la omisión de un trámite esencial del procedimiento relacionado con el ejercicio de un derecho fundamental*

La **STS de 2 de diciembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la SAN de 27 de abril que anuló la relación de puestos de trabajo del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Entre otros muchos motivos, se alegaba la vulneración de la Ley 9/1987 en relación con la negociación colectiva pues considera la Abogacía del Estado que la elaboración de la relación de puestos de trabajo, al tratarse del ejercicio de potestades discrecionales y de autoorganización, no está sometida a negociación, sino que basta con oír a los sindicatos. La Sala, no obstante, confirma la sentencia en este punto, argumentando que la nueva regulación exige, contrariamente a lo prevenido en la Ley 9/1987, que las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización, entre las que cabe citar las relativas a la aprobación de las Relaciones de Puestos de Trabajo como instrumento técnico legalmente previsto para llevar a cabo la ordenación del personal, en cuanto repercutan en las condiciones de trabajo de los funcionarios, sean objeto de negociación con las organizaciones sindicales.

Tras analizar el marco constitucional y legal vigente, considera la Sala que se ha vulnerado el artículo 28 de la Constitución en relación con los artículos 37 y 103.3 de la Constitución y 37.2.a) del EBEP por cuanto, «si como consta en las actuaciones, se ofreció un trámite de consulta a los Sindicatos en el procedimiento de elaboración de la RPT en el que éstos formularon alegaciones —procedimiento válido vigente la Ley 9/1987 en la que, como se ha expuesto, primaba la dimensión de potestad autoorganizativa en la aprobación de las RPT—; sin embargo, no hubo una auténtica negociación colectiva a través del instrumento idóneo cual es la Mesa de Negociación, que permite, entre otras cosas, que los razonamientos de los representantes de los funcionarios puedan ser tenidos en cuenta a la hora de elaborar la disposición recurrida. Por ello, tratándose de un requisito relacionado con el ejercicio de un derecho fundamental, su ausencia debe valorarse como equivalente a la omisión de un trámite procedimental incardinable en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 como ha entendido la Sala de instancia».

6. DERECHOS RETRIBUTIVOS**A) Retribuciones complementarias**

- a) *No pueden ser disminuidas mediante la modificación de la RPT si permanece invariable el contenido del puesto y no existe habilitación legal para ello*

La **STS de 18 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón contra la STSJ que había estimado el recurso interpuesto por la funcionaria recurrente. La funcionaria había impugnado la modificación de la relación de puestos de trabajo porque había rebajado su complemento de destino y el complemento específico asignado a su puesto, sin que se hubiera explicado ello suficientemente y sin que se hubieran modificado las funciones de su puesto.

Confirma el TS que es la Administración la que debe justificar el ejercicio de sus potestades discrecionales y, a falta de una motivación suficiente, esto es, bastante y coherente, ha de considerarse que su actuación es contraria al ordenamiento jurídico. Por otro lado, aunque la Comunidad Autónoma goza de autonomía para organizar su función pública, esa potestad de autoorganización no le autoriza para tomar decisiones que restrinjan los derechos de los funcionarios si no media la correspondiente habilitación legal. Y aquí falta porque en el proceso de elaboración de la Orden recurrida no se ha explicado por qué, permaneciendo invariable el contenido del puesto, cambian y se ven reducidos sus complementos.

B) Trienios

a) *La celebración de varios contratos administrativos de forma fraudulenta puede dar lugar al reconocimiento de servicios previos*

La **STS de 13 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, RJ 2010/7243, ha desestimado el recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón contra la Sentencia que había estimado el recurso de la funcionaria recurrente reconociéndole la antigüedad por los servicios prestados a la Administración en condición de contratada administrativa.

Había quedado probado que desde el primer contrato administrativo celebrado en enero de 1990, la recurrente había venido desempeñando las mismas funciones del puesto que actualmente ocupaba con continuidad en el tiempo, realizando tareas genéricas que se desempeñaban bajo una relación de dependencia y con sujeción a unos horarios determinados y no a trabajos específicos como lo fueron los primeros contratos. Hasta tal punto que se terminó creando un nuevo puesto de trabajo que fue ocupado fraudulentamente a través de la prórroga de varios contratos administrativos de consultoría y asistencia, «con pagos regulares, casi siempre mensuales, más o menos disimulados, y con unos sorprendentes procesos concursales en los que sólo se presentaba la recurrente».

El TS reconoce que, efectivamente, el reconocimiento de servicios a efectos de trienios que dispuso la Ley 70/1978 para los prestados en régimen de contratación administrativa resultó inviable a partir de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma para la Función Pública, toda vez que su Disposición Adicional Cuarta vedó la colaboración temporal en régimen de Derecho Administrativo y que, a mayor abundamiento, el artículo 201 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, prohíbe que el otorgamiento de un contrato para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales pueda suponer la existencia de una relación funcionarial o laboral entre la Administración y el contratista. Sin embargo, desestima el recurso porque la sentencia recurrida no declara como doctrina general que la contratación administrativa tenga valor a efectos del reconocimiento de trienios, sino que se basa estrictamente en las concretas circunstancias del caso planteado.

En un sentido similar, la **STS de 9 de diciembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación en interés de la ley interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, contra la STSJ de Asturias que, en última instancia, había venido a reconocer también que, a efectos del reconocimiento de servicios previos en concepto de antigüedad como trienios, a que se refiere el artículo 1.2 de la Ley 70/1978, se ha de reconocer a los funcionarios de carrera los servicios prestados para la Administración del Principado, como titular de las campañas de saneamiento ganadero bajo la modalidad de contrato administrativo, durante las campañas de 2001 y 2002.

7. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

A) Es legal la previsión del RD 255/2006 conforme a la cual el desempeño de puestos con carácter de funcionario interino o de personal laboral temporal no habilita para pasar a la situación de excedencia voluntaria

La **STS de 6 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, confirma la legalidad del artículo 2 del Real Decreto 255/2006 que dispone que el desempeño de puestos con carácter de funcionario interino o de personal laboral temporal no habilitará para pasar a la situación de excedencia voluntaria. La Sala argumenta que esta regulación no es contraria a la ley, sino que se limita a clarificarla: «esa nueva redacción se ha movido, respetándolos, dentro del marco de elementos contenidos en la regulación legal, y se ha limitado a hacer más explícitos los límites que configuran el supuesto de hecho en que la situación administrativa de que se viene hablando, para disipar así las posibles dudas que pudieran suscitarse en relación con los funcionarios interinos o el personal laboral temporal». La aclaración no vulnera, por otra parte, el principio de igualdad en relación con los funcionarios de carrera y los laborales fijos pues existen razones que justifican la diferencia de régimen y, concretamente, el hecho de que en numerosos casos el acceso a un Cuerpo o Escala funcional se produzca desde la situación de interino o personal laboral, exige una regulación que permita «evitar que queden enseguida vacantes un elevado número de puestos en las convocatorias de acceso y se produzcan las disfunciones en la Administración y los perjuicios para los intereses generales que este fenómeno conlleva».

8. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

A) No hay un derecho a la rehabilitación en la condición del funcionario, aunque la Administración tampoco dispone de libertad para concederla o denegarla: ponderación de las circunstancias en función de los criterios normativos

En la **STS de 15 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, afirma que ni en la Ley ni en el Reglamento se consagra un derecho a obtener la rehabilitación, aunque sí se prevé la posibilidad de solicitarla cumpliendo los requisitos y observando debidamente las formas legales. Y a continuación señala que «la decisión que se adopte sobre esa solicitud ha de ser conforme a Derecho... lo que significa que el órgano llamado a adoptarla ha de valorar las circunstancias concurrentes y la entidad del delito que condujo a la inhabilitación, a la luz de los criterios recogidos en el artículo 6.2 del Real Decreto 2669/1998, de manera que la resolución, además de estar fundada y no contradecir lo dispuesto por otras normas jurídicas, sea razonable, es decir, racionalmente adecuadas a las premisas normativas y a los hechos sobre los que se proyectan». El recurrente había sostenido que las penas que le fueron impuestas ya fueron cumplidas y que denegarle la rehabilitación implicaría una doble condena, pero la Sala considera que tal tesis no puede admitirse al no existir un derecho subjetivo a la rehabilitación y al no tener la pérdida de la condición de funcionario a causa de la pena de inhabilitación carácter de sanción disciplinaria. Por ello, la única cuestión ha dilucidar es si la resolución está debidamente motivadamente y responde a una ponderación adecuada de las circunstancias concurrentes. Recuerda, además, la Sala que la finalidad de la rehabilitación es determinar «si la incapacidad para ser funcionario que, en principio, lleva consigo la pena de inhabilitación, resulta excesiva en algunos casos, cuando el delito es ajeno al cargo funcional que se desempeñaba, no ha habido perjuicio para servicio público y tampoco los hechos han tenido gravedad».

La **STS de 14 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, reitera esta doctrina y considera que en el caso en cuestión, de denegación de la rehabilitación a un funcionario de Correos y Telégrafos que había incurrido en delito de falsedad en documento oficial y apropiación indebida, la denegación respondía a una adecuada ponderación de las características del delito y las circunstancias concurrentes, ya que la conducta del funcionario no había sido un hecho aislado sino reiterada en un lapso amplio de tiempo, que, además, estaba estrechamente relacionada con el desempeño de su cargo y afectaba tanto a la propia esencia de la condición funcional como a la especial confianza que los usuarios depositan en la prestación del servicio propio de Correos y Telégrafos.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
EVA DESDENTADO DAROCA

XI. URBANISMO

SUMARIO

1. RÉGIMEN DEL SUELO.
 - A) **La emisión directa al mar no es un sistema de evacuación de aguas residuales, a los efectos de la clasificación del suelo urbano.**
 - B) **El suelo destinado a sistemas generales —ampliación del recinto ferial— debe clasificarse como suelo urbanizable, mientras que el terreno de especial protección, natural y agrario, ha de ser por fuerza no urbanizable protegido.**
 - C) **La cesión obligatoria y gratuita de terrenos para sistemas generales no comprende los referidos a servicios de infraestructura de ámbito global tales como vías férreas.**
2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO.
 - A) **Falta de ejecución del planeamiento previo: posibilidad de indemnización a particular.**
 - B) **Programas de Actuación Integrada: naturaleza jurídica.**
 - C) **Presentación por propietario de finca de alternativa técnica al Programa de Actuación Integrada.**
3. INTERVENCIÓN SOBRE LOS USOS DEL SUELO Y LA EDIFICACIÓN.
 - A) **Licencia de obra en Conjunto Histórico: necesidad de autorización del órgano autonómico competente en materia de cultura.**

1. RÉGIMEN DEL SUELO

- A) **La emisión directa al mar no es un sistema de evacuación de aguas residuales, a los efectos de la clasificación del suelo urbano**

La **STS de 21 de enero de 2011** (JUR 2011/39361) nos recuerda, en primer lugar, el carácter reglado de la clasificación del suelo urbano, sentado sobre la muy conocida doctrina de la «fuerza normativa de lo fáctico»:

«[...] desde antiguo la legislación urbanística, y la jurisprudencia de este Tribunal, considera esta clase de suelo urbano como un concepto reglado ajeno a la potestad discrecional de planeamiento (STS de 27 de noviembre de 2003 —recurso de casación núm. 984/1999—),

que parte de la concurrencia sobre el terreno de ciertas condiciones físicas tasadas (acceso rodado, energía eléctrica y suministro y evacuación de aguas, o áreas ya edificadas en determinada proporción). Así se reguló en el artículo 78 del Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Suelo, en el artículo 21 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, aprobatorio del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, y en el artículo 8 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, este último de carácter básico y aplicable al caso.

En aplicación de estos sucesivos regímenes jurídicos se elabora por la jurisprudencia de esta Sala la conocida expresión de la “fuerza normativa de lo fáctico”. De tal manera que el planificador no puede clasificar como urbano el suelo que carezca de esos servicios urbanísticos, debiendo clasificarlo como tal en el caso contrario. Ahora bien, siempre y cuando dichos servicios resulten de dimensiones adecuadas para los usos previstos en el planeamiento y la parcela en cuestión se integre dentro de la “malla urbana” de la ciudad, según hemos recordado en multitud de ocasiones, cuya profusión nos releva de cita expresa».

Yendo al elemento fáctico controvertido, la sentencia concluye que, tal y como la Sala de instancia dedujo de los informes periciales, la finca carece del servicio de evacuación de aguas residuales:

«[...] pues las bocas de alcantarillado están a 200 metros y la finca de la parte recurrente no se encuentra conectada a las mismas. Es más, la recurrente reconoce en el escrito de casación que dichas aguas tienen un sistema de “emisión directa al mar”, lo que, obviamente, no puede considerarse que integra el servicio de evacuación de aguas residuales, pues su concurrencia ha de sujetarse a la conexión con la red municipal establecida para la prestación de tal servicio.

No resulta ocioso añadir respecto de la “evacuación de aguas” (saneamiento), que esta Sala ha declarado en Sentencia de 22 de marzo de 2005 (recurso de casación núm. 2941/2002) “(...) que el sistema de evacuación de aguas sea capaz de servir no sólo a la edificación que exista sino también a la que pueda construirse sobre los terrenos, según establecen los artículos 21.a) del Reglamento de Planeamiento y 2.1.a) del Real Decreto Ley 16/1981, de 16 de octubre [de modo que] los pozos negros o fosas sépticas no llenan las exigencias del requisito legal de evacuación de aguas, exigido por los citados preceptos”».

B) El suelo destinado a sistemas generales —ampliación del recinto ferial— debe clasificarse como suelo urbanizable, mientras que el terreno de especial protección, natural y agrario, ha de ser por fuerza no urbanizable protegido

Echando mano de la anterior doctrina y de la interpretación constante de los artículos 9 y 10 de la Ley 6/1998 (en cualquiera de sus posteriores redacciones por RD-Ley 4/2000 y Ley 10/2003), la **STS de 21 de enero de 2011** (RJ 2011/332) reafirma la naturaleza reglada de la clasificación del suelo no urbanizable de especial protección. Lo que le lleva a confirmar la clasificación otorgada a unos terrenos acreditados como ecosistema natural y como secano tradicional.

«De manera que la discrecionalidad ha de estar presente cuando el planificador clasifica unos terrenos como suelo no urbanizable común para optar por aquella que mejor sirve al interés público. Mientras que cuando se trata de clasificar suelo no urbanizable de especial

protección ha de estarse a la concurrencia de los valores que legalmente se pretenden preservar. Es el caso, como ya señalamos y ahora repetimos, de los terrenos sitos al sur de la infraestructura ferroviaria de la finca “Acampo Casellas”, ya que su clasificación como suelo no urbanizable por ser ecosistema natural (suelo estepario) y de ecosistema productivo agrario (secano tradicional y vales), viene avalada por la valoraciones que de los informes hace la Sala de instancia en el fundamento cuarto de la sentencia que se recurre».

Aun siendo una decisión discrecional, la sentencia anula la clasificación como «no urbanizable común» efectuada por la revisión del PGOU de Zaragoza respecto de unos terrenos destinados a sistemas generales. Más en concreto, a ampliación del recinto ferial, que resulta a todas luces incoherente:

«Conviene insistir que suelo no urbanizable, en sus dos modalidades —suelo no urbanizable común o de especial protección—, únicamente puede declararse cuando concurren determinados valores que es preciso preservar (no urbanizable de especial protección), o cuando tales terrenos han de preservarse del desarrollo urbano (no urbanizable común).

En este caso fácilmente se infiere que no nos encontramos ni en uno ni en otro caso, porque la previsión de ampliación de la Feria de Muestras, según se recoge la propia sentencia, señala la Administración, e indica el informe citado, pone de manifiesto, de un lado, que no concurren valores a preservar y, de otro, que resulta adecuado para el desarrollo urbanístico, pues en caso contrario no sería viable tal ampliación del recinto ferial en esa zona, que comporta necesariamente su urbanización precisamente para servir a su destino como sistema general.

Resulta incompatible, en definitiva, considerar que tales terrenos son idóneos para albergar una ampliación de tal recinto que precisa de su urbanización para sistema general y, al propio tiempo, clasificar los mismos como suelo no urbanizable».

C) La cesión obligatoria y gratuita de terrenos para sistemas generales no comprende los referidos a servicios de infraestructura de ámbito global tales como vías férreas

A la hora de determinar los deberes de cesión obligatoria y gratuita de los propietarios de suelo urbanizable, es tradicional la distinción por la jurisprudencia entre sistemas generales al servicio de un determinado ámbito o unidad de actuación y sistemas al servicio de ámbitos superiores. Por ese motivo, la **STS de 14 de enero de 2011** (JUR 2011/39363) ratifica la anulación parcial del planeamiento de Vilanova i la Geltrú efectuada por el Tribunal de instancia, al entender que no entran en tales deberes los terrenos afectos a la reserva ferroviaria:

«En ambos casos no cabe duda de que estamos ante sistemas generales y como tales han de ser considerados. Ahora bien, su régimen se bifurca en lo relativo a los efectos, concretamente, y por lo que hace al caso, en la obligatoriedad de la cesión gratuita. Así, mientras que en el primer caso al tratarse de una infraestructura que beneficia a los propietarios del sector ha de ser objeto de cesión gratuita. En el segundo, estamos ante una infraestructura general que excede de tal ámbito o sector, ya que proporciona elementos fundamentales que comportan un beneficio general a toda la colectividad, municipal o supramunicipal y que, por tanto, no puede atribuirse a sujetos particulares. En consecuencia, su coste ha de ser asumido por la Administración mediante el sistema de expropiación.

Por tanto, la sentencia recurrida acierta al estimar el recurso contencioso administrativo en el extremo examinado, porque en el caso de la infraestructura del sistema ferroviario —para la línea ferroviaria Barcelona-Tarragona— dicha construcción produce un beneficio que va más allá de la unidad de actuación, al prestar un servicio colectivo que rebasa los límites del ámbito en cuestión. Es una instalación, en definitiva, que en su configuración y construcción resulta positiva para la comunidad en general, ya que trasciende del ámbito concreto en que tiene lugar».

2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Falta de ejecución del planeamiento previo: posibilidad de indemnización a particular

En la STS de 19 de mayo de 2010 (Ar. 3675), el Tribunal debe decidir sobre la indemnización que pudiera corresponder a un particular como consecuencia de la aprobación de un Plan Especial de Reforma Interior que trae su origen en un nuevo Plan General de Ordenación Urbana que, a juicio del recurrente, le ha impedido consolidar unos derechos que el derogado Plan General de Ordenación Urbana le había reconocido y que no se llevaron a efecto, según él, por causas imputables a la propia Administración municipal. En concreto, el Plan Especial de Reforma Interior redujo el aprovechamiento que el derogado Plan General de Ordenación Urbana atribuía a la parcela del recurrente.

El TS destaca que es cierto que el recurrente no podía ejecutar directamente las determinaciones que el derogado planeamiento preveía para su finca —su transformación en zonas verdes y espacios libres—, pero sí que podía, pasados cinco años desde la entrada en vigor del anterior Plan, advertir al Ayuntamiento de su intención de iniciar un expediente de justiprecio, y, pasados otros dos años, presentar la correspondiente hoja de aprecio (artículo 69 TRLS 1976). El particular, como aduce el TS, no hizo uso de esa facultad, argumentando posteriormente, la existencia de un derecho consolidado que debe ser indemnizado.

A este respecto, añade el Tribunal, el recurrente «no había consolidado su derecho al aprovechamiento, en cuanto que no había cumplido ninguno de los deberes de cesión que para adquirirlo establecía el ordenamiento urbanístico, y si bien es cierto que, dado el destino de su terreno, no era ella quien debía ejecutar las previsiones de aquel Plan General sino la Administración, entre sus facultades estuvo la de advertir a ésta de su propósito de iniciar el expediente de justiprecio y, de no atenderse dicha advertencia, seguir el trámite fijado en el mencionado artículo 69 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1976» (FJ 4). Según lo anterior, no nos encontramos ante uno de los supuestos previsto en el artículo 41 de la Ley del Suelo y Valoraciones 6/1998 para tener derecho a indemnización por alteración del planeamiento, lo que lleva al TS a desestimar la pretensión formulada por el recurrente.

B) Programas de Actuación Integrada: naturaleza jurídica

La primera de las SSTS (JUR 2010/411389) que en relación con este instrumento urbanístico vamos a estudiar debe decidir sobre la posible retroactividad de un Programa de Actuación Integrada de los previstos en la normativa urbanística de la Comunidad Valenciana (PAI), en cuanto que el programa en cuestión venía a sustituir a otro previamente anulado por sentencia jurisdiccional. Se está discutiendo, en realidad, la verdadera naturaleza jurídica de los PAI valencianos, es decir, si son actos administrativos, con lo que de manera excepcional se admite esa eficacia retroactiva, o disposiciones normativas de carácter general, es decir, reglamentos.

Para ello, si bien del artículo 12, letra g), de la Ley Valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística, que es la normativa aplicable al supuesto controvertido, se deriva que los PAI deben ser considerados como instrumentos de ordenación urbanística con la función que se detalla con amplitud en el artículo 29, del cual se deduce indudablemente su eficacia normativa y la imposibilidad de considerar a aquéllos como actos administrativos, ni siquiera dentro de los que poseen destinatario múltiple, el TS excepciona esa regla general, y, así, indica que, cuando los PAI no modifican la ordenación del ámbito, como ocurre en el supuesto discutido, son meros instrumentos de gestión y ejecución urbanística, careciendo, por tanto, de naturaleza reglamentaria.

Esta argumentación lleva al TS a inadmitir el recurso en cuestión, ya que, tras la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, operada mediante la disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocer «de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales..., excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico» (artículo 8.1 de la Ley de la Jurisdicción según la redacción dada por la reforma citada), y, en segunda instancia, a las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 10.2 de la Ley de la Jurisdicción), y, por tanto, el PAI recurrido, al carecer de naturaleza reglamentaria, cae dentro del ámbito del citado artículo 8.1.

C) Presentación por propietario de finca de alternativa técnica al Programa de Actuación Integrada

En la **STS de 14 de octubre de 2010** (Ar. 7263), el Tribunal debe decidir sobre el alcance del derecho de los particulares a participar en la actividad urbanística y promover suelo urbanizado, incluso mediante la presentación del planeamiento de desarrollo que resulte necesario, recogido en el artículo 16 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones. El supuesto en controversia se produce como consecuencia de una solicitud del recurrente en el que se pide al Ayuntamiento demandado la tramitación de una alternativa técnica al PAI presentado para el desarrollo del sector donde el propietario recurrente posee una finca, petición desestimada por el Ayuntamiento alegando una definición de un nuevo modelo territorial para el municipio.

A este respecto, el TS entiende que la Sala de instancia consideró no infringido el precepto citado porque el acuerdo municipal denegatorio explica y razona las causas por las que se deniega al demandante la tramitación de la alternativa técnica presentada, argumentado la previsión de un nuevo modelo territorial para el municipio que, no obstante, no estaba definido en el momento de la denegación de la tramitación al particular. El TS considera que el particular recurrente tiene razón al oponer a un acuerdo municipal que se fundamenta «en hechos futuros e inciertos o en mera conjeturas desprovistas de cualquier base fáctica» (FJ 2).

No cabe duda, según el TS, de que la Administración urbanística puede denegar la tramitación de instrumentos de planeamiento presentados por particulares, siempre que justifique suficientemente su decisión, pero, en el presente supuesto, «la justificación de la negativa a tramitar el programa... se basa en previsiones desprovistas de certeza, al tratarse de un pretendido nuevo modelo territorial, del que no existe ni el más mínimo esbozo, o, al menos, éste no se ha concretado en actuación alguna que permita discernir si la transformación pretendida por la recurrente se aparta de esas nuevas directrices urbanísticas (FJ 2).

Diferente cuestión es, como indica el TS, que se deba necesariamente aprobar la transformación que pretende el particular, ya que el derecho al trámite que pretende el particular no implica un derecho a la aprobación del planeamiento que plantea ni reduce las facultades de la Administración en el ejercicio de su potestad urbanística, pues la actividad urbanística es una función pública dirigida a la ordenación, transformación y control de la utilización del suelo, contando para ello con las facultades que sean precisas para la satisfacción de ese interés colectivo.

Sin embargo, también dice el TS que ello no significa recortar sin límite el derecho de los particulares a la tramitación de los Planes, pudiendo denegar la Administración tal tramitación cuando ésta vulnere el ordenamiento urbanístico aplicable, debiendo, en tal caso, aquélla motivar de manera suficiente tal decisión, lo que a juicio del Tribunal no ha sucedido en el presente supuesto, en el que el Ayuntamiento se ha basado en un futuro e incierto modelo territorial, lo que lleva al TS a estimar el motivo de casación invocado.

3. INTERVENCIÓN SOBRE LOS USOS DEL SUELO Y LA EDIFICACIÓN

A) **Licencia de obra en Conjunto Histórico: necesidad de autorización del órgano autonómico competente en materia de cultura**

La **STS de 2 de diciembre de 2010** (Ar. 411380 de 2010) considera no haber lugar al recurso de reposición interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de diciembre de 2006, que confirmó la validez de los actos administrativos impugnados, concretamente la resolución de la Delegación Provincial de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía y el acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Granada que negaron a la recurrente la licencia de obras para la ejecución de un hotel en el centro de Granada, calificado como Conjunto Histórico-Artístico.

La razón por la que el órgano autonómico denegó a la entidad ahora recurrente dicha autorización se basaba en la aplicación del artículo 20 de la Ley de Patrimonio Histórico español de 1985, que establece que cuando el inmueble que se pretenda construir dentro de un conjunto histórico conlleve una alteración de la edificabilidad, será necesario un Plan de Protección, norma que en la fecha en la que se solicita la licencia no se había aprobado. Por su parte, el Ayuntamiento de Granada basó su argumentación denegatoria en la ausencia de previa autorización del responsable de Cultura de la Junta de Andalucía.

Con respecto del primer acto administrativo negativo, el Tribunal Supremo entiende su conformidad a Derecho basándose en que «El artículo 26 de la Ley Andaluza 1/1991, de 3 de julio, sobre Patrimonio Histórico de Andalucía considera como bien inmueble perteneciente al Patrimonio Histórico a los Conjuntos Históricos, igual que hace la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, añadiendo que “La declaración de un Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, como Bienes de Interés Cultural, determinará la obligación para el Municipio o Municipios en que se encontraren de redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumple, en todo caso, las exigencia en esta Ley establecidas”. La obligatoriedad de dicho Plan no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección, ni en la inexistencia previa del planeamiento general. Hasta la aprobación definitiva de dicho Plan el otorgamiento de licencias o la ejecución de las otorgadas antes de incoarse el expediente declarativo del Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, precisará resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados y, en todo caso, no se permitirán alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones» (FJ 2).

Considera igualmente válida la resolución municipal de denegar la licencia porque a dicha conclusión conduce el artículo 23.1 de la Ley de Patrimonio Histórico Español y el Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía, que determinan que «[...] no podrán otorgarse licencias para la realización de obras que requieran cualquier autorización administrativa hasta que ésta haya sido concedida; las obras realizadas sin cumplir lo establecido serán ilegales, y que los Ayuntamientos remitirán las solicitudes de intervención a la Delegación Provincial de la Consejería de Cultura, siendo “vinculantes” las resoluciones de la Consejería de Cultura tanto para los promotores de la intervención como para los Organismos o Administraciones que deben concurrir en su autorización o ejecución» (FJ 2).

Finalmente, y aun cuando no puedan ser considerados como contenido del análisis de la presente crónica, la alta instancia jurisdiccional también se pronuncia sobre algunos interesantes argumentos defendidos por la recurrente en casación, concretamente, la falta de motivación de la decisión controvertida y la invocación del precedente administrativo y la consiguiente vulneración del principio de igualdad por parte del Consistorio municipal de Granada.

La Sala *a quo*, basándose en su doctrina general, señala, respecto de la ausencia de motivación, que «[...] parece conveniente recordar que la exigencia que establece el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es correlativa a la necesidad de que se exterioricen las razones por las que se llega a la decisión administrativa, con objeto de facilitar su conocimiento por los interesados y la posterior defensa de sus derechos, de forma que la motivación conecta el acto a la legalidad, estableciéndose la unión entre el acto y el ordenamiento y otorgándose así racionalidad a la actuación administrativa, facilitando la fiscalización del acto por los Tribunales, con la consiguiente garantía para el administrado. Ahora bien, la falta de motivación o la motivación defectuosa pueden constituir un vicio de anulabilidad o una mera irregularidad no invalidante, habiendo incidido el Tribunal Supremo, entre otras en Sentencia de 3 de abril de 1990, que el deslinde de ambos supuestos “se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa, y si, por tanto, se ha producido o no la indefensión del administrado”. Pero la motivación no exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectiva que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquéllas, tal y como ha precisado el Tribunal Constitucional, de forma reiterada, a propósito de la fijación de doctrina en torno al derecho a la tutela judicial efectiva, entre otras en la sentencia 14/1992, de 28 de enero» (FJ 2).

En relación con el apartamiento del precedente seguido en situaciones anteriores, el alto Tribunal entiende que aunque se admitiera un trato discriminatorio dispensado al recurrente respecto de otros supuestos fácticos iguales, «[...] no podemos olvidar que si, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, la violación del principio de igualdad sólo puede invocarse en situaciones de legalidad, la concesión de las supuestas autorizaciones, en contra de la expresa prohibición legal, no podría invocarse como elemento comparativo».

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) **Adquisición del patrimonio local: los contratos de permuta por cosa futura.**
 - B) **Prerrogativas de las Entidades locales: imposibilidad de ejercitar la potestad de investigación cuando existen pronunciamientos previos en contra de la existencia de una propiedad municipal.**
2. AGUAS CONTINENTALES.
 - A) **Obras hidráulicas: tramitación proyecto de recrecimiento de presa.**
 - B) **Inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas.**
 - C) **Concesión de aprovechamiento hidroeléctrico.**
 - D) **Trasvase Tajo-Segura.**
3. AGUAS MARÍTIMAS.
 - A) **Deslinde del dominio público marítimo-terrestre.**
 - a) Finalidad: declarar dominio público los bienes que lo son por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo.
 - b) Procedimiento.
 - a') La exclusión del demanio de bienes similares a los declarados en el deslinde no justifica la sustracción de todos ellos.
 - b') La existencia de deslindes previos no impide la realización de otros posteriores.
 - c') La coincidencia física de los límites demaniales hace innecesario un nuevo deslinde.
 - d') La resolución de los procedimientos de deslinde debe estar motivada.
 - B) **Limitaciones sobre las propiedades colindantes: extensión de la servidumbre de protección.**
 - C) **Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre: alcance de las Disposiciones Transitorias Primera y Cuarta de la Ley de Costas.**
 - D) **Infracciones: ocupación sin título del dominio público marítimo-terrestre.**
 - E) **Puertos.**
 - a) Las concesiones portuarias se adjudicarán mediante concurso convocado al efecto.

- b) Cabe exigir aval como garantía del cumplimiento del clausulado de una concesión de uso portuario.
- c) Son las funciones que realiza y no su desempeño en una sociedad estatal o privada las que determinan la condición de estibador portuario.

F) Navegación marítima.

- a) Demandas de responsabilidad patrimonial: debe existir relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño producido, y éste debe ser efectivo.
- b) Real Decreto por el que se regulan las titulaciones profesionales de la marina mercante: validez.

G) Pesca marítima.

- a) Interpretación de la normativa aplicable a las compensaciones por paradas técnicas de la actividad pesquera.
- b) La limitación de la pesca de determinadas especies está fundamentada en diversas normas nacionales e internacionales.
- c) Responsabilidad patrimonial por el hundimiento de petrolero Mar Egeo: improcedencia.

4. PATRIMONIO HISTÓRICO.

- A) El miembro que correspondería nombrar por el Ministerio de Educación y Cultura para componer la Comisión del artículo 78 de la Ley de Expropiación Forzosa que determine el justo precio de los bienes de valor artístico, histórico y arqueológico que sean expropiados, puede ser designado por las Consejerías de Educación autonómicas, si la Comunidad Autónoma en cuestión a la que corresponde la salvaguardia del bien con valor histórico-artístico ha asumido las competencias en materia de Educación que cuando en 1954 se redactó la LEF correspondía al Ministerio de Educación.**
- B) Necesidad de dar trámite de audiencia a los propietarios de los bienes afectados por la declaración de un bien como bienes de interés cultural en el expediente administrativo que se siga para sustanciar dicha declaración.**

5. CARRETERAS.

- A) No cualquier alegación efectuada por un Ayuntamiento en el trámite de información pública, discrepando del trazado de un proyecto de carretera, puede calificarse formalmente de discrepancia a los efectos de promover el mecanismo integrador de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales a que alude el artículo 10.1 de la Ley estatal de Carreteras.**

6. MONTES.

- A) Cuando una norma prevé que las obras a las que alude, aun cuando se aprecie su naturaleza forestal, las ha de proyectar el «técnico competente», no están consagrando el reconocimiento de un monopolio a favor de un determinado cuerpo profesional —en este caso, con conocimientos en materia forestal— para proyectarlas. La determinación del técnico competente ha de efectuarse en atención al proyecto concreto de que se trate y valorando el nivel de conocimientos correspondiente a cada profesión.**

7. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO.

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua.

- a) Hecho imponible.
- b) Beneficios fiscales.
- c) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación.
- d) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa.
- e) Imposición y ordenación.

B) Aguas continentales: canon de utilización del dominio público hidráulico.

C) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja.

- a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas.
- b) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: Cuantía de la tasa.

D) Aguas marítimas.

- a) Tasas portuarias: reserva de ley.

E) Dominio público local.

- a) Tasas por utilización del dominio público local en general.
- b) Tasas por utilización del dominio público local: la cuestión de los operadores de telefonía móvil.

F) Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.

- a) Bienes públicos.
-

1. BIENES LOCALES

A) Adquisición del patrimonio local: los contratos de permuta por cosa futura

Se ha dictado la **STSJ de Aragón de 3 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, en recurso de apelación contra la Sentencia 100/2007, de 14 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Zaragoza. Ésta se refiere a la legalidad de la permuta por cosa futura realizada por un Ayuntamiento con una empresa y consistente en la entrega de unos bienes municipales a cambio de un campo de fútbol cuya construcción debía realizar la empresa a la que se cedían los bienes municipales. Los actos administrativos impugnados son la aprobación municipal del proyecto constructivo de campo de fútbol y obra urbanizadora, la aprobación del expediente de contratación y el inicio del procedimiento de adjudicación, los pliegos de cláusulas administrativas y el pago por permuta y la adjudicación del concurso a determinada empresa. Para comprender el alcance de la STSJ de Aragón citada es necesario previamente exponer los razonamientos contenidos en la Sentencia apelada.

La primera cuestión que se plantea la Sentencia apelada consiste en determinar la naturaleza jurídica del contrato. En relación con este punto, en el fundamento jurídico quinto se parte

de que este contrato de permuta por cosa futura en realidad es un contrato mixto de obra y permuta, en el que predomina como principal el contrato de obra y en el que la permuta tendría carácter accesorio o instrumental, al constituirse en medio de pago del citado contrato de obra. La construcción de un nuevo campo de fútbol en el lugar en el que se encontraba el primero es la finalidad, la causa motora, de todo el expediente administrativo; y la intención de los contratantes es clara, conforme exige el artículo 1281 del Código Civil, y se deduce del tenor literal del contrato y de los antecedentes (artículo 1282 del Código Civil).

Para llegar a esta conclusión la Sentencia apelada aplica lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas de 2000. En el citado precepto se afirma que cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá, para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto más económico.

Siendo consecuente con la calificación del contrato, en la Sentencia apelada se afirma que el contrato tiene que cumplir tanto las exigencias normativas previstas para el contrato de obra, empezando por las normas generales de los contratos —salvo aquellas que, por la propia naturaleza mixta del contrato queden excluidas, como las relativas a los medios de pago—, como las del contrato de permuta, sin que puedan eludirse ni unas ni otras, ya que ello constituiría un fraude de Derecho. Y es el cumplimiento de esta doble normativa la que se examina en la Sentencia apelada y la causante de que se anulen los actos impugnados.

La Sentencia apelada comienza con el examen del cumplimiento de la normativa reguladora del contrato de obras. Y para ello en su fundamento jurídico séptimo se analiza si la valoración dada a los bienes municipales entregados constituye un «precio cierto» (artículo 14 de la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas de 2000), llegando a la conclusión de que no lo es y por ello se anulan los actos impugnados. En concreto, se niega que cumpla esta condición por existir elementos imprecisos en los bienes permutados que impiden hacer una valoración correcta, tales como no estar determinado el reparto de los usos permitidos en los bienes municipales permutados o ser el valor atribuido a los bienes arbitrario, prácticamente el mismo que la valoración de la obra.

En cambio, no se considera que este contrato infrinja la prohibición de precio aplazado prevista en el artículo 14.2 de la Ley de Contratos de 2000. Ello responde a la propia naturaleza del contrato mixto en el que el bien municipal no se entrega hasta que no se recibe la construcción finalizada. Ni tampoco se infringe la exigencia de crédito adecuado y aprobación del gasto (artículo 11 de la Ley de Contratos de 2000), por ser innecesaria o incompatible con la permuta. Tampoco se considera relevante para el caso debatido que no tuviera la clasificación empresarial la empresa con la que se ha realizado la permuta, dado que únicamente hubo una oferta.

Por lo que respecta al cumplimiento de las normas de la permuta, en el fundamento jurídico duodécimo de la Sentencia apelada se comienza examinando el cumplimiento del requisito previo a la realización de la permuta previsto en el artículo 108.1 del Reglamento aragonés de Bienes de 2002. Éste consiste en justificar su oportunidad y conveniencia. Dicho requisito se incumple en el caso debatido, lo que determina la nulidad de los actos impugnados, puesto que la jurisprudencia entiende que no basta con justificar la permuta como modo de financiación, sino que hay que justificar por qué es más conveniente tal financiación que, por ejemplo, hacerlo con cargo a presupuestos de obras que se aprueben a tal efecto y reservar dicha parcela bien para otros usos, bien para su enajenación por partes, etc.

Unido a este requisito se encuentra el previsto en el artículo 115 del Reglamento aragonés de Bienes de 2002, en el que se exige que se acredite la necesidad o conveniencia de efectuar-

la. A estos efectos, en el fundamento jurídico decimocuarto de la Sentencia apelada se indica expresamente que debe diferenciarse entre conveniencia de realizar la permuta, que se justifica con argumentar unas razones de más o menos peso, y necesidad de realizar la permuta, en la que debe demostrarse que la permuta es la mejor de las soluciones y ello conlleva un importante contraste de opiniones e informes jurídicos, técnicos y económicos. El requisito de la necesidad no se ha justificado en el caso debatido, por lo que procede la anulación de la permuta.

Tampoco para la Sentencia apelada, fundamento jurídico decimotercero, existe una valoración del bien municipal exigida en el artículo 115.1 del Reglamento aragonés de Bienes del 2002, por desconocerse el reparto de usos del bien municipal cedido y al no haberse previsto su revalorización, cuando se entregue efectivamente dicho bien a cambio de la construcción. Ello lleva también a constituir un motivo de anulación.

Asimismo, se incumplen las normas relativas a la permuta de cosa futura previstas en los artículos 189.2 de la Ley aragonesa de Administración Local de 1999 y 116 del Reglamento aragonés de Bienes de 2002, siendo motivo de anulación. Dichos preceptos exigen que el Ayuntamiento ceda un bien presente y ese bien presente «no existe» a los efectos de fundamentar la permuta, al estar completamente indefinido desde el punto de vista urbanístico, salvo en su superficie, volumen total y ubicación.

Además, se incumplen las normas sobre permuta y venta de bienes del patrimonio municipal del suelo. Como se afirma en el fundamento jurídico decimosexto de la Sentencia apelada, un bien de esta clase se puede permutar si cumplen las siguientes condiciones: tratarse de bienes inmuebles que se precisen a efectos urbanísticos (artículo 89.2 de la Ley Urbanística de Aragón de 1999); permutarse por terrenos o inmuebles aptos para los fines de los patrimonios públicos del suelo (artículo 3.1 de la Ley 24/2003, de 26 de diciembre); o permutarse por obras de cualquier índole precisas para el establecimiento de servicios y actividades públicos (artículo 3.1 de la Ley 24/2003, de 26 de diciembre). Condiciones que no se cumplen en el caso objeto de debate procesal puesto que la construcción de un campo de fútbol no equivale a un inmueble y sólo podrá calificarse de tal el conjunto de suelo y campo cuando ya esté acabado; tampoco es un terreno apto para los fines de los patrimonios públicos de suelo, que son los de vivienda con algún tipo de protección o a usos de interés social, al tratarse de un campo de fútbol que explota una sociedad anónima deportiva; ni tampoco, que se destine a servicios o actividades públicos, puesto que éstos deben interpretarse como aquellos que tengan relación con el patrimonio municipal del suelo y no genéricamente con aquellos que tengan una cierta dimensión pública.

La Sentencia 100/2007, de 14 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso núm.2 de Zaragoza, cuyo contenido se ha expuesto, ya se ha indicado que fue recurrida en apelación ante el Tribunal de Justicia de Aragón. Dicho Tribunal, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, ha dictado Sentencia el 3 de mayo de 2010, desestimando el recurso, por carencia de objeto del proceso.

Tal pronunciamiento se produce después de haber quedado acreditado en el proceso que el proyecto constructivo de campo deportivo y permuta al que aludía la Sentencia apelada había sido desestimado por el Ayuntamiento y se había tomado en consideración otra ubicación y proyecto constructivo. De esta forma, tal y como se indica en la STSJ de Aragón, esa circunstancia es causa de que el actual recurso carezca de contenido en sí mismo. STSJ de Aragón en la que se reproducen los fundamentos contenidos en la STS de 10 de febrero de 2003, en cuyo fundamento tercero se dice que la desaparición del objeto del recurso ha sido considerada como uno de los modos de terminación del proceso contencioso-administrativo, tanto cuando lo impugnado eran disposiciones generales, en que la ulterior derogación de éstas, o su declaración de nulidad por sentencia anterior, ha determinado la desestimación del recurso, no porque en su momento no estuviese fundado, sino porque la derogación sobrevenida de la norma priva

a la controversia de cualquier interés o utilidad real; como en recursos dirigidos contra resoluciones o actos administrativos singulares, en los que se ha considerado que desaparecía su objeto cuando circunstancias posteriores les privaban de eficacia, hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia.

Aunque no existe un pronunciamiento sobre los diferentes motivos de impugnación, es necesario resaltar cómo en la descripción de los acuerdos municipales impugnados contenida en el fundamento jurídico primero de la STSJ de Aragón se describen las operaciones impugnadas como la adjudicación y realización de unas obras, en línea con las consideraciones contenidas en la Sentencia apelada y que antes se han expuesto.

B) Prerrogativas de las Entidades locales: imposibilidad de ejercitar la potestad de investigación cuando existen pronunciamientos previos en contra de la existencia de una propiedad municipal

En la STSJ de Castilla y León, Burgos, núm. 542/2010, de 30 de julio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, se plantea la cuestión de si cabe el ejercicio de la potestad de investigación por un Municipio, si previamente existen pronunciamientos anteriores administrativos y judiciales contrarios a la titularidad municipal de un bien. Cuestión que se resuelve negativamente, sin perjuicio de la facultad que tiene la Entidad local de acudir a los tribunales ordinarios en defensa de su propiedad.

En concreto, en la STSJ se dice que considera la Sala que en el presente caso dicho Ayuntamiento no ha actuado conforme a derecho y por ello el acuerdo impugnado que finaliza el citado expediente de investigación no es ajustado a derecho porque el ejercicio de la mencionada potestad investigadora en el presente caso contraviene el artículo 45 de la Ley de Patrimonio para las Administraciones Públicas, pero sobre todo contraviene los propios actos del Ayuntamiento que de forma reiterada con anterioridad, al otorgar la licencia de cerramiento, al denegar el deslinde y denegar la investigación mediante resoluciones administrativas, reconocía que dicha plazuela no era de su propiedad ni formaba parte de la calle de su situación; pero más aún no es ajustada a derecho, y esto es lo relevante y singularmente destacable en el presente caso, el ejercicio en el presente supuesto de la citada potestad investigadora por contravenir unos pronunciamientos firmes y con efectos de cosa juzgada que confirmaron jurisdiccionalmente las mencionadas resoluciones y el criterio municipal que en ese momento declaraba que no podía iniciarse el expediente de investigación porque se presumía que dicha plazuela no era propiedad del Ayuntamiento, al estar inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de una persona particular.

Ahora bien, sigue diciendo la STSJ, si el Ayuntamiento consideraba que su anterior proceder administrativo sobre la citada plazuela y el contenido de las sentencias que confirman dichas resoluciones no se ajustan a la verdadera titularidad pública, que dicha Corporación considera, de dicha plazuela como bien de dominio público en cuanto parte de la calle, como quiera que aquellas resoluciones administrativas y estas sentencias de esta Sala y del TS no resolvían ni podían resolver definitivamente sobre la titularidad y propiedad civil de dicha plazuela, ni si la misma es un bien de dominio público o es una franja de terreno propiedad de un particular, lógicamente el Ayuntamiento debiera, como así resulta del artículo 55 del RBEL y del artículo 45 de la Ley de Patrimonio para las Administraciones Públicas y como lo tiene declarado con reiteración la jurisprudencia del TS, haber acudido con toda la documentación incorporada al expediente administrativo al orden jurisdiccional civil reclamando la propiedad y posesión de dicha plazuela, y de este modo haber concluido la litigiosidad y controversia que existen sobre dicho terreno; y no podemos olvidar tampoco que demandando el Ayuntamiento la titularidad de dicha plazuela

en vía civil igualmente defiende el interés legal que dice defender mediante el expediente administrativo de investigación de bienes, y no sólo defiende dicho interés sino que además respeta en todos sus extremos el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica.

2. AGUAS CONTINENTALES

A) Obras hidráulicas: tramitación proyecto de recrecimiento de presa

Se impugna en el recurso de casación del que es objeto la **STS de 10 de diciembre de 2010**, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo (recurso núm. 5654/2006), la sentencia que la Sección Primera de la Audiencia Nacional, de fecha 20 de septiembre de 2006, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo núm. 1063/2003, interpuesto contra la Resolución de 19 de septiembre de 2003, de la Secretaría de Aguas y Costas del Ministerio de Medio Ambiente, por la que se aprobó el Proyecto de Recrecimiento del Embalse de Santolea sobre el río Guadalope (Teruel).

En concreto, la parte recurrente esgrime contra la sentencia de la AN impugnada tres motivos de casación que ya se adelanta serán desestimados en su totalidad por el TS.

El primero de los motivos de casación alegados por el recurrente consiste en la vulneración del principio de reserva de Ley previsto en el artículo 44 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. Al respecto, el TS hace una amplia descripción de los fundamentos, en tal sentido plasmados por la sentencia de instancia, para concluir que la obra del recrecimiento del embalse de Santolea se encontraba expresamente prevista en el Anexo II del Plan Hidrológico Nacional aprobado por Ley 10/2001, de 5 de julio, por lo que se entiende que la cuestión de fondo que en este sentido se plantea por los recurrentes es la infracción del artículo 123 del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (TRLAg), que regula el régimen jurídico de la denominada obra hidráulica. En tal artículo se impone la necesidad previa de la existencia de una concesión de nuevos usos de agua para iniciarse la construcción de una obra hidráulica que comporte esos nuevos usos (apartado 1.º del artículo 123 TRLAg).

Sobre el mismo, el TS afirma, en su FJ 3, que la obra de recrecimiento de la presa que nos ocupa no es de las previstas en el precepto expresado, esto es, que aquélla no comporta la concesión de nuevos usos de agua, a la vista de las características de la obra de recrecimiento —tomando la Memoria del Proyecto—. Concepto que según el Tribunal debe ser interpretado como de nuevos y diferentes usos a los existentes. En tal sentido el TS afirma que «con el recrecimiento previsto acontece todo lo contrario de lo previsto en el artículo 123.1 del TRLAg al no establecerse nuevos y diferentes usos, sino en el futuro, aumentar los usos de regadío que ya se realizan».

Los motivos de casación segundo y tercero esgrimidos por la parte recurrente pueden englobarse en un supuesto general de deficiente práctica de la tramitación del expediente de aprobación del Proyecto de Recrecimiento del Embalse de Santolea (Teruel), argumentada sobre la vulneración del artículo 130.4 del TRLAg, en la medida que exige la elaboración de un proyecto de restitución territorial que compense la afección del equilibrio socioeconómico de la obra en el municipio, y una incorrecta tramitación de la práctica de información pública del Proyecto, así como supuestas vulneraciones procedimentales de las previsiones contenidas en el artículo 131 del TRLAg (apartados 2.º y 4.º).

En relación con la vulneración del artículo 130.4 del TRLAg, el TS afirma que dicho precepto se refiere a la afección del equilibrio socioeconómico del término municipal, conceptos

ambos que sin embargo y a juicio del Tribunal no parecen concurrir a la vista del concreto ámbito territorial de afección de la obra como consecuencia del recrecimiento de la presa, que se entiende no afecta a la totalidad del término municipal y a la globalidad del equilibrio socioeconómico del territorio afectado.

En cuanto a los informes a los que se refieren los apartados 2.º y 4.º del artículo 131 del TRLAg, relativo a las obras hidráulicas de interés general del Estado, el TS, en su FJ 5 y en total identidad de argumentos con la sentencia de instancia, no entiende que la ausencia de tales informes de los Ministerios de Medio Ambiente y Hacienda sean determinantes de la nulidad de pleno derecho solicitada por la parte recurrente. A ello concluye el Tribunal que en la misma sentencia de instancia se afirma que «se ha de señalar que existe una addenda al proyecto que contiene un estudio económico del mismo...» y expone una línea doctrinal que afirma que el procedimiento para elaborar un acto administrativo no es un fin en sí mismo, lo que justifica que vicios del procedimiento no sean tomados en consideración cuando no se produce indefensión de los afectados por él. Con independencia de la doctrina a la que en esta ocasión recurre el TS, no se debe obviar la existencia, en contraposición con esta doctrina, de otra que también cuenta con gran aplicación en la Sala Tercera de los Contencioso-Administrativo del TS, relativa a la retroacción de actuaciones fallidas en la tramitación de procedimientos administrativos en orden a la subsanación de sus deficiencias y faltas de adecuación a la normativa de estricta aplicación.

Por todo lo anterior y sin entrar a cuestionar la doctrina al efecto aplicada en esta ocasión por el TS, el Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Abajas de Bureba (Teruel), contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 20 de septiembre de 2006, en su recurso contencioso-administrativo núm. 1063/2003, la cual en consecuencia se confirma por el TS.

B) Inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas

En la **STS de 19 de noviembre de 2010**, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo (recurso de casación núm. 3909/2006), se discute tanto la sentencia de instancia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 31 de enero de 2006 (núm. de recurso: 1641/2002) en su aspecto procesal, como de manera sustantiva la Resolución de la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Segura de 15 de julio de 2002, por la que se deniega inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas de un aprovechamiento de aguas subterráneas.

En el proceso de instancia seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Murcia, la parte recurrente aducía como fundamento de su derecho a la inscripción del sondeo en el Catálogo de Aguas Privadas que el pozo ya existía y estaba en uso con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Al respecto la Sala de instancia expone el régimen transitorio previsto en la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, respecto de los aprovechamientos privados existentes a su entrada en vigor para llegar a la conclusión de que la parte demandante no había acreditado la efectiva explotación del pozo, sus características y el aforo del mismo a la fecha de entrada en vigor de la norma. La Sala de instancia determina que no ha sido probado que el aprovechamiento haya sido explotado con regularidad desde la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 y que las pruebas testificales aportadas son insuficientes. Por tales razones, la Sala de instancia termina desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Segura de 15 de julio de 2002, por la que se deniega la inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas de un aprovechamiento de aguas subterráneas.

Así, y contra dicha sentencia del TSJ de Murcia, la parte recurrente interpone recurso de casación, formulando un único motivo de casación al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, alegando infracción del artículo 60.4 de la citada Ley en relación con su artículo 56 y artículo 271.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio al no haber valorado la Sala de instancia la prueba documental presentada por la parte recurrente y a su entender esencial.

Entrando a analizar por el TS el único motivo de casación argumentado, ya se anticipa por el Tribunal que éste debe de ser aceptado dada la indefensión que la falta de valoración de la prueba aportada por la parte recurrente —una vez concluido el trámite de conclusiones y de forma previa al señalamiento para la votación y fallo— supuso en la sentencia de instancia.

Pero tal y como advierte el TS, cuestión distinta es que la valoración de la prueba presentada tenga los efectos que se invocan por la parte recurrente. A tales efectos el TS reconoce que la Sala de instancia nada proveyó sobre la Sentencia que de fecha 26 de julio de 2004 se aportó, dictada por la misma Sala en otro litigio en el que se discutía una sanción por extracción ilegal de aguas subterráneas y en la que se reconocía la existencia del pozo desde 1979. Según afirma el TS en su FJ 4, entrando a conocer sobre el fondo del asunto, la Sala de instancia no niega la existencia del pozo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Aguas, más bien al contrario. La Sentencia recurrida admite expresamente en su FJ 3 que de la documentación aportada se acredita la existencia del pozo, pero lo que no se prueba, ni acredita en ningún momento es la explotación efectiva y prolongada del pozo y su aforo y características. En contra de lo pretendido por el recurrente, la declaración de los hechos contenida en la sentencia que aporta en nada afecta a la controversia real que nos ocupa en este caso, pues para que proceda la inscripción del pozo en el Catálogo de Aguas Privadas, es necesario además acreditar la explotación efectiva y prolongada del pozo con especificación de sus características y el aforo de la explotación.

Por lo anterior el TS anula por razones procesales la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 31 de enero de 2006 (recurso contencioso-administrativo núm. 1641/2002), declarando que en este sentido ha lugar a la casación. Pero desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución de la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Segura de 15 de julio de 2002, pues al respecto afirma que la Sentencia de instancia acierta al reseñar el significado y alcance de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Aguas, en el sentido de que para inscribir en el Catálogo de Aguas Privadas un aprovechamiento de aguas subterráneas preexistente, es necesario justificar no sólo su preexistencia, sino su explotación efectiva y continuada con especificación y acreditación de las características del aforo.

En similar sentido la **STS de 17 de enero de 2011**, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo (recurso de casación núm. 1452/2010), en la que se discute el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla) de 17 de diciembre de 2009, desestimatorio del recurso de súplica dirigido contra el Auto de 9 de octubre de 2009, dictado en pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo núm. 532/2009, contra la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de 29 de octubre de 2008, que denegó la inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas de un pozo para el riego de 20 hectáreas de cítricos.

Conforme lo expuesto contra dicho acto administrativo se interpuso recurso contencioso-administrativo, indicando en otrosí del escrito de interposición del recurso la solicitud de la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado. Dicha medida cautelar fue denegada por el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior

de Justicia de Andalucía, de fecha 9 de octubre de 2009. Contra dicho auto se interpone recurso de súplica que fue desestimado por Auto de 17 de diciembre de 2009.

Contra los autos de constante referencia, se interpone recurso de casación en el que se aducen dos motivos fundamentales. Falta de motivación de las resoluciones impugnadas e infracción del artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con vulneración de la jurisprudencia relativa a los criterios que deben seguirse para resolver las solicitudes de medidas cautelares.

Conocidos los antecedentes, el TS entra a valorar los motivos de casación aducidos decidiendo sobre el fondo del asunto. En cuanto al primer motivo de casación, el TS afirma que no se aprecia falta de motivación en las resoluciones impugnadas en cuanto que la Sala de instancia realiza una correcta ponderación de los intereses en conflicto: de un lado, los posibles perjuicios a intereses particulares del recurrente que siempre serían reparables y, por otra parte, el menoscabo para los intereses generales derivados de la utilización indebida de unos recursos hídricos unitarios, que podrían ser de imposible reparación. Por lo tanto, aunque el auto que resolvió el recurso de súplica no se refirió nominalmente a uno de los informes periciales aportados por el recurrente, ello no implica que la Sala de instancia lo haya ignorado, ni que por tal motivo dicho auto incurra en la falta de motivación que se le reprocha por el recurrente.

En cuanto al segundo y último motivo de casación, relativo a la supuesta infracción del artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, el TS afirma que es indudable que la Sala de instancia ha realizado, como exige el artículo 130, una ponderación de los intereses en conflicto que le lleva a otorgar la prevalencia al interés público enmarcado en la protección de los recursos hídricos, siendo plenamente ajustada a la jurisprudencia que la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del TS viene entendiendo, en cuanto a la prevalencia del interés de la protección del dominio público en evitación de situaciones irreversibles (en este sentido las SSTs de 19 de marzo de 2008 —recurso de casación 4668/2006—; de 3 de octubre de 2007 —recurso de casación 1546/2005—; de 25 de octubre de 2007 —recurso de casación 3825/2005—; de 12 de diciembre de 2007 —recurso de casación 3827/2005—; de 30 de enero de 2008 —recurso de casación 3058/2006—, y de 13 de febrero de 2008 —recurso de casación 3070/2006).

Por las razones expuestas, el TS concluye que el recurso de casación no puede ser acogido, confirmando los autos desestimatorios en súplica de la medida cautelar solicitada. Ello sobre la base adicional de que la petición de medida cautelar solicitada por el recurrente —tendente a la suspensión de la resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir por la que se acuerda denegar la inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas el aprovechamiento en cuestión—, lo que materialmente implicaría sería la concesión —siquiera temporalmente mientras durase la sustanciación del proceso— de la inscripción de un aprovechamiento no reconocido por la Administración.

Véase sobre la misma materia (inscripción de aprovechamiento de aguas subterráneas en el Catálogo de Aguas Privadas), la **STS de 10 de diciembre de 2010** (recurso de casación núm. 5673/2006).

El análisis de la casuística de dicha sentencia es complejo en cuanto al planteamiento en parte estimatorio del recurso de casación sobre la sentencia de la Sala de instancia (Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha) y desestimatorio del recurso contencioso-administrativo sobre el que se sustancia parcialmente la casación que se opera sobre la resolución administrativa impugnada (Resolución de 4 de febrero de 2003, relativa a la inscripción de un aprovechamiento de aguas subterráneas para usos de regadío).

En el proceso del recurso contencioso-administrativo (núm. 276/2003) seguido ante la Sala de instancia se impugna la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Júcar de fecha 21 de marzo de 2006, por la que se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 4 de febrero de 2003, en la que se acordó la inclusión en el Registro de Aguas Públicas del aprovechamiento de una superficie regable de 34,99 hectáreas, con un volumen máximo anual de 43.800 m³ de agua, otorgando al recurrente un plazo de quince días para que formulara la petición de concesión que amparara la totalidad del aprovechamiento solicitado consistente en un volumen máximo anual de 140.000 m³, en condiciones que pudieran ser compatibles con el Plan Hidrológico del Júcar.

El recurrente pretendía se declarase por la Sala de instancia la nulidad de las resoluciones recurridas, en particular a las características de la inscripción del aprovechamiento con el reconocimiento de un mayor volumen de caudal, tal y como fue solicitado en vía administrativa, 252.000 m³. Todo ello sin necesidad de tramitar concesión alguna para el incremento del aprovechamiento sobre el finalmente autorizado (140.000 m³).

En la sentencia de instancia recurrida en casación, se expone un amplio análisis del sistema instaurado por la Ley de Aguas de 1985 en cuanto al régimen establecido en sus Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta a la hora de determinar el distinto acceso, requisitos y efectos de la inscripción en el Registro de Aguas o el Catálogo de Aguas Privadas. La Sala de instancia desestima el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de la Confederación, sobre la base de que, según la regulación contenida en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Aguas, las inscripciones en el Catálogo de Aguas Privadas requieren que el actor acredite la existencia del aprovechamiento, su puesta en explotación, características, aforo y extensión regada antes del 1 de enero de 1986. Se concluye en instancia que se prueba por el recurrente la extensión regada y la existencia del pozo con anterioridad a la Ley de Aguas de 1985, pero no las características del aforo y caudal solicitado.

El TS, tras hacer una larga exposición de la sentencia de instancia y valorar los motivos de casación esgrimidos por el recurrente, llega a la conclusión de que la Sala de Instancia ha incurrido en un error de incongruencia, pues la sentencia resuelve sobre cuestión distinta a la que había sido planeada en el recurso contencioso-administrativo, pues el acto administrativo impugnado se refería a la inscripción de aprovechamiento temporal de aguas en el Registro de Aguas al amparo de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Aguas de 1985, mientras que la sentencia de instancia examina la controversia jurídica planteada desde la perspectiva de la inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas prevista en la Transitoria Cuarta de la Ley.

Por ello el TS acoge dicho motivo de casación y anula la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 2 de octubre de 2006, por incongruencia, al haber incurrido con ello en falta de motivación e indefensión, pues el enjuiciamiento se realiza por la Sala de instancia desde una premisa errónea.

Cuestión distinta es cuando el TS entra a resolver sobre los términos en los que se plantea el debate por la parte actora en torno a la petición y fijación de un volumen de aguas superior al otorgado en la inscripción (de 43.800 m³ a 252.000 m³). En este sentido el TS afirma que el recurrente en ningún momento demostró respecto del volumen de agua para riego que éstos fuesen los caudales de los que se disponían y utilizaban en la explotación en la fecha de entrada en vigor de la norma (1986). Los documentos incorporados a las actuaciones nada dicen sobre volúmenes de agua extraídos o utilizados, por lo tanto, en modo alguno puede considerarse justificado por la parte actora que el volumen de agua para riego que utilizaba en el año 1986 fuese el indicado en su solicitud (252.000 m³).

En definitiva, la parte recurrente no sólo no ha aportado elementos de prueba suficientes que sirvan de respaldo a su pretensión, sino que hay datos que permiten cuestionar la verosimilitud del volumen de agua declarado en la solicitud de inscripción en el Registro presentada el 31 de diciembre de 1988. Y siendo ello así, concluye el Tribunal, no puede considerarse desvirtuada la asignación realizada por la Administración.

Por todo lo anterior el TS falla declarando haber lugar al recurso de casación interpuesto por el motivo anteriormente referido (incongruencia, falta de motivación e indefensión) y desestima el recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Júcar de 4 de febrero de 2003, por la que se acordó la inscripción en el Registro de Aguas Públicas del aprovechamiento de aguas subterráneas para usos de regadío al amparo de lo previsto en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Aguas, con un volumen de 43.800 m³ de agua.

C) Concesión de aprovechamiento hidroeléctrico

En la **STS de 2 de noviembre de 2010** (recurso de casación núm. 5215/2006), se discuten la solicitud de fecha 29 de diciembre de 1987 de concesión de un aprovechamiento hidroeléctrico en el término municipal de los Tojos (Cantabria) y la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte de fecha 20 de marzo de 2002, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por la entidad recurrente (Minicentrales Asturianas, SA) por la falta de resolución de la Administración durante más de cuatro años y dada la posterior denegación de dicha concesión hidroeléctrica a través de resolución desestimatoria de 24 de mayo de 1991.

La entidad mercantil Minicentrales Asturianas, SA interpuso recurso contencioso-administrativo contra los citados actos (recurso núm. 2145/2002), dictándose Sentencia de fecha 5 de julio de 2006, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, desestimando el recurso interpuesto por la entidad mercantil recurrente, dado que el Decreto 49/1990 del Gobierno de Cantabria impedía instalar una explotación hidroeléctrica en ese lugar por estar incluido dentro del espacio protegido del Parque Natural de Saja-Besaya. En lo fundamental, la sentencia de instancia desestima el recurso contencioso-administrativo sobre la base de dos argumentos: primero, dado que la recurrente no tenía un derecho a obtener la concesión de aprovechamiento hidroeléctrico la tardanza por la Administración en denegar dicha solicitud no conculcó derecho alguno, ni por consiguiente produjo un daño indemnizable dada la inexistencia de un derecho patrimonializado a la concesión, y segundo, el retraso administrativo en resolver al que la recurrente atribuye la producción de un daño había podido ser evitado utilizando el silencio administrativo negativo para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Contra dicha sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, se prepara recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, sosteniendo el argumento de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por la causación de daños patrimoniales en concepto de lucro cesante por valor de 30.000.000 euros. Dicho recurso se plantea en lo fundamental al amparo de un único motivo de casación, alegándose infracción del artículo 139 de la LRJ-PAC.

Analizado por el TS el motivo de casación expuesto, éste concluye que, al haber quedado probado que la recurrente no tenía un derecho a obtener la concesión solicitada, la tardanza de la Administración en resolver no pudo producirle un daño en sentido propio. Es más, afirma el TS en su FJ 3: «por más que haya habido una demora injustificada en acordar su denegación, al

no exigir la Ley que se otorgue al particular lo solicitado, la eventual lesión económica derivada de la denegación no podrá ser calificada de antijurídica».

Confirma en tal sentido el TS que si se parte de la premisa de que no hay derecho a obtener la concesión, no hay daño por la no obtención de la concesión. Pero a mayor abundamiento afirma el Tribunal que, en el presente caso, la única lesión cuya indemnización solicita el recurrente es el lucro cesante por la no obtención de la concesión. Algo que no es un daño patrimonial en sentido propio, sino una simple esperanza de ganancia carente de protección jurídica.

Por todo lo anterior el TS concluye que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil Minicentrales Asturianas, SA, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 5 de julio de 2006.

Sobre la misma materia, aunque en sentido contrario (concesión de aprovechamiento hidroeléctrico), véase la **STS de 10 de noviembre de 2010**, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo (recurso de casación núm. 4715/2006), en la que se discute la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (Comisaría de Aguas), de fecha 27 de enero de 2004, mediante la cual se deniega la concesión de aprovechamiento para derivar aguas procedentes del embalse del Portillo (Granada) en solicitud de un caudal de 3.000 litros/segundo.

La Resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir denegó la concesión del aprovechamiento hidroeléctrico sobre la base de un informe de la Oficina de Planificación, de fecha 22 de enero de 2004, que determinaba la falta de compatibilidad de la solicitud de concesión con el Plan Hidrológico, dado que «las Normas del Plan Hidrológico del Guadalquivir expresan en su artículo 32 que el Organismo de Cuenca proveerá al aprovechamiento hidroeléctrico del embalse del Portillo, por lo que al no ser compatible con el Plan Hidrológico esta iniciativa privada, la Oficina de Planificación Hidrológica emite informe desfavorable».

Dicha Resolución de 22 de enero de 2004 fue recurrida por la entidad mercantil Andaluza de la Energía, SL, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla). La Sala de instancia estimó el recurso contencioso-administrativo (recurso núm. 517/2004), declarando la disconformidad de la Resolución impugnada denegatoria de la concesión de aprovechamiento hidroeléctrico, en síntesis sobre la siguiente argumentación: primero, la resolución recurrida fundamenta la denegación en el informe de la Oficina de Planificación de fecha 22 de enero de 2004; segundo, el indicado informe se limita a expresar que en el artículo 32 de las Normas del Plan Hidrológico se establece que el Organismo de Cuenca proveerá el aprovechamiento hidroeléctrico, haciendo con ello concluir la incompatibilidad de la iniciativa privada con el Plan. De lo anterior la Sala de instancia extrae la consecuencia clara de falta de motivación del informe y por ende de la resolución administrativa que lo asume, al no motivarse la denegación en ningún otro fundamento o razón. En tal sentido la Sala de instancia anula la Resolución impugnada de la Confederación Hidrográfica y declara el derecho a la concesión solicitada.

Contra dicha sentencia de instancia se interpone por la Administración General de Estado (Confederación Hidrográfica del Guadalquivir) recurso de casación sobre tres motivos. El primero, por entender que la sentencia de instancia incurrió en un exceso de jurisdicción al sustituir la Sala de instancia la competencia de la Administración en declarar el derecho a la concesión solicitada, valorando aspectos de apreciación discrecional por el órgano administrativo; el segundo motivo, por haber incurrido aquélla en incongruencia *extra petitum*, y el tercero motivo, por infracción de lo establecido en el artículo 54 de la LRJ-PAC, en relación con su artículo 89.5 y el artículo 108 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, así como de las Normas del Plan Hidrológico de Cuenca (artículo 32.1), aprobado por Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio, juntamente con la doctrina y jurisprudencia que los interpreta y aplica.

Tras el análisis de los tres motivos de casación, el TS concluye sorprendentemente en la desestimación del recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía (Sede de Sevilla), en fecha 8 de junio de 2006. La *ratio decidendi* del fallo del TS se apoya en la única y exclusiva afirmación por el Tribunal de que la concreta controversia sobre la que versaba la *litis* (compatibilidad entre la concesión solicitada y la promoción por el Organismo de Cuenca del aprovechamiento Hidroeléctrico del embalse del Portillo) no había sido objeto de crítica y contraargumentación en el presente recurso de casación.

D) Trasvase Tajo-Segura

En la STS de 21 de octubre de 2010 (recurso contencioso-administrativo núm. 527/2008), se discute el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de julio de 2008, por el que se autorizó un trasvase de 21,86 hectómetros cúbicos con destino al acueducto Tajo-Segura.

Contra dicho Acuerdo, el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en nombre y representación de la Administración de la Comunidad Autónoma, presentó escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo, aduciendo como motivos de impugnación del acuerdo recurrido que éste es nulo por omisión de la preceptiva evaluación de impacto ambiental exigible por el artículo 5.1 de la Ley 4/2007, de 8 de marzo, de Evaluación de Impacto ambiental en Castilla-La Mancha, y carece de motivación por no razonarse en él la necesidad del trasvase con destino a regadíos y mucho menos sobre el concreto destino de los dieciocho hectómetros cúbicos de agua para ese fin, aunque la decisión de trasvasar agua del Tajo al Segura con destino a regadíos en una situación excepcional en los embalses de cabecera requiere una cumplida motivación, que se considera insuficiente, dado que se desconocen las concretas explotaciones de cultivos a regar con el agua trasvasada.

Por el contrario, el Abogado del Estado aduce que en esta materia rige la norma estatal y no la autonómica, por lo que no resulta necesaria la evaluación de impacto ambiental.

Analizadas las alegaciones de las partes, el TS afirma que no cabe duda de que el Acuerdo de Consejo de Ministros impugnado es muy escueto en su motivación y fundamentación. Al igual que en los supuestos resueltos por el TS y también analizados por las crónicas de sentencias comentadas en el número 48 de esta Revista (*Justicia Administrativa*, de julio de 2010): Sentencia del TS de 10 de febrero de 2010 (recurso núm. 161/2007) y la de 10 de marzo de 2010 (recurso núm. 613/2007). Pero, sin embargo, no se puede negar que, como apuntan las Administraciones demandadas, en el expediente tramitado al efecto obra el informe del Director General del Agua, que, a su vez, se hace eco del informe de la Dirección General de Desarrollo Sostenible del Medio Rural, al igual que se alude a éste en la reunión de la Comisión Central de Explotación del Acueducto Tajo Segura, en los que se constata la necesidad de un trasvase de agua para riego.

Se concluye por lo tanto por el TS, en su FJ 4, que en contra del parecer de la Administración demandante, hay justificación suficiente y razonable de la decisión de destinar la cantidad de agua consignada en el Acuerdo como agua a trasvasar de la cabecera del río Tajo con destino a riegos para garantizar la supervivencia de las plantaciones leñosas-cítricas.

En cuanto al otro motivo de impugnación del recurso contencioso-administrativo que analizamos tal y como el TS ha declarado en las referidas Sentencias de 10 de febrero y de 10 de marzo de 2010, el artículo 5.1 de la Ley autonómica 4/2007, de 8 de marzo, de Evaluación Ambiental en Castilla-La Mancha, no es aplicable el supuesto que nos ocupa, al tratarse de un trasvase entre cuentas intercomunitarias, el cual se rige exclusivamente por las normas estatales, y concretamente por la Ley 52/1980, de 21 de octubre, Real Decreto 2530/1985, de 27 de

diciembre y el Plan Hidrológico de la cuenca del Tajo, aprobado por Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio, así como la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, modificada por la Ley 11/2005, de 22 de junio, cuyas disposiciones estatales fijan los requisitos y condiciones para llevar a cabo el trasvase.

Por todo lo anterior el TS concluye en la improsperabilidad de los motivos de impugnación alegados frente al Acuerdo de Consejo de Ministros de constante referencia, desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Sobre la misma materia y en similar sentido desestimatorio, véase la **STS de 21 de octubre de 2010** (recurso de casación núm. 4949/2006), interpuesto por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, contra la Sentencia de 28 de junio de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el recurso contencioso-administrativo núm. 2167/2003, contra el Acuerdo de la Comisión Central de Explotación del Acueducto Tajo-Segura, por el que se autorizó un trasvase de aguas de 187 hectómetros cúbicos.

3. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde del dominio público marítimo-terrestre

a) *Finalidad: declarar dominio público los bienes que lo son por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo*

De nuevo se reflejan en estas crónicas pronunciamientos judiciales que constatan el carácter demanial de bienes costeros que, por naturaleza, se acomodan a las consecuentes determinaciones normativas. Y ello con independencia de títulos jurídicos remotos, que no alteran en ningún caso 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 demaniales (**SSAN de 21 de octubre, 12, 18 y 29 de noviembre y 2 de diciembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núms. 282/2009, FFJJ 4 y 5, 551/2009, FJ 4, 813/2008, FJ 4, 481/2009, FJ 2 y 209/2009, FJ 3).

Así sucede con la zona marítimo-terrestre (**SSAN de 7, 18, 22 y 28 de octubre y 3 de diciembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núms. 670/2008, 659/2008, 788/2008, 554/2008 y 143/2009), con los terrenos naturalmente inundables como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, las olas o de la filtración del agua del mar (**SSTS de 27 de octubre y 11 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núms. 4976/2006 y 5202/2006; **SSAN de 4 y 12 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núms. 551/2009, FJ 7 y 555/2008), con las dunas (**SAN de 5 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 653/2008) y con las playas (**STS de 11 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4217/2006; **SSAN de 21 de octubre y 4, 12 y 18 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núms. 282/2009, FJ 3, 377/2009, 551/2009, FJ 6 y 813/2008, FFJJ 5 y 6).

b) *Procedimiento*

a') 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 costero terrenos con características demaniales no

justifica su exclusión de otros análogos, puesto que la igualdad sólo puede operar dentro de la legalidad (**SSAN de 7, 18, 22, 28 y 29 de octubre y 2 de diciembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núms. 670/2008, 659/2008, 788/2008, 554/2008, 481/2009 y 209/2009).

b') La existencia de deslindes previos no impide la realización de otros posteriores

Es conocido igualmente que la potestad de deslinde de costas puede ejercitarse en cualquier momento, aunque no hayan cambiado las características morfológicas de los terrenos. Lo determinante al efecto es que los terrenos reúnan las características físicas que describe la Ley de Costas para considerar su naturaleza demanial, de manera que en ningún caso la existencia de deslindes previos imposibilita la realización de otros posteriores, si aquéllos resultan incorrectos, incompletos o inexactos (**STS de 27 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 5225/2006, FJ 1; **SSAN de 12 y 29 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núms. 551/2009, FJ 3 y 481/2009, FJ 4).

c') La coincidencia física de los límites demaniales hace innecesario un nuevo deslinde

Por cierto que cuando el deslinde realizado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas se ajusta a sus criterios y, más aún, las nuevas técnicas cartográficas demuestran que la actual poligonal es íntegramente coincidente con la del antiguo deslinde, sólo procede ratificar este anterior, sin resultar preciso un nuevo procedimiento (**STS de 27 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 5312/2006).

d') La resolución de los procedimientos de deslinde debe estar motivada

Como recuerda la **SAN de 18 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 813/2008), las resoluciones de los procedimientos de deslinde deberán estar motivadas, entendiéndose cumplido este deber mediante la remisión explícita o implícita a los informes y documentación obrantes en el expediente. En el supuesto concreto sobre el que se pronuncia, la remisión de la resolución a la Memoria y a los Anejos a la misma que justifican la línea de deslinde y la anchura de la servidumbre de protección constituye, a juicio de la Sala, motivación suficiente (FJ 3).

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: extensión de la servidumbre de protección

El régimen jurídico del demanio costero conlleva importantes limitaciones para la propiedad privada colindante con él, que debe soportar las servidumbres y restricciones impuestas al ejercicio de las facultades dominicales de los propietarios para garantizar la protección, conservación y aprovechamiento de aquél.

Es el caso de la servidumbre de protección, que recaerá sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 23.1 de la Ley de Costas), reduciéndose esta extensión a 20 metros en el caso de terrenos calificados como suelo urbano a la entrada en vigor de esa norma o que, en su defecto, en la misma fecha se tratase de un área urbana en la que la edificación estuviese consolidada o los terrenos dispusiesen de los servicios exigidos en la legislación urbanística (acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica) y la Administración urbanística les hubiera reconocido expresamente ese carácter (Disposición Transitoria Novena.3 del Reglamento de

Costas), lo que no sucede en el supuesto sobre el que se pronuncia la **SAN de 18 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 813/2008), FJ 7.

C) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre: alcance de las Disposiciones Transitorias Primera y Cuarta de la Ley de Costas

Son tres las Sentencias de la Audiencia Nacional que se pronuncian en esta oportunidad en torno a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional a las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas.

Por un lado, la **SAN de 3 de diciembre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 211/2008), recuerda la doctrina de aquél sobre el alcance de la Disposición Transitoria Primera.1 de la Ley. Y a su tenor, se centra en determinar si ésta, en la medida en que permite obtener una concesión administrativa sobre los usos y aprovechamientos existentes en propiedades particulares así declaradas por sentencia judicial firme, comprende también el uso de unas viviendas existentes en parcelas hoy consideradas demaniales que no estaban construidas a la entrada en vigor de la norma, aunque sí se había concedido licencia de obra para su realización. La respuesta que ofrece la Sala es afirmativa, precisamente en atención a la concesión de dicha licencia. Este hecho determina, a su juicio, que los recurrentes no dispusiesen de meras expectativas de uso —no amparadas por la compensación expropiatoria— sino de un derecho a edificar consolidado que implica materialización de los usos, sólo pendientes de actos de ejecución. Por esta razón, reconoce el derecho de los recurrentes a obtener la concesión prevista en aquella Transitoria, como contraprestación por la privación del título dominical.

Por su parte, también en relación con la misma Disposición y apartado, la **SAN de 21 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 197/2008), rechaza la equiparación entre sentencia judicial firme e inscripción del bien en el Registro de la Propiedad pretendida por la recurrente, negando así la aplicación de aquélla a supuestos en los que no concurren todas y cada una de las condiciones exigidas para producir las consecuencias jurídicas anudada a ella. Esta misma Sentencia recuerda igualmente las diferencias existentes entre los apartados 3 y 4 de la Disposición que nos ocupa, consistentes fundamentalmente en derivar consecuencias distintas a los propietarios de bienes sitios en tramos de costa total o parcialmente deslindados a la entrada en vigor de la actual Ley de Costas. En el caso de que el deslinde estuviese totalmente practicado a dicha fecha pero hubiese de realizarse uno nuevo para adecuarlo a las nuevas exigencias legislativas, se reconoce a los propietarios de terrenos comprendidos entre la antigua y la nueva delimitación del demanio el derecho a concesión compensatoria establecido en el apartado 1 de esta Disposición. Sin embargo, en el supuesto de que el deslinde no estuviese realizado, o sólo parcialmente, se procederá a practicar el mismo con los efectos del artículo 13 de la Ley de Costas (reconocimiento de titularidad dominical en favor del Estado). Esto último sucede en el supuesto de autos, por lo que se desestima la pretensión de la recurrente en orden a obtener concesión de uso privativo en aplicación de la Disposición Transitoria.1 de la Ley de Costas.

Finalmente, la **SAN de 17 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 265/2007), recuerda que el apartado 2 de la misma Disposición Transitoria Primera sujeta a los terrenos de la zona marítimo-terrestre que no hubiesen sido ocupados por la Administración al ser practicado un deslinde anterior por estar amparados por inscripciones registrales a favor de particulares al mismo régimen de usos establecidos en la Ley de Costas, si bien los titulares inscritos podían solicitar en el plazo de un año desde su entrada en vigor la legalización de los usos existentes mediante la correspondiente concesión, en los términos de la Disposición Transitoria Cuarta. Y esta Transitoria Cuarta, a su vez, establecía que las obras construidas sin título antes

de la entrada en vigor de la Ley de Costas que no puedan ser legalizadas por razones de interés público deberán ser demolidas, mientras que si procede su legalización o se trata de obras que pudieran construirse al amparo de título concedido también antes de dicha entrada en vigor que resulte contrario a la vigente Ley de Costas serán demolidas al extinguirse la concesión. En el supuesto sobre el que se pronuncia la sentencia, el recurrente solicita una concesión administrativa de uso privativo de una parcela incluida en el demanio marítimo en 2001, al amparo de la Disposición Transitoria Primera.², entendiendo también que debe otorgársele por el plazo máximo a computar desde que terminó el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley de Costas. Y así lo entiende también la Sala, para quien la denegación tácita por el Ministerio de Medio Ambiente constituye una privación de su propiedad sin compensación, lo que vulnera el artículo 33.3 de la Constitución. Respecto al plazo, no entiende aplicable el de 30 años prorrogables por otros 30 que prevé el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera, puesto que está pensado para otra realidad (terrenos declarados de propiedad particular en virtud de sentencia judicial firme). Por el contrario, considera de aplicación el plazo máximo concesional considerado con carácter general en el artículo 66.2 de la Ley de Costas (30 años), a contar desde el año siguiente a su entrada en vigor. La suma de ambos razonamientos determina, en definitiva, el reconociendo al recurrente del derecho a la legalización de usos mediante el otorgamiento de una concesión en los términos de aquellas Disposiciones.

D) Infracciones: ocupación sin título del dominio público marítimo-terrestre

Según establece el artículo 90 de la Ley de Costas, constituyen infracción administrativa las acciones u omisiones que ocasionen daño o menoscabo al demanio marítimo, su ocupación sin el oportuno título, la ejecución de instalaciones también sin título y el incumplimiento de las condiciones de los correspondientes títulos administrativos [apartados a), b) y d)]. Todas estas conductas acontecen en el supuesto sobre el que se pronuncia la **SAN de 4 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 39/2010): utilización por un chiringuito con autorización para ocupar con instalaciones de temporada 20 metros cuadrados en el dominio público costero de 135 metros reales mediante un cobertizo cubierto y mesas. El hecho de que el infractor sancionado fuese el arrendatario y no el propietario del negocio —quien realizó antes del arrendamiento esas instalaciones— no altera su responsabilidad, puesto que era conocedor de la ocupación realizada.

E) Puertos

a) Las concesiones portuarias se adjudicarán mediante concurso convocado al efecto

El otorgamiento de una concesión en el demanio portuario requiere la convocatoria de concurso al efecto (artículo 111 de la Ley 48/2003) cuya adjudicación, en caso de demora, determina silencio negativo pero nunca caducidad (artículo 44.1 de la Ley 30/1992). En el supuesto resuelto por la **STSJ de Canarias de 20 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 26/2008), se aprobaron junto con la convocatoria el pliego de bases del concurso y los pliegos de condiciones generales y particulares a los que debía ajustarse la concesión, como así sucedió. El hecho de que la Administración portuaria disponga de discrecionalidad técnica para decidir la aplicación concreta de esos criterios (por ejemplo, otorgando las puntuaciones específicas a cada licitador dentro de los rangos mínimos y máximos dispuestos) no determina, en ningún caso, su desatención. Como tampoco el hecho de que el concesionario sea una UTE en la que uno de sus miembros, por mor de sus estatutos, no tenga ánimo de lucro, implica infracción de la normativa de contratos por incapacidad de contratar, dado que ya en la escritura

pública de constitución de la UTE se eximió a ese socio de cualquier desembolso, inversión o compromiso financiero, siendo el resto quienes realizarían la aportación al fondo operativo común y quienes soportarían los gastos y riesgos derivados de la concesión.

b) *Cabe exigir aval como garantía del cumplimiento del clausulado de una concesión de uso portuario*

Igualmente, y como recuerda la **STS de 30 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 6036/2007), la Administración puede imponer aval como garantía del cumplimiento de las obligaciones aparejadas a una concesión de uso privativo del dominio público portuario, sin que dicho aval tenga la condición de prestación patrimonial pública sujeta a reserva de Ley: se trata de un compromiso voluntariamente adquirido por el concesionario con el objeto de responder del cumplimiento de las obligaciones concesionales también voluntariamente asumidas. En el supuesto de autos, fue precisamente el incumplimiento de alguna de estas condiciones el que determinó la extinción de la concesión y la aplicación del aval como garantía de lo comprometido y no cumplido. Por eso, no tiene lógica el argumento del recurrente acerca de que dicha extinción supone la desaparición de todos los derechos y obligaciones concesionales, incluido el aval, determinando su devolución. Tampoco se sostiene su pretensión de obtención de la devolución del aval por silencio administrativo positivo: precisamente uno de los supuestos de silencio desestimatorio contemplados en el artículo 43 de la Ley 30/1992 se produce en aquellos procedimientos en los que la resolución tuviera como consecuencia la transferencia al interesado de facultades relativas al dominio público, como es el caso.

c) *Son las funciones que realiza y no su desempeño en una sociedad estatal o privada las que determinan la condición de estibador portuario*

Sobre la condición de estibador portuario y la consiguiente afiliación de quienes la detentan en el régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores del mar se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 262/2009). Recordando doctrina del TS al respecto, la Sala afirma que son las funciones que realiza y no su desempeño en una sociedad estatal o privada las que determinan la condición de estibador portuario, resultando aquélla de las desempeñadas por la recurrente. Por esa razón, estima el recurso presentado y reconoce el derecho de la actora a ser incluida en aquel régimen especial.

F) Navegación marítima

a) *Demandas de responsabilidad patrimonial: debe existir relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño producido, y éste debe ser efectivo*

En esta ocasión hay que dar cuenta de dos sentencias que se pronuncian sobre demandas de responsabilidad patrimonial deducidas frente a actuaciones de la Administración costera. Es el caso de la **SAN de 15 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 548/2007), que considera inexistente la relación de causalidad entre la operación de salvamento marítimo desarrollada por la Administración y el fallecimiento de la persona socorrida, al no apreciarse falta de diligencia y deficiente funcionamiento del servicio. Tanto la celeridad con que se desarrollaron las actuaciones como el momento en que se produjo el fallecimiento según la autopsia (minutos después del accidente, sin que una llegada más rápida de los efectivos de socorro lo

hubiese impedido), determinan que dicha acción fue acorde con los estándares de seguridad exigibles.

Por su parte, la **STS de 3 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 138/2009), entiende que, pese a existir relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño producido —un buque sobre el que pesaba un embargo cautelar en espera de la resolución del proceso judicial deducido contra sus propietarios se hizo a la mar sin que la Capitanía Marítima bajo cuya custodia se encontraba hiciese nada para impedirlo—, este último no ha quedado acreditado. El informe pericial presentado por la parte actora no cumple, a juicio de la Sala, el mínimo rigor exigible para considerar el valor de la nave. Y esta divergencia en la valoración de la prueba no constituye, como alegaba la demandante, desviación de poder ni inversión de la carga de la prueba (hacer recaer sobre ella la obligación de acreditar la existencia del buque y su localización), viniendo referida exclusivamente a la apreciación de uno de los requisitos fundamentales del instituto de la responsabilidad patrimonial: la acreditación del daño.

b) Real Decreto por el que se regulan las titulaciones profesionales de la marina mercante: validez

Mediante Real Decreto 973/2009, de 12 de junio, procedieron a regularse las titulaciones profesionales de la Marina Mercante. Frente a éste, el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española interpuso recurso contencioso-administrativo, pronunciándose sobre él la **STS de 27 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 79/2009). Son diversos los argumentos opuestos por la parte recurrente contra esta norma, desestimados todos ellos por el Tribunal.

En primer lugar, el Colegio entendía que el reglamento era nulo por no haberse sometido el proyecto de disposición a informe del Consejo General de Formación Profesional. Sin embargo, la Sala recuerda que ninguna norma prescribe la obligatoriedad de este informe, por lo que, en aplicación del artículo 83.2 de la Ley 30/1992, tendría carácter facultativo. De esta forma, su omisión no supondría ninguna tacha de ilegalidad a la disposición impugnada.

Asimismo se recurren diversos artículos que, a juicio del Colegio, realizarían equiparaciones entre titulaciones y módulos profesionales sin haber procedido al desarrollo normativo de un Real Decreto previo. A esto responde el Tribunal que no cabe oponer a un reglamento supuestas exigencias de desarrollo formuladas por disposiciones anteriores del mismo rango que, en todo caso, se entenderán modificadas por la norma que se impugna. De la misma manera, rechaza el reproche hecho a un incremento de las atribuciones de mando de los correspondientes títulos sin un correlativo incremento de formación, dado que nada lo impide mientras los nuevos contenidos sean adecuados para la profesión a la que habilitan, lo que en ningún momento se rebate por la actora.

Finalmente, el Tribunal considera que la autorización provisional a profesionales de otros países firmantes del «Convenio de la Organización Marítima Internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente del mar» para ejercer en buques españoles durante el procedimiento de tramitación del título no resulta discriminatorio para los españoles, no vulnerando tampoco el principio de seguridad jurídica. Son aquéllos profesionales que aportan una titulación expedida por otro Estado conforme a las determinaciones de un Convenio también suscrito por España, lo que, en cuanto tal, ya supone una garantía respecto al título cuyo reconocimiento se pretende. Este reconocimiento se realizará mediante refrendo por la parte española y la correspondiente expedición de la tarjeta profesional, conformando, en definitiva,

un procedimiento diferente del que deben proseguir los profesionales españoles, pero en ningún caso discriminatorio para ellos. Por otra parte, el reconocimiento del título de patrón profesional de embarcaciones de recreo no supone para el TS la creación de un nuevo título profesional mediante norma reglamentaria, con vulneración de la reserva de ley establecida a los efectos por el artículo 36 de la Constitución, como pretendía el recurrente. La nueva certificación de patrón de yate no atribuye nuevas competencias que éstos no poseyeran previamente. Simplemente, se reglamenta el ejercicio de dicha titulación cuando se realice de manera profesional para garantizar una mayor seguridad. Se trata, en fin, de un «certificado de especialidad» de quienes ya están en posesión de unas titulaciones que implican determinadas facultades.

G) Pesca marítima

a) *Interpretación de la normativa aplicable a las compensaciones por paradas técnicas de la actividad pesquera*

Al igual que otros pronunciamientos mencionados en una crónica anterior, la **SAN de 26 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 854/2009), procede también a una interpretación literal y sistemática de la Orden 260/2007, de 23 de julio, por la que se establecían ayudas compensatorias para los buques afectados por paradas técnicas de la actividad pesquera. Y conforme a ella, la Sala concluye nuevamente que la ausencia de detalle normativo acerca de la extensión temporal de los tres períodos en que pueden fraccionar dichas paradas los barcos que hayan participado en la campaña experimental impide establecer restricciones al respecto, a diferencia de los buques que no hayan intervenido en ellas, que no podrán computar como subvencionables los períodos de paralización inferiores a 10 días. Si la norma hubiese querido fijar los días correspondientes a cada uno de estos períodos o señalar su duración mínima lo habría hecho, al igual que lo hizo respecto de los barcos que no participaron en la citada pesca experimental.

b) *La limitación de la pesca de determinadas especies está fundamentada en diversas normas nacionales e internacionales*

Por su parte, la **SAN de 26 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 671/2009), rechaza el recurso presentado por una Federación Provincial de Cofradías de Pesca frente a la Orden MARM 1647/2009, de 15 de junio, por la que se regula la pesca de especies altamente migratorias. Frente a los argumentos de mera oportunidad planteados por la recurrente (que apela a una abstracta «injustificación de la norma»), la Sala opone argumentos de legalidad: diversos Reglamentos comunitarios y recomendaciones de organismos internacionales amparan la limitación de capturas de especies en peligro que plantea la norma recurrida.

c) *Responsabilidad patrimonial por el hundimiento de petrolero Mar Egeo: improcedencia*

También resulta de interés el razonamiento contenido en la **STS de 24 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 1189/2009). En ella, se rechaza la petición de indemnización planteada por los recurrentes, al entender que en ningún caso concurren en el supuesto los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Efectivamente, como consecuencia del naufragio del petrolero «Mar Egeo», los caladeros gallegos estuvieron cerrados durante cuatro meses. Los recurrentes, propietarios de un negocio de com-

prava de pescado al por mayor consideraban que las pérdidas en las ventas con respecto al mismo trimestre del año anterior traía causa directa de este hecho; valoración que no comparte el Tribunal. No se trata, razona, del mismo caso de los pescadores, perjudicados directos por el cese de su actividad y a los que sí se reconoció su reclamación de responsabilidad, condenando al propietario del buque y al Estado como responsables subsidiarios del Capitán y del Práctico del Puerto. En el caso de los comerciantes, no queda probado que su actividad comercial se desarrollase únicamente en los puertos y caladeros cerrados, ni que la necesidad de adquirir pescado en otros puntos de compra haya mermado sensiblemente el negocio que realizaban. No está acreditada, por tanto, la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño invocado ni la efectividad de dicho daño, como exigen los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992.

4. PATRIMONIO HISTÓRICO

- A) El miembro que correspondería nombrar por el Ministerio de Educación y Cultura para componer la Comisión del artículo 78 de la Ley de Expropiación Forzosa que determine el justo precio de los bienes de valor artístico, histórico y arqueológico que sean expropiados, puede ser designado por las Consejerías de Educación autonómicas, si la Comunidad Autónoma en cuestión a la que corresponde la salvaguardia del bien con valor histórico-artístico ha asumido las competencias en materia de Educación que cuando en 1954 se redactó la LEF correspondía al Ministerio de Educación**

La STS de 10 de noviembre de 2010 (recurso núm. 1888/2007), resuelve el recurso de casación interpuesto contra un Auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en ejecución de sentencia. Ésta versaba sobre un procedimiento expropiatorio y en ella se disponía que —a diferencia del suelo, cuya valoración correspondía al Jurado de Expropiación— la valoración del justiprecio correspondiente por el edificio donde se hallaba un bien con valor histórico-artístico (el Casino de Manresa) debía calcularse por la Comisión de Académicos al que se alude en el artículo 78 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF).

Interesa recordar que este precepto incluido en el Capítulo III del Título III de la LEF, que referido a «Procedimientos especiales», se refiere, en particular, a la expropiación de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico, y dispone que en este último caso: «El justo precio de los bienes se determinará mediante tasación pericial por una Comisión compuesta por tres académicos, designados, uno por la Mesa del Instituto de España, otro por el Ministerio de Educación y Cultura y el tercero por el propietario del bien afectado. La designación podrá recaer en académicos de las Academias de Distrito, presidiendo el primero de los sindicatos y decidiendo los empates con voto de calidad».

Pues bien, para dar cumplimiento a lo resuelto en la Sentencia indicada se dicta por el TSJ de Cataluña el Auto impugnado que resuelve textualmente: «Proceder a la ejecución de la sentencia sobre la que versa el presente incidente, que se comenzará por la determinación del justo precio del edificio objeto de la litis por la Comisión a que se refiere el artículo 78 de la Ley de Expropiación Forzosa y en la forma y plazos regulados en los artículos 78 y 79 de la misma Ley y en los artículos 94 a 98 de su Reglamento, entendiendo sustituidas las menciones que en todos ellos se hace al “Instituto de España” por las del “Consell Interacadémico de Catalunya”, y en las que realizan al “Ministerio de Educación Nacional” por las del “Departament de Cultura y Medios de Comunicació de la Generalitat de Catalunya”».

La entidad expropiada no está de acuerdo con lo acordado en el Auto y funda su recurso de casación en que, a su modo de ver, la sentencia no es ejecutada en sus propios términos. Sostiene que la Comisión de Académicos prevista en el artículo 78 de la LEF debe estar necesariamente compuesta por personas designadas por la Mesa del Instituto de España y por el Ministerio de Educación y Ciencia, y no por órganos autonómicos.

Para facilitar la comprensión de su fallo, el Tribunal Supremo en la sentencia que comentamos, hace un amplio repaso a los distintos argumentos invocados por la recurrente para defender la ilegalidad del Auto y a las razones por las que no pueden acogerse. Así, tras observar que la Generalitat de Cataluña ostenta competencias en materia de cultura y de academias, centra la atención sobre tres argumentos:

Primero, que el Tribunal Constitucional, a partir de su Sentencia 251/2006, ha venido reconociendo que las Comunidades Autónomas, como manifestación de su potestad de autoorganización, pueden crear órganos propios de valoración para aquellas expropiaciones que les conciernan, lo que justificaría que también la Comisión de Académicos sea nombrada por órganos autonómicos.

Segundo, que la Ley de Expropiación Forzosa es preconstitucional, de donde se seguiría que debe ser reinterpretada a la luz de las exigencias establecidas por la Constitución y, por tanto, interpretada a la vista de la consagración del Estado autonómico.

Tercero, que el artículo 78 de la LEF carece del carácter de legislación básica, de manera que cabe que el derecho autonómico adopte una regulación diferente.

Ahora bien, pare el TS ninguno de esos tres argumentos le resulta convincente. Por lo que se refiere a la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas en materia de órganos de valoración de bienes expropiados, es incontestable que toda una línea de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en que se inscribe la sentencia arriba mencionada, admite la conformidad con la Constitución de las leyes autonómicas que crean Jurados Territoriales de Expropiación para la determinación del justiprecio en expropiaciones acordadas por la Administración autonómica o por las entidades locales. El Tribunal Constitucional ha venido reiteradamente entendiendo que ello es una simple manifestación de la potestad de autoorganización, por lo que no conculca la competencia legislativa del Estado sobre la expropiación forzosa tal como está consagrada en el artículo 149.1.18 de la CE. Se trata de una doctrina jurisprudencial muy asentada y, por tanto, con independencia de la opinión que pueda merecer a la vista del inequívoco tenor literal del artículo 149.1.18 de la CE, a ella hay que estar. Ahora bien, ocurre que esa doctrina jurisprudencial no resulta aplicable al presente caso. De entrada, se refiere a los Jurados Territoriales de Expropiación, mientras que aquí se trata de la Comisión de Académicos llamada a determinar el justiprecio de bienes con valor arqueológico, histórico o artístico, órgano sobre el que no se ha pronunciado jamás el Tribunal Constitucional. De aquí que hacer referencia en este caso a la doctrina jurisprudencial sobre Jurados Territoriales de Expropiación sólo puede ser, en la mejor de las hipótesis, un ejercicio de analogía. Pero incluso si se admitiese que —a efectos de razonar analógicamente— hay identidad de razón entre el Jurado de Expropiación y la Comisión de Académicos, de ello no se seguiría que la decisión de la Sala de instancia de que el Instituto de España y el Ministerio de Educación Nacional sean sustituidos por sus equivalentes autonómicos en Cataluña queda justificada por la potestad de autoorganización de la citada Comunidad Autónoma; y ello sencillamente porque el legislador catalán no ha creado ningún órgano autonómico con el cometido de fijar el justiprecio en las expropiaciones de bienes con valor histórico-artístico. Aquí hay sólo una resolución judicial que da una determinada interpretación al artículo 78 de la LEF, lo que poco tiene que ver con él una Administración autonómica que se autoorganiza.

Por lo que hace al carácter preconstitucional de la Ley de Expropiación Forzosa, es irrelevante. Ninguna duda cabe que, en determinados extremos, las leyes anteriores a 1978 pueden estar inspiradas en valores extraños a la Constitución. Ello exigirá darles una nueva interpretación que resulte conforme a los dictados constitucionales o, si ello no es posible, declarar la inconstitucionalidad de los preceptos correspondientes. Pero, una vez dicho esto, el mero hecho de que una ley sea anterior a 1978 no la priva de fuerza vinculante, ni autoriza al operador jurídico a esquivar los métodos generalmente admitidos de interpretación. Trasladando todo ello a este caso, no parece que haya ninguna buena razón para dudar de la conformidad con la Constitución del artículo 78 de la LEF, ni siquiera en cuanto a los órganos que menciona: ni el Instituto de España ni el Ministerio de Educación son expresión de un régimen dictatorial, sino que encarnan realidades institucionales que, bajo denominaciones cambiantes, existían antes de 1936, existieron igualmente entre 1936 y 1975 y, por supuesto, han continuado existiendo hasta hoy. Cuestión distinta, a la que luego se hará referencia, es que las atribuciones que en 1954, cuando se aprobó la Ley de Expropiación Forzosa, tenían el Instituto de España o el Ministerio de Educación Nacional hayan podido variar con el tiempo.

Por último, la afirmación de que el artículo 78 de la LEF no tiene carácter de legislación básica carece de verdadero significado, pues la legislación básica sólo puede existir, por definición, en el terreno de las competencias legislativas compartidas; nunca, como ocurre con la expropiación forzosa, en el terreno de las competencias legislativas exclusivas del Estado. Cuando la norma estatal es manifestación de una competencia legislativa exclusiva, esa sola circunstancia es suficiente para que se imponga frente a posibles normas autonómicas de otro signo. Así, si el artículo 78 de la LEF no tiene carácter de legislación básica es simplemente porque no lo necesita.

A la vista de lo expuesto, los argumentos ampliamente desarrollados por la Sala de instancia en apoyo de su decisión no son acogidos por el TS, para el que la única razón que quedaría entonces para justificar que el Instituto de España y el Ministerio de Educación Nacional sean sustituidos por el Consell Interacadémico de Catalunya y el Departament de Cultura sería que, por un fenómeno de sucesión competencial, las atribuciones que en 1954 tenían aquéllos corresponden actualmente en el territorio de Cataluña a éstos. Como se dijo más arriba, el auto impugnado alude a ello, si bien con mucho menos detalle y claridad que al exponer los otros argumentos.

Considera el TS que la idea de la sucesión competencial es básicamente correcta, por más que esté necesitada de algunas matizaciones. Cuando el artículo 78 de la LEF encomienda el nombramiento de dos de los miembros de la Comisión de Académicos a la Mesa del Instituto de España y al Ministerio de Educación Nacional, debe entenderse que se refiere a los órganos que en cada momento tengan encomendadas las atribuciones que en el momento de promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa correspondían a aquéllos. Ello no podría ser de otra manera, so pena de privar de eficacia a todas las normas que hacen referencia nominativa a órganos o entidades: no sería razonable hacer depender la aplicación de esas normas de su adaptación expresa a toda reforma organizativa que pueda incidir sobre ellas. Nadie dudaría, por ejemplo, que la referencia que el artículo 78 de la LEF hace al Ministerio de Educación Nacional debe entenderse hecha al departamento ministerial que desempeñe las atribuciones que en su día tenía aquél. Tan es así que la propia recurrente pide expresamente que uno de los nombramientos sea hecho por el Ministerio de Educación y Ciencia, no al Ministerio de Educación Nacional; lo que supone admitir que los órganos mencionados en el artículo 78 de la LEF pueden variar con el transcurso del tiempo.

Así pues, en relación con el Ministerio de Educación Nacional y una vez sentado lo anterior, es incuestionable que la Generalitat de Cataluña tiene competencia en materia de pro-

tección del patrimonio histórico (artículo 127 del Estatuto de Autonomía de Cataluña). Esto ni siquiera es puesto en duda por la recurrente, que se aferra más bien a la literalidad del artículo 78 de la LEF. Al ostentar la mencionada competencia, resulta que a la Generalitat de Cataluña le corresponde actualmente, por sucesión competencial, aquello que en 1954 correspondía al Ministerio de Educación Nacional; es decir, en la medida en que, como ocurre en el presente caso, la salvaguardia de un determinado bien con valor histórico-artístico compete a la Administración autonómica, también compete a ésta nombrar uno de los miembros de la Comisión de Académicos si dicho bien es objeto de expropiación. Por tal motivo concluye el TS que ningún reproche cabe hacer al auto impugnado en lo relativo a que uno de los nombramientos lo haga el Departament de Cultura.

Menos complejo es el discurso con respecto a la sustitución del Instituto de España por el Consell Interacadémico de Catalunya, pues aquí no es preciso acudir a la idea de sucesión competencial, ni a la asunción de competencia en materia de academias que lleva a cabo el artículo 125 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Al decir que «la designación podrá recaer en académicos de las Academias de Distrito», los redactores del artículo 78 de la LEF ya admitieron la posibilidad de que el nombramiento fuera hecho por alguna entidad distinta del Instituto de España, siempre que tuviera naturaleza académica. De aquí que el TS entienda que es perfectamente ajustada a Derecho la decisión de encomendar otro de los nombramientos al citado Consell Interacadémico de Catalunya, que es la entidad que engloba a las academias catalanas.

Por todo lo expuesto, no puede afirmarse, como hace la recurrente, que el auto impugnado no ejecute la Sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 2002 en sus propios términos. Ésta sólo exige que la valoración del edificio donde se hallaba el Casino de Manresa sea hecha por la Comisión de Académicos prevista por el artículo 78 de la LEF, órgano cuyos miembros pueden ser nombrados del modo ordenado por la Sala de instancia.

B) Necesidad de dar trámite de audiencia a los propietarios de los bienes afectados por la declaración de un bien como bienes de interés cultural en el expediente administrativo que se siga para sustanciar dicha declaración

La STS de 12 de noviembre de 2010 (recurso núm. 210/2009), resuelve el recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de la Junta de Andalucía contra una Sentencia del TSJ de esta Comunidad que anuló el Decreto 520/2004 de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía que había declarado como bienes de interés cultural, con la categoría de Sitio Histórico, los lugares vinculados con Juan Ramón Jiménez en Moguer (Huelva), sin que en el expediente administrativo abierto para tramitar tal declaración se diese trámite de audiencia a los propietarios afectados.

En su defensa la Junta de Andalucía estima que se ha producido una infracción del artículo 9.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español (LPHE) y del artículo 11.2 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, por el que se desarrolla parcialmente dicha Ley.

La Comunidad Autónoma autora del Decreto cuestionado recuerda que el artículo 11.2 del Reglamento que desarrolla la LPHE dispone que la actuación de las Comunidades Autónomas se regirá por su propia normativa y, queriendo hacer ver que por carecer en esta materia de regulación propia, se rige por la del Estado, entiende que ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 9.2 de la LPHE que no exige audiencia a los interesados y en el artículo 12.2 de su Reglamento

de desarrollo que, a mayor abundamiento de la legalidad del Decreto, indica que la declaración de sitio histórico queda excluida de esa audiencia.

Para mayor facilidad conviene recordar la literalidad del artículo 9.2 de la LPHE que dispone que «La declaración mediante Real Decreto requerirá la previa incoación y tramitación de expediente administrativo por el organismo competente, según lo dispuesto en el artículo 6 de esta Ley. En el expediente deberá constar informe favorable de alguna de las instituciones consultivas señaladas en el artículo 3, párrafo 2, o que tengan reconocido idéntico carácter en el ámbito de una Comunidad Autónoma. Transcurridos tres meses desde la solicitud del informe sin que éste hubiera sido emitido, se entenderá que el dictamen requerido es favorable a la declaración de interés cultural. Cuando el expediente se refiera a bienes inmuebles se dispondrá, además, la apertura de un período de información pública y se dará audiencia al Ayuntamiento interesado».

En efecto, el artículo reproducido no alude a la necesidad de que se dé trámite de audiencia a los afectados por el expediente en cuestión. No obstante, el TS haciendo suyo el criterio de la Sentencia de instancia concluye con toda claridad que la interpretación conjunta de los preceptos de las normas que en el supuesto concreto rigen la actuación de la Administración autora del Decreto 520/2004, imponía además del trámite de información pública y la audiencia al Ayuntamiento la notificación personal a los interesados, por cuanto la declaración que se efectuó llevaba consigo determinados efectos que afectaban a los derechos de los titulares de los bienes, que, en consecuencia, debían ser oídos.

Dando por supuesto que resultaba aplicable la Ley 16/1985 para la declaración como bien de interés cultural con la categoría de sitio histórico de los lugares de Moguer vinculados con el poeta Juan Ramón Jiménez y, por tanto, que era obligado cumplir con lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley citada, también lo era que la Comunidad Autónoma recurrente aplicara su propia normativa, en concreto, el Decreto 19/1995, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía. Esta norma determina en su artículo 8 que «la declaración de un bien de interés cultural determinará su inclusión en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz. Asimismo la incoación del expediente de declaración determinará la anotación preventiva del bien de que se trate» y en el artículo 11.2 que «la incoación del procedimiento de inscripción será asimismo notificada a los propietarios de los bienes (...) que se pudieran ver afectados», por lo que al no respetar el trámite de audiencia la Junta de Andalucía no actuó conforme a Derecho.

5. CARRETERAS

- A) No cualquier alegación efectuada por un Ayuntamiento en el trámite de información pública, discrepando del trazado de un proyecto de carretera, puede calificarse formalmente de discrepancia a los efectos de promover el mecanismo integrador de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales a que alude el artículo 10.1 de la Ley estatal de Carreteras**

La STS de 14 de diciembre de 2010 (recurso núm. 2559/2008), conoce de un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Numancia de la Sagra (Toledo) contra una sentencia de la Audiencia Nacional dictada en el recurso seguido contra una resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras del Ministerio de Fomento que aprobó el expediente de información pública y definitivamente el estudio informativo de la Autopista de peaje Madrid-Toledo (clave

EI-4-E-127). El tema principal que a nuestros efectos era ventilado en el proceso radicaba en la supuesta vulneración que según el parecer del Ayuntamiento se había producido de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras (LCa), en el sentido de que el expediente del Estudio Informativo debía haberse elevado al Consejo de Ministros para su aprobación definitiva.

Es interesante tener presente que el artículo 10.1 de la LCa establece que «Cuando se trate de construir carreteras o variantes no incluidas en el planeamiento urbanístico vigente de los núcleos de población a los que afecten, el Ministerio de Fomento deberá remitir el estudio informativo correspondiente a las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales afectadas, al objeto de que durante el plazo de un mes examinen si el trazado propuesto es el más adecuado para el interés general y para los intereses de las localidades, provincias y Comunidades Autónomas a que afecte la nueva carretera o variante. Transcurrido dicho plazo y un mes más sin que dichas Administraciones Públicas informen al respecto, se entenderá que están conformes con la propuesta formulada.

En caso de disconformidad, que necesariamente habrá de ser motivada, el expediente será elevado al Consejo de Ministros, que decidirá si procede ejecutar el proyecto, y en este caso ordenará la modificación o revisión del planeamiento urbanístico afectado, que deberá acomodarse a las determinaciones del proyecto en el plazo de un año desde su aprobación».

Pues bien, el TS desestima la pretensión del Ayuntamiento en cuanto que considera que la Administración estatal demandada no ha dejado de cumplir lo preceptuado en el indicado artículo 10.1 al excluir que deba elevarse el expediente al Consejo de Ministros, y ello por no constar que el Ayuntamiento de Numancia de la Sagra hubiera instado de forma expresa y motivada la necesidad de acudir al mecanismo de coordinación articulado en la referida disposición legal.

En efecto, según tuvo ocasión de declarar el mismo TS en su Sentencia de 14 de octubre de 2008 (RC 855/2006), la garantía del derecho al procedimiento legalmente establecido, cuyo «enunciado se desprende del artículo 103 de la Constitución, como presupuesto formal que asegura que la actuación administrativa atienda con objetividad a los intereses generales de acuerdo con el principio de eficacia, vincula a la Administración a proseguir el procedimiento contemplado en la Ley Sectorial, en virtud del principio *lex specialis*, sin que por lo tanto, pueda comprenderse exorbitadamente el derecho de las Administraciones afectadas a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución, según dispone el artículo 35.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de modo que imponga al Ministerio de Fomento a que incoe un procedimiento y dicte resolución eludiendo las reglas que disciplinan el procedimiento aplicable en materia de aprobación de los Estudios Informativos de proyectos de construcción de carreteras estatales, al que alude el artículo 10 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras».

Asimismo, debe significarse que ya el Tribunal Supremo sostiene en la Sentencia de 22 de septiembre de 2009 (RC 889/2007), que una interpretación razonable del artículo 10 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, promueve distinguir en el procedimiento de aprobación de proyectos de construcción de infraestructuras la información oficial, a que alude el apartado primero de la disposición legal analizada, de la información pública, a la que se refiere el apartado cuarto, de modo que sólo procede elevar el expediente al Consejo de Ministros cuando las Comunidades Autónomas o Corporaciones locales afectadas muestren su disconformidad con el trazado proyectado en el estudio informativo, con base en la «incompatibilidad con las determinaciones del planeamiento urbanístico vigente», de modo que la decisión gubernamental conlleva la orden de modificación o revisión de los instrumentos de planteamiento.

La justificación de la competencia decisoria del Consejo de Ministros, *ex* artículo 10.1 de la Ley de Carreteras, para aprobar definitivamente el estudio informativo, tiene su fundamento en el principio de coordinación administrativa, como refiere la Exposición de Motivos de la propia Ley, al ser necesario armonizar la actividad de la Administración del Estado de planificación y construcción de las redes y sistemas de comunicaciones de interés general con los instrumentos de planteamiento urbanísticos cuya aprobación corresponde a las Comunidades Autónomas o a las Entidades locales.

Además, ha de advertirse que, según se desprende de las Sentencias del Tribunal Constitucional 151/2003, de 17 de julio, y 194/2004, de 10 de noviembre, la naturaleza y finalidad del mecanismo resolutorio de los conflictos competenciales que pueden plantearse entre el Estado, en el ejercicio de la competencia de construcción de infraestructuras, y las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales, en cuanto ejercen las competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo, introducido en el artículo 10.1 de la Ley de Carreteras, resulta justificado en base al principio de coordinación, que determina que la intervención del Consejo de Ministros sólo sea procedente en aquellos supuestos en que para la ejecución del proyecto deba imponerse el interés general prevalente del Estado, ordenándose la adaptación del planeamiento municipal vigente en caso de disconformidad expresa y motivada de la Comunidad Autónoma o de las Corporaciones locales afectadas. De acuerdo con lo sentenciado por el TC:

«El sistema legal previsto para solventar las eventuales discordancias derivadas del ejercicio de las correspondientes funciones públicas por los entes territoriales titulares de las competencias en conflicto consiste en el mecanismo articulador de la coordinación, tal como pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley de Carreteras: “En materia de planes, estudios de planeamiento y proyectos, se establece la necesaria coordinación con los instrumentos del planeamiento urbanístico y con las actividades de esta clase que realizan otras Administraciones públicas”.

Pues bien, esta directriz coordinadora se plasma en el artículo 10 LCarr desde dos diversas perspectivas que atienden a distintos supuestos de hecho:

a) Cuando el Estado trate de construir nuevas carreteras o variantes y exista previamente un plan de ordenación urbanística que no las incluya, se abre un período de información o consulta entre los órganos de la Administración estatal y las Administraciones públicas urbanísticas concernidas, es decir, Comunidades Autónomas y corporaciones locales, en orden a la conformidad o no de éstas con el trazado propuesto, respecto de la adecuación de éste al interés general y a los intereses autonómicos y locales en presencia. En caso de disconformidad, expresa y motivada, se impone el interés general prevalente del Estado mediante la decisión del Consejo de Ministros sobre la procedencia de ejecutar el proyecto de carretera, con la consiguiente orden de modificar o revisar el planeamiento urbanístico afectado en el plazo de un año. Así, el plan urbanístico preexistente ha de acomodarse al proyecto de nueva carretera estatal o variante, al efecto de incorporar la infraestructura viaria proyectada al contenido ordenador y a las concretas determinaciones del instrumento de planeamiento urbanístico (artículo 10.1 LCarr y artículo 33.1 RGC).».

En esta misma línea el TS en su Sentencia de 24 de octubre de 2007 (RC 8663/2003) había procedido a acotar la atribución competencial del Consejo de Ministros al amparo del artículo 10.1 que ahora nos afecta, razonando que del contenido de ese precepto se desprende que el Estudio Informativo constituye una fase procedimental preliminar vinculada a la fase de proyección del trazado de la carretera, de carácter sustancial, que se incardina en el complejo iter procedimental que debe seguirse en la construcción de una carretera estatal, que integra las

fases de planificación, proyección y construcción, y que se formalizan a través de la aprobación de forma consecutiva de distintos documentos —Estudio de planeamiento, Estudio previo, Estudio informativo, Anteproyecto, Proyecto de construcción y Proyecto de trazado—, cuyo objeto consiste en definir en líneas generales el trazado de la carretera, a efectos de que pueda dar base al expediente de información pública que se incoe, en su caso, y ser aprobado definitivamente por el Ministerio de Fomento a la vista de las observaciones y alegaciones formuladas, de donde se deduce, en una interpretación lógica, sistemática e integradora de las disposiciones analizadas, que no cabe insertar en esta fase procedimental un trámite complementario de remisión del expediente al Consejo de Ministros para que resuelva las eventuales discrepancias que se hayan podido suscitar por las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales afectadas en el trámite de información pública y de audiencia.

Por consiguiente, la intervención del Consejo de Ministros, a que alude el segundo inciso del artículo 10.1, se requiere para articular la necesaria coordinación de la competencia estatal en materia de planificación y proyección de carreteras estatales con la competencia de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos en materia de planificación urbanística, y se produce una vez aprobado definitivamente el Estudio Informativo por el Ministerio de Fomento, teniendo como finalidad no la de alterar el trazado en la forma aprobada, sino la resolución de si procede ejecutar el proyecto y, en consecuencia, ordenar la modificación o revisión del planeamiento urbanístico del municipio afectado.

La doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la Sentencia 151/2003, de 17 de julio, no confunde ni equipara la expresión «ejecutar el proyecto» a que alude el artículo 10.1, en su inciso segundo, de la Ley de Carreteras, con la aprobación provisional del Estudio Informativo, como erróneamente se ha llegado a sostener, en una interpretación descontextualizada, ya que se revela el alcance y el significado de los mecanismos de coordinación interadministrativa articulados en el texto legal con la finalidad de solventar las eventuales discordancias derivadas del ejercicio de las correspondientes funciones públicas de planificación y proyección de carreteras estatales y de planeamiento urbanístico, que necesariamente exige que se haya determinado el trazado definitivo de la carretera, lo que acontece tras la aprobación por el Ministerio de Fomento del Estudio Informativo.

Cabe por tanto compartir los criterios jurídicos expuestos en la opinión discrepante de la Sala de instancia en el extremo que sostienen que no se ha producido la infracción del procedimiento legalmente establecido para la aprobación del Estudio Informativo, al deber significar la caracterización jurídica del Estudio Informativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras y del artículo 25 del Reglamento General de Carreteras, aprobado por Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, como un documento en el que la Administración procede a definir en líneas generales el trazado de la carretera proyectada con el fin de servir de base al trámite de información pública, ponderando los múltiples y a veces contradictorios intereses de carácter económico, social y medioambiental, vinculados a la ordenación del territorio y la articulación de un sistema viario coordinado e interrelacionado, cuyo ejercicio se integra en la potestad de planificación y ordenación de las carreteras estatales.

Por todo ello, el TS en la Sentencia de 14 de diciembre de 2010 señala que «la censura que formula la defensa letrada de la Administración local recurrente sobre la interpretación restrictiva que sostuvo la Sala de instancia, en relación con la aplicación del artículo 10 de la Ley 25/1988, al exigir que el Ayuntamiento que discrepa del trazado del proyecto de la Autopista de peaje Madrid-Toledo, sometido al trámite de información, debe instar expresamente que se eleve el expediente al Consejo de Ministros, cuando lo razonable sería remitir siempre el expediente al Gobierno, resulta infundada, porque elude que, como regla general, el artículo 10.4 del texto legal analizado establece expresamente que “la aprobación del expediente de información pública corresponde al Ministro de Obras Públicas y Urbanismo”, y que por ello no cualquier

alegación efectuada por un Ayuntamiento en el trámite de información pública, que verse sobre la afectación que el trazado cause al paisaje o a sectores industriales, puede calificarse formalmente de discrepancia a los efectos de promover el mecanismo integrador de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales a que alude el invocado artículo 10.1 de la Ley de Carreteras.» En consecuencia con lo razonado, el TS desestima las pretensiones de la recurrente.

6. MONTES

A) Cuando una norma prevé que las obras a las que alude, aun cuando se aprecie su naturaleza forestal, las ha de proyectar el «técnico competente», no están consagrando el reconocimiento de un monopolio a favor de un determinado cuerpo profesional —en este caso, con conocimientos en materia forestal— para proyectarlas. La determinación del técnico competente ha de efectuarse en atención al proyecto concreto de que se trate y valorando el nivel de conocimientos correspondiente a cada profesión

La STS de 3 de diciembre de 2010 (recurso núm. 5467/2006), retoma el tema de la atribución de competencias profesionales. En este caso, el dilema se planteaba entre los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y los Ingenieros de Montes.

El recurso de casación lo interpuso el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que estimó las pretensiones formuladas por el Colegio de Ingenieros de Montes, acerca de que, para la construcción de una pasarela peatonal sobre un río, no resulta preciso incorporar al Proyecto la documentación sobre Cálculos Hidrológicos e Hidráulicos firmada por Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, en la medida en que la obra no incide en el cauce de dominio público y, además, que la pasarela es un elemento accesorio dentro de un proyecto netamente forestal.

El TS desestima el recurso acogiendo para ello a su constante línea jurisprudencial según la que con carácter general ha de rechazar el monopolio competencial a favor de los titulados de una rama de conocimiento en particular.

Para ello el Tribunal recuerda buena parte de los que son sus pronunciamientos más recientes acerca de las competencias de las profesiones tituladas, en los que de forma reiterada señala la prevalencia del principio de libertad de acceso con idoneidad sobre el de exclusividad y monopolio competencial. Como sentencias principales sobre el particular pueden citarse, las Sentencias de 24 de marzo de 2006 (casación 3921/2003), 10 de abril de 2006 (casación 2390/2001), 16 de abril de 2007 (casación 1961/2002), 16 de octubre de 2007 (casación 6491/2002), 7 de abril de 2008 (casación 7657/2003), 10 de noviembre de 2008 (casación 399/2006) y de 22 de abril de 2009 (casación 10048/2004). Y de la doctrina sentada en ellas cabe resaltar que «(...) con carácter general la jurisprudencia de esta Sala viene manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad, pues, como se recoge en aquella sentencia, la jurisprudencia ha declarado con reiteración que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados

superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido».

En sentencias como las citadas el Tribunal se manifiesta contrario a «consagrar monopolios profesionales en razón exclusiva del título ostentado, para asentar los criterios delimitadores de las funciones dichas en la competencia que emane de los estudios que determinan el título habilitante». Se deduce, pues, que el TS rechaza el monopolio de competencias a favor de una profesión técnica superior predeterminada al mantener la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos.

De tal manera que entiende que, en general, cuando una norma incluye la referencia al «técnico competente», «técnico responsable» o «técnico superior competente» no puede entenderse que esté consagrando el reconocimiento de un monopolio a favor de un determinado cuerpo profesional, ni el de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, ni ningún otro, para proyectar las obras previstas en los preceptos que puedan mencionar tales normas. No se trata de preceptos de atribución de competencias por lo que la determinación de cuál sea el técnico competente ha de efectuarse en atención al proyecto concreto de que se trate, teniendo en cuenta el nivel de conocimientos correspondiente a cada profesión. La competencia en cada caso concreto deberá determinarse, además, por el contenido de las disciplinas cursadas en cada titulación, en función de la naturaleza y entidad del proyecto de que se trate.

Para el caso de autos, el TS constata que los Ingenieros de Montes pueden considerarse competentes para la redacción de un proyecto de Cálculo Hidrológico e Hidráulico correspondiente al proyecto de pasarela, por cuanto:

- 1) En los planes de estudios de los Ingenieros de Montes se incluyen los referidos a hidráulica general y aplicada e hidrología de superficie y construcción de suelos.
- 2) La obra a que se refiere el litigio no incide en el cauce de dominio público.
- 3) La pasarela es obra accesoria de un proyecto netamente forestal.

En definitiva, entiende el TS que admitir que el proyecto de Cálculo Hidrológico e Hidráulico para la realización de una pasarela sobre un río esté redactado por un Ingeniero de Montes no supone una vulneración de lo dispuesto en el artículo 126.1.b) del Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, en el que se establece: «(...) b) Las obras de corta o cobertura de cauces, puentes y pasarelas y otras modificaciones no incluidas en el apartado anterior, requerirán la presentación de proyecto suscrito por técnico competente...». De tal suerte que este técnico competente puede serlo para el caso de autos tanto un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos como un Ingeniero de Montes.

7. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

a) *Hecho imponible*

La STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 30 de julio de 2010 (NR 132/2005), desestima el recurso deducido por el recurrente, empresa dedicada a la extracción de áridos, que pretendía su baja en la Comunidad de Regantes a los efectos, entre otras cosas, de las exacciones hídricas. Dice la Sala que aunque la empresa «no se dedique al cultivo ni riegue las parcelas (...) ha re-

sultado acreditado que usa del agua, aunque con fines industriales y no con fines agrícolas, por lo que no es posible justificar su exclusión de la Comunidad de Regantes (denominada así por el uso fundamentalmente de riego de los caudales de agua). No se olvide que la entidad recurrente fue adquiriendo progresivamente nuevas parcelas, conoedora de que estaban sometidas a la tasa de riego, por lo que conocía perfectamente las obligaciones que asumía y debe actuar consecuentemente a dichas obligaciones (...)».

Otras tres **SSTSJ de Castilla y León, Valladolid, de 30 de julio de 2010** (NR 380/2005, 381/2005 y 2111/2005), explican cómo deben tributar los regadíos tradicionales, para los que no se prevé exclusión alguna, si bien sólo se debe girar la exacción atendiendo a las mejoras obtenidas como consecuencia de la regulación.

La **SAN de 27 de septiembre de 2010** (NR 454/2008), se plantea una vez más la legalidad de la extensión que formula el RDPH de los cánones de regulación a los supuestos de «regulación indirecta». Esto es, casos en los que el agua concedida no es propiamente agua regulada, pero si en la cuenca no hubiera regulación (aguas abajo, por ejemplo) quizá no se le podría autorizar el uso. Al entender de la Sala, aunque la extensión reglamentaria pueda ofrecer dudas, es admisible bajo una cierta interpretación. Siendo así, en el caso concreto se demuestra el beneficio recibido en tanto en cuanto «la disminución de caudales y la pureza del agua que devuelve al cauce la instalación industrial que nos ocupa se logra con los desembalses mayores realizados por los embalses integrados en la cuenca».

b) Beneficios fiscales

Con alguna frecuencia, leyes singulares excepcionan la exigencia de cánones y tarifas en situaciones especiales (sequías, por ejemplo). En el caso que se comenta, la comunidad de regantes demandante solicitaba el reintegro de los pagos efectuados. Se daba el caso de que la obra no se había realizado por el sistema en el que el Estado la financia íntegramente (y luego repercute la inversión mediante cánones y tarifas), sino por el sistema llamado de realización por el Estado con el auxilio de los interesados (del 40%). Aunque económicamente puedan considerarse situaciones similares, la diferente naturaleza de lo debido (préstamos reintegrables y no tributos) lleva a los tribunales a rechazar la solicitud de los regantes. Es la **STS de 5 de mayo de 2010** (NR 136/2005).

c) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación

Como ya hemos comentado en otros números de la Revista, es un tema de absoluta actualidad el de la posible derrama sobre los beneficiarios de las obras hidráulicas de la parte del coste de la obra financiada con fondos europeos. No hay jurisprudencia del Tribunal Supremo y los tribunales que están resolviendo lo están haciendo con criterios diversos. La Audiencia Nacional sigue la doctrina del TEAC y aprueba que se incluyan estas cantidades en las bases de los cánones y tarifas. *Cfr.* ahora las **SSAN de 17 de septiembre de 2010** (NR 190/2009) y **2 de noviembre de 2010** (NR 278/2009).

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de junio de 2010** (NR 40/2008), advierte que, aunque se debiera haber partido del volumen real de agua utilizada, dado que los usuarios no disponen de contadores, resulta correcto el cálculo ponderado por habitante y año, desestimando el recurso deducido por el Ayuntamiento.

d) 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. La Audiencia Nacional mantiene su tesis de compatibilidad entre ambos pagos, vista en sentencias comentadas en números anteriores de esta Revista. Es el caso de **SSAN** como las de fecha **18 de octubre de 2010**, sobre el recurso deducido por la empresa Hidro-Nitro (NR 512/2007), **8 de noviembre de 2010**, sobre el recurso deducido por GER GENERACIÓN (NR 174/2008) o **19 de noviembre de 2010**, sobre el recurso deducido por Iberdrola (NR 237/2009).

La citada **Sentencia** de la misma **Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2010** (NR 278/2009), explica las razones por las que un aprovechamiento hidroeléctrico debe tributar no ya por la obra que determina el salto a cuyo pie se sitúa, sino por las obras de varios embalses situados aguas arriba. La explicación puede convencer, pero no oculta una cuestión no resuelta por la normativa, ¿existe algún límite para fijar qué aprovechamientos de aguas abajo se benefician por embalses de cabecera?

e) Imposición y ordenación

Uno de los asuntos que con más frecuencia plantean litigios 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 17 de septiembre de 2010** (NR 190/2009). En igual sentido, **SAN de 2 de noviembre de 2010** (NR 278/2009).

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 [*cfi*: **SSTSJ de Madrid de 21 de junio de 2010** (NR 554/2008) y **24 de junio de 2010** (NR 552/2008)].

B) Aguas continentales: canon de utilización del dominio público hidráulico

En la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 26 de marzo de 2010** (NR 152/2008), se resuelve un asunto en el que al actor le fue girada liquidación por el canon de ocupación por una parcela destinada al cultivo de arroz, aplicándole la tarifa correspondiente a cultivos de regadío. El actor ponía de manifiesto que la parcela no había sido cultivada en dicho ejercicio por las condiciones de sequía, según instrucciones de la propia Confederación, y por ello solicitaba la condonación o la aplicación de la tarifa de pastos, que fue la que le aplicaron en algún otro ejercicio en el que sucedió lo mismo. La demanda será desestimada.

C) 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

Las **SSTSJ de Cantabria de 12 de julio de 2010** (NR 172/2009) y **16 de julio de 2009** (NR 173/2009), desestiman recursos contra la modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por suministro de agua del Ayuntamiento de Santander. Decían los recurrentes que, llevándose a cabo la prestación del servicio por una empresa concesionaria, la modificación de la

tarifa no podía realizarse siguiendo los trámites de una Ordenanza Fiscal. Le hace ver su error la Sala, sobre la base de la reforma de la LGT de 2003, que introduce un nuevo concepto de tasa por servicios o actividades extensivo a todos los supuestos de servicios o actividades obligatorios o monopolizados, aunque se presten a través de empresa pública, mixta o privada.

b) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: Cuantía de la tasa

Las **SSTSJ de Cantabria de 12 de julio de 2010** (NR 172/2009) y **16 de julio de 2009** (NR 173/2009), respaldan la actualización de estas tasas en el importe del índice de precios al consumo, sin necesidad de un estudio económico particular. Asimismo, rechaza la Sala que ello violente el principio de capacidad económica.

La primera de estas sentencias desestima el recurso en relación con otro punto, pues consideraba que las bonificaciones establecidas para familias numerosas son incompatibles con la Constitución y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La Sala de Santander justifica la corrección de la Ordenanza, desarticulando los argumentos del recurrente: no existe desigualdad ni a favor ni en contra de las familias numerosas.

D) Aguas marítimas

a) Tasas portuarias: reserva de ley

Se ha dictado una nueva sentencia del Tribunal Constitucional (**STC 74/2010, de 18 de octubre de 2010**) en relación secundaria con el muy conocido asunto de la sujeción al principio constitucional de reserva de ley de las exacciones portuarias. La sentencia se dicta a resultas de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ de las Islas Baleares respecto del apartado segundo de la Disposición Adicional Trigésima Cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio. Esta disposición trataba de articular las liquidaciones tributarias que habían quedado fuera de cobertura legal, después de otros procesos judiciales.

Pues bien, el precepto cuestionado vulnera el artículo 9.3 CE, por cuanto que dicha norma dota a la regulación de unas tarifas que tienen la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público en el sentido del artículo 31.3 CE de una retroactividad auténtica ya que impone la práctica de unas nuevas liquidaciones que vienen a sustituir a otras declaradas nulas por Sentencias judiciales firmes en relación con supuestos de hecho que habían sido ya realizados en su integridad y estaban plenamente agotados al amparo de una legislación anterior, habían sido ya objeto de liquidación conforme a esa legislación y habían sido sometidos a control de legalidad por los órganos judiciales competentes, y todo ello sin que pueda apreciarse la concurrencia de exigencias cualificadas de interés común que pudieran imponerse a la prohibición de la retroactividad.

La cuestión ha sido resuelta aplicando la doctrina ya sentada por el Tribunal Constitucional en la STC 161/2009, sobre la base de la doctrina previamente fijada en la STC 116/2009 y reiterada en la STC 146/2009.

E) Dominio público local

a) Tasas por utilización del dominio público local en general

La **STSJ de Madrid de 8 de junio de 2010** (NR 72/2010), respalda la sujeción a tasas por ocupación demanial de las entidades financieras, por los cajeros automáticos con vista a la vía

pública, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo. Dice que ello es así aunque ni se haya solicitado ni (por supuesto) concedido licencia para la utilización demanial.

b) *Tasas por utilización del dominio público local: la cuestión de los operadores de telefonía móvil*

El TRLHL fija como alternativa para la cuantificación de las tasas por utilización del dominio público, que en principio vendría dada por el beneficio reportado al usuario del dominio público, el empleo de un porcentaje de los ingresos territorializados de la empresa.

La constitucionalidad y ajuste al Derecho comunitario de esta fórmula era discutida en la demanda que da origen a dos **SSTSJ de Aragón de 9 de septiembre de 2009** (NR 70/2004 y 78/2004, Endesa e Hidrocarbónico, respectivamente, vs Ayuntamiento de María de Huerva).

Pero, insisto, ese sistema de cuantificación «especial» sólo es posible cumpliendo los presupuestos legales (se refiere a empresas suministradoras de servicios de interés general). La aplicabilidad de fórmulas de este tipo a los operadores de telefonía móvil es una cuestión controvertida, atendiendo sobre todo a la exclusión del sistema que formaliza la ley. El Tribunal Supremo había admitido que, en pura teoría, los operadores de telefonía móvil, quedasen sometidos a tasas por utilización del dominio público, aunque advertía que no les podía ser de aplicación el sistema especial de cuantificación al 1,5% de los ingresos, previsto para otras empresas suministradoras.

El caso es que, siguiendo los modelos de la FEMP, muchas Ordenanzas Fiscales aprueban tasas por utilización del dominio público sobre empresas de telefonía móvil, calculando su cuota en función de los ingresos en el territorio municipal de estas empresas, de manera que consiguen un efecto económico similar al que parece prohibido por el TRLHL.

Las empresas han recurrido ordenanzas y liquidaciones y en este año 2010 el TSJ de Aragón (del cual todavía no habíamos dado noticia en estos comentarios) ha dictado algunas sentencias.

Aunque siempre se encuentra alguna diferencia, tanto en la Ordenanza impugnada como en el planteamiento de la demanda, lo cierto es que las Ordenanzas, los recursos y las sentencias los podemos agrupar sin más problema. Y es que en todos los casos el fallo va a ser estimatorio, por considerar que este formato de cuantificación no puede responder al que prevé la normativa estatal y que no es otro que el que atiende al valor de mercado de la ocupación demanial. Dicho de otro modo: la sujeción es posible; no se vulneran otros principios ni reglas, pero un cálculo tan franco de la tasa es inviable. Me estoy refiriendo a las **SSTSJ de Aragón de 3 de febrero de 2010** (NR 95/2008, Telefónica Móviles vs Ayuntamiento de Peralta de Alcolea); tres **de 8 de febrero de 2010** (NR 236/2008, Orange vs Ayuntamiento de Pedrola; NR 101/2008, Orange vs Ayuntamiento de Berbegal y NR 320/2008, Telefónica Móviles vs Ayuntamiento de Pedrola); **de 24 de febrero de 2010** (NR 37/2009, Orange vs Ayuntamiento de Zaragoza), o **de 5 de mayo de 2010** (NR 103/2008, Vodafone vs Ayuntamiento de Berbegal).

Ocasionalmente el Ayuntamiento demandado se allanaría a la pretensión de las empresas demandantes: tres **SSTSJ de Aragón de 28 de julio de 2010** (NR 89/2009, Telefónica Móviles vs. Ayuntamiento de Fraga; NR 98/2010, Telefónica Móviles vs Ayuntamiento de Santa Cruz de la Serós y NR 99/2009, Telefónica Móviles vs. Ayuntamiento de Santa Cilia); una **de 22 de septiembre de 2010** (NR 80/2009, Orange vs. Ayuntamiento de Fraga) y otra **de 29 de septiembre de 2010** (NR 56/2010, Vodafone vs. Ayuntamiento de Fonoz).

Igualmente, otros tribunales siguen resolviendo recursos. Son estimatorias en cuanto a esta cuestión las **SSTSJ de Castilla y León, Valladolid, de 25 de mayo de 2010** (NR 2595/2008) y **14 de junio de 2010** (NR 635/2008). Claro que no todos los Ayuntamientos han empleado las mismas fórmulas y algunas de las utilizadas pueden considerarse aceptables. El mismo TSJ de Castilla y León, Valladolid, desestima el recurso deducido contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Ponferrada. Es la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 25 de junio de 2010** (NR 637/2008). Ello en el entendimiento de que los parámetros, aun objetivos, sí se explicaban como articulación del valor de mercado de la utilidad recibida. La Ordenanza parte de la población del municipio y del consumo medio del año.

Hemos encontrado muchas más sentencias, como las **SSTSJ de Valencia de 6 de mayo de 2010** (NR 49972009) y **8 de junio de 2010** (NR 761/2009), que son estimatorias.

F) Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras

a) Bienes públicos

La **STSJ de Madrid de 24 de junio de 2010** (NR 26/2010), estima la apelación interpuesta por el Ayuntamiento contra sentencia del Juzgado que había reconocido exención a favor del Canal de Isabel II, tratándose de la construcción de un edificio de oficinas, laboratorio y comunicaciones (que mal podía encajar en el concepto de obra hidráulica).

ELOY COLOM PIAZUELO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
JOSÉ MONTOYA HIDALGO
BEATRIZ SETUAIN MENDIA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE

SUMARIO

1. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA.

- A) **Recurso por incumplimiento. Mantenimiento de animales en parques zoológicos. Incumplimiento de España al no haber adoptado las medidas que le incumben en aplicación de la Directiva 1999/22/CE para que los parques puedan ser objeto de inspección, contar con una autorización y, en su caso, ser objeto de cierre si procede.**
- B) **Información medioambiental. Concepto. Extensión de la obligación de la confidencialidad de datos de carácter comercial e industrial que no puede afectar al derecho a la información ambiental y que debe dar lugar a una ponderación de intereses en cada caso concreto. Aplicación de las Directivas 90/313/CEE y 2003/4/CE sobre información ambiental y de la Directiva 91/414/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1991 relativa a la comercialización de productos sanitarios.**
- C) **Información medioambiental. Concepto. Régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Carácter confidencial de datos sobre transacciones que tienen un régimen de conocimiento propio de la normativa especial [aplicación del Reglamento (CE) núm. 2216/2004 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2004, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión núm. 280/2004/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo] y no de la normativa general en materia de información ambiental (Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental).**

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

- A) **Derecho de propiedad. Venta de terrenos al Estado y derecho de construcción de los propietarios en la parte de esos terrenos que conservan. Denegación posterior por las autoridades nacionales de esos derechos por oponerse al objetivo de la preservación medioambiental del lugar. El concepto «bien» en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio. El respeto por cualquier medida de injerencia en el derecho de propiedad del justo equilibrio entre los imperativos del interés general y los de la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo.**
- B) **Derecho de propiedad. Demanda de asignación de satisfacción equitativa. Obligación del Estado de indemnizar a los particulares cuyas propiedades reciben un daño excesivo como consecuencia de la adopción de medidas de protección del medio ambiente. El respeto por cualquier medida de injerencia en el derecho de propiedad del justo**

equilibrio entre los imperativos del interés general y los de la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo.

3. AGUAS CONTINENTALES.

- A) Suspensión cautelar de instrumento urbanístico al no haberse acreditado la suficiencia de los recursos hídricos.
- B) Urbanismo: inexistencia de evacuación de aguas residuales.
- C) Sanción en materia de aguas: daños al medio ambiente.

4. AGUAS MARÍTIMAS.

- A) Puertos: procede la medida cautelar consistente en la suspensión de ejecución de un Plan de Uso de Espacios Portuarios por razones ambientales.

5. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.

- A) La Declaración de Impacto Ambiental es un acto de trámite no susceptible de impugnación en un recurso autónomo, sino con ocasión de la impugnación del acto que pone fin al procedimiento.

6. RADIACIÓN NO IONIZANTE.

- A) Es lícita la exigencia a las instalaciones de radiocomunicaciones de la adaptación a la mejor tecnología disponible, así como la reserva de las facultades de inspección a las EELL, pero el establecimiento de un régimen sancionatorio local ha de contar con una habilitación legal previa.
- B) Es lícita la exigencia de licencia de actividad y la limitación temporal de las licencias, pero no el otorgamiento de licencias a precario.
- C) No es legítima la exigencia de un seguro de responsabilidad civil ni del acuerdo de la comunidad de propietarios o la conformidad del titular del terreno para la obtención de una licencia de actividad.
- D) Los municipios pueden establecer medidas preventivas adicionales de protección de la población frente a la radiación no ionizante.

7. MINAS.

- A) Sanción por inicio de extracciones sin evaluación de impacto ambiental. Adecuación a Derecho, hasta tanto un Parlamento Autónomo no proceda al desarrollo de la legislación básica estatal, de la aplicación por la Administración autonómica del régimen sancionador previsto ésta. Interpretación del principio de proporcionalidad en la fijación de las sanciones.
- B) De acuerdo con el artículo 116 de la Ley de Minas, la paralización de la actividad extractiva de una explotación minera no puede acordarla una autoridad forestal. La cláusula incluida en una autorización de ocupación temporal para favorecer las actividades extractivas que imponga una obligación de restauración de una cantera distinta a la que se explota no es una *conditio iuris*, sino una cláusula accesorias al acto administrativo de autorización y, por tanto, susceptible de recurrirse autónomamente.

8. FISCALIDAD AMBIENTAL.

A) Tributos estatales en materia de aguas.

- a) Canon de control de vertido: hecho imponible.
- b) Canon de control de vertido: cuantificación.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas.

- a) Constitucionalidad de los tributos.
- b) Cuantificación de los tributos.

C) Impuestos sobre el transporte.

- a) Impuesto sobre determinados medios de transporte.

D) Tributos sobre residuos.

- a) Tasas municipales por recogida de basuras.

1. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

A) Recurso por incumplimiento. Mantenimiento de animales en parques zoológicos. Incumplimiento de España al no haber adoptado las medidas que le incumben en aplicación de la Directiva 1999/22/CE para que los parques puedan ser objeto de inspección, contar con una autorización y, en su caso, ser objeto de cierre si procede

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 9 de diciembre de 2010, recaída en el Asunto C-340/09**, que opone a la Comisión Europea contra el Reino de España, condena a nuestro país por no haber adoptado dentro del plazo establecido en una serie de parques zoológicos todas las medidas necesarias en materia de inspección, autorización y, en su caso, cierre de tales establecimientos con arreglo a los apartados 2 a 5 de la Directiva 1999/22/CE del Consejo, de 29 de marzo de 1999, relativa al mantenimiento de animales salvajes en parques zoológicos.

Conviene aclarar, lo primero, que el recurso de la Comisión Europea se refería a parques zoológicos situados en las CCAA de Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Extremadura, Galicia y Comunidad Valenciana, es decir, como en otras ocasiones, se imputa al Estado español por omisiones —en este caso— de obligaciones que dado el plano interno de distribución de competencias, corresponden a las CCAA. Conocida es, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo acerca de la indiferencia de la estructura interna de los Estados en relación al cumplimiento de las obligaciones que impone el derecho comunitario.

En el caso concreto se imputa la inexistencia de autorización válida para algunos parques zoológicos y, en determinados supuestos, la adopción de medidas de cierre. Ello tiene, además, una virtualidad específica si se considera que la transposición de la Directiva al derecho español

fue realizada por la Ley 31/2003, de 27 de octubre, de conservación de la fauna silvestre en parques zoológicos. En dicha ley, la Disposición Transitoria Única decía lo siguiente:

«Los parques zoológicos que estén abiertos al público en la fecha de entrada en vigor de esta Ley deberán ajustarse a lo establecido en ella y solicitar la correspondiente autorización en el plazo de un año.

Se podrá entender concedida la autorización si, en el plazo de seis meses desde la recepción de la solicitud en el órgano competente, no se hubiera notificado la resolución.

Los parques zoológicos que no soliciten la autorización correspondiente en el plazo señalado deberán cerrar sus instalaciones al público [...].»

En la tramitación del procedimiento el Reino de España va a aceptar que los parques zoológicos de las CCAA referidas no contaban con una autorización tal y como exige la Directiva 1999/22/CE al finalizar el plazo establecido en el dictamen motivado de la Comisión pero que en las distintas CCAA se están elaborando normas al efecto. El Tribunal declara que se ha incumplido ésta (por tanto, la Disposición Transitoria referida no era una forma correcta de aplicar los mandatos de la Directiva) siendo indiferente la elaboración de normas por las CCAA posteriores al dictamen motivado puesto que lo que se tiene que tener en cuenta es esa fecha. Consiguientemente se condena también en costas al Reino de España.

B) Información medioambiental. Concepto. Extensión de la obligación de la confidencialidad de datos de carácter comercial e industrial que no puede afectar al derecho a la información ambiental y que debe dar lugar a una ponderación de intereses en cada caso concreto. Aplicación de las Directivas 90/313/CEE y 2003/4/CE sobre información ambiental y de la Directiva 91/414/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1991, relativa a la comercialización de productos sanitarios

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 16 de diciembre de 2010, recaída en el Asunto C-260/09, que tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el College van Beroep voor het bedrijfsleven (Países Bajos) en un procedimiento que opone a una serie de asociaciones que podemos denominar de protección de la naturaleza y una institución pública en el que también participa una conocida empresa privada (Bayer Cropscience BV).

El problema jurídico se origina sobre la negativa administrativa a proporcionar a unas asociaciones de protección de la naturaleza determinados estudios y protocolos de pruebas sobre el terreno relativos a los residuos y a la eficacia de la sustancia activa «propamocarb» en la lechuga. En el litigio que surgirá el Tribunal holandés plantea una serie de preguntas al Tribunal comunitario.

Al margen de las preguntas, una primera cuestión controvertida y que debe dilucidar el Tribunal es la de la aplicación de una concreta Directiva sobre información ambiental. El órgano jurisdiccional remitente estima que debe ser la Directiva 2003/4/CE porque era la que estaba vigente cuando se adoptó la resolución controvertida (la negativa a proporcionar información ambiental). En cambio, el Gobierno holandés y la Comisión sostienen que debe ser la Directiva 90/313/CEE, porque es durante su vigencia cuando se originó la información que se solicita y también cuando se solicitó dicha información. El Tribunal decide, y es una cuestión importante, que sea la Directiva 2003/4/CE la aplicable porque el derecho de acceso

a la información medioambiental sólo puede materializarse en el momento en que las autoridades competentes han de pronunciarse sobre la solicitud que se les ha presentado (punto 34 de la Sentencia).

Pasando ya al fondo de las cuestiones debatidas, lo que se debe resolver inicialmente es si en el concepto de información ambiental deben entrar los estudios sobre residuos y protocolos de pruebas sobre el terreno aportados en el marco de un procedimiento de ampliación de la autorización de un producto incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 91/414/CEE. La respuesta va a ser positiva a partir de una consideración del concepto de medio ambiente en la Directiva 2003/4/CE y con un proceso de razonamiento presente en los apartados 42 y 43 de la Sentencia que se reproduce:

«42. En el presente asunto, la aportación de datos sobre la presencia de residuos de productos fitosanitarios en vegetales —como la lechuga en el asunto principal— pretende pues, al permitir comprobar el nivel en el que se ha fijado el contenido máximo autorizado de residuos, limitar el riesgo de alteración de algún componente de la diversidad biológica y el riesgo de dispersión de tales residuos, especialmente en el suelo o en las aguas subterráneas. La información de este tipo, por más que no contenga directamente una apreciación sobre las consecuencias de los residuos en la salud humana, se refiere a elementos del medio ambiente que pueden alterarlo en caso de una presencia excesiva de tales residuos, extremo que precisamente se pretende comprobar con esa información.

43. En estas circunstancias, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el concepto de “información medioambiental” del artículo 2 de la Directiva 2003/4 debe interpretarse en el sentido de que comprende la información aportada en el marco de un procedimiento nacional de autorización o de ampliación de la autorización de un producto fitosanitario con el fin de determinar el contenido máximo de un plaguicida, componente de éste o productos de transformación que puede haber en los alimentos o bebidas».

En la segunda pregunta se entra de lleno en el tema de la confidencialidad de algunas informaciones. La empresa Bayer ha pedido, precisamente, la aplicación de la cláusula de la confidencialidad a que se refiere la normativa sobre información ambiental. Ésta —en congruencia con lo antes indicado— debe entenderse en todo caso como la Directiva 2003/4/CE y no la Directiva 90/313/CEE (pese a que la Directiva 91/414/CEE remite a la segunda). Y la Directiva 2003/4/CE es más favorable a la información ambiental, dado que protege la confidencialidad, sí, pero siempre y cuando ello no suponga que se hurta lo esencial del derecho al acceso a la información ambiental. A esos efectos, el artículo 4 de la Directiva 2003/4/CE prescribe que el motivo de denegación de acceso a la información ambiental por motivos de confidencialidad deberá interpretarse siempre de forma restrictiva, teniendo en cuenta el interés que pudiera representar para el público la divulgación de la información, y que deberá ponderarse en cada caso concreto el interés público atendido por la divulgación con el interés atendido por la denegación de la divulgación. Éste es el mandato interpretativo que dirige el Tribunal de Luxemburgo al órgano judicial que le ha dirigido la pregunta (punto 54).

Finalmente se responde que la ponderación de intereses debe llevarse a cabo en cada caso concreto, sin perjuicio de que el legislador nacional pueda establecer mediante una disposición de carácter general criterios que permitan facilitar esa apreciación comparada de los intereses en juego, con la única condición de que tal disposición no dispense a las autoridades competentes de proceder efectivamente al examen particular de cada situación planteada en el marco de una solicitud de acceso a información medioambiental basada en la Directiva 2003/4/CE (puntos 57 y 58).

- C) Información medioambiental. Concepto. Régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. Carácter confidencial de datos sobre transacciones que tienen un régimen de conocimiento propio de la normativa especial [aplicación del Reglamento (CE) núm. 2216/2004 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2004, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión núm. 280/2004/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo] y no de la normativa general en materia de información ambiental (Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental)**

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 22 de diciembre de 2010, recaída en el Asunto C-524/09, tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunal administrativo de París, en el procedimiento que pende entre la Ciudad de Lyon y la «Caisse des dépôts et consignations» (en adelante, CDC). En ella va a ser controvertido el tema de la confidencialidad de ciertas informaciones ambientales, negándose así las pretensiones de la Ciudad de Lyon.

Esta ciudad había planteado mediante escrito de 7 de febrero de 2006 al CDC (que es el administrador nacional del registro nacional de derechos de emisión) que le comunicase las cuantías de derechos de emisión de gases de efecto invernadero vendidos en el año 2005 por los titulares de las 209 plantas de calefacción urbana repartidos por todo el territorio francés y a los que se habían asignado derechos de emisión. También solicitaba que se le informara la fecha de las transacciones y sus destinatarios. Razonaba la ciudad que esos datos le eran útiles a efectos comparativos, para renegociar el convenio de arrendamiento de la calefacción urbana de la planta de La Duchère, ubicada en la aglomeración de Lyon.

La CDC se negó a comunicar esos datos basándose en el artículo 10 del Reglamento 2216/2004 titulado «Administrador del Registro» y en los puntos 11 y 12 de su anexo XVI. La ciudad acudió entonces a la Comisión de acceso a los documentos administrativos, que emitió un dictamen favorable a la comunicación de estos documentos. La CDC emitió una nueva negativa y, finalmente, el asunto decidió en judicial y el órgano judicial antes mencionado planteó una serie de preguntas al Tribunal de Luxemburgo.

La cuestión fundamental va a ser si los datos que solicitaba la ciudad de Lyon eran «información ambiental» y, por lo tanto, no cabía sobre ellos aducir cláusula de confidencialidad alguna. El Tribunal va a entender que estos datos, mencionados en el artículo 19 de la Directiva 2003/87/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad, no conecta con la Directiva 2003/4/CE de información ambiental, lo que quiere decir que el legislador especial no pretendió, en ningún momento, que fueran objeto de acceso conforme al régimen especial sino que su conocimiento se tenía que regir, exclusivamente, por lo preceptuado en la propia Directiva 2003/87/CE o normativa del mismo plano.

Así, se va a indicar que existe un sometimiento a lo preceptuado en el Reglamento 2216/2004 antes mencionado, que indica que la publicación de estos datos debe realizarse una vez finalizado el plazo de cinco años posterior al año en que se complete la transacción controvertida, o si se trata de la publicación de la información correspondiente a todas las transacciones realizadas durante un período de asignación de cinco años en el sentido de la Directiva 2003/87/CE, debe realizarse una vez finalizado dicho período quinquenal.

Todo ello operaría, obviamente, si no existiera consentimiento de los titulares de las informaciones requeridas.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- A) Derecho de propiedad. Venta de terrenos al Estado y derecho de construcción de los propietarios en la parte de esos terrenos que conservan. Denegación posterior por las autoridades nacionales de esos derechos por oponerse al objetivo de la preservación medioambiental del lugar. El concepto «bien» en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio. El respeto por cualquier medida de injerencia en el derecho de propiedad del justo equilibrio entre los imperativos del interés general y los de la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo**

La **Sentencia de 18 de noviembre de 2010**, en el **Asunto Consorts Richet y Le Ber contra Francia**, resuelve la demanda planteada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por cinco ciudadanos franceses contra su propio Estado por violación de su derecho de propiedad, contemplado en el artículo del Protocolo núm. 1 del Convenio, por no haber respetado los compromisos contractuales adquiridos por dicho Estado en relación con los demandantes y no haber garantizado el ejercicio efectivo de su derecho a construir sobre terrenos sobre los que los últimos conservan la propiedad. Asimismo, una de las demandantes (Mme. Le Ber) se considera víctima de una discriminación injustificada, conforme al artículo 14 del Convenio, como consecuencia de la privación de su derecho legítimo a una información previa objetiva sobre las condiciones contenidas en las actas de venta concluidas con el Estado.

Los demandantes son propietarios de terrenos en la isla de Porquerolles, en la comuna de Hyères-les-Palmiers (Departamento del Var). A fines de los años sesenta deciden ceder parte de sus terrenos, entrando para ello en negociaciones con potenciales compradores. En 1969 el Estado les comunica su interés en adquirir la isla con el fin de evitar su parcelación y degradación acelerada. Los demandantes eran los propietarios de 9/10 del territorio de la citada isla y su valor, que comprendían 1.115 hectáreas, era del orden de 40 millones de francos franceses (alrededor de 6.100.000 euros), con un valor de 3,58 francos por m². En marzo de 1970, el Ministro delegado del Primer Ministro encargado de planificación y ordenación del territorio informa a los demandantes de la disposición del Estado a adquirir sus terrenos mediante arreglo amistoso, y les invita a iniciar negociaciones para examinar las condiciones de mantenimiento de sus viviendas y explotaciones agrícolas. Durante esas negociaciones el Estado hace saber a los demandantes que si bien no puede alcanzar el precio ofrecido por posibles compradores privados, ni incluso el valor correspondiente a la estimación hecha por el propio Estado, sí puede garantizar el valor de la parte no vendida fijando y garantizando los derechos de construcción. Los demandantes por su parte hacen saber al Estado su intención de conservar una parte de su propiedad y realizar en ella ciertas construcciones. Finalmente el 17 y 23 de diciembre de 1970 se procede a la firma de las promesas de venta.

En junio de 1978 se elabora un proyecto de plan de ocupación de suelos (POS) de la comuna de Hyères-les-Palmiers con el fin de preservar completamente la isla contra nuevas construcciones. Los demandantes se dirigen a las autoridades en el marco del procedimiento de aprobación de dicho plan para hacerles saber que éste no tenía en cuenta los compromisos para el Estado resultantes de las actas de venta. Por Decreto ministerial de febrero de 1985 los terrenos afectados al Ministerio de Protección de la naturaleza (más tarde Ministerio de Medio Ambiente) se incorporan al Parque Nacional de Port-Cros. En septiembre de ese mismo año el POS es aprobado y la isla clasificada como zona en la que no se puede construir en razón de su valor medioambiental.

El 24 de abril y 5 de junio de 2007 los demandantes, tras la interposición de diversos recursos ante los tribunales franceses, plantean una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos por considerar que las autoridades nacionales no han respetado sus compromisos contractuales al no garantizarles el ejercicio efectivo de su derecho a construir sobre los terrenos que habían conservado. Sostienen que esa garantía constituía la condición a la que se sometía el acuerdo de venta de una gran parte de sus terrenos al Estado a un precio netamente inferior a su valor real. El Tribunal examina en primer lugar las excepciones de inadmisibilidad de la demanda planteadas por el Gobierno francés, descartando la relativa al agotamiento de los recursos internos. En cuanto a la excepción referida a la no existencia de un «bien» en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio, señala el Tribunal que esa noción no se limita a bienes corporales y es independiente de calificaciones formales de Derecho interno, de forma que también otros derechos e intereses pueden considerarse como bienes a los efectos de dicho artículo. Es decir que ha de examinarse en cada caso si las circunstancias han atribuido al demandante la titularidad de un interés substancial protegido por el artículo 1 del Protocolo núm. 1. A ello añade que la noción de bien no se limita tampoco a bienes actuales, pudiendo cubrir también valores patrimoniales, incluyendo créditos, en virtud de los cuales el demandante puede pretender tener al menos una esperanza legítima y razonable de obtener el disfrute efectivo de un derecho de propiedad.

En relación con el asunto concreto el Tribunal constata que uno de los elementos determinantes de la negociación entre los demandantes y el Estado es la garantía de que los primeros conservan el derecho a construir ciertos edificios sobre los terrenos que conservan. Esta condición, discutida y aprobada por las partes, aparece expuesta en diversos documentos públicos, entre ellos en las actas de venta concluidas ante el Prefecto del Var los días 4 y 17 de mayo de 1971. Así el Tribunal estima que los demandantes podían pretender que se respetase su derecho a construir, por lo que lo que debe examinarse es si también podían esperar legítimamente poder construir independientemente de los cambios ulteriores de las reglas de urbanismo. A este respecto el Tribunal rechaza el argumento del Gobierno relativo a que el Estado no podía conceder derechos definitivos. Añade que las actas de venta no contienen ninguna precisión relativa a que la facultad de construir se condicionase a las reglas de urbanismo, ni consta en ninguna parte del dossier que la cuestión haya sido ni siquiera evocada. Incluso en informes del Estado se precisa de forma expresa que los derechos de construir serán fijos y no ligados a las reglas de urbanismo. Por otra parte, teniendo en cuenta la calidad de su co-contratante, los demandantes podían pensar legítimamente que el Estado estaba en condiciones de reconocerles esos derechos y podían esperar que los respetase, a pesar del cambio ulterior de las reglas de urbanismo. En caso de que el Estado contemplase la adquisición de la isla, confirmando a los demandantes derecho a construir conforme al Derecho aplicable en ese momento, y modificase a continuación las reglas de urbanismo procediendo a la clasificación del lugar, los demandantes estarían en neta desventaja por su condición de simples particulares, por lo que podían esperar legítimamente que se les informase claramente de la intención del Estado en el momento de las negociaciones y que se insertase en las actas de venta cláusulas desprovistas de ambigüedad en ese sentido. Por otra parte, dichas actas son concluidas en presencia del Prefecto del Var, representante del Estado, y no de un notario, privando así a los demandantes del asesoramiento de éste sobre la eventual validez de las cláusulas de venta. Por todo ello, el Tribunal rechaza también este motivo de inadmisibilidad, al estimar que los demandantes eran titulares de derechos de construcción en los términos de las actas de venta y tenían una esperanza legítima de poder ejercer esos derechos conforme a las condiciones contractuales, por lo que son titulares de un bien en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio.

En cuanto al fondo del asunto el Tribunal señala que el impedimento puesto por las autoridades al disfrute del derecho de los demandantes a construir sobre las parcelas conservadas constituye una injerencia en su derecho de propiedad. Lo que debe estudiarse es si dicha injerencia es acorde o no con el artículo 1 del Protocolo núm. 1. A este respecto recuerda el

Tribunal su propia jurisprudencia en el sentido de que dicho artículo contiene en realidad tres normas distintas: el respeto del derecho de propiedad, la sumisión de la privación de la propiedad a ciertas condiciones y el reconocimiento al Estado contratante del poder de reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general. Todas ellas están relacionadas entre sí, de forma que las dos últimas deben ser leídas a la luz del principio consagrado por la primera. Por otra parte, recuerda su jurisprudencia en el sentido de que una medida de injerencia debe respetar el justo equilibrio entre los imperativos del interés general y los de la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo, debiendo para ello respetar el principio de proporcionalidad. El Tribunal reconoce al Estado un gran margen de apreciación tanto para elegir las modalidades de aplicación de las medidas como para juzgar si las consecuencias son legítimas, pero considera que el equilibrio se rompe si la persona concernida sufre una carga especial y exorbitante.

En cuanto al asunto concreto el Tribunal afirma que sin ninguna duda el Estado, al concluir las actas de venta, perseguía un fin legítimo de interés general, la protección del medio ambiente y en particular la preservación de la isla de Porquerolles, y que la injerencia en litigio tenía el mismo objetivo. Por otra parte, destaca que todas las iniciativas emprendidas para el reconocimiento de los derechos de construcción acordados por el Estado en esas actas de venta y su ejercicio efectivo han sido rechazadas por su incompatibilidad con la protección de la isla. Añade que no podría haberse reprochado a los demandantes que no hubiesen realizado las construcciones previstas en las actas de venta antes de la aprobación del POS, ya que el derecho de construcción reconocido no estaba limitado en el tiempo, por lo que los demandantes podían legítimamente no creer que esos derechos contemplados en un contrato concluido con el Estado serían posteriormente retirados a favor de una decisión en sentido contrario de la autoridad pública. El Tribunal apunta además que cuando los demandantes fueron informados de un cambio eventual de las reglas de urbanismo y la adopción de un POS se dirigieron a las autoridades para recordar sus compromisos contractuales y asegurar que éstos serían respetados por las nuevas reglas.

Los demandantes se han dirigido en vano a los dos órdenes jurisdiccionales para obtener la ejecución de los contratos o bien su resolución o una indemnización en reparación del daño sufrido. La jurisdicción administrativa se declaró incompetente, al considerar que los contratos en cuestión entraban dentro del Derecho privado, y los tribunales de justicia consideraron que los demandantes no disponían de derechos adquiridos de manera definitiva. Por otra parte, dado el papel activo del Estado durante la negociación y la redacción de las actas de venta, las autoridades al más alto nivel eran conscientes de sus compromisos contractuales, así como del impacto de éstos sobre el medio ambiente de la isla. Sin embargo, no han adoptado ninguna medida para ajustarse a sus compromisos, en especial concediendo las autorizaciones necesarias para la realización de las operaciones inmobiliarias contractualmente previstas o asegurándose que los nuevos documentos de urbanismo fuesen compatibles con esos compromisos del Estado expresamente estipulados en las actas de venta. Incluso no han intentado ni siquiera encontrar una solución de compromiso que permitiese conciliar los intereses en presencia, como son el respeto de los derechos de construcción conferidos a los demandantes y la protección de la isla de Porquerolles.

En opinión del Tribunal, en el caso de que las construcciones previstas en el contrato hubiesen estado efectivamente en oposición con la preservación del lugar, las autoridades hubieran debido proponer a los demandantes una compensación material o financiera en reparación del perjuicio sufrido por el hecho de no respetar las actas de venta. De hecho, en opinión del Tribunal, la situación en litigio es tanto más sorprendente cuando el estudio de impacto ambiental de marzo de 1977 que señalaba los riesgos que podían resultar de las actas de venta para la salvaguarda de la isla, proponía soluciones concretas de relocalización y de sustitución para continuar preservando el lugar y no lesionar a los demandantes. Sin embargo, no se ha realizado ninguna iniciativa en esa dirección.

Como conclusión el Tribunal estima que el comportamiento de las autoridades ha privado a los demandantes tanto de la posibilidad de disfrutar de manera efectiva de sus derechos como de obtener, a falta de lo anterior, la anulación de las actas de venta o una indemnización por el perjuicio sufrido. Por ello considera que los demandantes han debido soportar una carga especial y exorbitante que ha roto el justo equilibrio que debe observarse entre la protección de su propiedad y las exigencias del interés general. En base a esto concluye que ha existido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1.

A continuación se analiza la pretensión de los demandantes relativa al daño, tanto material como moral. Respecto del primero, el Tribunal recuerda que una sentencia condenatoria entraña para el Estado demandado la obligación de poner fin a la violación y borrar las consecuencias de manera que se restablezca de la mejor forma posible la situación anterior. A este respecto se recuerda que los Estados son libres, en principio, de elegir los medios para conformarse a la sentencia; sin embargo, se apunta que si la naturaleza de la violación permite la *restitutio in integrum* el Estado demandado debe actuar en consecuencia, no pudiendo el Tribunal sustituirlo en este sentido. Por otra parte, si el Derecho nacional no permite, o no lo hace más que de forma imperfecta, eliminar las consecuencias de la violación, el artículo 41 del Convenio habilita al Tribunal a conceder, si hay lugar a ello, a la parte lesionada la satisfacción que considere apropiada. En el caso concreto el Tribunal afirma que, dado que los demandantes siguen siendo propietarios de los terrenos, la naturaleza de la violación no permite la *restitutio in integrum*, siendo la indemnización el único medio susceptible de compensar el perjuicio sufrido por los demandantes por la restricción del pleno disfrute de sus derechos. A este respecto señala el Tribunal que no se ha contestado por las partes el que la venta de los terrenos al Estado se hizo por un precio inferior al de mercado, en contrapartida de los derechos de construcción expresamente establecidos en los contratos de cesión. Sin embargo, el Tribunal no se considera capaz de especular sobre lo que hubiesen acordado las partes en ausencia de tales contrapartidas. En consecuencia, con el objetivo de retener una base de cálculo que permita una indemnización razonable de los demandantes, el Tribunal recuerda que en el informe de enero de 1971 del Delegado de ordenación del territorio y de acción regional, único interlocutor del Estado en las negociaciones con los demandantes, se incluye un valor de 250 francos franceses por m². La actualización de esa cifra da lugar a 0,94035 euros, pero en opinión del Tribunal, y conforme a lo apuntado por el Gobierno, ese valor ha de revisarse a la baja ya que el objetivo de preservación de la isla de Porquerolles tiene por efecto el aumento mecánico del valor hipotecario de sus bienes. Además, que el objetivo legítimo de la protección medioambiental hace poco representativo el nivel de las transacciones y el subsiguiente valor de los bienes hipotecarios sobre la isla. Esas y otras circunstancias conducen al Tribunal a atribuir, a título del artículo 41 del Convenio, una reparación por daño material de 800.000 euros a los Richet y de 700.000 euros a Mme. Le Ber. En cuanto al daño moral reclamado por los demandantes, el Tribunal considera que en efecto éste ha existido y estima que la simple constatación de la violación no podría compensarlo por lo que asigna 10.000 euros a Mme. Le Ber y 3.000 euros a cada uno de los otros demandantes.

B) Derecho de propiedad. Demanda de asignación de satisfacción equitativa. Obligación del Estado de indemnizar a los particulares cuyas propiedades reciben un daño excesivo como consecuencia de la adopción de medidas de protección del medio ambiente. El respeto por cualquier medida de injerencia en el derecho de propiedad del justo equilibrio entre los imperativos del interés general y los de la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo

En la **Sentencia de 2 de diciembre de 2010**, en el **Asunto Theodoraki y otros contra Grecia**, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aborda la cuestión de la satisfacción equitativa que

corresponde a la violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 por él constatada en Sentencia de 11 de diciembre de 2008, ya incluida en su momento en esta crónica jurisprudencial. En esa ocasión el Tribunal concluía que existía violación del citado artículo puesto que las medidas restrictivas de la propiedad de los demandantes adoptadas por las autoridades de ese Estado no podían considerarse como respetuosas del derecho de aquéllos a disfrutar de buena fe de la propiedad de sus bienes. Se trataba en concreto de la reducción progresiva por las autoridades griegas del derecho de los demandantes (tres ciudadanos de ese Estado y una sociedad anónima de la misma nacionalidad) a construir en los terrenos de los que eran propietarios, situados en las proximidades de una bahía frecuentada por tortugas *caretta-caretta* para su reproducción. Esa zona era finalmente calificada como Parque Nacional mediante un Decreto Presidencial en 1999, aunque desde los años 70 se había convertido en destino turístico, habiéndose construido complejos hoteleros cercanos a los terrenos de propiedad de los demandantes.

El Tribunal en su sentencia condenatoria afirmaba que el fin legítimo de la protección del medio ambiente no libera al Estado de su obligación de indemnizar a los interesados en el caso de que el daño causado sea excesivo. En este caso, la ausencia de indemnización suponía la ruptura del equilibrio que debe observarse entre el interés público y el privado. Aunque los demandantes reclamaban una cantidad de 47.361.264,93 euros por daños materiales y 150.000 euros por daños morales, además de otros 20.000 euros en concepto de costas, el Tribunal se reservaba la decisión en relación a la aplicación del artículo 41 del Convenio, invitando a las partes a someterle por escrito, en un plazo de tres meses, sus observaciones al respecto, comunicándole, en su caso, cualquier acuerdo al que hubieran podido llegar.

Mediante esta sentencia se resuelve esa cuestión de la satisfacción equitativa, de forma que el Tribunal comienza recordando las obligaciones que resultan para el Estado demandado de una sentencia condenatoria. Esas obligaciones implican tanto la terminación de la violación como el eliminar cualquier consecuencia de ella, de forma que se restablezca, en la medida de lo posible, la situación anterior. A ello añade que el principio de libertad del que disponen los Estados para conformarse a una sentencia condenatoria debe conjugarse con la obligación de asegurar el respeto de los derechos y libertades garantizados. Así, si la naturaleza de la obligación permite la *restitutio in integrum*, el Estado debe materializarla, sin que el Tribunal tenga ni competencia ni posibilidad práctica de hacerlo por sí mismo. Por el contrario, si el Derecho nacional no permite, o no lo hace más que de modo imperfecto, eliminar las consecuencias de la violación, el artículo 41 del Convenio habilita al Tribunal a conceder, si hay lugar a ello, a la parte lesionada la satisfacción equitativa que le parezca apropiada.

En relación con el daño material en el caso concreto la sentencia recuerda que en su anterior pronunciamiento el Tribunal afirmó que hasta ese momento las autoridades nacionales no habían respondido a la demanda de indemnización interpuesta ante ellas por los demandantes por el bloqueo de sus terrenos, acompañada de informes de expertos determinando el importe que debía tener dicha indemnización. Además, la única acción de la administración, tras las sentencias del Consejo de Estado, había sido la calificación de los terrenos en litigio, de forma íntegra, como formando parte de la antigua ribera de la bahía de Laganas. El Tribunal señala que no le corresponde pronunciarse sobre esta cuestión, respecto de la que el procedimiento ante la jurisdicción interna no ha concluido. No obstante, constata que como consecuencia del largo proceso de limitaciones progresivas del uso de sus propiedades, los demandantes han visto cómo se les imponía una medida que suponía que el terreno había pertenecido desde siempre al Estado. En opinión del Tribunal, esa actitud de las autoridades competentes podría haber creado legítimamente en los demandantes la impresión de que se trataba más bien de un intento de esquivar la cuestión de la eventual indemnización que de probar la voluntad de ofrecerles una respuesta rápida y concreta a ese respecto.

Además, el Tribunal recuerda que a 300 metros de los terrenos de los demandantes se ha desarrollado una importante aglomeración, dirigida principalmente al alojamiento de turistas que visitan la bahía de Laganas. Ello hace más evidente la obligación del Estado de dar respuesta a la demanda de indemnización, haciendo nacer en los demandantes en caso contrario el sentimiento de que el coste de las medidas legítimas y necesarias adoptadas para la protección del medio ambiente natural en el municipio de Kalamaki les incumbe de manera principal. En esa hipótesis la carga inicialmente impuesta a los interesados se hace más difícil de tolerar, lo que debe ser tenido en cuenta de cara a la apreciación de su proporcionalidad en relación con el fin legítimo perseguido.

El Tribunal se pronunciaba respecto de la injerencia alegada en base a la imposibilidad de los demandantes de explotar sus propiedades y, además, a la ausencia de indemnización de la Administración a este respecto. Es decir que no se concluía la existencia de una privación de la propiedad, sea lícita o ilícita, por lo que la naturaleza de la violación no permite partir del principio de la *restitutio in integrum*, y que la compensación del perjuicio causado debe llevarse a cabo mediante una indemnización. En ese sentido el Tribunal apunta que los demandantes han sufrido una restricción radical de la posibilidad de disfrutar plenamente de sus propiedades, conforme a los derechos que les habían sido reconocidos por la legislación pertinente en el momento de su adquisición. De hecho, el Tribunal considera que el bloqueo de las propiedades en litigio por la limitación progresiva del derecho a construir vacía de substancia su derecho de propiedad. Afirma que las circunstancias del caso no permiten una evaluación precisa del daño material, añadiendo la muy importante diferencia entre los métodos de cálculo empleados por las partes. Por todo ello juzga razonable atribuir conjuntamente a los tres primeros demandantes 3.600.000 euros y al cuarto 120.000 euros en concepto de satisfacción equitativa por el daño material. Por lo que respecta al daño moral, el Tribunal considera que la constatación de la violación constituye en sí misma satisfacción suficiente. Y por último, en cuanto a las costas, teniendo en cuenta su carácter real, su necesidad y su carácter razonable, se considera equitativo asignar conjuntamente a los demandantes una cantidad de 18.550 euros.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Suspensión cautelar de instrumento urbanístico al no haberse acreditado la suficiencia de los recursos hídricos

En la **STS de 8 de octubre de 2010** (recurso de casación núm. 4073/2009), se trata el Auto de fecha 18 de febrero de 2009, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (confirmado en súplica por el Auto de 12 de mayo de 2009), por medio del cual se adopta la medida cautelar de la suspensión planteada por la Administración General del Estado, contra el Acuerdo de 25 de septiembre de 2008, dictado por la Comisión Territorial de Urbanismo de la Consellería de Territorio i Habitatge de la Generalitat Valenciana, por el que se aprueba el Plan Parcial de Mejora del Sector Tossalet en el término municipal de Rótova (Valencia).

Contra dicho Auto se interpone recurso de casación por la Abogada de la Generalitat Valenciana, alegando un único motivo de casación al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA. Se denuncia infracción de los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA, de los artículos 25.4 del TRLAg de 2001, 19.2 de la Ley autonómica de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje, artículo 57 de la Ley 30/1992 y 103.3 de la CE.

Una vez analizada, en su FJ 1, la amplia fundamentación del Auto impugnado, el TS entra a valorar los motivos de casación esgrimidos por la Generalitat Valenciana. En primer lugar, esta-

blece que no puede alegarse en casación el artículo 19.2 de la Ley valenciana 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje. Por lo tanto, concluye el TS, es una norma inhábil para fundar un recurso de casación en aplicación del artículo 86.4 de la LJCA.

En cuanto a la cuestión de fondo que se suscita en el presente recurso de casación, el TS advierte que ésta ha sido ampliamente resuelta por la Sala en las Sentencias de 12 de febrero de 2010 (recurso de casación núm. 2109/2009), en la de 25 de febrero de 2009 (recurso de casación núm. 872/2008), la de 30 de marzo (recurso de casación núm. 790/2008), de 6 de julio de 2009 (recurso de casación 658/2008) y de 6 de noviembre de 2009 (recurso de casación núm. 271/2008). Sentencias todas ellas dictadas con motivo de la impugnación en casación por la Generalitat Valenciana de resoluciones/autos dictados por la misma Sala de instancia, que igualmente acordaron la suspensión cautelar de acuerdos similares sobre la disponibilidad de recursos hídricos para hacer frente a las nuevas demandas derivadas del sector.

Por lo tanto el TS se reafirma en la línea jurisprudencial mantenida y también ampliamente comentada en anteriores números de *Justicia Administrativa* (véase voz «suspensión cautelar de instrumento urbanístico por insuficiencia de recursos hídricos»), afirmando que «no puede prosperar la alegación relativa a la preeminencia del interés público derivado de la aprobación del planeamiento urbanístico frente al interés, también público, referido a la necesidad de asegurar el adecuado y racional aprovechamiento de los recursos hidráulicos».

Asimismo el TS afirma, en su FJ 3, que ha de tenerse en cuenta que en el caso examinado consta la existencia de Informe de la Confederación Hidrográfica del Júcar, que es de carácter negativo y que alerta de los peligros derivados de la inexistencia de recursos hídricos suficientes para satisfacer las nuevas necesidades de consumo de agua que comporta la ejecución del instrumento urbanístico. Por lo demás concluye el Tribunal que la doctrina del *fumus bonis iuris* no puede tener aplicación favorable en este supuesto concreto, porque como acabamos de señalar contaba en el expediente informe desfavorable del Organismo de Cuenca.

Por todo lo anterior, el TS declara no ha lugar al recurso de casación y procede a imponer a la Administración recurrente (Generalitat Valenciana) la condena en costas procesales del recurso.

B) Urbanismo: inexistencia de evacuación de aguas residuales

Se discute en la **STS de 21 de enero de 2011** (recurso de casación núm. 6388/2006), la Orden de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente de 29 de enero de 2001 que completa determinadas prescripciones con respecto de la Orden de 26 de diciembre de 2000, por la que se aprobó definitivamente la revisión del Plan General de Ordenación Municipal de Las Palmas de Gran Canaria.

Dicha Orden de 29 de enero de 2001 es recurrida en recurso contencioso-administrativo (núm. de recurso 480/2002) ante el Tribunal Superior de Canarias (sede en Las Palmas de Gran Canaria). El citado recurso contencioso-administrativo fue desestimado por Sentencia de 2 de marzo de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Canarias, dado que el Tribunal Superior de Canarias consideró sobre la clasificación de suelo interesada por el recurrente, en función de los informes periciales aportados al proceso, que la finca en cuestión no contaba con sistema de evacuación de aguas residuales.

Ante dicha sentencia se interpuso recurso de casación, argumentado sobre dos motivos de casación: el primero, al amparo del artículo 88.1.c) de la LJAC por infracción de normas reguladoras de la sentencia por incongruencia, y, como segundo motivo, se alega infracción de normas del ordenamiento jurídico al amparo del artículo 88.1.d) de la LJAC. En este último

sentido se alega infracción del artículo 8 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones. En lo fundamental se sostiene por el recurrente que los terrenos de su propiedad tienen todos los servicios para ser clasificados como suelo urbano.

Analizados los motivos de casación esgrimidos por la parte recurrente. El TS afirma que el primer motivo no puede ser estimado, pues no es cierto que el debate procesal de la sentencia de instancia se sustanciase en los términos distintos del *petitum* de la demanda, y la discrepancia con la valoración de la prueba por la Sala de instancia que alega el recurrente no puede ser revisada en casación como es doctrina consolidada el hecho de que la valoración de la prueba efectuada en instancia se encuentra extramuros del ámbito casacional.

En cuanto a la cuestión de fondo que se discute en el presente recurso de casación, el TS afirma que la sentencia de instancia se funda esencialmente en la no concurrencia de todos los servicios urbanísticos a los que legalmente está supeditada la clasificación de suelo urbano, concretamente a la existencia del servicio de saneamiento. Sobre el particular la sentencia recurrida, al valorar los informes periciales llega a la conclusión de que la finca no tiene servicio de evacuación de aguas residuales, pues las bocas de alcantarillado de la parcela están a 200 metros de los colectores de la red de alcantarillado municipal y la finca de la parte recurrente no se encuentra conectada a ella. Es más, la recurrente reconoce en el escrito de casación que dichas aguas tienen un sistema de emisión directa al mar. Añade el Tribunal que sobre la evacuación de aguas (saneamiento) la Sala ha declarado en Sentencia de 22 de marzo de 2005 (recurso de casación núm. 2941/2002) que «el sistema de evacuación de aguas ha de ser capaz de servir no sólo a la edificación que exista, sino también a la que pueda construirse sobre los terrenos».

Concluye el TS, en su FJ 9, que ha de tenerse en cuenta que los requisitos establecidos en los apartados a) y b) del artículo 8 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, para la calificación de suelo urbano, deben manifestarse en el mismo momento de la aprobación del plan, no en su posterior ejecución. Por lo expuesto el TS concluye que no procede estimar los motivos de casación alegados y no ha lugar al recurso de casación planteado.

C) Sanción en materia de aguas: daños al medio ambiente

En la **STS de 22 de octubre de 2010**, se trata el recurso de casación en unificación de doctrina (recurso núm. 451/2009) interpuesto por la mercantil Agrícola Minamar, SA contra la Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 1 de abril de 2009. Dicha sentencia de la AN desestima el recurso contencioso-administrativo 20720/07, interpuesto contra la Resolución del Ministerio de Medio Ambiente de fecha 14 de marzo de 2007, que confirma en reposición la Resolución de 1 de febrero de 2006, por la que se impuso a la entidad mercantil recurrente una sanción de 90.000 euros de multa y la obligación de indemnizar los daños causados a Dominio Público Hidráulico por importe de 16.756, 50 euros, por la comisión de una infracción grave tipificada los apartados a), c) y g) del artículo 116.3 del TRLAg.

Según se nos explica en los antecedentes de hecho, en el proceso de instancia el demandante argumentó varios siguientes motivos de impugnación: prescripción de la sanción, caducidad del expediente, vulneración del principio de presunción de inocencia, nulidad de pleno derecho de la acumulación efectuada entre los expedientes (exptes. ref. D-41/05 y D-61/05). Motivos todos ellos, desestimados por la sentencia de la AN.

Contra dicha sentencia se interpuso por la mercantil Agrícola Minamar, SA recurso de casación para la unificación de doctrina, aduciendo que la sentencia impugnada incurre en contradicción con respecto a lo resuelto por otras sentencias de la Sala de lo Contencioso-Ad-

ministrativo del Tribunal Supremo que cita la recurrente en su escrito. Por el contrario, la Abogacía del Estado señala en su escrito de contestación que las sentencias que se proponen por el recurrente como sentencias de contraste examinan supuestos fácticos y jurídicos diferentes.

Analizadas las sentencias de contraste que se citan por el recurrente y sobre las que se funda el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, el TS nos recuerda, en su FJ 2, que el recurso de casación para la unificación de doctrina procede cuando respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, y en mérito de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiese llegado a pronunciamientos distintos (artículo 96 de la LJCA). El TS remarca que la contradicción entre las sentencias aportadas para el contraste y la impugnada debe establecerse sobre la existencia de una triple identidad de hechos, fundamentos y pretensiones.

Asimismo, se afirma por el TS que la configuración procesal de este recurso deriva en la exigencia de que en el escrito de formalización se razone de manera precisa y fundamentada las identidades que puedan determinar la contradicción alegada.

Pues bien, concluye el TS que en el caso que nos ocupa el escrito de interposición del recurso denota un defectuoso manejo de esta técnica casacional, pues la representación de la recurrente no hace ningún esfuerzo para poner de manifiesto las identidades subjetivas, objetivas y jurídicas a que se refiere el artículo 99.1 de la LJCA. Es decir, el recurrente ni siquiera especifica en qué aspectos concretos reside la contradicción alegada limitándose a una cita genérica de las sentencias aportadas. Esta circunstancia, argumenta el TS, ya sería suficiente para que el recurso de casación interpuesto fuese desestimado, pero sucede, además, que las sentencias aportadas son de contenido heterogéneo y algunas de ellas ni siquiera versan sobre materia sancionadora.

Por todo lo anterior, el TS considera que no cabe afirmar que las sentencias sometidas a contraste incorporen doctrinas o interpretaciones contradictorias, y, en consecuencia, el recurso de casación para la unificación de doctrina que nos ocupa no puede prosperar. Por tal motivo el TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto por la mercantil Agrícola Minamar, SA contra la Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de abril de 2009, con imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

En idéntico sentido y sobre la misma materia (sanción en materia de aguas), véase la **STS de 17 de diciembre de 2010** (recurso de casación en unificación de doctrina núm. 453/2009), interpuesto por la «Entidad Urbanística Colaboradora de Conservación de la Urbanización El Bosque», contra la Sentencia de 29 de abril de 2009, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída sobre recurso contencioso-administrativo núm. 131/2007, interpuesto contra la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Tajo, por medio de la cual se impuso a la recurrente una sanción de multa de 30.000 euros, con la obligación de restituir el terreno a su estado anterior, por infracción de alumbramiento de aguas subterráneas prevista en el artículo 116.3.b) del TRLAg.

Contra dicha Sentencia de 29 de abril de 2009 desestimatoria del recurso contencioso-administrativo, se interpuso por la entidad recurrente recurso de casación para la unificación de doctrina fundamentado en la existencia de una contradicción entre la sentencia que se recurre y las sentencias aportadas por el recurrente. Señala en síntesis el recurrente que las sentencias que se traen a colación han aplicado, en unos casos, el principio de proporcionalidad, y, en otros, se pronuncian exigiendo una justificación de la graduación de la sanción.

Analizados los motivos y las sentencias de contraste aportadas, el TS vuelve a efectuar en sus FFJJ 1 y 2 un amplio repaso del régimen jurídico legalmente establecido, y de la doctrina

jurisprudencial de la Sala, sobre las exigencias procesales precisas para la viabilidad del recurso de casación en unificación de doctrina.

Concluye el TS de nuevo afirmando que, acorde con la doctrina expuesta no concurren en el presente recurso las exigencias procesales establecidas. El Tribunal no observa la existencia de coincidencias e identidades de hecho y jurídicas entre la sentencia recurrida y las sentencias aportadas por el recurrente, procediendo a declarar que no ha lugar al recurso de casación en unificación de doctrina interpuesto.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Puertos: procede la medida cautelar consistente en la suspensión de ejecución de un Plan de Uso de Espacios Portuarios por razones ambientales

La **STS de 21 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso núm. 3110/2009), resuelve el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra el Auto de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional por el que se acordó desestimar el recurso de súplica interpuesto contra otro Auto de la misma Sala que denegó la medida cautelar consistente en la suspensión de un Plan de Uso de Espacios Portuarios. En este caso, los intereses económicos del Ministerio de Fomento y del Ayuntamiento en cuyo término se encuentra el puerto se contraponen a los intereses medioambientales del Ayuntamiento recurrente, cuyo término va a verse parcialmente afectado por las obras de ampliación de aquella infraestructura.

Mientras que en los Autos recurridos se priman de forma clara los intereses económicos —a juicio de la Sala de instancia, ni se perdería la finalidad del recurso si se ejecuta el Plan, siendo los intereses de índole económica «de mayor envergadura»—, el Tribunal Supremo, aplicando los criterios de ponderación exigidos para la adopción de las medidas cautelares, considera prevalentes los intereses ambientales. Resulta evidente a su juicio que, de procederse a la ejecución del Plan, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento contra la Orden por la que se aprueba este instrumento perdería su finalidad, puesto que impone la explanación y taluzado de un promontorio costero que, según el mismo recurrente, nunca ha albergado instalaciones industriales o portuarias, constituyendo una barrera de protección natural. También recuerda la Sentencia que otro de los motivos en los que se fundamenta el recurso pendiente de resolución es la nulidad del Plan por no haberse sometido a la evaluación ambiental estratégica a la que se refiere la Ley 9/2006. Aunque en el recurso de casación el Tribunal no puede pronunciarse sobre esta cuestión —por no encontrar vía de encaje con el objeto del proceso—, sí insiste en que no se trata de una cuestión baladí a la hora de decidir sobre la medida cautelar suspensoria, pues es justamente la ausencia de dicha evaluación la que conlleva una mayor exigencia en cuanto a la tutela ambiental. Por todas estas razones, acuerda la suspensión del Plan de Uso del puerto en el ámbito territorial del municipio recurrente.

5. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

A) La Declaración de Impacto Ambiental es un acto de trámite no susceptible de impugnación en un recurso autónomo, sino con ocasión de la impugnación del acto que pone fin al procedimiento

En la **STS de 26 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a (recurso núm. 5395/2006), se resuelve un recurso de casación interpuesto por Regasificadora

del Noroeste SA y la Xunta de Galicia contra una Sentencia anterior del TSJ de Galicia de 27 de junio de 2006, por la que se estimaba un recurso contencioso-administrativo de la Plataforma de Vecinos de la Parroquia de Meha contra la Resolución del Conselleiro de Medio Ambiente de 15 de marzo de 2002, por la que se inadmitía un recurso de alzada promovido contra una Declaración de Efectos Ambientales de la Dirección Xeral de Calidad y Evaluación Ambiental sobre un proyecto de planta de almacenamiento y regasificación de gas licuado de Mugarbos.

La Sentencia de instancia había anulado la Declaración de Efectos Ambientales, por considerarla contraria a Derecho.

El TS cita una anterior Sentencia de 14 de noviembre de 2008 que recayó sobre un recurso de casación interpuesto por las mismas partes y contra una Sentencia que anulaba el mismo acto: la Resolución del Director General de Calidad y Evaluación Ambiental de 11 de junio de 2001 que aprobó la Declaración de Efectos Ambientales del proyecto de planta de almacenamiento y regasificación de gas licuado en Mugarbos.

Remitiéndose a dicha sentencia, sustancialmente idéntica a la presente, así como a una asentada jurisprudencia, el TS indica que la Declaración de Efectos Ambientales en Galicia es equiparable a la Evaluación de Impacto Ambiental, y como tal tiene un carácter instrumental o medial en relación con la decisión final de llevar a cabo el proyecto. Por lo tanto, constituye un acto de trámite que no pone fin al procedimiento administrativo y que, en consecuencia, no es recurrible conforme a los artículos 25 y 69.c) de la LJCA. Por lo tanto, casa y anula la sentencia recurrida (FJ 2). No se imponen costas a ninguno de los litigantes.

La Sentencia, sin embargo, incluye un voto particular formulado por el Magistrado don Jesús Ernesto Peces Morate, que se remite a lo que ya expresó en la citada sentencia de 2008. En ella expresaba que, «bien se considere como un acto definitivo o autónomo bien como un acto de trámite que impide la continuación de un más amplio procedimiento (el de evaluación ambiental), no ofrece duda la posibilidad de su revisión independiente *ex* artículo 25.1 de la LJCA, por cuanto la autonomía del acto es evidente al articularse una potestad relativa a resolver sobre la exigencia o no de iniciar un procedimiento de evaluación de impacto ambiental».

6. RADIACIÓN NO IONIZANTE

A) **Es lícita la exigencia a las instalaciones de radiocomunicaciones de la adaptación a la mejor tecnología disponible, así como la reserva de las facultades de inspección a las EELL, pero el establecimiento de un régimen sancionatorio local ha de contar con una habilitación legal previa**

En la **STS de 23 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a (recurso núm. 3321/2007), se resuelve un recurso de casación interpuesto por «France Telecom España SA» contra la Sentencia del TSJ de Valencia de 2 de enero de 2007, por la que se estimaba en parte un recurso de Retevisión Móvil SA contra la Ordenanza Municipal Reguladora de las condiciones de localización, instalación y funcionamiento de los elementos y equipos de Telecomunicación en el Término Municipal de Benissa (Alicante), de 25 de junio de 2002.

La Sentencia de instancia había declarado nula una parte del articulado de la Ordenanza, en concreto: la exigencia de licencia de actividad clasificada y los límites de exposición más estrictos que los estatales.

Siguiendo su reciente jurisprudencia, el TS recuerda el marco en el que se mueve el ejercicio de las competencias atribuidas a los municipios sobre regulación de telecomunicaciones.

Así, reitera que «1) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales» y «2) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas» (FJ 3).

Desde este punto de partida, el TS declara lícitas la exigencia de que las instalaciones utilicen la mejor tecnología disponible en el mercado que comporte un menor impacto ambiental, visual y sobre la salud de las personas (FJ 5) y las facultades de inspección reservadas a las autoridades locales. Sin embargo, declara nula la Ordenanza en cuanto al establecimiento de un régimen sancionador, ya que el municipio no contaba con habilitación legal para incorporar un régimen sancionador en la materia, al ser la Ordenanza anterior a la Ley de medidas para la modernización del Gobierno Local, cuya Disposición Adicional Decimocuarta modificó la Ley de Bases del Régimen Local para posibilitar la tipificación local de infracciones y sanciones, y también porque no existía ninguna ley estatal o autonómica que fijara los criterios mínimos de antijuridicidad y las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales, tal y como exige la jurisprudencia del TC (FJ 6).

Así, el TS anula los artículos de la Ordenanza relativos al régimen sancionatorio, y no hace imposición en costas (FJ 7).

B) Es lícita la exigencia de licencia de actividad y la limitación temporal de las licencias, pero no el otorgamiento de licencias a precario

En la **STS de 2 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a (recurso núm. 1613/2005), se trata la misma cuestión que en la anteriormente citada, esta vez en relación con la Ordenanza Municipal reguladora de la instalación, modificación y funcionamiento de los elementos y equipos de telecomunicación que utilicen el espacio radioeléctrico de Valencia.

El TS reconoce legitimidad municipal a la exigencia de licencia de actividad para la instalación de sistemas de telecomunicaciones y a la limitación temporal de las licencias, que son revisables en el plazo de dos años desde su otorgamiento. Sin embargo, declara nulo el otorgamiento de licencias a precario, alegando que ello implica un factor de inseguridad jurídica para las operadoras del sector.

C) No es legítima la exigencia de un seguro de responsabilidad civil ni del acuerdo de la comunidad de propietarios o la conformidad del titular del terreno para la obtención de una licencia de actividad

En la **STS de 23 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a (recurso núm. 4780/2006), se trata la misma cuestión que en las anteriormente citadas, esta vez en relación con la Ordenanza Municipal sobre antenas de Telefonía, Radio y Televisión del Ayuntamiento de Tavernes de la Vallidigna, de 2 de febrero de 2003.

El TS reconoce a los municipios la posibilidad de exigir licencias municipales de actividad sobre instalaciones de radiocomunicaciones, pero éstos no pueden someter dicha licencia a

ciertos requisitos, como la obtención de un seguro de responsabilidad civil, el acuerdo de la comunidad de propietarios o la conformidad del titular del terreno para la obtención de una licencia de actividad.

D) Los municipios pueden establecer medidas preventivas adicionales de protección de la población frente a la radiación no ionizante

En la **STS de 23 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a (recurso núm. 437/2007), se trata la misma cuestión que en las anteriormente citadas, esta vez en relación con la Ordenanza Municipal reguladora de la instalación y funcionamiento de infraestructuras radioeléctricas en el término municipal de Xátiva, de 1 de abril de 2004.

El TS reconoce a los municipios competencia para establecer medidas adicionales de protección a las establecidas por la normativa estatal (RD 1066/2001), con una finalidad preventiva y con el único límite de la garantía del derecho de las operadoras a la prestación del servicio.

A las mismas conclusiones que las ya citadas se llega también en las **SSTS de 17 de noviembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a (recursos núms. 2345/2005, 687/2006, 4824/2006 y 8582/2004).

7. MINAS

A) Sanción por inicio de extracciones sin evaluación de impacto ambiental. Adecuación a Derecho, hasta tanto un Parlamento Autonómico no proceda al desarrollo de la legislación básica estatal, de la aplicación por la Administración autonómica del régimen sancionador previsto en ésta. Interpretación del principio de proporcionalidad en la fijación de las sanciones

La **STS de 10 de diciembre de 2010** (recurso núm. 5655/2006), resuelve un recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Madrid. El tema de fondo versaba sobre la impugnación en su día realizada por una compañía mercantil contra un Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid por el que se procedía a imposición de sanción a la recurrente —con obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados así como restaurar la zona afectada— como consecuencia de infracción en materia de evaluación de impacto ambiental.

Los hechos por lo que se sancionaba fueron la extracción de áridos afectando a una superficie de 477.450 metros cuadrados en una finca incluida dentro de la Zona de Especial Protección «Estepas Cerealistas de los ríos Jarama y Henares» y en el curso y riberas del río Torote, catalogado como Lugar de Importancia Comunitaria de la Comunidad Autónoma de Madrid.

En concreto, le fue impuesta a la entidad recurrente la sanción de multa en la cuantía de 600.000 euros, como autora de la infracción prevista y tipificada como muy grave en el artículo 8 bis.2.a) del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental (conforme a la redacción dada al mismo por la Ley 6/2001, de 8 de mayo) en el que se ilegaliza «el inicio de la *ejecución de un proyecto que debe someterse a evaluación de impacto ambiental, de acuerdo con el Anexo I, incumpliendo dicho requisito*» (Anexo I, Grupo 2, a, 1a); así como las obligaciones de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados (en un importe de 140.636,81 euros) y de restaurar la zona afectada previa la presentación de Proyecto de Restauración en el plazo de dos meses.

La recurrente denuncia la violación de los artículos 5 y 6 de la Ley 6/2001, de 8 de mayo, modificadora del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, por interpretación errónea y aplicación indebida de ellos. Entiende que la fecha de realización de los hechos constitutivos de la infracción sancionadora, (... de 2001) el régimen sancionador aplicable no pudo ser el de la Ley estatal 6/2001, de 8 de mayo, como ha aplicado la Comunidad Autónoma, ya que tal Ley no establecía un régimen sancionador de directa aplicación por las Comunidades Autónomas, sino un régimen básico de infracciones, para cuya ejecución y determinación de los órganos competentes para aplicarlo, debía ser objeto de desarrollo por las Comunidades. Por tanto, considera que se ha producido una aplicación retroactiva del régimen sancionador, de la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid —donde se estableció un régimen sancionador completo—, aplicando la sanción para infracciones muy graves prevista en ésta, en vez de la normativa medioambiental anterior. A su juicio, la Comunidad Autónoma debió aplicar la normativa autonómica vigente en el momento de los hechos cometidos, a la sazón la Ley 10/1991, de 4 de abril, de Protección del Medio Ambiente, que preveía una sanción muy inferior a la impuesta. Todo ello le lleva a pretender que se declare la nulidad de la sanción impuesta, por infracción del artículo 25.1 de la Constitución Española, así como 128.1 y 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ahora bien, el TS considera que, en el fondo, la recurrente la cuestión que suscita no es tanto la de la aplicación retroactiva de la Ley autonómica de 2001 —que, por otra parte, no se citaba en la resolución sancionadora— sino la de si resulta posible la aplicación, por parte de la Administración autonómica de Madrid, conforme a sus normas competenciales internas, la aplicación de la legislación estatal —calificada de básica (esto es, la Ley 6/2001, de 8 de mayo, modificadora del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, que entró en vigor el día 10 de mayo de 2001)— hasta el momento de la entrada en vigor de la normativa autonómica de referencia.

El Supremo órgano jurisdiccional llega a la conclusión de que, en efecto, procedía tal aplicación pues:

- a) Los hechos —y la incoación del expediente— eran posteriores a la entrada en vigor de la Ley 6/2001, de 8 de mayo, que es la norma material que se aplica por la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid.
- b) Por tanto los hechos por los que se sanciona se encontraban tipificados como infracción muy grave con anterioridad al acaecimiento de éstos en una norma con rango de ley, estatal y básica, aún no desarrollada por la normativa autonómica.
- c) El órgano que impone la sanción (el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid) era el competente para la imposición de las sanciones muy graves con arreglo a la normativa madrileña anterior a la estatal básica, y lo ha seguido siendo en la normativa posterior autonómica. En consecuencia, el TS considera que resulta ajustado a Derecho la aplicación por parte de la Administración autonómica —hasta tanto por el Parlamento Autonómico se proceda al desarrollo de la legislación básica estatal— de la citada legislación básica estatal, de las infracciones en ella previstas y de las sanciones para ellas contempladas.

Por otra parte, suscita también la recurrente una interpretación del principio de proporcionalidad. Para comprenderlo importa conocer que los márgenes dentro de los cuales se podía imponer una multa oscilaban entre la cuantía mínima de 240.404,85 euros y la máxima de 2.404.048,42. De entre ambas la resolución sancionadora se situó en los 600.000 euros, siendo

confirmada por la sentencia de instancia. El TS considera, asimismo, que la concurrencia de circunstancias tales como:

- a) la concurrencia de dolo, por cuanto había existido —y era conocida por la recurrente— previa Resolución de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental, de fecha 11 de abril de 2000 aprobando Declaración de Impacto Ambiental Desfavorable;
- b) el no acatamiento por la recurrente de la suspensión provisional decidida en el Acuerdo de incoación del expediente;
- c) la ubicación de la finca donde se realizaron las extracciones en la ZEPA «Estepas Cerealistas de los ríos Jarama y Henares» y en el curso y ribera del río Torote, catalogadas como LIC,

determina que la elección de una cantidad cercana al mínimo de entre la horquilla de posibilidades haga imposible considerar desproporcionada la sanción impuesta.

B) De acuerdo con el artículo 116 de la Ley de Minas, la paralización de la actividad extractiva de una explotación minera no puede acordarla una autoridad forestal. La cláusula incluida en una autorización de ocupación temporal para favorecer las actividades extractivas que imponga una obligación de restauración de una cantera distinta a la que se explota no es una *conditio iuris*, sino una cláusula accesorias al acto administrativo de autorización y, por tanto, susceptible de recurrirse autónomamente

La STS de 9 de diciembre de 2010 (recurso núm. 5521/2006), desestima un recurso de casación interpuesto contra una STSJ de Madrid que estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una mercantil contra una resolución de la Dirección General del Medio Natural, confirmada en alzada por Orden del Consejero de Medio Ambiente madrileño por la que se autorizaba la ocupación temporal en terrenos del monte «Pinar del Concejo», en el término municipal de Cadalso de los Vidrios, por el plazo máximo de 15 años.

La ocupación temporal autorizada, se desprende de la sentencia, lo fue al amparo del artículo 102 la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, que posibilita que quienes realicen el aprovechamiento de recursos de la Sección A) puedan acogerse a los beneficios de la Ley de Expropiación Forzosa para la ocupación de los terrenos necesarios al emplazamiento de las labores, instalaciones y servicios correspondientes, previa la oportuna declaración de utilidad pública, que señalará la forma de ocupación. En este sentido, conviene recordar que las ocupaciones temporales no constituyen más que un supuesto especial de expropiación forzosa caracterizado por entrañar una expropiación temporal de la posesión de un bien, o la privación de algunas de las facultades del propietario de un inmueble no con carácter definitivo, sino de manera limitada en el tiempo; siendo precisamente este aspecto, la temporalidad o transitoriedad, el que lo diferencia de las expropiaciones plenas.

El problema en el caso de los autos enjuiciados se planteaba con una de las cláusulas contenidas en la resolución que autorizaba la explotación de los recursos mineros y la ocupación temporal de terrenos para afrontar las labores adecuadamente. La cláusula 14 de las contenidas en la Resolución de la Dirección General del Medio Natural se expresaba en los siguientes términos:

«El beneficiario —(de la autorización)— deberá redactar a su costa y presentar, en un plazo máximo de DOS (2) MESES a partir de la fecha en la que se conceda la presente autorización, un proyecto de restauración de la cantera El Berrocal (cantera núm. 8), situada al Norte de la carretera MV-9403 (M-541) y de las zonas que excedan de la superficie amojonada de 78 hectáreas a ocupar, tanto al Sur como al Norte de la carretera MV-9403 (M-541), rellenando los huecos con inertes, recubriéndolos de una gruesa capa de tierra vegetal y realizando la plantación de la superficie resultante. El proyecto de restauración deberá ser aprobado por la Consejería de Medio Ambiente y será ejecutado, a costa del beneficiario, en el plazo máximo de SEIS (6) MESES a partir de su aprobación».

Es decir, la autoridad forestal imponía al beneficiario de la ocupación temporal la obligación de proceder a la restauración de una cantera que no tenía nada que ver con la que se explotaba.

Así las cosas, los términos del recurso tanto en la instancia como en casación giraron en torno a dos cuestiones:

a) La legitimación para poder recurrir por la entidad mercantil dicha cláusula. Ésta se niega por la Administración madrileña en el entendido de que la mercantil aceptó la ocupación temporal con las condiciones determinadas en la autorización, aceptando con ello la cláusula 14 reproducida y, con ello el cierre y restauración de la referida cantera. A juicio de la Administración autonómica, dicha cláusula constituía no una cláusula de oportunidad de carácter discrecional sino una *conditio iuris*.

En síntesis, lo que se planeaba es si la aceptación de la ocupación temporal de los terrenos —con la obligación de restauración de la cantera contenida en la cláusula 14— implicaba la renuncia de la mercantil a la posibilidad de impugnar la condición incluida en la cláusula citada.

Sin embargo, la Sala de instancia considera que en realidad la cláusula en cuestión es una cláusula accesoria al acto impugnado, a modo de carga o gravamen, más que de verdadera condición, por lo que el afectado por ella dispone de todas las facultades que le brinda el ordenamiento jurídico para impugnarla. Se niega que una cláusula de las características de la mencionada sea una *conditio iuris* de las que se suelen acompañar a actos esencialmente reglados, como son las licencias urbanísticas, sino que se trataría, en su caso, de una condición de oportunidad o de carácter discrecional. Por consiguiente, no se trata de una condición impuesta para el cumplimiento de una normativa, la cual sí condicionaría la eficacia de la autorización, e incluso podría justificar al argumento invocado por la Administración demandada. Pero cuando se trata de una exigencia de oportunidad añadida al contenido esencial del acto autorizatorio no limita, en modo alguno, las posibilidades de impugnación por parte de la recurrente.

A este razonamiento añade el TS que incluso tal renuncia a recurrir no se desprende de una supuesta aceptación de la cláusula por la mercantil que, por el contrario, siempre ha manifestado su decisión de ocupación temporal de los terrenos por un plazo de quince años, pero expresando su oposición a la obligación de restauración a la que nos referimos.

En consonancia con lo razonado, niega el TS que se pueda considerar que estamos ante un supuesto en el que, de acuerdo con el artículo 83 de la Ley de Minas, corresponda declarar la caducidad de la autorización de la explotación de recursos mineros por haberse producido por parte del beneficiario de la autorización «el incumplimiento de las condiciones impuestas en la autorización o en los planes de labores anuales cuya inobservancia estuviese expresamente sancionada con la caducidad».

b) La competencia de una Dirección General del Medio Natural para imponer una exigencia en materia de minas y en relación con una cantera. El TS determina que no es com-

petente una autoridad forestal para acordar la paralización de la actividad extractiva de una explotación, pues así se desprende de lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley de Minas. Cierto es que la Comunidad autónoma intenta apoyarse en la jurisprudencia del TS, dictada en relación con el citado precepto, según la cual los Ayuntamientos pueden suspender la explotación de yacimientos cuando no se ha solicitado la oportuna licencia de obras. Pero esta argumentación es rechazada por el Tribunal que entiende que no se está ante un supuesto de autorización municipal, sino en el del ámbito de actuación de la Administración forestal autonómica que, con la finalidad de poder ejecutar una autorización minera (cantera Venero) procedente de la propia Administración autonómica, permite la ocupación temporal de un monte de utilidad pública (Pinar del Consejo), imponiendo como cláusula o condición la obligación de proceder a la restauración forestal de otra antigua cantera (Berrocal), que perfectamente se identifica en las actuaciones como diferente y distante de la primera cantera, y aunque ésta fuera explotada por la antecesora de la entidad ahora autorizada para la nueva cantera.

Es por ello por lo que el TS declara procedente la declaración de nulidad de la citada cláusula 14 al ser dictada por órgano autonómico incompetente por cuanto tal condición se imponía en relación con una cantera distinta de la que habilitaba la ocupación temporal que decidía, y, además, suponiendo que la misma no se encontraba ya en funcionamiento como consecuencia de su caducidad, sin la existencia de expediente al respecto tramitado por la Administración de minas, única competente de conformidad con el artículo 116 de la Ley sectorial de Minas.

8. FISCALIDAD AMBIENTAL

A) Tributos estatales en materia de aguas

a) *Canon de control de vertido: hecho imponible*

En el asunto resuelto por el TSJ de Asturias, mediante **STSJ de Asturias de 14 de julio de 2010** (NR 1341/2008), el recurrente alegaba que no había efectuado vertidos de forma directa al río, sino que se encauzan a una estación depuradora. Le contesta el Tribunal que «el canon de vertidos reclamado se halla en función de la autorización de vertidos y carga contaminante, sin que le pueda eximir de su pago, la circunstancia de efectuar el vertido a una estación depuradora, toda vez que como se reconoce hasta el 1 de enero de 2006 estuvo en fase de prueba, fecha en que entró en vigor la autorización de vertido de la depuradora, por lo que hasta la indicada fecha no consta que se modificaran los volúmenes de vertido, ni la carga contaminante de los mismos que obligase a modificar las condiciones de la autorización del vertido. A ello podemos añadir que, como consta en el expediente, hasta el 29 de diciembre de 2005 el Consorcio de Aguas de Asturias no presentó solicitud de autorización de vertido de la referida depuradora, por lo que hay que entender que hasta su autorización el 1 de enero siguiente, el vertido vino realizándose como se hacía con anterioridad, sin estar las aguas debidamente depuradas».

Veámos en un comentario anterior cómo el TSJ de Valencia consideraba que el Ayuntamiento reclamante no había realizado el hecho imponible, al canalizarse las aguas residuales del municipio mediante colector a la EDAR. El TSJ daba la razón al Ayuntamiento, recalcando que ni se trataba de un vertido directo, ni tampoco de un vertido indirecto, que es lo que señalaba la Administración. Aunque el caso no es exactamente igual, la Audiencia Nacional no comparte estos criterios [*cf.* **SAN de 19 de noviembre de 2010** (NR 85/2008)]. Para la Audiencia Nacional, el hecho de que el vertido se haya efectuado una vez tratadas las aguas en la estación depuradora no quiere decir que no se haya realizado un vertido indirecto de aguas residuales y que por tanto se haya producido el hecho imponible. Curiosamente la EDAR estaba mancomunada, eran dos los municipios, y precisamente el otro fue el que consiguió el fallo favorable en el TSJ de Valencia.

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 su cálculo. 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 incluye una serie de instrucciones operativas.

Visto esto, nos referiremos en primer lugar al caso resuelto por la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 7 de mayo de 2010** (NR 608/2008), que hace notar el cambio en los esquemas de cuantificación respecto de la exacción antecedente del actual canon de control de vertidos: importa el volumen de vertido autorizado y no el volumen real de agua consumida. O al caso resuelto en parecido sentido por la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 23 de julio de 2010** (NR 1929/2006): importa el volumen de vertido autorizado y no el volumen real de agua vertida.

Es estimatorio el sentido de las **SSTSJ de Murcia de 21 de julio de 2010** (NR 793/2005) y **30 de julio de 2010** (NR 794/2005). Reprocha la Sala a la Confederación que la liquidación girada no encuentra motivación, ni en su propio contenido, ni en el expediente, ni en cuanto al volumen anual de agua tenido en cuenta, ni en cuanto al factor K en función del índice de contaminación de las aguas vertidas, y ello por la sencilla razón de que no constan las tomas de muestras de aguas, ni sus análisis que sirvieron de base para calcular dichos datos. Ahora bien, tal y como dice la **STSJ de Murcia de 30 de septiembre de 2010** (NR 684/2005), la falta de motivación de la liquidación no es causa de nulidad de pleno derecho, sino de anulabilidad, pudiendo ser subsanados los vicios incurridos.

La **STSJ de Valencia de 2 de junio de 2010** (NR 126/2009), estima el recurso deducido, considerando que la Administración no ha realizado una correcta estimación indirecta del vertido conforme a la normativa reguladora, sino que ha efectuado una estimación aproximada que no es conforme a los datos y mediciones que aporta la demandante (actas notariales que acreditan lo que marca el contador en dos fechas, permitiendo generar promedios).

La **SAN de 19 de noviembre de 2010** (NR 85/2008), determina correcciones sobre la cuantía fijada por la Administración, sobre la base de informes periciales que explicaban qué porcentaje de vertidos correspondía a aguas residuales de procedencia industrial, doméstica o pluvial.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas

a) Constitucionalidad de los tributos

El TSJ de Aragón declara nuevamente la constitucionalidad del canon de saneamiento de Aragón, dado que, a su parecer, no vulnera en absoluto el artículo 6.2 de la LOFCA. En efecto, el

canon de saneamiento no grava el mismo hecho imponible gravado por el canon estatal de control de vertidos. Se trata de las **SSTSJ de Aragón de 9 de junio de 2010** (NR 145/2009); dos **de 16 de junio de 2010** (NR 150 y 302/2009) y otra **de 30 de junio de 2010** (NR 255/2009). El TSJ de Aragón ya había dictado sentencias en este sentido, y se da la circunstancia de que, recurridas en casación, el Alto Tribunal está empezando a dictar sentencias, declarando no haber lugar a la casación, en línea con la doctrina seguida anteriormente [*cfr.* **STS de 20 de octubre de 2010** (NR 2939/2010)].

b) Cuantificación de los tributos

La **STSJ de Cantabria de 29 de septiembre de 2010** (NR 878/2008), aborda varias cuestiones relativas a la cuantía del canon de saneamiento de Cantabria. En concreto, la demandante alegaba la incorrecta determinación del valor de los parámetros a considerar para la obtención de la carga contaminante, ya que no se deduce la contaminación que lleva incorporada el agua antes de ser utilizada por la empresa. Dice al respecto el tribunal que la recurrente no incluyó en la declaración de carga contaminante formulada referencia alguna al análisis de contaminación a la entrada del agua, por lo que no cabe hacer reproche alguno a la Administración. Añade que la prueba pericial practicada es intrascendente, sin perjuicio de que pueda constituir un elemento determinante a los efectos de la revisión de la determinación inicial con efectos de futuro. En esta dialéctica, la recurrente señalaba que, de todas formas, algunos aspectos regulados por el reglamento del impuesto vulneraban el principio constitucional de reserva de ley. No comparte la Sala este criterio, abundando en que «los requisitos de efectuar los vertidos al sistema público de saneamiento y de un convenio de horarios y régimen son completamente acordes con los principios y finalidad de la ley y del precepto concreto desarrollado y, por ende, no cabe afirmar que exista extralimitación alguna.»

La empresa sólo obtiene un cierto reconocimiento en lo siguiente: aunque a la empresa se le suministra agua a través de la red pública, no paga propiamente a través de la suministradora, sino presentando declaración, a fin de que se practique liquidación. Se queja de que la suministradora, a pesar de ello, ha seguido incluyendo el canon de saneamiento en sus facturas, por lo que en sus declaraciones la empresa ha indicado que al vertido medio por caudalímetro de vertido habría que restarle el suministrado desde la red pública que se vierte por el mismo colector y cuyo canon ya ha sido facturado. Pero la Administración autonómica, después, ha practicado liquidaciones sobre el total del volumen vertido. El TSJ dice que la Administración tendrá que iniciar el procedimiento para la devolución de los ingresos que resultaren indebidos.

La medición de la carga contaminante es con frecuencia una cuestión controvertida, como se observa en el caso resuelto por la **STSJ de Galicia de 30 de septiembre de 2010** (NR 15867/2010), que avala la corrección de la determinación efectuada por la Administración, por no existir elementos que pongan de manifiesto la falta de idoneidad del criterio utilizado, por haber tenido intervención la propia recurrente y, sobre todo, por la posibilidad siempre de ésta de poner a disposición de la Administración los propios datos de medición continuada de la carga contaminante, para discutir a continuación las eventuales rectificaciones o modificaciones realizadas.

C) Impuestos sobre el transporte

a) Impuesto sobre determinados medios de transporte

La **SAN de 2 de noviembre de 2010** (NR 25/2009), fija el alcance de la exención referida a la matriculación de vehículos para la actividad de alquiler de vehículos: de las actuaciones resulta que la empresa recurrente realiza con dichos vehículos otro tipo de negocio jurídico diferente

del alquiler, cediendo su disfrute por tiempo superior a tres meses, actividad que no se considera de alquiler de automóviles. También la **STSJ de Baleares de 12 de julio de 2010** (NR 59/2009), se refiere a los problemas con el impuesto de las matriculaciones declaradas afectas a la actividad de alquiler.

Por su parte, la **STSJ de Madrid de 15 de julio de 2010** (NR 534/2008), aborda, respaldando la investigación realizada por la Inspección, una trama empresarial de importación y venta de vehículos, con empresas pantalla insolventes, destinada a eludir el pago del impuesto.

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 26 de febrero de 2010** (NR 279/2008), resuelve una cuestión relativa a la cuantificación de este impuesto de raíz medioambiental (el tipo de gravamen depende de las emisiones del vehículo), pero cuyas bases son monetarias. En los frecuentes casos de matriculaciones a nombre de los concesionarios de vehículos, ordena reducir la base en el importe de los descuentos concedidos por el fabricante o el importador con anterioridad al devengo del impuesto.

D) Tributos sobre residuos

a) *Tasas municipales por recogida de basuras*

La **STSJ de Aragón de 29 de marzo de 2010** (NR 86/2010), trata de la tasa por prestación del servicio de basuras del Ayuntamiento de Zaragoza, en un peculiar recurso que resultará desestimado. De una parte, se efectuaban una serie de consideraciones en relación con la competencia o no municipal para la realización de la actividad sobre ciertos residuos que no eran propiamente los residuos urbanos típicos. De otra, se alegaba la ilegalidad de la Ordenanza por la incapacidad de la tasa de sostener completamente el coste del servicio, dado que tenía que aplicarse con rigor el principio de «quien contamina paga».

Mediante la **STSJ de Madrid de 27 de julio de 2010** (NR 253/2009), la Sala desestima el recurso interpuesto contra la Ordenanza Fiscal reguladora de las tasas por servicios y actividades relacionados con el medio ambiente del Ayuntamiento de Madrid, que principalmente afecta a la recogida de residuos sólidos urbanos. Se impugnaba la manera de cuantificar la tasa, en función de tramos de valor catastral del inmueble, por entender que vulneraba el principio de capacidad económica. Se rechaza la argumentación sobre la base de la limitada incidencia de este principio constitucional en materia de tasas. También se consideraba injusto el salto que generaba pasar de un tramo a otro, señalando la demandante que violentaba la LGT en cuanto regulaba con carácter general el llamado error de salto. No compartió la misma opinión el órgano juzgador, dado que esta regla sólo es aplicable en propiedad sobre tributos variables, que cuenten con base imponible. Finalmente, el demandante consideraba ilegal la exclusión de tributación para ciertas entidades no lucrativas y personas con pocos recursos, por tratarse de un beneficio fiscal no cubierto por la ley: al entender del TSJ es una aplicación perfectamente posible del principio de capacidad económica.

JAVIER DOMPER FERRANDO
ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED
JOSÉ MONTOYA HIDALGO
SERGIO SALINAS ALCEGA
BEATRIZ SETUAIN MENDIA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

SUMARIO

1. NOTA PRELIMINAR.
2. AYUDAS PÚBLICAS.
 - A) Ayudas a la televisión pública e ingresos publicitarios.
 - B) Carácter selectivo de la ayuda y principio de neutralidad tecnológica.
 - C) Ayuda de Estado frente a compensación de las obligaciones de servicio público.
 - D) Ayudas de Estado y transferencias a bancos y cajas de ahorro.
 - E) Ayudas de Estado y venta de inmuebles públicos.
 - F) Incumplimiento parcial de ayuda estatal y proporcionalidad en la devolución.
3. CONTRATACIÓN PÚBLICA.
 - A) Contrato público de obras: concepto y alcance de la obligación de licitación.
 - B) Concesión de obra pública: transferencia de un riesgo relacionado con la explotación de la obra.
 - C) Concesión de obra pública: procedimiento de licitación y obras complementarias asumidas por el adjudicatario.
 - D) Concesión de servicios: obligación de transparencia y sustitución posterior de subcontratista.
 - E) Contrato público de servicios: publicidad de los resultados de la licitación y servicios de interés económico general.
 - F) Procedimientos de recurso en materia de contratación pública: plazos para recurrir.
4. ENERGÍA.
 - A) Gas. Tarifas.
 - B) Hidrocarburos. Concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos.
 - C) Energía eléctrica. Tarifas.
 - D) Energía eléctrica. Emisiones primarias de energía eléctrica.

5. GANADERÍA.

A) **Naturaleza y régimen jurídico de la tasa láctea.**

6. SERVICIO PÚBLICO.

A) **Autobús turístico; no se trata de obligaciones de servicio público. Títulos habilitantes para la prestación de servicios regulares de transporte nacional mediante autobuses de línea.**

1. NOTA PRELIMINAR

En este número se recogen las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del año 2010 y las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los Cuadernos Aranzadi 13 a 19.

2. AYUDAS PÚBLICAS

A) **Ayudas a la televisión pública e ingresos publicitarios**

La **STG de 1 de julio de 2010, as. T-568/08 y 573/08, M6/Comisión**, desestima dos recursos de anulación interpuestos por operadores privados de televisión contra una Decisión de la Comisión en la que declaraba amparada en el artículo 86.2 TCE una aportación de capital por valor de 150 millones de euros realizada por las autoridades francesas a favor de France Télévisions. En lo que aquí interesa, la sentencia recuerda, por un lado, que conforme al artículo 86.2 TCE las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general están sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, así como que, al permitir, con sujeción a ciertos requisitos, algunas excepciones a las normas generales del Tratado, esa disposición pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar determinadas empresas, en particular del sector público, como instrumento de política económica o fiscal, con el interés de la Comunidad en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común. El Tribunal señala a continuación que, al no haber regulación armonizada en esta materia, la Comisión no está facultada para pronunciarse sobre la amplitud de la misión de servicio público que incumbe a la entidad pública encargada de la misión de servicio público, a saber, el nivel de los costes vinculados a dicho servicio, ni sobre la oportunidad de las opciones políticas que las autoridades nacionales hayan realizado al respecto, ni sobre la eficacia económica de la entidad encargada de su prestación en el marco del sector de que se trate. De ahí que la cuestión relativa a si una empresa encargada de la prestación de un servicio de interés económico general, como es la radiodifusión, puede cumplir sus obligaciones de servicio público incurriendo en un menor coste no resulte determinante de cara a la aplicación de las normas en materia de ayudas de Estado. La finalidad del artículo 86.2 TCE es evitar, a través del control de proporcionalidad, que el operador encargado de un servicio de interés económico general obtenga una financiación superior a los costes netos del servicio público.

Por otro lado, la sentencia señala que la garantía del principio de proporcionalidad requiere que el importe de la compensación pública no supere los costes netos de la misión de servicio

público, tomando, también, en consideración otros ingresos directos o indirectos derivados de su cumplimiento. Por esta razón, para apreciar la proporcionalidad de la ayuda se debe tomar en consideración el beneficio neto de todas las actividades comerciales relacionadas con la actividad de servicio público, y ello supone que hay que tener en cuenta los ingresos directos o indirectos procedentes del servicio público, de manera que del importe total de los costes de su prestación hay que deducir los ingresos publicitarios netos obtenidos en el marco de la retransmisión de programas vinculados a la misión de servicio público, así como los ingresos netos procedentes de la comercialización de estos programas. A la vista de estas consideraciones, la sentencia confirma la apreciación de la Comisión en cuanto a que la reducción de los ingresos publicitarios sufrida por France Télévisions tuvo como consecuencia, en el caso de autos, el incremento del coste neto vinculado al cumplimiento de la misión de servicio público, puesto que se trataba de la reducción de los ingresos obtenidos por la venta de espacios publicitarios localizados dentro de programas de servicio público, de tal manera que esos ingresos debían ser tenidos en cuenta.

B) Carácter selectivo de la ayuda y principio de neutralidad tecnológica

La **STG de 15 de junio de 2010, as. T-177/07, Mediaset SpA**, desestima un recurso de anulación de una Decisión de la Comisión que declaraba ilegal una ayuda otorgada por las autoridades italianas, consistente en una subvención concedida durante los años 2004 y 2005 para la adquisición o alquiler de aparatos que permitieran la recepción, en abierto y sin cargo alguno para el usuario o para el proveedor del servicio, de señales de televisión digital terrestre, sin que fuera un requisito para la obtención de la subvención que los aparatos permitieran la recepción de señales vía satélite. La sentencia afirma que, así configurada, la medida constituye una ayuda porque supone la concesión de una ventaja económica de carácter selectivo. En efecto, la subvención no podía beneficiar a un consumidor que decidiera comprar o alquilar un aparato que sólo permitiera la recepción de las señales televisivas digitales por vía satélite, de manera que dicha medida no respondía a la exigencia de neutralidad tecnológica. El Tribunal acepta el argumento de la Comisión en el sentido de que la ayuda controvertida constituía una ventaja económica a favor de las emisoras terrestres, puesto que, por una parte, el desarrollo de una audiencia representa una parte esencial de la actividad comercial de las emisoras de programas televisivos y la subvención incitó a los consumidores a pasar del modo analógico al modo digital terrestre, a la vez que limitaba los costes que las emisoras de televisión digital terrestre habrían tenido que soportar, y, por otra, permitió a las mismas emisoras consolidar su posición existente en el mercado, en términos de imagen de marca y de fidelización de la clientela, en relación con los nuevos competidores. Aunque las características de los programas emitidos puedan influir en las elecciones de los telespectadores, el precio del descodificador constituye un parámetro determinante que el telespectador tiene en cuenta al efectuar su elección, y, en el presente caso, la subvención concedida de manera directa a los consumidores tenía como efecto automático causar una reducción del precio de compra o de alquiler de un aparato que permitiera la recepción de señales televisivas digitales terrestres que podía afectar a las elecciones de los consumidores atentos a los costes.

En relación con este asunto, la sentencia confirma las diferencias entre el caso de autos y el de otra Decisión de la Comisión por la que se declaró compatible con el mercado común una ayuda para la adquisición de descodificadores digitales y la adaptación de las antenas en la provincia de Soria, puesto que la medida controvertida en aquel supuesto permitía a los consumidores adquirir cualquier tipo de descodificador con una subvención que era independiente de la plataforma tecnológica que el consumidor quisiera utilizar, ya fuera terrestre, por cable, por satélite o Internet (de banda ancha), ya que el tipo de transmisión no se incluía en los criterios

de concesión de la subvención, de tal manera que se respetaba el principio de neutralidad tecnológica. Por todo ello, la sentencia concluye que la medida controvertida permitió a las emisoras digitales terrestres y a los operadores por cable disfrutar de una ventaja en el sentido del artículo 87.1 TCE, en relación con las emisoras vía satélite.

C) Ayuda de Estado frente a compensación de las obligaciones de servicio público

La STJ de 10 de junio de 2010, as. C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA*, aplica la doctrina *Altmark*, relativa a los requisitos que debe cumplir la compensación otorgada como contrapartida del cumplimiento por el beneficiario de obligaciones de servicio público para que a tal compensación no se le aplique la calificación de ayuda de Estado. Las subvenciones en cuestión en el litigio principal, contempladas en una Ley de 1974, estaban destinadas a la prestación de servicios de conexión con las islas mayores y menores italianas que debían asegurar el cumplimiento de las exigencias ligadas al desarrollo económico y social de determinadas regiones. Los convenios firmados con las empresas beneficiarias de dichas subvenciones debían prever obligaciones relativas a las conexiones a realizar, a la frecuencia de dichas conexiones y a los tipos de buques que debían destinarse a cada una. Por otro lado, la Ley reguladora de las subvenciones contemplaba que las subvenciones debían asegurar la gestión de los servicios en condiciones de equilibrio económico y que dichas subvenciones se determinarían previamente sobre la base de los ingresos netos, la amortización de las inversiones, los costes de explotación, los gastos de funcionamiento y las cargas financieras. Sin embargo, hasta 1979 no se fijaron los componentes económicos y de gestión que debían tenerse en cuenta a la hora de celebrar los convenios correspondientes, que, además, no se celebraron efectivamente hasta 1991, de tal manera que durante todo el período pertinente en el litigio principal, a saber, de 1976 a 1980, e incluso hasta la aprobación de estos convenios, las subvenciones controvertidas fueron abonadas en concepto de anticipos con arreglo a lo previsto en la Ley de 1974.

De ello se desprende que, a falta de los citados convenios, las subvenciones controvertidas en el litigio principal se abonaron durante todo el período anteriormente mencionado sin que se definieran claramente las obligaciones de servicio público a cargo de las empresas beneficiarias, sin que se estableciesen, previamente, de manera objetiva y transparente, los parámetros en base a los cuales se calcularía la compensación por dichas obligaciones, sin asegurarse de que dicha compensación no excediese lo necesario para cubrir los gastos ocasionados por la ejecución de las citadas obligaciones y sin garantizarse, tampoco, que el cálculo se realizara sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada con los medios necesarios para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. En definitiva, las citadas subvenciones no cumplen ninguno de los requisitos que permiten a una compensación de obligaciones de servicio público eludir, debido a la inexistencia de ventaja otorgada a la empresa de que se trata, la calificación de ayuda de Estado en el sentido del Derecho de la Unión, y ello con independencia de que las ayudas se hayan abonado con carácter de anticipos, un hecho este que no hace desaparecer la ventaja otorgada a la empresa beneficiaria ni los efectos que tal ventaja puede producir sobre la competencia.

La STJ de 2 de septiembre de 2010, as. C-399/08, *Comisión/Deutsche Post AG*, también se pronuncia sobre la doctrina *Altmark* en el marco de un recurso de casación interpuesto por la Comisión contra la estimación por el Tribunal de Primera Instancia de un recurso de anulación de una Decisión. El Tribunal confirma la sentencia impugnada recordando, en primer lugar, que la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos

ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones, de lo cual se deduce que, cuando la Comisión deba examinar la validez del sistema de financiación de un servicio de interés económico general a la luz del artículo 87 TCE, tiene que comprobar, en particular, si se cumple dicho requisito, sin que ello infrinja las reglas sobre distribución de la carga de la prueba. Una vez dicho eso, el Tribunal señala que la sentencia recurrida constató, efectivamente, que la Comisión no había comprobado si el valor total de las transferencias recibidas por Deutsche Post AG, empresa encargada de un servicio de interés económico general, superaba el importe total de los costes adicionales netos del servicio que había soportado, razón por la cual confirmó la anulación de la Decisión.

D) Ayudas de Estado y transferencias a bancos y cajas de ahorro

La **STG de 3 de marzo de 2010, as. T-36/06, *Bundesverband deutscher Banken eV***, resuelve un recurso de anulación interpuesto por la Asociación de Bancos Alemanes contra una Decisión de la Comisión por la que se declaraba que no constituía ayuda de Estado una aportación realizada por el Land de Hesse a favor de Helaba, uno de los mayores bancos alemanes que goza de la condición de organismo de Derecho público y está participado conjuntamente por los Länder de Hesse y Turingia, así como por las cajas de ahorro de ambos Länder. Helaba actúa como banco doméstico de los Länder de Hesse y Turingia, como instituto central de las cajas de ahorros de estos dos Estados federados y como banco comercial, tanto en el mercado nacional como en los mercados internacionales. La medida controvertida en el proceso consiste en la transferencia a favor de Helaba de un patrimonio especial del Land de Hesse en forma de participación sin voto y sin plazo de vencimiento, por un valor de 594 millones de euros. Como contrapartida se había pactado una remuneración del 1,65 por 100 de su valor nominal, del que había de deducirse la parte de la aportación necesaria para respaldar las actividades de préstamo vinculadas a proyectos de inversión locales del patrimonio especial, sin que en el proyecto del contrato se estableciera una cláusula de aumento de intereses en virtud de la cual la remuneración aumentara transcurrido cierto tiempo (cláusulas de *step-up*). Además, el derecho a la remuneración había de suspenderse si Helaba sufría pérdidas anuales, es decir, si su cuenta de resultados mostraba una pérdida en el ejercicio precedente o en la medida en que el pago de la remuneración diera lugar a una pérdida contable anual. Las remuneraciones no abonadas debían pagarse en los años siguientes siempre y cuando no hubiera pérdidas anuales y en la medida en que el pago de la remuneración no diera lugar a tales pérdidas. La aportación controvertida participaba plenamente en las pérdidas pero cualquier disminución de su valor debía ser compensada por Helaba en los años siguientes por un importe equivalente a su valor nominal. El pago de la remuneración de la aportación controvertida era prioritario en relación con el pago de dividendos sobre el capital social y con la dotación a las reservas. Finalmente, en el contrato quedaba excluida la posibilidad de rescate de la aportación controvertida por parte del Land y, en caso de procedimiento de insolvencia o de liquidación de Helaba, la aportación controvertida sólo se restituiría después de haber satisfecho los créditos de todos los acreedores de Helaba, pero antes de los créditos de los titulares de participaciones en el capital social.

La sentencia desestima el recurso de anulación interpuesto contra la Decisión de la Comisión, mediante la cual se declaró que la medida descrita no constituía una ayuda de Estado. Para examinar si la aportación controvertida confiere una ventaja a Helaba, que pueda ser calificada de ayuda de Estado en el sentido del artículo 87.1 TCE, procede aplicar el criterio del «inversor que actúa en una economía de mercado», conforme al cual no constituyen ayudas las aportaciones de capital realizadas en condiciones en las que un inversor privado estaría dispuesto a ceder fondos a una empresa privada comparable. Respecto a la calificación de la medida, la Comisión

consideró que la medida era comparable a otras participaciones sin voto realizadas en el mercado y que, por consiguiente, el carácter conforme con el mercado de la remuneración acordada entre las partes debía apreciarse comparándola con la remuneración de dichas participaciones sin voto. A este respecto, la Comisión tuvo en cuenta (i) que la aportación controvertida fue expresamente calificada de participación sin voto en el proyecto del contrato; (ii) que las condiciones de la aportación controvertida eran comparables a las de las demás participaciones sin voto en que dicha aportación debe ser reembolsada antes que el capital social y en que el Land percibe la totalidad de la remuneración acordada y no un dividendo proporcional a los beneficios; (iii) así como, que en el mercado existen participaciones sin voto sin plazo de vencimiento y sin cláusulas de *step-up* como la aportación controvertida y que el volumen de ésta no es inusual. En cuanto al importe de la remuneración, a la vista de dos informes periciales de bancos de inversión y de un informe de una sociedad de censores de cuentas relativo a los primeros, la Comisión consideró que en el mercado esa remuneración consiste en un tipo de referencia al que se le añade un incremento y que, en un caso como el descrito, la remuneración acorde con el mercado de una aportación con la controvertida se sitúa entre el 1 y el 1,4 por 100. Por consiguiente, llegó a la conclusión de que el tipo de remuneración del 1,65 por 100 acordado entre Helaba y el Land, al que se añade la carga que representa el impuesto comercial, no proporcionaba a Helaba ninguna ventaja y, por tanto, no podía ser calificado de ayuda de Estado. Por su parte, la sentencia entiende, de un lado, que la Decisión impugnada no adolece de motivación insuficiente por lo que respecta a la calificación de la aportación controvertida ni a la conformidad con el mercado de la remuneración acordada, y, de otro, que la Comisión no ha incurrido en un error manifiesto de apreciación en la aplicación al caso del artículo 87.1 TCE.

E) Ayudas de Estado y venta de inmuebles públicos

La STJ de 16 de diciembre de 2010, as. C-239/09, *Seydaland*, se pronuncia acerca de la consideración como ayuda de Estado de un programa de reestructuración y privatización de tierras agrícolas en los nuevos Länder. El Tribunal recuerda, en primer lugar, que el concepto de ayuda puede cubrir, no sólo las prestaciones positivas como subvenciones, préstamos o tomas de participación en el capital de las empresas, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos, de tal modo que, en principio, no puede excluirse que una venta de tierras públicas a un precio inferior al de mercado pueda constituir una ayuda de Estado. En segundo término, pese a que una venta de tierras públicas a un precio inferior al de mercado no debe, necesariamente, ser considerada incompatible con el Tratado, la sentencia precisa que, cuando el Derecho nacional establece reglas de cálculo del valor de mercado de terrenos para su venta por las autoridades públicas, para ser conforme con el artículo 87 TCE, la aplicación de dichas reglas deberá dar lugar al precio más próximo posible al valor de mercado. Puesto que éste es teórico, salvo para las ventas al mejor postor, debe tolerarse, necesariamente, un margen de diferencia entre el precio obtenido y el precio teórico. En tercer lugar, se afirma que, junto a la venta al mejor postor y a la determinación del precio por un perito, no cabe descartar que el Derecho nacional admita otros métodos de valoración, entre los cuales se encuentra el consistente en fijar el valor de las tierras agrícolas sobre la base de valores de referencia regionales. En tal caso, sin embargo, el método basado en valores de referencia regionales ha de contar con un mecanismo de actualización que permita que el precio de venta de las tierras se aproxime lo más posible al valor de mercado, especialmente en un contexto de precios al alza, puesto que, en caso contrario, la aplicación del método no reflejará la realidad de los precios de mercado.

F) Incumplimiento parcial de ayuda estatal y proporcionalidad en la devolución

Tras la declaración de incumplimiento parcial de las condiciones establecidas en el otorgamiento de la ayuda por parte de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos se exigió la devolución de la cantidad otorgada. La entidad beneficiaria impugnó el acuerdo, tanto en lo relativo a la declaración de incumplimiento como en lo concerniente a la devolución de la cantidad recibida.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 30 de marzo de 2010, rec. 12/2008, estimó en parte el recurso, concretamente en la parte relativa a la determinación de la cantidad a devolver.

Para el Tribunal está acreditado el incumplimiento de la condición establecida relativa al compromiso de creación y mantenimiento de empleo, ya que este compromiso exigía que los puestos de trabajo se mantuvieran de forma continuada, sin que puedan admitirse desajustes puntuales ni compensar las fases de incremento o superación de los puestos de trabajo a que se está obligado con otros períodos de disminución. Se rechaza, igualmente, que estos desajustes pueden justificarse por la concurrencia de circunstancias ajenas a la voluntad del beneficiario. El Tribunal se remite a una abundante jurisprudencia en la que ya se sostenía este mismo criterio.

El Tribunal sí admite el segundo motivo de impugnación, basado en que la determinación del porcentaje de reintegro es incorrecto por ser contrario al principio de proporcionalidad, ya que la empresa beneficiaria sí había cumplido íntegramente la obligación de inversión. Por ello, con cita igualmente de jurisprudencia anterior y en particular de la sentencia de 20 de mayo de 2008, se afirma que debe ponderarse la concurrencia de las diversas causas de incumplimiento con el fin de determinar la cuantía a devolver. De esta forma concluye el Tribunal que el incumplimiento debe determinarse en el 15,28 por 100 debiendo por ello quedar reducida la obligación de reintegro a la cantidad resultante de esta modificación.

3. CONTRATACIÓN PÚBLICA

A) Contrato público de obras: concepto y alcance de la obligación de licitación

La **STJ de 25 de marzo de 2010, as. C-451/08, Müller**, da respuesta a diversas cuestiones prejudiciales remitidas por un Tribunal alemán a propósito de la interpretación de las normas europeas sobre contratación pública en el marco de un litigio planteado con motivo de la venta a una empresa privada (GSSI), por parte de la Administración federal (*Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*), de un terreno en el que el comprador debía realizar posteriormente obras, de conformidad con los objetivos de desarrollo urbanístico fijados por otra Administración territorial (el Ayuntamiento de Wildeshausen). En particular, la *Bundesanstalt* vendió el terreno a GSSI una vez que el Ayuntamiento se había declarado dispuesto a estudiar el proyecto presentado por GSSI y a iniciar el procedimiento para aprobar el correspondiente plan urbanístico de conformidad con las disposiciones relevantes del *Baugesetzbuch (BauGB)*, en cuya virtud, de un lado, el «Ayuntamiento, mediante un plan urbanístico basado en un proyecto, podrá admitir un proyecto si el promotor, sobre la base de un plan de ejecución acordado con el Ayuntamiento y de medidas de desarrollo (plan de proyecto y desarrollo), está dispuesto a comprometerse y se compromete a ejecutarlo en un determinado plazo y a asumir total o parcialmente los costes de planificación y de desarrollo con anterioridad a la adopción de la decisión a la que se refiere el artículo 10, apartado 1 (contrato de ejecución) (artículo 12.1 *BauGB*); y de otro lado, “[c]uando un plan urbanístico basado en un proyecto determine, estableciendo zonas edificables

[...] o de cualquier otro modo, la afectación de obras [...], habrá que [...] tener en cuenta que, para las afectaciones previstas, sólo se autorizarán los proyectos a cuya realización se hubiese comprometido el promotor en el contrato de ejecución” (artículo 12.3 *BauGB*)».

El órgano judicial promotor de la cuestión consideraba que, a la vista de las circunstancias, procedía considerar que GSSI iba a obtener un contrato de obras en forma de concesión de obras, puesto que, en un futuro no muy lejano, pero que no podía ser precisado aún, el Ayuntamiento de Wildeshausen ejercería su poder de apreciación aprobando un plan urbanístico basado en un proyecto en el sentido del artículo 12 *BauGB*, celebrando un contrato de ejecución con GSSI en el sentido de ese mismo artículo y adjudicándole, de este modo, a GSSI un contrato público de obras. A juicio de este mismo órgano jurisdiccional, la transmisión de la propiedad del terreno y la adjudicación del contrato público de obras (aun no habiéndose materializado ésta todavía) constituirían, desde el punto de vista de la contratación pública, una unidad. Las actuaciones de la *Bundesanstalt* y las del Ayuntamiento de Wildeshausen, afirma, están simplemente diferidas en el tiempo.

El Tribunal se pronuncia, en primer lugar, acerca del concepto de «contrato público de obras» del artículo 1.2.b) de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, para negar que, en el caso de autos, la relación jurídica entablada por la empresa compradora del terreno y la Administración municipal, competente en materia urbanística, constituyera un contrato público de obras, puesto que faltaría el elemento fundamental relativo a la existencia de un contrato oneroso. El carácter oneroso del contrato implica que el poder adjudicador reciba una prestación a cambio de una contraprestación. La prestación consiste en la realización de unas obras y debe conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador. Este beneficio económico concurre (i) cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato, (ii) cuando se establece que el poder adjudicador dispondrá de un título jurídico que le asegurará la disponibilidad de las obras objeto del contrato a los efectos de su afectación pública, o, en fin, (iii) cuando el poder adjudicador vaya a obtener en un futuro ventajas económicas derivadas del uso o de la cesión de la obra por el hecho de haber participado económicamente en su realización o por los riesgos que asume en el supuesto de un revés económico de la obra. Por otro lado, la sentencia recuerda que el Tribunal ya había declarado que un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra puede constituir un contrato público de obras, con independencia del hecho de que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora sea o pase a ser propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra. De lo anterior resulta que el concepto de «contrato público de obras», en el sentido del artículo 1.2.b) de la Directiva 2004/18/CE, requiere que las obras objeto del contrato se ejecuten en beneficio económico directo del poder adjudicador sin que, no obstante, sea preciso que la prestación revista la forma de adquisición de un objeto material o físico.

En el asunto controvertido se planteaba si tales requisitos se cumplen cuando las obras previstas pretenden satisfacer un fin público de interés general, como es el desarrollo o la coherencia urbanística de una zona municipal, cuyo respeto le corresponde garantizar al poder adjudicador mediante el ejercicio de sus competencias urbanísticas y, en particular, a través de las potestades de planeamiento y de autorización administrativa previa. El Tribunal responde a esta cuestión afirmando que el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general, no tiene por objeto ni recibir prestaciones contractuales ni satisfacer el beneficio económico directo del poder adjudicador, en los términos exigidos por el artículo 1.2.b) de la Directiva 2004/18/CE, de manera que el ejercicio de esas competencias no puede considerarse un beneficio económico directo a los efectos de considerar que la operación controvertida constituye un «contrato público de obras».

En segundo término, el órgano judicial remitente planteaba si «las necesidades especificadas por el poder adjudicador», en el sentido de la tercera modalidad enunciada en el artículo 1.2.b) de la Directiva 2004/18/CE, pueden consistir, bien en que el poder adjudicador ejerza la competencia de garantizar que la obra que haya de realizarse responda a un interés público, bien en el ejercicio de la competencia atribuida al poder adjudicador de comprobar y aprobar planes de construcción. La sentencia precisa que, para que se pueda admitir que el poder adjudicador ha especificado sus necesidades en el sentido de dicha disposición, es preciso que haya adoptado medidas tendentes a definir las características de la obra o, cuando menos, a ejercer una influencia determinante en su proyecto. Pues bien, a la vista de que el Ayuntamiento se había limitado a decidir que estaba dispuesto a estudiar el proyecto presentado por la compradora y a iniciar un procedimiento de aprobación del correspondiente plan urbanístico, el Tribunal concluye que el mero hecho de que un poder público, en el ejercicio de sus competencias en materia de normativa urbanística, estudie algunos planes de construcción que le hayan sido presentados o adopte una decisión en el ejercicio de competencias en esta materia no cumple con la exigencia relativa a las «necesidades especificadas por el poder adjudicador», en el sentido de dicha disposición.

En tercer lugar, la sentencia precisa que el concepto señalado requiere que el adjudicatario asuma, directa o indirectamente, la obligación de realizar las obras objeto del contrato y que se trate de una obligación exigible judicialmente de conformidad con las modalidades previstas por el Derecho interno. Al celebrar un contrato público de obras, el adjudicatario se obliga, pues, a ejecutar, o hacer ejecutar, las obras que constituyen su objeto, careciendo, sin embargo, de relevancia que el adjudicatario ejecute las obras con medios propios o recurriendo a subcontratistas.

B) Concesión de obra pública: transferencia de un riesgo relacionado con la explotación de la obra

La **STJ de 25 de marzo de 2010, as. C-451/08, Müller**, también da respuesta a otra cuestión prejudicial en la que el órgano jurisdiccional remitente le plantea, a los efectos de valorar si la operación descrita en el epígrafe anterior constituye o no una «concesión de obra pública», en el sentido del artículo 1.3 de la Directiva 2004/18/CE, si esa figura queda descartada cuando el único operador al que puede atribuirse la concesión ya es propietario del solar en el que se va a edificar o cuando la concesión se otorgue sin limitación de plazos. En cuanto a esto último, la sentencia recuerda que motivos serios, entre los cuales figura, en particular, el mantenimiento de la competencia, llevan a considerar que el otorgamiento de concesiones ilimitadas en el tiempo es contrario al orden jurídico de la Unión.

El Tribunal declara que en las circunstancias del litigio principal queda excluida la «concesión de obras públicas» por dos razones. En primer lugar, porque, para «que un poder adjudicador pueda transferir a un tercero el derecho a explotar una obra en el sentido de dicha disposición, es preciso que este poder adjudicador pueda disponer de su explotación. Normalmente, esto no ocurre cuando el derecho de explotación deriva únicamente del derecho de propiedad del operador afectado. En efecto, el propietario de un terreno tiene derecho a explotarlo respetando la normativa aplicable. Mientras un operador disfrute del derecho a explotar el terreno del que es propietario, queda excluida, en principio, cualquier posible concesión de dicha explotación por parte de los poderes públicos» (apartados 72 y ss.). En segundo lugar, el riesgo que, a juicio de la Comisión, asumiría la empresa adquirente del terreno sería el relativo a la incertidumbre del empresario acerca de si el servicio urbanístico del correspondiente ente aprobará o no sus planes. Sin embargo, el Tribunal hace hincapié en que ese riesgo está

relacionado con las competencias normativas del poder adjudicador en materia urbanística y no con la relación contractual dimanante de la concesión, de tal manera que el riesgo no estaría relacionado con la explotación.

C) Concesión de obra pública: procedimiento de licitación y obras complementarias asumidas por el adjudicatario

La STJUE de 22 de abril de 2010, as. C-423/07, *Comisión/España*, condena al Reino de España por incumplimiento de los artículos 3 y 11 de la Directiva 93/37/CE, del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, debido a la adjudicación a Ibérica de Autopistas, SA, el 5 de noviembre de 1999, de la construcción de un tercer carril de circulación en diversos tramos de peaje y de un cuarto carril en un tramo gratuito de la autopista A-6, sin que estas obras se hubieran mencionado en el objeto del contrato de concesión de obras públicas, tal y como éste había quedado descrito en el anuncio publicado en el DOCE y en el correspondiente pliego de condiciones (ambos de junio de 1999, posteriormente modificados en julio de ese mismo año). Se da la circunstancia, en efecto, de que estas obras, que en la sentencia se califican como complementarias y cuyo valor sobrepasa considerablemente el umbral establecido en el artículo 3.1 de la Directiva 93/37/CE, no se mencionaban en el objeto de la concesión controvertida, según éste había quedado definido en el segundo anuncio y en el segundo pliego de condiciones, encontrándose su origen en el artículo 8 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que contemplaba la posibilidad de que los licitadores propongán obras complementarias, ya sea en el área de influencia de las autopistas, de conformidad con la definición de este término en la normativa nacional, ya sea fuera de dicha área. El Reino de España alegaba que el pliego debería haberse entendido en el sentido de que remitía a la normativa básica de aplicación general a los procedimientos de licitación, y, en particular, a la Ley de autopistas, y haberse interpretado a la luz de esta normativa que, como se ha indicado, concede una gran libertad a la iniciativa de los licitadores. Por lo tanto, los licitadores deberían haber comprendido, a la luz del artículo 8 de esta Ley, que el órgano de contratación estaba, en realidad, apelando a su iniciativa y a su creatividad para resolver el principal problema planteado, que no era sino la intensidad de tráfico en la Autopista A-6.

El Tribunal rechaza esta alegación y declara el incumplimiento del Reino de España. Ante todo, afirma que no puede aceptarse la necesidad de interpretar el anuncio o el pliego a la luz de dicha normativa, con objeto de averiguar el verdadero objeto de una concesión. En segundo lugar, la sentencia excluye que pueda considerarse que las cláusulas relevantes del segundo pliego, que sustituyó al primero, hayan hecho un llamamiento a la iniciativa de los licitadores para que propusieran alternativas referentes a obras distintas de las claramente identificadas en el segundo anuncio, de manera que la iniciativa y las ofertas alternativas de los licitadores, que al parecer esperaba el Gobierno español, no podrían ser comprendidas por un licitador normalmente informado y diligente. Y, finalmente, aun cuando se admitiera que todos los licitadores entendieran de la misma forma su libertad de iniciativa, no es respetuoso con la Directiva 93/37 adjudicar sin transparencia alguna un contrato de concesión de obras públicas que incluye trabajos denominados «complementarios» que por sí solos constituyen «contratos públicos de obras» en el sentido de esa Directiva, y cuyo valor supere el umbral que allí se establece. En caso contrario, esas obras denominadas «complementarias» se sustraerían a la obligación de publicidad y, por consiguiente, a toda forma de competencia. Puesto que los licitadores que hicieran uso de su iniciativa serían totalmente libres para someter proposiciones en las que determinarían la naturaleza, la extensión y la localización geográfica de las obras previstas, de

forma independiente y sin necesidad de contemplar un objetivo previamente determinado, no sería posible en modo alguno comparar sus ofertas (apartados 64 y ss.).

D) Concesión de servicios: obligación de transparencia y sustitución posterior de subcontratista

La **STJUE de 13 de abril de 2010, as. C-91/08, Wall AG**, da respuesta a diversas cuestiones prejudiciales promovidas por un órgano jurisdiccional alemán con motivo de la sustitución del subcontratista una vez que se había adjudicado una concesión de servicios relativa a la explotación y al mantenimiento de algunos aseos públicos en el territorio del Municipio de Fráncfort del Meno.

Por un lado, al Tribunal se le planteaba la cuestión relativa a si los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 12, 43 y 49 TCE, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva, obligan, cuando se prevé sustituir a un subcontratista concreto en el marco de la ejecución de una concesión de servicios, a convocar una nueva licitación con la finalidad de garantizar una publicidad adecuada. La sentencia recuerda, en primer lugar, que, pese a que, en el estado actual del Derecho de la Unión, los contratos de concesión de servicios no se rigen por las Directivas sobre contratos, las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado, en particular, los artículos 43 CE y 49 TCE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva, y que requiere que se garantice, a favor de todo licitador potencial, un grado de publicidad adecuado que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. En segundo término, el Tribunal establece que las modificaciones sustanciales introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato. La modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede considerarse sustancial, según el Tribunal, cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. En virtud de todo ello, la sentencia concluye que un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir tal modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión cuando, habida cuenta de las características propias de la prestación de que se trate, el hecho de recurrir a un subcontratista en lugar de a otro haya sido un elemento determinante de la celebración del contrato. En estos casos las autoridades nacionales deben adoptar todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluyendo la tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación que permita que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada (apartados 30 y ss.).

Por otro lado, el órgano remitente también planteaba si, a la luz del artículo 86.1 TCE, la empresa concesionaria está o no vinculada por la obligación de transparencia cuando celebra un contrato de servicios comprendidos en el objeto de la concesión que le ha sido adjudicada por la autoridad pública. El Tribunal parte de la constatación de que el precepto citado se dirige a los Estados miembros y no directamente a las empresas. No obstante, para determinar si una entidad, como la titular de la concesión en el litigio principal, puede o no asimilarse a una auto-

ridad pública vinculada por la obligación de transparencia, considera aplicable la definición del concepto de «entidad adjudicadora» que figura en el artículo 1.b), de la Directiva 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios, en la medida en que tales aspectos responden a las exigencias impuestas por la aplicación a las concesiones de servicios de la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 y 49 TCE, de tal modo que habrá de comprobarse si concurren dos requisitos, a saber, por una parte, que la empresa afectada se halla bajo el control efectivo del Estado o de una autoridad pública y, por otra, que no realiza su actividad en situación de competencia en el mercado. En cuanto al primero de los requisitos, la sentencia considera que, a la luz de la resolución de remisión, el Municipio de Fráncfort no controla efectivamente la gestión de la empresa, puesto que (i) el 51 por 100 del capital social pertenece a dicho ente territorial, pero los acuerdos de gestión sólo pueden adoptarse con una mayoría de tres cuartos de los votos emitidos en la junta general de esa empresa; y (ii) únicamente una cuarta parte de los miembros del consejo de vigilancia, incluido el presidente de éste es nombrado por el Municipio. Y, respecto del segundo, el Tribunal entiende que la empresa concesionaria parece realizar su actividad en situación de competencia en el mercado, puesto que (i) más de la mitad del volumen de negocios de FES procede de contratos sinalagmáticos relativos a la eliminación de residuos y a la limpieza urbana en el territorio del citado ente territorial, de tal forma que éste los financia mediante el cobro de impuestos municipales pagados por sus administrados; (ii) una parte importante de sus ingresos se obtiene mediante actividades con autoridades públicas que no son el municipio de Fráncfort y con empresas privadas activas en el mercado; y (iii) tuvo que participar en una licitación con otras empresas para obtener la concesión de que se trata en el procedimiento principal.

E) Contrato público de servicios: publicidad de los resultados de la licitación y servicios de interés económico general

La **STJUE de 29 de abril de 2010, as. C-160/08, Comisión/Alemania**, se pronuncia sobre un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión en el que se aducía que la República Federal de Alemania había incumplido diversas obligaciones impuestas por el Derecho derivado de la contratación pública como consecuencia de los términos en los que algunos Länder habían adjudicado contratos de servicios en el ámbito de los servicios públicos de transporte sanitario de urgencia y de transporte especial de enfermos. El Tribunal constata, efectivamente, que el Estado miembro demandado ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 10 de la Directiva 92/50 en relación con el artículo 16 de esta Directiva —o, a partir del 1 de febrero de 2006, en virtud del artículo 22 de la Directiva 2004/18 en relación con el artículo 35, apartado 4, de esta Directiva—, al no publicar ningún anuncio con los resultados del procedimiento de licitación en el marco de la adjudicación de esos contratos de servicios públicos, cuando esas disposiciones imponen, en esencia, a la entidad adjudicadora la obligación de dar publicidad a los resultados de la adjudicación del contrato en cuestión (apartados 113 y ss.).

Con todo, lo más relevante acaso sea el tratamiento que la sentencia dispensa al artículo 86.2 TCE. El Estado demandado había alegado que los servicios de transporte sanitario están comprendidos en el concepto de «servicio de interés económico general», que sirve de fundamento para admitir excepciones a la aplicación, no sólo de las normas de competencia —con cita de la **STJUE de 25 de octubre de 2001, as. C-475/99, Ambulanz Glöckner**—, sino también de las libertades fundamentales y de las normas en materia de contratos públicos. A su parecer, una excepción a la aplicación de dichas libertades y normas es necesaria para permitir subvenciones cruzadas entre las zonas geográficas con alta densidad de población, en las que la prestación de servicios de transporte sanitario genera beneficios, y las zonas geográficas con baja densidad de población, mucho menos rentables a este respecto (apartado 69). Frente a

ello, la Comisión negaba que el artículo 86.2 TCE pueda ser invocado válidamente en el caso de autos. A este respecto, subraya que esta última sentencia citada carece de pertinencia para apreciar la conformidad de la práctica controvertida con el Derecho de la Unión en materia de contratos públicos, y que la aplicabilidad de aquella disposición habría exigido que se demostrara que la aplicación de las normas del mercado interior puede impedir la prestación de un servicio de socorro de calidad, eficaz y rentable, lo que la República Federal de Alemania nunca ha pretendido (apartado 60).

El Tribunal desestima la alegación de la República Federal de Alemania, pero no por rechazar que el artículo 86.2 TCE pueda ser invocado válidamente para excluir la aplicación de las normas relativas al mercado interior, cuestión esta sobre la que no se pronuncia de modo expreso, sino porque considera que el Estado demandado no ha alzado la carga que le incumbe consistente en demostrar que concurren los requisitos para la aplicación de esta disposición. Los argumentos relativos a las subvenciones cruzadas acaso pudieran justificar un determinado régimen de financiación del servicio, pero en modo alguno explican por qué razón la obligación de dar publicidad a los resultados de la adjudicación del contrato puede impedir el cumplimiento de esta misión de interés económico general (apartados 125 y ss.).

F) Procedimientos de recurso en materia de contratación pública: plazos para recurrir

En relación con el cómputo del plazo para recurrir en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se han dictado las SSTJUE de 28 de enero de 2010, as. C-456/08, *Comisión/Irlanda*, y de 28 de enero de 2010, as. C-406/08, *Uniplex*. En la primera resolución se condena al Reino de Irlanda por incumplir las obligaciones que le imponen diversos preceptos de las Directivas sobre contratación pública al haber mantenido en vigor una disposición nacional conforme a la cual el «recurso contra una decisión de adjudicar o contra la adjudicación de un contrato público deberá interponerse lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo de tres meses contados a partir de la producción de los motivos para la interposición de tal recurso, a menos que el tribunal considere justificada una prórroga de tal plazo». Por un lado, el Tribunal considera que esta disposición provoca incertidumbre en cuanto a la decisión contra la que debe interponerse el recurso, ya que los órganos jurisdiccionales irlandeses pueden interpretarla en el sentido de que no sólo se aplica a la decisión definitiva de adjudicar un contrato público, sino también a las decisiones intermedias adoptadas por un poder adjudicador durante el desarrollo del procedimiento de adjudicación del citado contrato. Ahora bien, si la decisión definitiva de adjudicación de un contrato se adoptara después de haber expirado el plazo señalado para impugnar la decisión intermedia de que se trate, no se excluye que un candidato o un licitador interesado se viese impedido, por haber caducado la instancia, de interponer un recurso en relación con la adjudicación del referido contrato. Por otro lado, la disposición controvertida también genera incertidumbre en cuanto a la determinación de los plazos para interponer tal recurso. No puede excluirse, argumenta la sentencia, que tal disposición faculte a los órganos jurisdiccionales nacionales para desestimar un recurso por causa de caducidad incluso antes de haber expirado el plazo de tres meses, si consideran que el recurso no se ha interpuesto «lo antes posible» a efectos de esta disposición. La duración de un plazo de caducidad no es previsible para los interesados si se deja a la libre apreciación del juez competente. De la misma forma, una disposición nacional que prevea tal plazo no garantiza una adaptación efectiva del Derecho interno a la Directiva 89/665.

La segunda resolución citada reitera esta última conclusión en el marco de una cuestión prejudicial promovida por un órgano judicial británico: vulnera el artículo 1 de la Directiva 89/665 un precepto nacional, como el controvertido en el litigio principal, que, al disponer,

permita a un tribunal nacional inadmitir por caducidad un recurso destinado a que se declare la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos o a obtener una indemnización de daños y perjuicios por la infracción de estas normas, en virtud de la aplicación del criterio, valorado de forma discrecional, de que tales recursos deben interponerse «sin demora», puesto que no puede preverse el tiempo disponible de un plazo de caducidad cuya duración se deja a la libre discreción del tribunal competente. Además, el Tribunal señala que la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 92/50, impone al órgano jurisdiccional nacional la obligación de, haciendo uso de sus facultades discrecionales, prorrogar el plazo para interponer recurso de forma que se garantice al demandante un plazo equivalente a aquel de que habría dispuesto si el plazo previsto por la normativa nacional aplicable hubiera comenzado a correr a partir de la fecha en que tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos. Si las disposiciones nacionales referentes a los plazos para interponer recurso no pudieran interpretarse de conformidad con la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 92/50, el órgano jurisdiccional nacional deberá abstenerse de aplicarlas, con objeto de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y tutelar los derechos que éste concede a los particulares.

4. ENERGÍA

A) Gas. Tarifas

La **STS de 4 mayo de 2010** (rec. núm. 81/2009) resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Endesa, SA, contra la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Consumo ITC/3321/2005, de 25 de octubre, que modifica a su vez la Orden ITC/104/2005, de 28 de enero, por la que se establecen las tarifas de gas natural y gases manufacturados por canalización, alquiler de contadores y derechos de acometida para los consumidores conectados a redes de previsión de suministro igual o inferior a 4 bar.

La recurrente pretende la nulidad de la Orden por vulnerar la disposición transitoria decimosexta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en la medida en que no procedería el incremento de la tarifa aprobado. El Tribunal desestima dicha pretensión, fundamentando principalmente su decisión en lo ya argüido en su Sentencia de 26 de febrero de 2008. En resumen, se entiende que dicha Orden contempla un sistema de revisiones ordinarias anuales y trimestrales de las tarifas, que no comportan una determinación de tarifas fija y estable, sino un sistema de continua adaptación a los costes que integran la tarifa. La Orden impugnada no haría sino subsanar los desajustes que se habían producido en el transcurso del año 2005 entre las tarifas y el coste del gas natural adquirido para el mercado a tarifa por los transportistas, compensando el mayor coste del aprovisionamiento. A su vez, se apoya el Tribunal, tanto en el Informe de la Comisión Nacional de la Energía 15/2005, sobre la propuesta de orden, que consideró positivo dicho aumento por fomentar el principio de transparencia y no producir distorsiones en el mercado regulado y liberalizado, como también en el Informe del Director General de Política Energética y Minas del Ministerio que acreditó que la demanda real de gas natural fue superior a la prevista.

B) Hidrocarburos. Concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos

La **STS de 30 de marzo de 2010** (rec. núm. 16/2008) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad mercantil contra determinados preceptos del Real De-

creto 1804/2007, de 28 de diciembre, por el que se convierte parte de las concesiones de explotación de hidrocarburos «Gaviota I» y «Gaviota II», situadas en el mar Cantábrico frente a las costas de la provincia de Vizcaya, en una concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos. A su vez, la recurrente solicita que el Tribunal plantee una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto de los apartados 1 y 2 de la disposición adicional cuarta de la Ley 12/2007, de 2 de julio, que modifica la Ley del Sector de Hidrocarburos, para adaptarla a la Directiva 2003/55/CE, de 26 de junio, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, por entenderla contraria a los artículos 9.3, 114, 24 y 33 de la Constitución.

De entrada, el Tribunal desestima la pretensión de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, por falta del requisito de «juicio de relevancia». Es decir, al parecer de la Sala, la decisión del proceso contencioso-administrativo no depende de la norma legal cuya inconstitucionalidad se pretende, puesto que la disposición adicional de la citada Ley 12/2007, que prevé que la titular de la explotación pueda optar entre extinguir las concesiones vigentes o convertirlas en otra distinta adaptada a la nueva normativa, no es canon de enjuiciamiento para determinar la conformidad de los preceptos impugnados del referido Real Decreto 1804/2007, relativos al régimen retributivo de la nueva concesión.

En cuanto al fondo del recurso, dos son los preceptos del citado RD 1804/2007 que se impugnan. En primer lugar, se alega que los párrafos segundo y tercero de su artículo 5, que prevén que el régimen económico de la concesión de explotación de almacenamiento subterráneo de hidrocarburos incluya la retribución financiera por el activo pendiente de amortizar, los costes de amortización y los costes reconocidos por operación y mantenimiento, vulneran el régimen retributivo previsto en la Ley de Hidrocarburos. Para el Tribunal no se ha demostrado tal contradicción normativa y, además, en este caso, deben tenerse en cuenta las características singulares de las instalaciones afectas a la explotación de la concesión Gaviota, derivada de la conversión parcial de las concesiones de explotación de hidrocarburos en conexión de explotación de almacenamiento subterráneo y que esta última se ha establecido con un período de vigencia de 30 años «de modo que se produce una extensión de los derechos de los concesionarios, justificada por razones de interés público».

En segundo término, se desestima también la pretensión de nulidad del último párrafo del artículo 15 del Reglamento en cuestión, que establece la obligación de compensar a la empresa concesionaria por el valor neto contable de las instalaciones afectas al almacenamiento subterráneo, siempre que éstas continúen operativas y no exista dolo o negligencia imputable a la empresa concesionaria. De un lado, niega el Tribunal, como pretendía la recurrente, que sean aplicables las normas reguladoras del rescate o expropiación de las concesiones demaniales, puesto que la concesión de almacenamiento subterráneo tiene la calificación de concesión de servicio público, a diferencia de la antigua concesión de explotación de hidrocarburos, que sí respondía a dicha categoría. Por otra parte, tampoco cabe alegar los principios de tipicidad y de reserva de ley en materia sancionadora, en cuanto a las referencias al dolo o la negligencia, puesto que, según la sentencia, las previsiones reglamentarias examinadas no son incardinables en el ámbito del Derecho administrativo sancionador.

C) Energía eléctrica. Tarifas

La **STS de 8 de abril de 2010** (rec. núm. 31/2009) se refiere, una vez más, a la fijación de la tarifa eléctrica. En particular, la sentencia resuelve el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) contra la Orden

ITC/3801/2008, de 26 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir de 1 de enero de 2009.

El objeto del recurso, como en otras ocasiones, se refiere a la determinación de los conceptos que, según la Ley del Sector Eléctrico, deben considerarse incluidos dentro del importe de la tarifa eléctrica. Más concretamente, se dirige a determinar si, con cargo a dichas tarifas, puede financiarse el Plan de Acción 2008-2012 aprobado por el Consejo de Ministros de 17 de julio de 2007, por el que se concretan las medidas del documento «estrategias de ahorro y eficiencia energética en España 2004-2010».

En este sentido, y a partir de las Sentencias de 17 de octubre de 2007 y 28 de enero de 2009, la Sala recuerda que la tarifa eléctrica posee una estructura diseñada por el legislador en el artículo 17 de la Ley del Sector Eléctrico, en cuyo apartado primero se enumeran los conceptos que ésta incluye. Así, considerando que no puede admitirse la inclusión en la tarifa eléctrica de otros elementos no previstos legalmente ni interpretarse ésta de un modo abierto, se estima el recurso presentado por UNESA pues la Ley del Sector Eléctrico no incluye dichos planes de ahorro y eficiencia energética dentro de la tarifa eléctrica. Asimismo, se añade que no puede entenderse tampoco que mediante el Real Decreto Ley 7/2006, de 23 de junio —que permitía al Gobierno, para el cálculo de la tarifa eléctrica, fijar los límites anuales al incremento así «como los costes a considerar»— se haya alterado toda la arquitectura de la Ley en relación con la composición de la tarifa, sino que dicho precepto solamente facultaba al Gobierno para fijar los costes a considerar para la determinación de la tarifa pero, naturalmente, dentro de los conceptos previstos por el mencionado artículo 17 de la Ley.

D) Energía eléctrica. Emisiones primarias de energía eléctrica

La STS de 25 de mayo de 2010 (rec. núm. 37/2008) tiene por objeto el Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero, por el que se establecen las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía eléctrica. En concreto, se ocupa de decidir si el régimen jurídico establecido por dicha norma reglamentaria resulta contrario al ordenamiento jurídico y, en particular, a la disposición adicional decimosexta de la Ley del Sector Eléctrico que, como muy didácticamente se expone en la sentencia, diseña las emisiones primarias de energía (EPE) como un mecanismo para incentivar la competencia en el mercado eléctrico, promoviendo que los productores de energía eléctrica vendan ésta no en el mercado diario *spot* sino mediante su contratación a plazo a través de un procedimiento de subasta.

El primer elemento de debate se encuentra en la determinación de los operadores dominantes que pueden participar en las subastas EPE. En este punto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo considera que, al limitarse dicha participación únicamente a Endesa, SA e Iberdrola, SA, el Real Decreto 324/2008, se aparta del mandato legal previsto en la Ley del Sector Eléctrico que habilita dicha participación a todos los productores que tengan la consideración de operadores dominantes en el sector eléctrico, pero sin añadir ulteriores requisitos. Por lo que, en consecuencia, al carecer de base normativa suficiente, se estima el recurso contencioso administrativo presentado y se declara nulo el artículo 3.1 del Real Decreto 324/2008.

En segundo lugar, se impugna también el artículo 5 del mencionado Real Decreto, que permite que el ejercicio de las opciones pueda hacerse por diferencias (liquidación financiera o en efectivo) y no por entrega física de la energía. Y, nuevamente, el Tribunal declara la nulidad de dicho precepto, por cuanto entiende que la introducción de la liquidación por diferencias —que prescinde de la entrega física de la energía— supone un cambio de naturaleza de las subastas EPE no previsto ni amparado por la Ley del Sector Eléctrico. En su opinión, admitir

dicha posibilidad supondría convertir las subastas EPE en un mero instrumento financiero, corriéndose el riesgo de que los compradores sean agentes que tratan de obtener una ganancia más o menos especulativa y no sujetos que pretenden implantarse en el sector eléctrico ganando cuota de mercado y favoreciendo la competencia. Elementos éstos que son, precisamente, los que justifican la introducción de estos mecanismos de contratación.

Seguidamente, el Tribunal se pronuncia sobre la inexistencia en el Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero, de la obligatoriedad de fijar un precio de reserva en las subastas EPE, que asegure que éste no sea inferior al de mercado. A diferencia de los anteriores, la Sala no acoge las pretensiones formuladas por la entidad impugnante al considerar que la omisión normativa —que sí se admite— ha sido colmada por las actuaciones posteriores de la Administración. En este sentido, recuerda que para que una disposición general pudiera ser anulada por una determinada omisión sería preciso que ésta, además de ser muy relevante en el diseño de la institución, no pudiera ser colmada por la actividad reglamentaria (o ejecutiva) posterior o por una interpretación del conjunto del ordenamiento. De este modo, y teniendo presente que la falta de referencia al precio de reserva en las subastas EPE no ha impedido su posterior fijación por la propia Administración, se desestima el recurso en este punto.

Por último, el Tribunal declara también conforme a Derecho la imposición por vía reglamentaria a los operadores dominantes de la obligación de soportar los costes de las entidades gestoras de las subastas, por cuanto ésta se considera una obligación inherente a la emisión primaria de energía prevista por la Ley del Sector Eléctrico. Y se añade que, en el caso que dichas entidades no estuvieran conformes con dichos costes, siempre podrían impugnar, como interesados que son, las decisiones de la Comisión Nacional de Energía (en adelante CNE) en las que se fijen los pliegos de condiciones económicas de los contratos a celebrar por la CNE con las entidades independientes que gestionan las organización y administración de las subastas EPE.

El mismo Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero, es objeto nuevamente de enjuiciamiento en la **STS de 25 de mayo de 2010** (rec. núm. 35/2008). Sin embargo, antes de analizarse dicha norma reglamentaria, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo rechaza el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de la disposición adicional decimosexta de la Ley del Sector Eléctrico de la que trae causa, al entender que dicha disposición no resulta contraria a la Constitución. Aunque, ciertamente, afecta a la libertad de empresa y al derecho de propiedad, la regulación legal no constituye un desarrollo directo de dichos derechos constitucionales que vulnere la garantía institucional contenida en el artículo 53.1 de la Constitución, y tampoco puede sostenerse que se vulnere dichos preceptos o reserva de ley alguna por el hecho de que la disposición adicional mencionada omite la regulación de aquellos elementos organizativos o procedimentales esenciales del mecanismo de fomento de la contratación a plazo de energía eléctrica mediante subastas EPE. Por lo que en este caso se rechaza la petición formulada por Iberdrola Generación, SA.

A partir de aquí se entra a analizar detalladamente el contenido del mencionado Real Decreto 324/2008, si bien reproduciéndose, con carácter general, las argumentaciones que se habían puesto ya de relieve en la Sentencia, también de 25 de mayo de 2010, que hemos comentado más arriba. Destaca, quizá, la pretensión de nulidad del artículo 4.2 y la disposición adicional única del Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero, fundada en el argumento que la habilitación a la Secretaría General de Energía para determinar la regulación concreta de las subastas resulta incondicionada e infringe el principio de jerarquía normativa. Sin embargo, el Tribunal desestima dicha pretensión al considerar que la norma reglamentaria sí determina expresamente que corresponde al Consejo de Ministros establecer el calendario de las subastas y la potencia máxima a ofertar, por lo que se atribuirían a la citada Secretaría General solamente facultades de ejecución de lo dispuesto en la norma reglamentaria.

5. GANADERÍA

A) Naturaleza y régimen jurídico de la tasa láctea

El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de tratar en diversas ocasiones la cuestión de la naturaleza jurídica de la tasa suplementaria sobre la leche, prevista por la Unión Europea, en el marco de la organización común de los mercados en el sector de esta leche y de los productos lácteos. A estos efectos, cabe recordar sus Sentencias de 28 de marzo de 2007 y de 12 de junio de 2008.

La **STS de 4 de febrero de 2010**, resuelve el recurso de casación núm. 6151/2004 (*RJ* 2010/2804), interpuesto por una sociedad cooperativa catalana limitada, contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 22 de marzo de 2004, que estimó en parte el recurso deducido contra resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), de 21 de febrero de 2002, y que, a su vez, había resuelto diversas liquidaciones de la tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos.

Considera la entidad recurrente que el Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), en la liquidación efectuada por él mismo a dicha cooperativa recurrente, habría convertido en «progresiva» una «carga» que el ordenamiento jurídico comunitario habría configurado como «proporcional». A estos efectos, se presentan cinco motivos de casación.

La sentencia expone de forma notablemente amplia los motivos planteados por la sociedad cooperativa actora, y procede a resolver posteriormente, de manera breve y confusa, tales cuestiones. Para ello, recuerda ante todo la naturaleza jurídica de la tasa láctea, como mecanismo de control de la producción lechera, que se configura como una «exacción parafiscal». Respecto de ella, se indica que las exigencias del principio de legalidad se cumplen con la cobertura del Reglamento comunitario, y con la doctrina del efecto directo del Derecho de la Unión Europea en el Derecho interno español.

Entrando a examinar los motivos de casación, la Sala destaca, en cuanto al primero, que la parte recurrente considera infringidos los artículos 2 del Reglamento CEE 3950/92 y 2 del Real Decreto 324/1994, con base en que el FEGA, al distribuir el importe total de la tasa suplementaria entre los productores de leche, no se ajustó al imperativo de proporcionalidad que imponen los preceptos invocados, y estableció, en su lugar, un criterio de progresividad.

La Sala admite la postura jurídica del Abogado del Estado, en el sentido de que «la tasa suplementaria se aplica en función del rebasamiento de la cantidad de referencia de que dispone cada uno de los productores, bien que para el cálculo del rebasamiento definitivo se permite compensar los excesos de producción (los rebasamientos) con las cantidades de referencia no dispuestas, dándose así lugar al rebasamiento total sujeto a la tasa suplementaria».

El Alto Tribunal prosigue indicando que, cuando el artículo 2 del Real Decreto 324/1994 se refiere a aquellas operaciones de compensación, es cuando demanda que se realicen de forma proporcional a las cantidades de referencia individuales, articulándose a base de una doble operación, compensación por el comprador y compensación por el FEGA ya a nivel nacional. Es por todo ello que el Tribunal Supremo rechaza la tesis recurrente del reparto proporcional de la tasa total adeudada.

En el segundo motivo de casación, la entidad cooperativa recurrente alega que, aun en el caso de admitirse lo que denomina «proporcionalidad progresiva», no estaría el FEGA habilitado para aplicar aquella regla en contra de los criterios uniformes que al respecto establece la normativa CEE. El Tribunal Supremo rechaza este segundo alegato casacional de la parte actora, con base en que ni la normativa comunitaria ni la española establecen el criterio de la

proporcionalidad en la exigencia de la tasa láctea, sino que dicha proporcionalidad se refiere a las operaciones de compensación. Ello permite, prosigue el Alto Tribunal, la adecuación de la exigencia de la tasa a la realidad económica del sujeto pasivo, tal y como postula la Constitución para el reparto de las cargas económicas. La sentencia concluye señalando que, de este modo, se da pleno cumplimiento al principio de igualdad.

Como tercer motivo de casación, la sociedad cooperativa recurrente alega la infracción del artículo 249 del Tratado de la Unión Europea, en relación con los artículos 1 y 2 del Reglamento CEE/3950/92. En síntesis, se alega que la sentencia recurrida incumple la legislación comunitaria al convalidar el proceder del FEGA de otorgar un tratamiento más benévolo a los productores que tenían asignadas cuotas menores, frente a los que las tenían más elevadas, y no actuar conforme a la proporcionalidad derivada de la regulación comunitaria. El Tribunal Supremo insiste en que el mencionado criterio de proporcionalidad se ha impuesto por el artículo 2 del Real Decreto 324/1994, exclusivamente, a la operación de compensar las entregas de leche, y concluye que nada impide el sistema de reparto de la tasa total adeudada conforme a criterios de progresividad, en atención al artículo 31 de la Constitución. En el diseño de este sistema, el Tribunal Supremo no observa arbitrariedad o soluciones contrarias al buen sentido o a la equidad.

Con base en estos criterios, el Tribunal Supremo rechaza igualmente los motivos de casación cuarto y quinto expuestos por la parte recurrente, destacando que, en ningún caso, se puede considerar vulnerado el artículo 14 de la Constitución, tal y como lo ha interpretado la doctrina del Tribunal Constitucional.

Siguiendo con esta temática, cabe destacar la **STS de 25 de febrero de 2010**, por la que se resuelve el recurso de casación núm. 10430/2004 (*RJ* 2010/4102), interpuesto por una sociedad mercantil, contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 20 de septiembre de 2004, que desestimó el recurso deducido contra resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), de 23 de enero de 2003, y que, a su vez, había resuelto la reclamación económico administrativa interpuesta frente a la liquidación de la tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos.

En los motivos de casación primero y segundo, la sociedad recurrente alega la infracción de diversos preceptos del ordenamiento jurídico, relacionados con los artículos 24, 25, 31.3 y 133 de la Constitución. El argumento de dicha sociedad demandante es que la citada tasa tendría carácter sancionador y, por ello, debería aplicarse el régimen jurídico de las sanciones. Añade que, en caso de considerar la tasa como un tributo y, en concreto, como una exacción parafiscal, en el presente asunto existiría una desproporción entre fines y medios.

Para la Sala, este alegato de la entidad demandante ha de ser rechazado, puesto que recuerda que la nota esencial de toda infracción es la antijuridicidad de la conducta sancionada. En el supuesto de la tasa suplementaria de la leche, prosigue la Sala, el hecho de producir por encima de la cuota asignada a cada Estado no constituye un caso de conducta ilícita, sino una conducta gravada.

En efecto, la sentencia explica brevemente la evolución histórica de la regulación de la tasa láctea: a partir de 1968, y para frenar el exceso de producción en el sector lácteo, la Comunidad Europea estableció un sistema consistente en asignar anualmente a cada Estado miembro una cantidad global de producción de leche, y que se distribuía entre cada uno de los ganaderos. Si un Estado producía y comercializaba más cantidad de leche que la asignada, se devengaba la tasa láctea a favor de la Unión Europea, que el propio Estado tenía que abonar repartiéndola y recaudándola de entre todos los ganaderos que hubieran contribuido al exceso de producción.

En consecuencia, el Tribunal Supremo concluye que la tasa láctea no es una sanción, sino una medida de control de la producción de leche, una medida disuasoria, que busca desincentivar la producción, de forma que el exceso de leche producido no sea rentable (Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Luxemburgo, de 21 de junio de 2005). Por todo ello, la pretensión de la actora ha de ser rechazada.

Adoptada esta primera apreciación por parte de la Sala, entra a examinar el tercer motivo casacional, en el que la parte recurrente alegaba que se había dictado la liquidación, modificando los datos declarados y sin observar el preceptivo trámite de audiencia. La Sala desestima este motivo, puesto que considera que la parte recurrente adopta un punto de vista erróneo, consistente en presuponer la aplicabilidad del artículo 123.3 de la Ley General Tributaria. Para el Tribunal Supremo, las exacciones parafiscales, y recuerda que la tasa lechera participa de la naturaleza de estas exacciones, se someten a su regulación específica; las normas fiscales sólo se aplican de modo supletorio. Así pues, el único precepto en el que puede fundamentarse la parte actora es el artículo 105, apartado c), de la Constitución. El Alto Tribunal concluye que el procedimiento seguido en el presente caso se ajusta a las normas reguladoras de la tasa, cuyo origen se encuentra en el Derecho europeo, y no se ha acreditado indefensión material, por lo que rechaza este otro motivo de casación.

En el cuarto motivo de casación, la sociedad mercantil recurrente alega que se habría infringido el artículo 124 de la Ley General Tributaria, por falta de motivación de la liquidación. El Tribunal Supremo, que vuelve a destacar que, en la tasa lechera, hay que acudir a su legislación específica, y sólo supletoriamente a las normas fiscales, repasa el contenido del artículo 3 del Real Decreto 324/1994, relativo al procedimiento de liquidación, y señala que no puede haber indefensión, puesto que la liquidación se practicó sobre la base de la declaración formulada por los interesados, y de conformidad con las vicisitudes afectantes a las cuotas individuales, que también se desprendían de las declaraciones de los propios interesados. En la sentencia, se pone de manifiesto que esta cuestión ya fue examinada por el tribunal de instancia, y que la parte actora no niega ese examen, y, únicamente, lo considera insuficiente. El Tribunal Supremo desestima la pretensión porque concluye que no se ha acreditado que la valoración resulte arbitraria, irracional o manifiestamente errónea, no siendo suficiente que quien recurre se muestre en desacuerdo con ella.

Como quinto motivo de casación, la entidad recurrente reclama la incompetencia del Ministerio de Agricultura y, dentro de él, del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA) para la liquidación de la tasa láctea. Entiende la parte actora que la tasa láctea está integrada genéricamente en la gestión tributaria y, por lo tanto, es de competencia del Ministerio de Hacienda, salvo que una norma con rango de Ley atribuya tal competencia a otra entidad u organismo. El Tribunal Supremo, con base en su jurisprudencia anterior, de la que destaca la Sentencia de 2 de diciembre de 2005, desestima el motivo de casación: la tasa láctea es una exacción parafiscal, que tiene un régimen jurídico propio, y la normativa legal vigente permite que su establecimiento y su liquidación se establezcan por real decreto, que también regulará el órgano competente. Así pues, la determinación del órgano encargado de la gestión goza de cobertura legal, y procede rechazar las alegaciones de la parte recurrente.

En el sexto motivo de casación, la sociedad mercantil insiste en la vulneración del principio de legalidad en materia tributaria, al considerar que la tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos no estaría regulada, en sus elementos esenciales, en una norma con rango de ley, vulnerándose, de este modo, siempre según el parecer de la entidad actora, los artículos 10 de la Ley General Tributaria, y 9.3, 31.3 y 133 de la Constitución. El Tribunal Supremo rechaza de nuevo el alegato de la entidad recurrente, a partir de su jurisprudencia y de la regulación normativa. En síntesis, señala el Alto Tribunal que sí hay una norma con rango

formal suficiente para el establecimiento de la exacción, pues fue creada por un Reglamento Comunitario que, además, contenía los elementos esenciales para determinar la tasa láctea. A mayor abundamiento, prosigue el Tribunal, los elementos de la exacción no regulados por el Reglamento Comunitario, lo fueron por un reglamento estatal, plenamente legítimo, puesto que la jurisprudencia permite la colaboración reglamentaria cuando existan razones técnica o de optimización del cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley.

En el séptimo y último motivo de casación, la sociedad mercantil que interpuso el recurso alega que la normativa de la tasa láctea habría regulado deficientemente el mecanismo de repercusión, que, en definitiva, impediría que el comprador pudiera resarcirse por las cantidades pagadas. El Tribunal Supremo, tras examinar la regulación de este aspecto de la tasa láctea, y partiendo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 29 de abril de 1999, asunto C-288/97, *Consortio Caseifici Altopiano di Aciago*, desestima este último aspecto del recurso de la entidad.

Estas cuestiones también son analizadas en la **STS de 30 de abril de 2010**, de resolución del recurso de casación núm. 3923/2004 (*RJ 2010/3565*), que un grupo lechero interpuso contra la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional en fecha 19 de enero de 2004, que, a su vez, había desestimado el recurso deducido contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), de 8 de junio de 2001, relativa a una liquidación girada en concepto de tasa suplementaria en el sector de la leche y productos lácteos.

Esta sentencia también destaca por el examen de la causa de inadmisibilidad del recurso, consistente en que la sentencia de instancia recayó en un asunto cuya cuantía no excedía de 25 millones de pesetas, pues si bien en instancia quedó fijada la cuantía en un importe superior a dicha cantidad, lo cierto es que los actos administrativos recurridos tenían su origen en la tasa girada a los diferentes ganaderos que suministraban su producción láctea al grupo lechero, en los casos en que aquellos productores superaban las cantidades de referencia que les habían sido asignadas. El Tribunal Supremo concluye que sólo una de estas cantidades, individualmente consideradas, supera el umbral cuantitativo fijado por la Ley de la Jurisdicción.

Efectuado este primer análisis, el Tribunal Supremo entra a examinar cada uno de los motivos de casación planteados, rechazándolos todos, con base en su jurisprudencia. Así, considera el Alto Tribunal que la liquidación estaba correctamente motivada, y que no se vulneró el principio de audiencia. Asimismo, el Tribunal destaca que no se ha producido una vulneración del principio de reserva de ley en el ámbito tributario, puesto que los Reglamentos de la Comunidad Europea juegan el papel de la ley y regulan los elementos esenciales o configuradores de la tasa láctea.

En particular, la entidad recurrente señalaba que el sistema de compensación y la asignación de las cantidades de referencia serían elementos esenciales de la tasa láctea y estarían regulados por normas de rango inferior a la ley. El Tribunal Supremo desestima esta petición, con base en que el hecho imponible de la tasa, la base y el tipo, fueron fijados por una norma con rango similar a la ley, y que, en cuanto al resto de cuestiones, cabe recordar que el principio de reserva de ley no exige que todos los elementos que inciden o se vinculan a un elemento esencial deban regularse exclusivamente o íntegramente por ley, ya que cabe la colaboración reglamentaria, cuando existan razones técnicas o de optimización de cumplimiento de las finalidades propuestas. Además, la regulación efectuada por la normativa reglamentaria española no creó *ex novo* ningún elemento esencial de la tasa láctea, sino que desarrolló lo previsto en la norma comunitaria.

El Tribunal Supremo también rechaza la alegación de la entidad recurrente en el sentido de que la tasa tendría un carácter arbitrario en el ordenamiento jurídico español. Nuevamente, con base en su jurisprudencia, el Alto Tribunal señala que la exacción es fijada conforme a criterios objetivos, y, simplemente, se prevén mecanismos para hacerla más benigna en virtud de determinadas circunstancias.

En el último motivo de casación, la parte recurrente señalaba que el ordenamiento español no aseguraba al comprador la efectividad de la retención. El Tribunal Supremo constata que en este último motivo de casación se entiende que el objetivo de la tasa sólo podría alcanzarse si efectivamente su carga recayera sobre los productores y no sobre los compradores. El Alto Tribunal rechaza esta alegación, porque la normativa jurídica española permite a los compradores repercutir lo previsto legalmente sobre los productores.

6. SERVICIO PÚBLICO

A) **Autobús turístico; no se trata de obligaciones de servicio público. Títulos habilitantes para la prestación de servicios regulares de transporte nacional mediante autobuses de línea**

La **STJ de 22 de diciembre de 2010, as. C-338/09, *Yellow Cab***, tiene por objeto una cuestión prejudicial promovida por un órgano jurisdiccional austriaco a propósito de la regulación del servicio regular de transporte nacional mediante autobuses de línea. El órgano preguntaba, en esencia, si el Derecho de la Unión Europea se opone a una disposición interna que establece que la autorización solicitada para gestionar una línea urbana de transporte de personas en autobús que circule de manera regular, efectuando paradas en lugares predeterminados y conforme a un horario preestablecido, debe denegarse en el caso de que una empresa competidora, que ya sea titular de una autorización de explotación de una línea de transporte que efectúe un recorrido total o parcialmente idéntico al de la línea solicitada, viera sus ingresos tan reducidos a consecuencia de la nueva autorización que la explotación de su línea dejaría de ser rentable en una economía de mercado.

Más allá de otras consideraciones, interesa destacar aquí que la sentencia afirma, con carácter preliminar, que las del autobús de que se trata en el procedimiento principal tienen un objeto esencialmente turístico, de forma que las obligaciones inherentes al servicio de explotación de tales líneas no son obligaciones de servicio público, en el sentido de la definición contenida en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento núm. 1191/69. A continuación, se señala que la normativa controvertida, en la medida que exige la obtención de una autorización para explotar una línea de autobuses turísticos, constituye, en principio, una restricción a la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 49 TFUE, puesto que tiende a limitar el número de prestadores de servicios, a pesar de la supuesta inexistencia de discriminación por razón de nacionalidad de los profesionales interesados. Por consiguiente, procede examinar si la normativa controvertida en el procedimiento principal puede estar objetivamente justificada.

La sentencia señala, a este respecto, que la explotación de líneas de autobús como las del procedimiento principal puede responder a un objetivo de interés general, como la promoción del turismo, la política de seguridad vial a través de la canalización del tráfico con fines turísticos por itinerarios determinados o, incluso, la protección del medio ambiente ofreciendo un medio de transporte colectivo como alternativa a medios de transporte individual. En cambio, el objetivo de garantizar la rentabilidad de una línea de autobús competidora, como motivo de carácter puramente económico, no puede constituir una razón imperiosa de interés general

que justifique una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado. Por lo que se refiere, en particular, al interés en impedir que la autorización de un servicio de transporte comprometa directamente la existencia de servicios regulares que ya sean objeto de una concesión, conviene señalar que, si bien tal interés puede justificar en el marco del Reglamento núm. 684/92 la denegación de tal autorización, esa disposición no es aplicable en las circunstancias del procedimiento principal porque no se trata de una línea de transporte internacional. De ahí que no quepa admitir que, fuera de este marco normativo y tratándose de una demanda relativa a una línea de transporte explotada con fines turísticos, objetivos análogos a los previstos en esta disposición puedan justificar una restricción de la libertad de establecimiento.

En cuanto al examen de proporcionalidad, el Tribunal recuerda que un régimen de autorización administrativa previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que pueda privar de su eficacia a las disposiciones de Derecho de la Unión, en particular a las relativas a una libertad fundamental como la que es objeto del procedimiento principal. Además, para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado, aun cuando introduzca una excepción a tal libertad fundamental, debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, que garanticen su adecuación para establecer suficientemente los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales. Por consiguiente, si la normativa controvertida en el procedimiento principal se interpreta en el sentido de que es la administración nacional competente quien lleva a cabo la apreciación de una solicitud de autorización exclusivamente sobre la base de las afirmaciones del titular de una autorización relativas a la rentabilidad de su explotación, a pesar de que esta empresa es un competidor potencial directo de la empresa que solicita la concesión de una nueva autorización, tal método de apreciación es contrario a las normas de la Unión, puesto que puede ir en detrimento de la objetividad y de la imparcialidad de la tramitación de la solicitud de autorización de que se trata.

LUIS ARROYO JIMÉNEZ
RICARD GRACIA RETORTILLO
ELISENDA MALARET
JOSEP MOLLEVI I BORTOLO
JOAQUÍN TORNOS MAS
MARC VILALTA REIXACH

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD

SUMARIO

1. CONSUMO.
 - A) **El gestor de un *coffee shop* no puede oponerse a una normativa municipal que prohíbe la admisión en tales establecimientos de personas que no residen en los Países Bajos.**
2. DEPORTE.
 - A) **Falsificación de pasaporte y doble sanción penal y administrativa al mismo deportista profesional.**
3. EDUCACIÓN.
 - A) **No universitaria.**
 - a) Legalidad de Decreto autonómico sobre convivencia en los centros.
 - b) Calendario escolar.
4. EXTRANJEROS.
 - A) **Permiso de residencia y trabajo.**
 - B) **Denegación de entrada y expulsión.**
 - C) **Asilo y condición de refugiado.**
 - D) **Nacionalidad.**
5. FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD.
 - A) **Se reconoce en casación el derecho a ingresar como Mozo de Escuadra de la Generalidad de Cataluña.**
6. JUEGO.
 - A) **La explotación de juegos de azar no puede reservarse en exclusiva a operadores con domicilio en el territorio de un determinado Estado y hay obligación de transparencia en las concesiones de explotación de juego.**

7. SANIDAD.

- A) **Condiciones para la importación de sangre procedente de otro Estado miembro.**
 - B) **Consentimiento informado.**
-

1. CONSUMO

- A) **El gestor de un *coffee shop* no puede oponerse a una normativa municipal que prohíbe la admisión en tales establecimientos de personas que no residen en los Países Bajos**

La **STJUE de 16 de diciembre de 2010**, en el asunto C-137/09, responde a una cuestión prejudicial planteada desde Holanda. Como se sabe allí se aplica una política de tolerancia respecto a la venta y al consumo de cannabis en los llamados *coffee shops*. Establecimientos incluidos en la categoría de empresas de restauración, en los que se vende y consume cannabis así como alimentos y bebidas no alcohólicas. En cambio, en ellos está prohibida la venta de bebidas alcohólicas. Las autoridades locales pueden autorizar *coffee shops* respetando determinados criterios, y para su apertura se requiere una licencia de explotación y deben cumplir los mismos requisitos de gestión e higiene aplicables a los demás establecimientos de restauración.

El ayuntamiento de Maastricht adoptó una política propia en materia de cannabis limitando la apertura de *coffee shops*, y en la correspondiente Ordenanza de 20 de diciembre de 2005, aprobó, además, un criterio de residencia en Holanda para permitir la entrada en los *coffee shops*, de tal modo que al gestor de un *coffee shop* no se le permite que admita en su establecimiento a personas que no sean residentes en Holanda. Ante la judicialización por sanción al gestor de un *coffee shop*, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en primer lugar, si el gestor de un *coffee shop* puede, en el marco de su actividad, consistente en la comercialización, por una parte, de estupefacientes que no forman parte del circuito estrictamente vigilado por las autoridades competentes destinados a ser utilizados con fines médicos o científicos, y, por otra parte, de bebidas no alcohólicas y alimentos, invocar los artículos 29 CE, 49 CE y/o 12 CE, este último en relación con el artículo 18 CE, para oponerse a una normativa municipal como la controvertida. El Tribunal responde que dado que está prohibida la introducción de estupefacientes en el circuito económico y comercial de la Unión, un gestor de un *coffee shop* no puede invocar las libertades de circulación o el principio de no discriminación, por lo que respecta a la actividad consistente en la comercialización de cannabis, para oponerse a una normativa municipal como la controvertida en el litigio. Sin embargo, en cuanto a la actividad consistente en la comercialización de bebidas no alcohólicas y de alimentos, en tales establecimientos, tal gestor puede invocar útilmente los artículos 49 CE y siguientes, ya que los ciudadanos de la Unión que no residan en los Países Bajos y que desean ir a los *coffee shops*, en el municipio de Maastricht, para consumir en ellos productos legales deben considerarse destinatarios de servicios, en el sentido del artículo 49 CE.

No obstante, ante la cuestión de si una normativa municipal, como la controvertida, constituye una restricción pero que puede estar justificada por el objetivo de la lucha contra el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva, y, pueda constituir una medida proporcionada a la luz de dicho objetivo, el Tribunal de Justicia responde que el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que si bien la normativa examinada constituye una restricción a la libre prestación de servicios consagrada por el Tratado CE, tal restricción está justificada por el objetivo de la lucha contra el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva.

2. DEPORTE

A) Falsificación de pasaporte y doble sanción penal y administrativa al mismo deportista profesional

La **STS de 3 de marzo de 2010**, Ar. 4174, estima el recurso de casación interpuesto por un futbolista profesional en la medida que el acto administrativo recurrido se centra en la adecuación al ordenamiento jurídico de las actuaciones y decisiones del Comité de Competición y del Comité de Apelación de la Real Federación Española de Fútbol sobre la imposición de la sanción disciplinaria de pérdida de la licencia federativa por un año, confirmadas por el Comité Español de Disciplina Deportiva y, todas ellas, consideradas conformes a derecho por la sentencia recurrida. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no toda cuestión de índole penal ha de considerarse como prejudicial y, por ende, suspensiva de un procedimiento disciplinario o de un procedimiento administrativo. La cuestión penal debatida no necesitaba ser resuelta como requisito previo para la decisión propia administrativa. Por ello, no son de aplicación los artículos 4.1 LJCA, 10.2 LOPJ y 114 LECrim. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo. Lo que en este motivo plantea el recurso aun cuando no acierte a expresarlo con la propiedad necesaria, a juicio del TS, es el hecho de la posible infracción dentro del principio de legalidad de la prohibición del *bis in idem* que contiene la Ley 30/1992 en el título IX relativo a la potestad sancionadora, en su capítulo I, relativo a los principios que debe respetar, y, en concreto, de conformidad con el artículo 133 que se ocupa de la concurrencia de sanciones y afirma que: «No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento».

Y es claro que en este supuesto se infringió de modo patente ese principio puesto que por el mismo hecho cometido por la misma persona y con igual fundamento, el uso de un pasaporte falso para obtener un beneficio en su actividad como futbolista profesional, se condenó al recurrente por un delito de uso de documento oficial falso y se le impuso una sanción federativa que le suspendió durante un año en su ejercicio profesional. En consecuencia, al no estimarlo así la sentencia de instancia debe estimarse el recurso de casación.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) *Legalidad de Decreto autonómico sobre convivencia en los centros*

La **STS de 16 de diciembre de 2009**, Ar. 2862 de 2010, ratifica la legalidad de la parte sancionadora de un Decreto autonómico regulador de la convivencia en los centros docentes de la Comunidad de Madrid, frente a la tacha de no respetar la reserva de ley necesaria; y lo hace trayendo a colación la (discutida) categoría de la relación de sujeción especial: «sí, en principio, existe una reserva de ley en materia sancionadora, en el supuesto que enjuicamos, en el que se trata de dirimir si por vía reglamentaria pueden tipificarse y, por ende, sancionarse determinadas conductas que puedan ser, en cierta medida, perturbadoras para el buen orden y funcionamiento de los centros docentes, debemos indicar que en esta específica materia existe un singular precedente judicial que abona la tesis de que cuando la potestad disciplinaria se proyecta en materia educativa, es preciso examinar el vínculo jurídico que une a los alumnos con el centro educativo, ya que éstos están sometidos a una relación jurídica de especial sujeción; así, en nuestra sentencia de nueve de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, recaída en el recurso de apelación 3310/1992, se señaló que “[...] el reproche al Real Decreto 1543/1988 por regu-

lar las materias sobre las cuales versa la reserva de ley, ya ha sido objeto de pronunciamiento por nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia 77/1985, de 27 de junio, en el recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica reguladora de derecho a la Educación (LODE), que, en su fundamento jurídico decimocuarto precisa: no es aceptable la argumentación de los recurrentes porque las peculiaridades de la Ley Orgánica —en especial la delimitación positiva de su ámbito de normación— en modo alguno justifican el que el respeto de este tipo de fuente se haya de considerar alterada por las relaciones entre Ley y Reglamento ejecutivo, relaciones que pueden darse en todos aquellos casos en los que la Constitución Española reserva a la Ley —a la Ley Orgánica también— la regulación de una materia determinada...”, y, en este mismo sentido, es de destacar el auto del Tribunal Constitucional número 382/1996, de dieciocho de diciembre al precisar que “esta faceta del derecho a la educación puede ser lícitamente limitada a fin de salvaguardar otros derechos o bienes de naturaleza constitucional”. “De ahí que el legislador orgánico, al objeto de tutelar el pacífico disfrute del derecho a la instrucción del conjunto del alumnado, haya establecido como un deber del docente, además del estudio, ‘el respeto a las normas de convivencia dentro del centro docente’ (art. 6.2 LODE); normas cuyo establecimiento se confía a la autonomía de los centros privados no concertados (art. 25 LODE). ‘El incumplimiento de las normas de convivencia puede, por consiguiente, justificar suficientemente la expulsión de la escuela sin que ello suponga vulneración de un derecho fundamental’”».

b) Calendario escolar

La **STS de 7 de mayo de 2010**, Ar. 3598, anula una Orden de una Consejería de Educación por otorgar a los Consejos Escolares de los centros de educación secundaria la facultad de fijar los días del mes de septiembre en que deberían celebrarse las pruebas extraordinarias, ya que, según la Ley, es el Claustro de Profesores el que tiene atribuida la competencia exclusiva para fijar el calendario de evaluaciones que se enmarcan en el específico ámbito docente, frente al genérico de programación general que corresponde al Consejo Escolar.

4. EXTRANJEROS

A) Permiso de residencia y trabajo

La **STS de 14 de mayo de 2010**, Ar. 3642, anula en parte las «Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación o de actuaciones artísticas de especial interés cultural». Pues bien, el Tribunal Supremo anulará el último de los cinco supuestos especiales allí contemplados —y que se benefician, conviene señalarlo, de un régimen mucho más laxo o permisivo—, que era un verdadero «cajón de sastre», precisamente por su indefinición e indeterminación (puesto que se refería a cualquier otro supuesto «asimilado» a los anteriores, en que concudiesen razones excepcionales, debidamente acreditadas, de interés económico, social o laboral, previa autorización de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración), considerándolo nulo por no ajustarse a la habilitación legal prevista en la LO 4/2000 (que indicaba que las Instrucciones «establecerán las formas, los requisitos y los plazos para la concesión»).

B) Denegación de entrada y expulsión

En la **STJUE de 23 de noviembre de 2010**, *as. Tsakouridis*, C-145/09, se plantea una interesante cuestión interpretativa con respecto a la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En el caso, se trataba de interpretar los (restrictivos) supuestos en los que ciudadanos europeos que hayan permanecido muchos años en otro Estado miembro pueden ser expulsados de éste (o ver denegada su entrada). Interpreta así el Tribunal de Luxemburgo: con el fin de determinar si un ciudadano de la Unión ha residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años previos a la decisión de expulsión, criterio decisivo para la concesión de la protección reforzada que otorga esta disposición, deben tenerse en cuenta todos los aspectos pertinentes en cada caso concreto, en particular, la duración de cada una de las ausencias del interesado del Estado miembro de acogida, la duración total y la frecuencia de estas ausencias, así como los motivos que llevaron al interesado a abandonar este Estado miembro, que pueden determinar si estas ausencias implican o no el desplazamiento hacia otro Estado del centro de sus intereses personales, familiares o profesionales. Y la lucha contra la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes mediante banda organizada puede estar comprendida en el concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública» que pueden justificar una medida de expulsión de un ciudadano de la Unión que haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores. En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente llegue a la conclusión de que el ciudadano de la Unión afectado disfruta de la protección del artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2004/38, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que la lucha contra la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes mediante banda organizada está comprendida en el concepto «motivos graves de orden público o seguridad pública».

C) Asilo y condición de refugiado

En este apartado, la mayoría de las sentencias publicadas en este periodo ha rechazado la concesión del asilo, bien por no probar suficientemente los indicios persecutorios (por ejemplo, las **SSTS de 23 de diciembre de 2009**, *Ar.* 2941 de 2010, y de **24 de febrero de 2010**, *Ar.* 4082), bien por considerar que el solicitante supone un riesgo para la seguridad nacional (lo que suele comprobarse a partir de los informes del CNI; **SSTS de 17 de diciembre de 2009**, *Ar.* 2883 de 2010; de **18 de diciembre de 2009**, *Ar.* 2909 de 2010; y de **30 de diciembre de 2009**, *Ar.* 3022 de 2010).

Sin embargo, también podemos mencionar una sentencia estimatoria, como es la **STS de 24 de febrero de 2010**, *Ar.* 4089, en un caso de refugiado «sobrevenido» o *sur place*, al entender que la Convención de Ginebra sólo exige que la persona que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado se encuentre fuera del país de su nacionalidad, de manera que proteje tanto al que huye debido al temor fundado de ser perseguido como a quien, encontrándose en el extranjero, deviene refugiado al darse la circunstancia sobrevinida de que, si retornase a su país, sufriría persecución debido a las actividades desarrolladas en el extranjero.

D) Nacionalidad

En este apartado tenemos alguna sentencia de interés. Así, entre las que deniegan la nacionalidad, podemos mencionar la **STS de 22 de diciembre de 2009**, *Ar.* 2936 de 2010, que no considera analógicamente aplicable el plazo de residencia (más reducido, de cinco años) establecido para los refugiados al caso de que se trataba, un apátrida; sino que interpreta que no hay ni laguna legal ni identidad de razón entre ambos supuestos (requisitos, como se sabe,

inexcusables para tal aplicación analógica). Por su parte, la **STS de 29 de enero de 2010**, Ar. 3202, también deniega la nacionalidad por no concurrir el requisito de la buena conducta cívica —en línea con una jurisprudencia propia anterior— al tener el solicitante antecedentes penales por tráfico de drogas. Finalmente, la **STS de 15 de febrero de 2010**, Ar. 3349, también deniega, por ausencia del requisito de la residencia *legal* en España, puesto que, pese a haber cumplido con el plazo establecido, su divorcio de cónyuge español debía haberse comunicado a la Administración para haber obtenido el permiso de residencia que le hubiera podido corresponder (como ciudadana de la Unión Europea que era, además).

Favorables a la concesión de la nacionalidad tenemos, en primer lugar, la **STS de 18 de diciembre de 2009**, Ar. 2912 de 2010, que, pese a la existencia de antecedentes policiales (pero no penales), la buena conducta cívica quedada probada por otras circunstancias, como son matrimonio con española, nacimiento de tres hijos y su escolarización, conocimiento hablado del idioma castellano y del sistema institucional español, integración en las costumbres españolas, trabajo de forma más o menos regular y alta en la Seguridad Social, acreditativas todas ellas de «un comportamiento cívico conforme con los valores sociales y deberes razonablemente exigibles» para apreciar, como se dice en la Sentencia de 2 de diciembre de 2008, la concurrencia del mencionado requisito de la buena conducta cívica. Y, en segundo lugar, la **STS de 24 de febrero de 2010**, Ar. 3432, hace lo propio pues los antecedentes penales por tráfico de drogas ya estaban cancelados y los informes policiales eran inconcretos y no debidamente motivados.

5. FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

A) **Se reconoce en casación el derecho a ingresar como Mozo de Escuadra de la Generalidad de Cataluña**

La **STS de 13 de mayo de 2010**, Ar. 4968, tras una nueva valoración de la prueba practicada en instancia, señala que, en ningún momento, se justifica por qué al recurrente se le asigna una puntuación final de 35,18 por 100 de puntos si el informe del evaluador principal del período de prácticas fue favorable o positivo. Asimismo, se indica que la sentencia recurrida considera acreditado que el Tribunal calificador «tuvo en cuenta el informe realizado por el sargento Rodrigo que era desfavorable» cuando el citado informe refleja una evaluación favorable o positiva del señor Guillermo y afirma que «la calificación de “no apto” por el hecho de no haber superado la prueba de entrevista personal, cuando se habían superado las distintas fases anteriores, se llevó a cabo en función del criterio del Tribunal, en relación con la conducta personal desarrollada por el demandante en dicha entrevista», pues, en cuanto a ésta, ningún dato concreto se ofrece en la sentencia que permita acreditar su constancia en las actuaciones, al punto que el propio recurrente destaca en el escrito de interposición de la casación que «ninguna entrevista ha existido en el presente expediente». Además, la prueba documental practicada en ejecución de la Sentencia de 30 de marzo de 2006 (Ar. 2077) acredita una idéntica evaluación por parte del evaluador principal señor Rodrigo de distintos opositores en relación con cada uno de los 27 ítems e, inexplicablemente, al señor Guillermo se le declara «no apto», lo que supone un trato discriminatorio respecto de los demás opositores.

A ello no puede oponerse que, como se refleja en la Resolución de fecha 22 de septiembre de 1995 del Jefe de la Inspección General —miembro del Tribunal calificador— se haya tenido en cuenta el informe parcialmente negativo del Instructor, emitido al comienzo del período de prácticas de tres meses (cuyo nombramiento de mozo en período de prácticas es de 26 de junio de 1995), pues la calificación negativa al señor Guillermo en los apartados «Juicio práctico-madurez», «Equilibrio emocional» y «Aceptabilidad entre los compañeros» contrasta con la

calificación como satisfactoria de los ítems análogos —«Receptividad a las sugerencias de los compañeros» (21), «Fiabilidad. Sinceridad» (22), «Uso del sentido común» (24) o «Equilibrio emocional. Estabilidad» (26)— que aparece en el informe del Evaluador principal que se emite el 8 de octubre de 1995, esto es, con posterioridad al informe anterior, es decir, una vez concluido el período de prácticas y, por ello, con todos los elementos de juicio para dicha tarea evaluadora. En suma, no entra dentro de la discrecionalidad técnica la corrección de un ejercicio en un proceso selectivo, y dicha circunstancia no implica sustituir la actividad de la Administración, que ha de ser controlada por los Tribunales.

Por consiguiente, tal análisis permite llegar al Tribunal Supremo a la conclusión de anular la sentencia recurrida al haber realizado una apreciación ilógica de la prueba practicada en las actuaciones, así como no observar la jurisprudencia sentada sobre el control de la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadores, determinando la quiebra del principio de igualdad del recurrente en relación con otros opositores que contando con un informe idéntico del Evaluador principal del período de prácticas, fueron, sin embargo, declarados «aptos»; lo que obliga a resolver el recurso contencioso-administrativo en el sentido de estimar la pretensión ejercitada por vulneración de los artículos 14, 23, 24 CE y 218 LEC. Resulta así que, entrando en el fondo del asunto, procede anular: 1) El acuerdo de fecha 3 de octubre de 1995 del Tribunal calificador de las pruebas selectivas de acceso al cuerpo de mozos de escuadra de la Generalidad de Cataluña (convocatoria 46/94) de fecha 27 de octubre de 1995, que revisó la calificación en 35,18 por 100 por debajo del 50 por 100 de la puntuación máxima de 108 puntos, sin justificación. 2) La Resolución de 3 de octubre de 1995 del Consejero de Gobernación de la Generalidad de Cataluña que dejó sin efecto el nombramiento de 26 de junio de 1995 de mozo en período de prácticas de D. Guillermo, confirmada por la Resolución, también anulada, de 14 de diciembre de 1995, al resolver el recurso de alzada. 3) Reconocer el derecho de D. Guillermo a ingresar como Mozo de Escuadra de la Generalidad de Cataluña con todos los efectos administrativos y económicos correspondientes a la convocatoria 46/94.

6. JUEGO

A) La explotación de juegos de azar no puede reservarse en exclusiva a operadores con domicilio en el territorio de un determinado Estado y hay obligación de transparencia en las concesiones de explotación de juego

La **STJUE de 9 de septiembre de 2010**, asunto C-64/08, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada desde Austria, y en la que el tribunal remitente pregunta, en primer lugar, si el artículo 43 CE se opone a la obligación legal de revestir la forma jurídica de sociedad anónima y la de tener su domicilio social en el territorio nacional. El Tribunal de Justicia responde que el artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que reserva la explotación de los juegos de azar en los establecimientos de juego, exclusivamente, a los operadores que tengan su domicilio en el territorio de ese Estado miembro. Por lo demás, la apreciación acerca de si los objetivos que se persiguen mediante la exigencia de que el operador revista la forma jurídica de sociedad anónima, y si pueden constituir una justificación como medida de excepción expresamente prevista por el Tratado o de una razón imperiosa de interés general reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y, en su caso, si esa exigencia respeta el principio de proporcionalidad, no puede efectuarse a falta de información complementaria. En esas circunstancias corresponderá a los tribunales nacionales efectuar esa apreciación.

Por lo que concierne a las condiciones discriminatorias aplicables en virtud de la legislación nacional a las licitaciones para la adjudicación de las concesiones de explotación de esta-

blecimientos de juego en Austria, y, en concreto, sobre la cuestión prejudicial que plantea que se resuelva si los artículos 43 CE y 49 CE se oponen al otorgamiento, al margen de licitación alguna, de la totalidad de las concesiones de explotación de los establecimientos de juego en el territorio de un Estado miembro durante quince años, el Tribunal de Justicia responde que la obligación de transparencia derivada de los artículos 43 CE y 49 CE así como de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por la nacionalidad se opone al otorgamiento, sin licitación alguna, de todas las concesiones de explotación de establecimientos de juego en el territorio de un Estado miembro.

7. SANIDAD

A) Condiciones para la importación de sangre procedente de otro Estado miembro

La **STJUE de 9 de diciembre de 2010**, *as. Humanplasma*, C-421/09, resuelve una cuestión prejudicial interpretativa en el sentido de que el artículo 34 TFUE (prohibición de restricciones a la importación), en relación con el artículo 36 TFUE (excepciones a la mencionada prohibición), debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que la importación de sangre o de componentes sanguíneos procedentes de otro Estado miembro sólo es lícita si se cumple el requisito, también aplicable a los productos nacionales, de que las donaciones de sangre de las que proceden dichos productos hayan sido efectuadas no sólo sin que los donantes hayan recibido una remuneración, sino también sin que hayan obtenido el reembolso de los gastos en que han incurrido para efectuar estas donaciones.

B) Consentimiento informado

La **STS de 26 de enero de 2010**, *Ar. 3151*, tiene que dilucidar si la actuación sanitaria había sido correctamente realizada y, con más precisión, si se había otorgado el suficiente consentimiento. A este respecto la sentencia interpreta lo siguiente: «Que hubo consentimiento informado en 1996 para la implantación de una válvula mecánica en la aorta es algo que la sentencia impugnada tiene por probado, sin que el recurrente haya aportado razón alguna por la que esta constatación deba tacharse de irracional o arbitraria. De aquí que el reproche de falta de consentimiento informado sólo pueda referirse a las decisiones de 1999 de interrumpir temporalmente el tratamiento anticoagulador para hacer frente a la hemorragia de la úlcera duodenal y de dar el alta hospitalaria al paciente una vez controlada dicha hemorragia. La verdad es que el recurrente no es del todo claro a este respecto. Ahora bien, cualquiera que sea la idea que el recurrente quería expresar, es claro que ninguna de esas dos decisiones de 1999 vulneró el requisito del consentimiento informado, impuesto por el artículo 10 de la Ley General de Sanidad de 1986 entonces vigente. Dicho precepto exigía el consentimiento informado por escrito “para la realización de cualquier intervención”; y ni la interrupción temporal del tratamiento anticoagulador ni el alta hospitalaria pueden, en rigor, ser calificadas como una “intervención”, pues no supusieron intromisión en la esfera corporal. Lo primero fue una prescripción médica, y, lo segundo, sencillamente, poner término a la estancia en el hospital. De aquí que no pueda tenerse por infringida una norma que no era aplicable. Pero hay más: ninguna de esas dos decisiones puede tacharse de contraria a la *lex artis*, pues la interrupción temporal del tratamiento anticoagulador fue necesaria para hacer frente a un riesgo cierto de muerte y, en cuanto a la posterior alta hospitalaria, no quedó probado en la instancia que fuese prematura».

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

A) Competencia.

- a) La competencia objetiva viene determinada por el acto administrativo directamente impugnado y no por la disposición que se impugne indirectamente.
- b) A los efectos de determinación de la competencia las resoluciones adoptadas por delegación se entienden dictadas por el órgano delegante.
- c) Tribunales Superiores de Justicia.
 - a') Corresponde conocer a los Tribunales Superiores de Justicia de los recursos contra la resolución de un Secretario de Estado que inadmite el recurso de alzada interpuesto contra resoluciones de la Dirección General de Función Pública denegatorias de las peticiones de reclasificación de Cuerpos y Escalas y de abono de las retribuciones correspondientes.
 - b') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos contra disposiciones reglamentarias emanadas de los organismos, entes, entidades o corporaciones de derecho público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional.

B) Sujetos: legitimación.

- a) Carece de legitimación un funcionario para impugnar la Oferta de Empleo Público, en lo que respecta a la integración en un subgrupo del Cuerpo de Ingenieros.
- b) Las asociaciones judiciales tienen interés en que el acto de nombramiento de Presidente de Audiencia Provincial sea anulado por cuanto su finalidad es promover que los procedimientos para la designación de cargos judiciales discrecionales se atengan escrupulosamente a los principios constitucionales y legales de mérito y capacidad.
- c) El Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales tiene legitimación para impugnar una norma reglamentaria que afecta a los intereses profesionales y económicos de los colegiados.
- d) Aunque no se haya sido parte en el proceso, en materia de urbanismo se abre la acción a todos los ciudadanos, no sólo en fase declarativa del proceso, sino también en la fase de ejecución.
- e) Los miembros de las Comunidades de Regantes carecen de legitimación para impugnar la resolución en la que se impone una sanción a la propia corporación de la que forma parte.

C) Objeto.

- a) El órgano competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Defensor del Pueblo es el Consejo de Ministros, que aquí desarrolla funciones de administración sujetas a derecho público.
- b) No procede la solicitud de revisión de oficio en el caso de que el interesado hubiera entablado un recurso contra la resolución administrativa dentro de plazo.

D) Procedimiento.

- a) Interposición: el plazo de dos meses debe computarse, tratándose de impugnación de Normas Forales, desde la publicación en el Boletín Oficial correspondiente.
- b) Requisitos de admisión: una cosa es el poder de representación y otra distinta la decisión de ejercitar la acción.
- c) Prueba.
 - a') El plazo señalado en la LJCA para la proposición de prueba es rehabilitable si el escrito en que se proponga se presenta el mismo día en que se notifique el auto o providencia declarando caducado dicho trámite, o a lo más tardar antes de las 15 horas del día hábil siguiente.
 - b') Designación judicial de peritos en los procesos jurisdiccionales.
- d) Las dilaciones indebidas generan gastos de constitución de aval.

E) Sentencias.

- a) Existe incongruencia *extra petita* si se anticipa una concreta interpretación de la norma controvertida que adelanta el resultado de unos posibles recursos contra actos administrativos de aplicación que aún no se han producido.
- b) No se produce incongruencia omisiva por el hecho de no responderse expresamente a una petición de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

F) El desistimiento no supone ni pérdida, ni renuncia al derecho que se estuviera ejercitando en el recurso, sin perjuicio de la relevancia que tiene sobre el plazo de interposición del recurso.

G) Satisfacción extraprocesal: no puede entenderse que se haya producido satisfacción extraprocesal de la pretensión ni la carencia sobrevenida de objeto del recurso por un nuevo nombramiento que no opera con efectos retroactivos.

H) Ejecución de sentencias: es de aplicación la LEC a los procesos de ejecución iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, pero no es aplicable la caducidad por el interés público.

I) Tutela cautelar.

- a) No procede suspender la campaña de folletos sobre afectividad y sexualidad a niños de educación primaria y sobre prevención del virus VIH a alumnos de secundaria.
- b) En la ponderación de los intereses en conflicto, prevalecen los relativos a la protección del medio ambiente sobre los referentes al desarrollo urbanístico.
- c) En el caso de graves irregularidades en la actuación de un establecimiento financiero, el interés público demanda la inmediata ejecución del cierre para impedir la repetida y ulterior comisión de aquéllas.

2. RECURSO DE CASACIÓN.

- A) **Objeto: la determinación de las cantidades que en concepto de indemnización corresponden a las partes es una cuestión no es susceptible de ser impugnada en casación.**
- B) **Motivos.**
- a) Cabe analizar argumentos hechos valer previamente en la instancia si la sentencia recurrida no había procedido a su examen.
 - b) Es admisible invocar el motivo del artículo 88.1.d) LJCA cuando lo que se cuestiona es la constitución de la relación jurídica procesal en ejecución de sentencia.
- C) **En los recursos que tengan por objeto la responsabilidad patrimonial de la Administración, el Tribunal Supremo puede pronunciarse sobre aspectos de Derecho Autonómico que incidan en la viabilidad del derecho a indemnización reclamado.**

3. RECURSO DE REVISIÓN.

- A) **Motivos: doctrina sobre la recuperación de documentos decisivos.**
-

INTRODUCCIÓN

La presente crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el 1 de marzo de 2010 al 1 junio de 2010, y algunos de finales de 2009, entre los que merecen ser destacados los relativos a la legitimación de las asociaciones judiciales y las funciones de administración del Consejo de Ministros.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) **Competencia**

- a) *La competencia objetiva viene determinada por el acto administrativo directamente impugnado y no por la disposición que se impugne indirectamente*

La **STS de 20 de mayo de 2010** (recurso 110/2009), resuelve una cuestión de competencia negativa entre la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia y un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, en relación con el recurso interpuesto contra una Resolución de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil por la que desestima la solicitud de modificación de una Orden General de regulación del sistema de gestión del complemento de productividad y de retribución de los sobreesfuerzos realizados por el personal con motivo del servicio.

El Alto Tribunal precisa que la competencia objetiva viene determinada por el acto administrativo directamente impugnado y no por la disposición que se impugne indirectamente, siendo así que el conocimiento de las impugnaciones de los actos dictados por los órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado en materia de personal, como es el caso, viene atribuida a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

b) *A los efectos de determinación de la competencia las resoluciones adoptadas por delegación se entienden dictadas por el órgano delegante*

La **STS de 20 de mayo de 2010** (recurso 114/2009), resuelve la cuestión negativa de competencia suscitada entre un Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo y un Tribunal Superior de Justicia en relación con el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, por delegación del Ministro, desestimatoria de la petición del recurrente, funcionario del Cuerpo de ATS de Instituciones Penitenciarias, interesando el abono de determinadas cantidades en concepto de guardias sanitarias. La Sala resuelve que la competencia para conocer de dicho asunto corresponde al Juzgado y no a la Sala ya que las resoluciones adoptadas por delegación se entienden dictadas por el órgano delegante y que, por tanto, siendo resolución del Ministro sobre materia de personal y no concurriendo las excepciones previstas en la Ley Jurisdiccional, la competencia ha de ser del Juzgado Central.

c) *Tribunales Superiores de Justicia*

a') Corresponde conocer a los Tribunales Superiores de Justicia de los recursos contra la resolución de un Secretario de Estado que inadmite el recurso de alzada interpuesto contra resoluciones de la Dirección General de Función Pública denegatorias de las peticiones de reclasificación de Cuerpos y Escalas y de abono de las retribuciones correspondientes

La **STS de 20 de mayo de 2010** (recurso 1/2010), en la cuestión negativa de competencia entre un Juzgado Central y un TSJ en relación con la resolución de un Secretario de Estado que inadmite el recurso de alzada interpuesto contra resoluciones de la Dirección General de Función Pública denegatoria de las peticiones de reclasificación de Cuerpos y Escalas así como de abono de las retribuciones correspondientes, resuelve entendiendo que la competencia es del TSJ ya que, como ha venido sosteniendo, la declaración de inadmisibilidad de un recurso administrativo resulta equiparable a su desestimación, a los solos efectos procesales, por lo que como 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, es evidente que la competencia ha de corresponder al TSJ.

b') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de los recursos contra disposiciones reglamentarias emanadas de los organismos, entes, entidades o corporaciones de derecho público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional

La **STSJ de Cataluña de 7 de abril de 2010** (recurso 54/2008), analiza el régimen de competencias de las salas y los Juzgados de lo contencioso-administrativo y señala que, aunque la interpretación del artículo 8.3 LJCA no ha sido siempre uniforme en el punto que ahora se examina, relativo a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para conocer de los recursos interpuestos contra disposiciones reglamentarias emanadas de los «organismos, entes, entidades o corporaciones de derecho público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional», debe considerarse en definitiva que dichos órganos no tienen atribuida dicha competencia, y ello por las siguientes razones:

Desde una interpretación meramente literal, debe tenerse en cuenta que el artículo 8.3 hace referencia a las «disposiciones y actos» de la Administración periférica del Estado y de las Comunidades Autónomas, en tanto que sólo contempla los «actos» de los organismos, entes y corporaciones antes citados, de modo que no existe una regulación uniforme de ambos supuestos, con lo que sólo quedan atribuidos a los Juzgados los recursos dirigidos contra las «disposiciones» emanadas de la Administración periférica del Estado y de las Comunidades Autónomas, pero no aquéllos en que se impugne una disposición reglamentaria que haya sido dictada por alguno de los restantes entes o corporaciones a que se refiere el precepto.

Desde la perspectiva que ofrecen los trabajos legislativos, no cabe olvidar que el proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se refería, en su artículo 8.3, a los «actos o disposiciones» de los organismos, entes o entidades cuya competencia no se extendiera a todo el territorio nacional, redacción que no prosperó finalmente, puesto que en el *iter* legislativo se suprimió la referencia a las disposiciones emanadas de tales entes u organismos.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 afirma categóricamente que «el conocimiento de los recursos que se interpusieran frente a la misma (una disposición de carácter general emanada de un organismo autónomo de una Comunidad Autónoma) se sustraería del conocimiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, cuyo ámbito competencial a este respecto se extiende únicamente a los actos administrativos, pero no a las disposiciones generales *ex* artículo 8.3 LRJCA, correspondiendo en este último caso a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del correspondiente Tribunal Superior de Justicia». Este mismo criterio aparece también sustentado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006.

B) Sujetos: legitimación

a) *Carece de legitimación un funcionario para impugnar la Oferta de Empleo Público, en lo que respecta a la integración en un subgrupo del Cuerpo de Ingenieros*

La **STS de 6 de mayo de 2010** (recurso 38/2008), considera que el único interés del recurrente es el mantenimiento de la legalidad en abstracto y por tanto declara la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Real Decreto por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público, en lo que respecta a la integración en un subgrupo del Cuerpo de Ingenieros.

La Sala considera que el recurrente carece de legitimación puesto que el Real Decreto recurrido y la oferta de empleo público contenida en él van dirigidos a determinar el número de vacantes que pueden ser cubiertas en un año presupuestario en los cuerpos, escalas de funcionarios y categorías profesionales de personal laboral, sin que ello afecte al recurrente, al tener ya la condición de funcionario y sin que, en consecuencia, vaya a acceder a dicha oferta de empleo público.

b) *Las asociaciones judiciales tienen interés en que el acto de nombramiento de Presidente de Audiencia Provincial sea anulado por cuanto su finalidad es promover que los procedimientos para la designación de cargos judiciales discrecionales se atengan escrupulosamente a los principios constitucionales y legales de mérito y capacidad*

La **STS de 8 de febrero de 2010** (recurso 65/2007), desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un Acuerdo del CGPJ por el que se aceptó la dimisión al cargo de Presidente de la Audiencia Provincial. El Alto Tribunal se apoya en la doctrina contenida en la STC 102/2009, de 27 de abril, por cuya virtud la asociación recurrente tiene interés en que

el acto de nombramiento recurrido sea anulado por el mero hecho de que sirve a su finalidad de promover que los procedimientos para la designación de cargos judiciales discrecionales se atengan escrupulosamente a los principios constitucionales y legales de mérito y capacidad, aun en el caso de que esta anulación no pueda ser ejecutada en sus propios términos.

De la referida sentencia del Tribunal Constitucional han de tenerse en cuenta, sobre todo, estos dos aspectos: (a) la doctrina que contiene respecto de cuál es el interés que justifica la legitimación de la asociación de Jueces en el proceso jurisdiccional que inició para impugnar el nombramiento como Presidente de Audiencia, y (b) la medida que acuerda en su fallo para restablecer a dicha asociación profesional en su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, cuya vulneración es declarada como consecuencia de estimar parcialmente su recurso de amparo.

Esa doctrina está expuesta principalmente en esta declaración: «Es claro que, conforme a la doctrina transcrita, la asociación profesional recurrente tiene un interés legítimo en la pretensión de anulación del Real Decreto X interesada en el recurso contencioso-administrativo Y, interés concretado en el profesional de que los procedimientos para la designación de cargos judiciales discrecionales observen escrupulosamente los principios constitucionales y legales de mérito y capacidad. Este interés, teniendo un perfil difuso, trasciende el puramente individual de los Magistrados que pudieran tener interés en cualquier plaza para la que el Presidente dimisionario, como consecuencia de la preferencia derivada de las circunstancias de haber desempeñado el cargo del que dimitió, pudiera ser nombrado. Por todo ello, y como más adelante se reiterará, la asociación recurrente tiene interés en que el acto de nombramiento recurrido sea anulado por el mero hecho de que sirve a su finalidad de promover que los procedimientos para la designación de cargos judiciales discrecionales se atengan escrupulosamente a los principios constitucionales y legales de mérito y capacidad, aun en el caso de que esta anulación no pueda ser ejecutada en sus propios términos».

Por lo que hace a la medida acordada para el restablecimiento del derecho de acceso a la jurisdicción de la asociación, debe recordarse que ha consistido en anular los Autos que decidieron el archivo del proceso contencioso-administrativo promovido por dicha asociación profesional y, también, en reponer las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento del primero de esos autos «para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental».

c) *El Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales tiene legitimación para impugnar una norma reglamentaria que afecta a los intereses profesionales y económicos de los colegiados*

La **STS de 7 de mayo de 2010** (recurso 181/2007), reconoce que el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales tiene interés legítimo para impugnar una norma reglamentaria que incluye disposiciones de las empresas y profesionales capacitados para desarrollar esas actividades que potencialmente afectan a los intereses profesionales y económicos de los colegiados.

d) *Aunque no se haya sido parte en el proceso, en materia de urbanismo se abre la acción a todos los ciudadanos, no sólo en fase declarativa del proceso, sino también en la fase de ejecución*

La **STS de 23 de abril de 2010** (recurso 3648/2008), analiza la improcedencia de admitir un recurso de casación interpuesto por quien no ha sido parte en el recurso contencioso-administrativo en el que se dicta la sentencia que se trata de ejecutar. La cuestión que se analiza radica

en determinar si la asociación ecologista recurrente, aun cuando no ha sido parte en el recurso contencioso-administrativo en el que se anuló en parte el plan general, puede, o no, personarse en fase de ejecución.

Tras admitir que para ser parte se debe acreditar que la ejecución o inejecución de la sentencia puede afectar directa o indirectamente a los derechos o intereses legítimos, y que el concepto de interesado no se extiende sin más a una pluralidad indeterminada de destinatarios de la norma recurrida, que en este caso es el Plan General, entiende que aunque no haya sido parte en el proceso, cuando se trata de urbanismo, materia en la que es pública la acción para exigir la observancia de la legislación y el cumplimiento de los planes, se abre la acción a todos los ciudadanos, no sólo en fase declarativa del proceso, sino también en la fase de ejecución. En este sentido, las mismas razones que permiten la presencia en el proceso a una asociación ecologista, deben servir para garantizar la ejecución de lo sentenciado.

Si bien el artículo 89.3 LJCA exige la cualidad de parte procesal en el recurso contencioso-administrativo para poder interponer el recurso de casación, como norma general, sin embargo admiten excepciones a ésta como, *v. gr.*, cuando quien interpone la casación debió ser parte en la instancia y no lo fue. Pero centrándonos en el caso examinado lo cierto es que aunque se trata de la impugnación de una resolución dictada en ejecución de una sentencia firme, sin embargo, la única razón de decidir que integra la cuestión de fondo que se suscita es precisamente si puede personarse en la ejecución quien no fue parte en el recurso contencioso-administrativo, esto es, si debió ser tenida por parte en la ejecución y no lo fue. De modo que no se puede considerar infringido el artículo 89.3 LJCA cuando el recurso de casación versa únicamente en determinar el acceso al proceso, aunque sea en fase de ejecución, de la parte que postula tal cualidad y se niega la misma por el Tribunal *a quo*.

Con carácter general, el artículo 72.2, inciso primero, LJCA dispone que la anulación de una disposición producirá efectos para todas las personas afectadas. Esta expresión «personas afectadas» se reitera, por lo que hace al caso, en los artículos 104.2 y 109.1 para distinguir, en este último, a tales personas de las partes procesales. Sobre el alcance de esta expresión resulta obligada la cita de la Sentencia del Pleno de esta Sala Tercera de 7 de junio de 2001 (recurso de casación núm. 2492/2003). Ahora bien, este marco general ha de ser inmediatamente completado y matizado, atendido el ámbito sectorial en el que nos movemos: el urbanismo, en el que concurre la singularidad derivada del reconocimiento de la acción pública prevista en el artículo 304 del TR de la Ley del Suelo de 1992. Es pública la acción para exigir la observancia de la legislación urbanística y de los planes, según dispone el artículo 304 del TR de la Ley del Suelo de 1992. La trascendencia de la protección de la legalidad urbanística que ha llevado al legislador a ampliar la legitimación que tal reconocimiento general comporta, en lo que se refiere a su acceso a órganos jurisdiccionales, pues recordemos que tal previsión se extiende no sólo a nuestro orden jurisdiccional, sino también ante los órganos administrativos, debe tener alguna consecuencia en el recurso contencioso-administrativo tanto en la fase declarativa como en la ejecución de lo decidido. Y es que tal legitimación conferida para la protección urbanística ha de extenderse y proyectarse también, para ser consecuentes con las razones que avalan tal reconocimiento, a la fase de ejecución en la medida que pretenda que lo acordado en sentencia firme sea cumplido. Las mismas razones, por tanto, que permiten su presencia en el proceso para obtener una resolución judicial sobre el asunto, alcanzan a la ejecución para hacer que efectivamente se verifique lo decidido.

Pues bien, una vez que esta Sala viene reconociendo a las personas afectadas la posibilidad de personarse en la ejecución cuando no han sido parte en el recurso contencioso-administrativo (Sentencia de 7 de junio de 2005 citada y dictada en el recurso de casación núm. 2492/2003), y reconocida también la acción pública en nuestro ordenamiento jurídico urbanístico para la protección de la legalidad tanto como legitimación para interponer el re-

curso contencioso-administrativo (Sentencia de 7 de febrero de 2000 dictada en el recurso de casación núm. 5187/1994), como para personarse en la ejecución (Sentencia de 26 de enero de 2005 dictada en el recurso de casación núm. 6867/2001), resulta forzoso concluir que la asociación recurrente puede personarse en la ejecución para ejercitar las acciones tendentes únicamente al exacto cumplimiento de la sentencia. En consecuencia, la asociación recurrente puede personarse en la ejecución para ejercitar las acciones tendentes únicamente al exacto cumplimiento de la sentencia.

- e) *Los miembros de las Comunidades de Regantes carecen de legitimación para impugnar la resolución en la que se impone una sanción a la propia corporación de la que forma parte*

La **STS de 24 de mayo de 2010** (recurso 397/2008), declara inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros que impuso a una Comunidad de Regantes una sanción y la obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico. Razona su decisión el Alto Tribunal en la consideración de que las comunidades de regantes, en cuanto comunidades de usuarios, son corporaciones de derecho público que tienen personalidad jurídica propia y distinta de la de sus miembros, por lo que un miembro carece de legitimación para impugnar en vía jurisdiccional la resolución en la que se impone una sanción a la propia Comunidad de la que forma parte.

C) Objeto

- a) *El órgano competente para conocer de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Defensor del Pueblo es el Consejo de Ministros, que aquí desarrolla funciones de administración sujetas a derecho público*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.3.a) LJCA, el ámbito de esta jurisdicción se extiende a las pretensiones que se susciten en relación con los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

En la **STS de 27 de noviembre de 2009** (recurso 603/2007), el Pleno de la Sala desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo de la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados que archivó la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida contra la Oficina del Defensor del Pueblo. La Sala, tras exponer que el acto impugnado, al provenir de una instancia parlamentaria, no es susceptible de control jurisdiccional, entiende que el recurrente tiene derecho a que se le diga si la Administración debe resarcirle de los daños y perjuicios ocasionados por la actuación del Defensor del Pueblo. Para ello se señala que el principio de responsabilidad de los poderes públicos permite afirmar que no existe en nuestro sistema ámbitos exentos de responsabilidad y, tras analizar las funciones desarrolladas por el Defensor del Pueblo, concluye que presentan una dimensión «prestacional» que autoriza a incluirlo en la cláusula general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, fijando como órgano competente para conocer de dichas reclamaciones al Consejo de Ministros, al no poder adscribirse el Defensor a un Ministerio concreto y ser esta solución idéntica a la adoptada en relación con las reclamaciones de responsabilidad por actos normativos del poder legislativo estatal.

Dentro de esta jurisdicción, corresponde a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, *ex* artículo 12.1.c) LJCA, conocer en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial, sujetos al derecho público y adoptados, por lo que ahora interesa, por los órganos competentes del Congreso de los Diputados y del Defensor del Pueblo, integrando la remisión legal realizada por el artículo 58, primero, LOPJ.

Pues bien, las actividades que realizan los órganos constitucionales que menciona el citado artículo 12.1.c) de la Ley de esta Jurisdicción, y significadamente el Defensor del Pueblo —al que se imputa la responsabilidad patrimonial presentada por el recurrente— y el Congreso de los Diputados —cuya Comisión de Peticiones archiva el caso—, no son esencialmente administrativas, sino constitucionales. Ahora bien, para el desarrollo y cumplimiento de tales funciones constitucionales encomendadas precisan realizar una serie de funciones de carácter instrumental y naturaleza administrativa, con competencias de autoorganización que comportan una propia y genuina actividad administrativa. De manera que realizan la selección de personal, celebran contratos, gestionan su patrimonio y, en fin, responden de la lesión que sufran los ciudadanos en cualquiera de sus bienes y derechos si es consecuencia de tal actividad administrativa, pues tal es el alcance de la expresión en «materia de personal, administración y gestión patrimonial». En este sentido, la responsabilidad patrimonial es una actividad típica de «administración» prevista en el expresado inciso legal, que está sujeta al derecho público, y que, en consecuencia, determina que sea esta Sala Tercera el órgano judicial que tiene atribuida legalmente la competencia para conocer del presente recurso contencioso administrativo interpuesto en materia de responsabilidad patrimonial contra la actividad administrativa desarrollada por el Defensor del Pueblo.

Recuérdese el artículo 2.e) LJCA, conforme al cual, cualquiera que fuere la calificación que se otorgue a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, el conocimiento de los litigios que se susciten en torno a ella corresponde siempre a nuestra jurisdicción. De este modo, en la medida en que los órganos constitucionales que se enuncian en el artículo 1.3.a) [entre los que se cuentan el Congreso de los Diputados y el Defensor del Pueblo] se reputan «Administración» a los efectos de la revisión judicial de los actos y disposiciones que produzcan en los ámbitos que menciona, pues participan de la misma sustancia que los propios de una Administración pública («no sólo la Administración administra»), la eventual responsabilidad derivada de la actividad desenvuelta en dichos ámbitos, de los que forma parte, sin mayor precisión, la «administración», ha de ventilarse ante esta jurisdicción.

Sin embargo, esta decisión cuenta con un Voto Particular que considera que este recurso contencioso-administrativo era inadmisibile por falta de jurisdicción (artículo 69 LJCA), extremo que puede y debe ser examinado de oficio por los órganos de este orden jurisdiccional (artículo 5.2 LJCA).

Al definir el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia indemnizatoria, el apartado e) del artículo 2 LJCA dispone que corresponde a los órganos de este orden jurisdiccional conocer de «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive». Ello significa que las pretensiones por responsabilidad extracontractual incumben a la jurisdicción contencioso-administrativa siempre que el daño provenga de una Administración pública; no, en cambio, cuando provenga de instituciones no administrativas. Resulta claro, según refiere el voto particular, que el Congreso de los Diputados no es en sí mismo una Administración pública. Sin embargo, al igual que ocurre con otros órganos previstos por la Constitución (Senado, Tribunal Constitucional, etc.), el artículo 1.3.a) LJCA encomienda a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de legalidad de «los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial» del Congreso de los Diputados. De aquí se

sigue que excepcionalmente el legislador ha asimilado el Congreso de los Diputados a las Administraciones públicas en lo relativo a personal, administración y gestión patrimonial. Debe entenderse que dicha asimilación opera también con respecto a los daños extracontractuales; es decir, cuando al actuar en materia de personal, administración o gestión patrimonial, los servicios del Congreso de los Diputados causan daño a un tercero, ese daño proviene de una Administración pública en el sentido del apartado e) del artículo 2 LJCA y, por tanto, queda dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es más: cabe incluso sostener que también competen a ésta las pretensiones indemnizatorias por daños derivados de la pura actuación material de los servicios del Congreso de los Diputados. Por ejemplo, los daños dimanantes de un accidente. En este último tipo de supuestos, aunque la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa guarde silencio, no hay diferencia relevante alguna entre las Administraciones públicas y los órganos constitucionales del Estado. Ahora bien, no ocurre lo mismo cuando el pretendido daño proviene de actos realizados en el ejercicio de las funciones propias del Congreso de los Diputados, pues entonces no cabe la asimilación de éste, a ningún efecto, a las Administraciones públicas. En esta última hipótesis, las pretensiones indemnizatorias no pueden basarse en el apartado e) del artículo 2 LJCA y, por consiguiente, están fuera del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Pleno ha entendido que, en el presente caso, el pretendido acto lesivo —es decir, el acuerdo de la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados— es un acto de «administración» en el sentido del artículo 1.3.a) LJCA, por lo que la pretensión de indemnización del daño reprochado a aquél caería dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ocurre, sin embargo, que la expresión «actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial» designa claramente una esfera de misiones ancilares o instrumentales con respecto a las funciones propias del órgano constitucional de que se trate; y no designa, en cambio, el modo de conducir o tramitar estas últimas. Así, es «administración» del Congreso de los Diputados aquello que, sin formar parte de las funciones parlamentarias (producción legislativa, control político al Gobierno, participación en nombramientos de cargos públicos, etc.), es necesario para que dicha cámara pueda desarrollar sus trabajos. Por ejemplo, contratos de suministros, horarios de trabajo de los funcionarios y empleados, seguridad de las instalaciones, etc. En cuanto a estas misiones ancilares o instrumentales, no hay una verdadera diferencia sustancial entre los servicios del Congreso de los Diputados y las Administraciones públicas. Pero cuando el Congreso de los Diputados ejerce sus funciones propias, deja de comportarse como una Administración pública para hacerlo cabalmente como lo que es: una institución parlamentaria. Y ninguna duda ofrece que recibir peticiones forma parte de las funciones propias del Parlamento, tal como se desprende no sólo de una arraigada tradición histórica sino también, por lo que al vigente derecho español se refiere, de la simple lectura del artículo 77 CE. Así, dado que la recepción de peticiones forma parte de las funciones parlamentarias y dado asimismo que el citado artículo 77 CE otorga inequívoca libertad a ambas cámaras sobre el destino a dar a las peticiones recibidas, sólo cabe concluir que el acuerdo de la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados no era un acto de «administración». De aquí que la jurisdicción contencioso-administrativa no pueda conocer de una pretensión indemnizatoria por daños supuestamente ocasionados por dicho acto.

Dicho todo lo anterior, es oportuno hacer tres observaciones adicionales. En primer lugar, afirmar que la jurisdicción contencioso-administrativa puede conocer de una pretensión indemnizatoria por supuestos daños derivados del modo en que el Congreso de los Diputados ha ejercido una de sus funciones propias conduce, si se admite la expresión, a la «administrativización» de la actividad parlamentaria. Y esto, según el voto particular, no es acertado, porque lo característico del Parlamento es actuar según criterios políticos; lo que supone un modo de actuación esencialmente distinto de la sujeción plena a la ley y al Derecho, que el artículo 103 CE predica de la

Administración pública. La mejor demostración de todo esto es que la única forma de control jurisdiccional sobre actos parlamentarios sin fuerza de ley que expresamente contempla el ordenamiento español es el recurso de amparo (artículo 42 LOTC). Ello pone de manifiesto que el ejercicio de las funciones propias del Parlamento topa con un único límite jurídico y que éste es de índole puramente negativa, a saber, el respeto de los derechos fundamentales. Siempre que se mantenga dentro de este límite, la actividad genuinamente parlamentaria —en cuanto algo distinto de la actividad administrativa ancilar o instrumental realizada por las cámaras— es libre.

En segundo lugar, es importante salir al paso de un equívoco: que el Congreso de los Diputados pueda y deba recibir peticiones de los ciudadanos (artículo 77 CE) no implica que haya de admitir y tramitar instancias, reclamaciones y recursos. Mientras que aquéllas se refieren a algo graciable, éstos versan sobre algo a lo que se cree tener derecho. De aquí que no quepa argumentar *a fortiori*, sosteniendo que si caben las peticiones con mayor razón deben caber las reclamaciones. No sólo se trata de formas esencialmente distintas de comunicación entre los particulares y los poderes públicos, sino que no se debe olvidar que jamás ha sido misión del Parlamento resolver reclamaciones. Y para sortear esta dificultad, no es convincente afirmar, como hace el parecer mayoritario de la Sala, que el daño fue producido por la oficina del Defensor del Pueblo: aun dejando al margen el hecho innegable de que la demanda se dirige contra el Congreso de los Diputados, ocurre que el Defensor del Pueblo sólo es asimilable a la Administración pública en los mismos supuestos que el Congreso de los Diputados y los demás órganos contemplados en el artículo 1.3.a) LJCA. Por ello, los pretendidos daños causados por el Defensor del Pueblo en el ejercicio de sus funciones propias deben también considerarse fuera del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que esta conclusión pueda verse enervada sosteniendo que dicho órgano constitucional tiene una «dimensión prestacional». Afirmar que el Defensor del Pueblo desarrolla una actividad de prestación para los particulares implica, en todo caso, usar la palabra «prestación» en un sentido figurado y, por ello, carente de verdadero significado técnico-jurídico.

En tercer y último lugar, incluso si se admitiese a efectos puramente argumentativos que las cosas no son como se acaban de exponer, resulta difícil comprender por qué, en ausencia de una norma que expresamente regule la responsabilidad patrimonial por actos u omisiones de los órganos constitucionales, ésta deba configurarse jurisprudencialmente sobre el modelo de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública (artículo 106 CE) y no sobre el modelo, mucho más cualificado y restrictivo, de la responsabilidad patrimonial por error judicial y anormal funcionamiento de la Administración de Justicia (artículo 121 CE). En otras palabras, el constituyente ha querido que las lesiones derivadas de actos u omisiones del Poder Judicial sean indemnizables sólo en circunstancias graves y claramente indicativas de la existencia de culpa, mientras que para la Administración pública no rige constitucionalmente este límite y normalmente su responsabilidad es objetiva. La razón de esta diferencia radica seguramente en la consciencia del carácter particularmente sensible y delicado de la potestad jurisdiccional, cuyo correcto ejercicio se vería seriamente obstaculizado si se admitiera el derecho a indemnización fuera de supuestos claramente culposos. Pues bien, siendo esto así, es razonable pensar que el ejercicio de las funciones propias del Parlamento y de otros órganos constitucionales merecería, cuanto menos, una deferencia semejante a la que se reconoce al ejercicio de la potestad jurisdiccional.

b) *No procede la solicitud de revisión de oficio en el caso de que el interesado hubiera entablado un recurso contra la resolución administrativa dentro de plazo*

La **STS de 18 de mayo de 2010** (recurso 3238/2007), declara que no procede la solicitud de revisión de oficio en el caso de que el interesado hubiera entablado un recurso contra la resolu-

ción administrativa dentro de plazo. Ni tampoco cabe que un interesado, tras no obtener judicialmente dicha nulidad por vía de recurso, solicite la nulidad de oficio por las mismas razones u otras causas ya alegadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa o incluso aunque tratase de plantear mediante el recurso de revisión una causa de nulidad que no fue planteada en su momento al tiempo de interponer el recurso contencioso-administrativo, pues la parte ya había agotado infructuosamente su pretensión de nulidad del acto respecto del cual obraban los efectos de cosa juzgada.

Resulta totalmente improcedente aprovechar este cauce especial de nulidad radical o absoluta de los actos administrativos para accionar en pos de la nulidad de una sanción que devino firme y contra la que la actora pudo utilizar cuantas vías revisorias estimó pertinentes, pretendiéndose ahora infructuosamente rehabilitar por esta vía de la nulidad radical invocada una pretensión impugnatoria dirigida contra una resolución firme que ha de conllevar la inadmisibilidad de la acción ejercitada y, por lo tanto, la corrección jurídica de la decisión administrativa de inadmitirla por carencia manifiesta de fundamento, lo que, a la postre, permitió también a la Administración hacer uso de la facultad —con arreglo al artículo 102.3 de la Ley 30/1992— de no recabar el dictamen del Consejo de Estado; de ahí que tampoco pueda prosperar el motivo formal alegado.

D) Procedimiento

a) *Interposición: el plazo de dos meses debe computarse, tratándose de impugnación de Normas Forales, desde la publicación en el Boletín Oficial correspondiente*

Sólo son Administración Pública las Juntas Generales en actos y disposiciones en materia de personal y de gestión patrimonial pero no cuando actúan su potestad normativa en materia tributaria.

Con esta premisa, la **STS de 9 de diciembre de 2009** (recurso 4146/2004), entiende que las Juntas Generales sólo son Administración Pública en actos y disposiciones en materia de personal y de gestión patrimonial pero no cuando actúan su potestad normativa en materia tributaria. El artículo 44 LJCA contempla los litigios entre Administraciones Públicas, no entre una Administración Pública y el órgano legislativo foral competente, por lo que el plazo de dos meses debe computarse, tratándose de impugnación de Normas Forales de las Juntas Generales, desde la publicación en el Boletín Oficial correspondiente. Así las cosas, el recurso contra la Norma Foral publicada el 30 de diciembre de 2000, por haberse interpuesto el 14 de mayo de 2001, resultaba inadmisibile por extemporáneo.

La Constitución Española reconoce las peculiaridades históricas que por razón del territorio se dan en ciertas áreas geográficas y así lo establece en su Disposición Adicional Primera en relación a los Territorios Históricos del País Vasco y a Navarra, lo que deriva en el establecimiento de un sistema de financiación peculiar que los singulariza respecto al resto de Comunidades Autónomas. El Estatuto de Autonomía del País Vasco se refiere a los Territorios Históricos como titulares del derecho a formar parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco, recogiendo el artículo 37 las competencias de los órganos forales, entre las que figuran las relativas al régimen tributario.

Reconocida potestad tributaria a las autoridades de los Territorios Históricos Vascos, la naturaleza de las Normas Forales ha suscitado una gran controversia, estando sometido el producto normativo de las Juntas Generales, por la falta de una previsión expresa en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que permita residenciar ante este Tribunal la impugnación de las Normas Forales, al control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para hacer efectivas las exigencias de tutela judicial (artículo 24.1 CE) y de sometimiento a Derecho de los poderes públicos.

Ahora bien, esta circunstancia no puede ser determinante para aplicar a las Juntas Generales lo previsto en el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción, porque no son Administración Pública cuando actúan su potestad normativa regulando el régimen tributario. El referido precepto contempla los litigios entre Administraciones Públicas, no entre una Administración Pública y el órgano legislativo foral competente, por lo que el plazo de impugnación debe computarse, tratándose de impugnación de Normas Forales de las Juntas Generales, desde la publicación en el Boletín Oficial correspondiente.

b) *Requisitos de admisión: una cosa es el poder de representación y otra distinta la decisión de ejercitar la acción*

La **STS de 3 de marzo de 2010** (recurso 233/2007), analiza el recurso presentado por varias Asociaciones que no han aportado el Acuerdo que acredite el cumplimiento de los requisitos para entablar acciones por las personas jurídicas, y considera que, una cosa es el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado, y otra distinta, la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Se rechaza que la aportación de ese acuerdo no es necesaria cuando se trata de una sociedad anónima. Pues bien, opuesto este defecto en la contestación en la demanda y no habiéndolo subsanado en el plazo de los diez días siguientes, no era necesario un nuevo requerimiento judicial para inadmitir el recurso.

El Pleno ya había sentado doctrina en la Sentencia de 5 de noviembre de 2008 (recurso de casación núm. 4755/2005), sobre la exigencia procesal inserta en el artículo 45.2.d) LJCA, doctrina que ha sido reiterada en sentencias ulteriores (entre ellas, las de 26 de noviembre y 23 de diciembre de 2008, 18 de febrero y 5 de mayo de 2009). Los términos en que nos pronunciamos fueron los siguientes, contenidos en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la primera de dichas sentencias: «A diferencia de lo dispuesto en el artículo 57.2.d) de la Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, que se refería sólo a las “Corporaciones o Instituciones” cuando imponía que al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se acompañara “el documento que acredite el cumplimiento de las formalidades que para entablar demandas exijan a las Corporaciones o Instituciones sus leyes respectivas”; hoy el artículo 45.2.d) de la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1998, de modo más amplio, más extenso, se refiere a las ‘personas jurídicas’, sin añadir matiz o exclusión alguna, disponiendo literalmente que a aquel escrito de interposición se acompañará “el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado”.

Por tanto, tras la Ley de 1998, cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo.

Una cosa es, en efecto, el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la acreditación de esto último tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito

de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo primero que ha de constatarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier órgano de la misma, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente.

Debemos, por tanto, rechazar el argumento expuesto en el primero de los motivos de casación referido a que la acreditación de ese acuerdo societario de ejercitar la acción no fuera necesaria al ser la entidad que figura como recurrente una sociedad anónima. Y debemos, asimismo, desestimar el segundo de los motivos de casación, pues busca amparo para sostener esa falta de necesidad en Sentencias de este Tribunal Supremo —las ya citadas de 6 de octubre y 1 de diciembre de 1986, 20 de octubre de 1987 y 27 de julio de 1988— que aplicaron aquel artículo 57.2.d) de la Ley de la Jurisdicción de 1956 [...] La escritura de sustitución de poder general para pleitos que se acompañó con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, no incorpora o inserta dato alguno del que quepa deducir que el órgano de la mercantil competente para ello hubiera decidido ejercitar la acción. En ella, comparece ante el Sr. Notario quien manifiesta intervenir ‘en nombre y representación, como apoderado, de la sociedad’. Sus facultades para el acto que otorga derivan, sin más y como allí se dice, de un poder general para pleitos conferido a su favor, que se transcribe. E interviene, tras aseverar que no le han sido limitadas en forma alguna sus facultades de representación, para sustituir ese anterior poder general para pleitos a favor del Sr. Procurador que presentó aquel escrito de interposición. Lo que quedaba acreditado era, por tanto, que dicho Procurador podía representar, con las facultades propias de un poder general para pleitos, a la mercantil en cuyo nombre comparecía. Pero no que tal representante ejecutara al interponer el recurso una decisión de litigar adoptada por el órgano competente de dicha mercantil. En consecuencia, debemos rechazar el conjunto de argumentos expuestos también en el primero de los motivos de casación que, con cita de diversos preceptos de la legislación notarial, defienden que aquella escritura de sustitución era bastante para tener por acreditada la decisión societaria tantas veces mencionada».

En el caso analizado por la sentencia comentada las asociaciones recurrentes no han acreditado ni quién era, según sus estatutos, el órgano o persona física con capacidad y facultades bastantes para adoptar aquella decisión, ni la propia decisión o acuerdo social de presentar este concreto recurso. En sus conclusiones la defensa de los recurrentes, no obstante reconocer que la objeción se refería a la falta del requisito exigido por el artículo 45.2.d) LJCA, no justifica la adopción del acuerdo previo por el órgano competente según los estatutos sociales, remitiéndose sin más a los poderes generales para pleitos que constan en autos. Poderes que cumplen la obligación procesal impuesta en la letra a) del mismo apartado y artículo pero que resultan claramente insuficientes a los efectos de la letra d), ya que en ellos no se hace mención al acuerdo singular para ejercitar esta acción.

En la Sentencia del Pleno de 5 de noviembre de 2008 se sienta asimismo la siguiente doctrina sobre la posible subsanación del defecto procesal objeto de análisis: “[...] El artículo 45.3 de la Ley de la Jurisdicción impone al Juzgado o Sala el deber de examinar de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Y le impone, como lógica consecuencia, que requiera la subsanación del requisito de validez que estime no cumplimentado y que ordene el archivo de las actuaciones si la subsanación no se lleva a efecto.

Ahora bien, el alcance y significado de ese precepto se detiene ahí. De él no cabe derivar como efecto jurídico uno de presunción de validez de la comparecencia cuando el Juzgado o la Sala no hacen aquel requerimiento, pues no es eso lo que dice el precepto ni es eso lo que

se deduce de su tenor literal o de su espíritu o finalidad. Ni cabe derivar uno según el cual la invalidez sólo pudiera ser apreciada tras un acto en contrario del propio Juzgado o Sala que sí requiriera de subsanación.

La razón de ser del precepto es abrir lo antes posible un cauce que evite la inutilidad de un proceso iniciado sin los requisitos que son ya precisos en ese mismo momento. No otra. Fracada por la razón que sea esa aspiración de la norma, queda abierto con toda amplitud el debate contradictorio que las partes deseen entablar, al que el Juez o Tribunal habrá de dar respuesta en los términos en que se entable, evitando, eso sí, toda situación de indefensión.

Y es aquí, para un momento posterior de aquel inicial del proceso, donde entran en juego las normas del artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción, comprendido en un Título de la Ley, el VI, que contiene las disposiciones comunes a sus Títulos IV y V, y por tanto las que son aplicables también al procedimiento contencioso-administrativo y a su fase de interposición que regula precisamente el Título IV. [...] Son así las normas de ese artículo 138, más la del artículo 24.1 de la Constitución en el particular en que proscribiera toda situación de indefensión, las que rigen la cuestión que finalmente hemos de decidir, cual es si la Sala de instancia podía, sin previo requerimiento de subsanación, apreciar la causa de inadmisibilidad que en efecto concurría.

Sin desconocer que este Tribunal Supremo ha dictado sentencias en sentido contrario (así, entre otras, las de 10 de marzo de 2004, 9 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006 o 26 de marzo de 2007 y las que en ellas se citan), pero también otras coincidentes con la que ahora se dicta (así, por ejemplo, las de 21 de febrero y 5 de septiembre de 2005, 27 de junio de 2006, 31 de enero de 2007 o 29 de enero de 2008), es la respuesta afirmativa la que debe imponerse en un supuesto definido y delimitado por actos procesales como aquellos de los que dimos cuenta en el fundamento de derecho primero de esta sentencia.

Aquel artículo 138 diferencia con toda claridad dos situaciones. Una, prevista en su número 2, consistente en que sea el propio órgano jurisdiccional el que de oficio aprecie la existencia de un defecto subsanable; en cuyo caso, necesariamente, ha de dictar providencia reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación. Y otra, prevista en su número 1, en la que el defecto se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso, que es el de autos, la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. Y termina con otra norma, la de su número 3, que es común a aquellas dos situaciones, aplicable a ambas, en la que permite sin más trámite que el recurso sea decidido con fundamento en el defecto si éste era insubsanable o no se subsanó en plazo.

Pero no es sólo que la literalidad del precepto diferencie esas dos situaciones y que para ambas, para una y otra una vez agotada su respectiva descripción, prevea sin necesidad de más trámite el efecto común que dispone su número 3. Es también la regla lógica que rechaza toda interpretación que conduzca a hacer inútil o innecesaria la norma, la que abona nuestra respuesta de que en un caso como el de autos no era obligado que el órgano judicial hiciera un previo requerimiento de subsanación. Si éste hubiera de hacerse también en la situación descrita en el número 1 de aquel artículo, la norma en él contenida sobraría en realidad, pues sin necesidad de construir un precepto cuya estructura es la de separar en números sucesivos situaciones distintas, le habría bastado al legislador con disponer en uno solo que apreciada la existencia de algún defecto subsanable, bien de oficio, bien tras la alegación de parte, se actuara en el modo que dice el número 2 del repetido artículo 138.

Además y por último, una interpretación conforme con la Constitución de los números 1 y 3 de dicho artículo no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes de dictar sentencia de inadmisión. Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional

cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución. Situación que debe ser descartada en un supuesto, como lo es el de autos, en el que la parte demandada invocó con claridad la causa de inadmisibilidad que alegaba y en el que la parte actora tuvo ocasión, por brindarla el curso sucesivo del proceso, de oponer lo que estimara pertinente. Tal es también la conclusión que cabe ver, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 266/1994, de 3 de octubre.

En suma y en definitiva: no era obligado, a diferencia de lo que se sostiene en el tercero de los motivos de casación, y pese a las sentencias de este Tribunal Supremo que se citan en el cuarto, que la Sala de instancia requiriera de subsanación antes de dictar sentencia. Ni es a la actuación de dicha Sala a la que cabe imputar situación alguna de indefensión».

c) *Prueba*

a') El plazo señalado en la LJCA para la proposición de prueba es rehabilitable si el escrito en que se proponga se presenta el mismo día en que se notifique el auto o providencia declarando caducado dicho trámite, o a lo más tardar antes de las 15 horas del día hábil siguiente

La **STS de 28 de mayo de 2010** (recurso 3883/2006), considera que el plazo señalado en la LJCA para la proposición de prueba es susceptible de rehabilitación siempre y cuando el escrito en que se proponga se presente el mismo día en que se notifique a la parte el auto o providencia declarando caducado dicho trámite, o a lo más tardar antes de las 15 horas del día hábil siguiente. En consecuencia declara haber lugar al recurso de casación y procede a casar la Sentencia impugnada y los autos que la preceden hasta el momento en que se inadmitió indebidamente el escrito de proposición de prueba, remitiéndose las actuaciones al Tribunal de instancia para que la reponga al estado y momento oportunos, para continuar con su sustanciación.

La **STS de 4 de mayo de 2010** (recurso 3883/2006), reconoce, en el mismo sentido, que el mandato de improrrogabilidad no es tan taxativo en el proceso contencioso-administrativo. Teniendo en cuenta que dicho mandato es una exigencia de orden y una garantía del proceso, en la medida en que éste no podrá alcanzar los fines que le son propios, si los plazos se dejan al arbitrio de las partes o del tribunal, sin perjuicio de que puedan interrumpirse o suspenderse cuando la Ley así lo prevea, la consecuencia anudada a este mandato es el perecimiento del trámite cuando el plazo finaliza.

Sin embargo, partiendo de que son susceptibles de rehabilitación aquellos plazos previstos para realizar un acto dentro de un proceso existente, hay que convenir que en el supuesto examinado el plazo legal establecido para la proposición de prueba —plazo de quince días— es susceptible de rehabilitación siempre y cuando el escrito en que se proponga se presente el mismo día en que se notifique a la parte el auto o providencia declarando caducado dicho trámite, o a lo más tardar antes de las 15 horas del día hábil siguiente, según dispone la LEC.

Si el artículo 60.4 LJCA establece que la prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil, si bien el plazo será de quince días para proponer y treinta para practicar, es necesario que el escrito en que se proponga la prueba se presente en cualquiera de los 15 días que integran dicho plazo, pero no después, de suerte que transcurrido el plazo se tendrá por caducado el derecho a proponer prueba y por perdido el trámite para hacerlo (principio preclusivo). El agotamiento de este plazo opera *ope legis*, limitándose el órgano jurisdiccional que así lo declara a constatar lo que ya se ha producido sin intervención suya y sin posibilidad alguna de rehabilitación. Así lo entiende la Sala de instancia. Sin embargo este mandato de improrrogabilidad no es tan taxativo en el proceso contencioso-administrativo

como parece deducirse de los enunciados anteriores. El propio artículo 128, en su segundo inciso, se encarga de recordárnoslo de inmediato al establecer una excepción que por su generalidad es casi una regla. Dice así: «No obstante, se admitirá escrito que proceda y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique el auto, salvo cuando se trate de plazos para preparar o interponer recurso». El trámite que había perecido renace por rehabilitación del plazo para practicarlos, aunque dicha rehabilitación sólo sea por un día, más bien por día y medio, ya que alcanza hasta las 15 horas del día siguiente.

Pero para que esta excepcional rehabilitación se produzca es preciso que se dicte por el órgano judicial una resolución que declare la caducidad del trámite por expiración del plazo. El artículo 128 de la Ley Jurisdiccional refiere «dentro del día que se notifique el auto» en tanto que la anterior Ley de 1956 en su artículo 121 refería «dentro del día que se notifique la oportuna providencia». Incluso en la nueva redacción del artículo 128, introducida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, aun de forma implícita se exige también una decisión del Secretario Judicial en la que se declare tener por caducado el derecho y por perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse. La exigencia de una resolución declarando expresamente la caducidad tiene sentido por la necesidad de impulsar de oficio el procedimiento, de conformidad con lo establecido como principio general para todo tipo de proceso en el artículo 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la redacción dada al precepto por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que dispone que «salvo que la ley disponga otra cosa, se dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictándose al efecto las resoluciones necesarias». Mediante estas resoluciones se da vida a un nuevo trámite declarando extinguido el anterior.

Conviene aclarar, no obstante, que no todos los plazos procesales son susceptibles de rehabilitación. Sólo podrán serlo aquellos previstos para realizar un acto dentro de un proceso existente, razón por la que este mecanismo no es posible respecto de los plazos establecidos para iniciar el proceso contencioso-administrativo (artículo 58) por no ser propiamente un plazo procesal amén de su carácter perentorio o preclusivo *stricto sensu*, anudando expresamente la propia Ley la consecuencia de la inadmisibilidad sin excepción alguna, como tampoco es posible este privilegio de la rehabilitación para el plazo establecido para deducir recursos contra los actos de los órganos jurisdiccionales (preparar o interponer dice el artículo 128) por estar expresamente excluidos por la Ley por razones de orden público procesal.

Hechas estas salvedades podemos afirmar que, como regla general en el proceso contencioso-administrativo, los plazos procesales son susceptibles de beneficiarse del mecanismo de la rehabilitación, sin que se pueda alcanzar otra conclusión a la luz del precepto examinado, no pudiendo compartirse la interpretación que hace la Sala de instancia de que el privilegio deba reservarse estrictamente al plazo de formalización de demanda, pues tal posibilidad está ya contemplada expresamente en el artículo 52.2 —lo que haría innecesaria, por reiterativa, la previsión del artículo 128— y porque se compadece mal esta interpretación con los términos literales del precepto que no establece más restricciones que la fijada para los plazos para preparar o interponer recursos, de suerte que el plazo señalado en el artículo 60.4 de la Ley Jurisdiccional para la proposición de prueba —plazo de quince días— es susceptible de rehabilitación siempre y cuando el escrito en que se proponga se presente el mismo día en que se notifique a la parte el auto o providencia declarando caducado dicho trámite, o a lo más tardar antes de las 15 horas del día hábil siguiente por aplicación del artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b') Designación judicial de peritos en los procesos jurisdiccionales

En la materia relativa a la designación judicial de peritos en los procesos jurisdiccionales debe diferenciarse una perspectiva gubernativa y afirmarse que la competencia del CGPJ se limita a

dicha perspectiva. Y así ha de ser considerado porque la lectura del artículo 341 de la LEC (y la de los restantes de la misma sección) efectivamente permite diferenciar en esta materia un aspecto jurisdiccional, que concierne a la designación de la persona concreta que habrá de actuar como perito en un proceso determinado (acto procesal de indudable trascendencia, por estar implicado el esencial valor de la imparcialidad), y un aspecto meramente gubernativo, cuyo alcance o contenido no es sino el puramente instrumental de establecer el elenco de personas al que habrá de acudir para realizar aquella designación.

La **STS de 3 de marzo de 2010** (recurso 299/2008), estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una Asociación de Grafólogos contra Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que desestima el recurso de alzada deducido contra el acuerdo del Presidente de un TSJ que le denegó legitimación para solicitar la inclusión de miembros de dicha Asociación en la lista de peritos que se elabore por los Juzgados para su eventual designación, y ello al carecer aquélla de apoyatura legal y estimar que en la Instrucción del Pleno sobre remisión anual a los órganos jurisdiccionales de listas de profesionales para designación judicial como peritos no se preveía que los Presidentes tuvieran que acudir a Asociaciones Profesionales para desarrollar tal cometido ni que necesariamente tuvieran que tener en cuenta los listados de aquéllas. La Sala, tras confirmar que la pretensión formulada por la Asociación recurrente ha de ser valorada desde una perspectiva gubernativa, tal y como ya señaló el Consejo, considera que la motivación ofrecida por el Acuerdo recurrido no es convincente al entender que sí existe normativa aplicable a la cuestión que plantea la recurrente y que la Instrucción citada no es más que un desarrollo o complemento del artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula la confección de la lista de peritos, el cual permite que, en el caso de peritos sin título oficial, sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas puedan facilitar la lista de peritos.

Ese artículo 341 de la LEC, en lo que dispone sobre las organizaciones a las que se puede acudir para confeccionar la lista de peritos, no regula esa primera actuación estrictamente jurisdiccional a la que antes se ha hecho referencia sino la segunda puramente gubernativa que también ha sido mencionada, y esto porque los requerimientos o llamadas que se hagan a dichas organizaciones tienen únicamente ese carácter instrumental que también antes ha sido apuntado (elaborar la lista o elenco de personas que podrán ser designadas). Porque dicho precepto, en cuanto a las organizaciones a las que puede acudirse, ciertamente establece en su apartado 1 una inicial llamada a los Colegios profesionales, «entidades análogas» y Academias e instituciones culturales y científicas; pero en su apartado 2, tratándose de peritos sin título oficial, permite acudir a la lista que faciliten organizaciones diferentes de las anteriores y, como tales, menciona genéricamente a «sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas». Este apartado 2 no parece impedir que para formar la correspondiente lista de los peritos sin titulación oficial pueda acudirse a varias de esas entidades que genéricamente se mencionan (si existe más de una de ellas) e, incluso, que se incluya a expertos que por no formar parte de ninguna de esas entidades lo hayan solicitado a título individual.

Lo que antecede significa que esa Instrucción que antes se mencionó, a esos efectos que aquí interesan de la actuación instrumental que ha de seguirse para formar la lista de peritos, debe ser considerada como un desarrollo o complemento de lo establecido en el tan repetido artículo 341 de la LEC que, por lo mismo, no puede dejar sin efecto lo que en este precepto legal se establece. Y lo que de ello se deriva es que, cuando se trata, como aquí acontece, de peritos sin título oficial, a falta de las relaciones que se mencionan en el punto segundo de la Instrucción, y a falta también de la posibilidad de acudir a las Corporaciones profesionales oficiales que se enumeran en su punto tercero, parece que la solución lógica debe ser la que prevé el apartado 2 de dicho artículo 341 LEC de permitir que «sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas» puedan también facilitar la lista de peritos de que se viene hablando.

d) Las dilaciones indebidas generan gastos de constitución de aval

Para poder reconocer la existencia de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por dilaciones indebidas, es necesario que quien denuncie el referido anormal funcionamiento acredite que las actuaciones procesales se dilataron injustificadamente, expresando los períodos concretos en los que el procedimiento judicial estuvo paralizado y las razones por las que dichos períodos de paralización constituyeron una dilación indebida, en atención, como hemos expresado anteriormente, a la complejidad del litigio, la duración normal de procesos similares, el comportamiento de los litigantes y del órgano judicial actuante, etc. Consecuentemente, se puede reconocer la existencia de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia por una genérica referencia a la excesiva duración de un procedimiento o trámite procesal.

La **SAN de 21 de julio de 2009** (recurso 28/2009), reconoce el derecho a la indemnización por responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, consistente en el abono de los gastos de aval durante el tiempo de la dilación indebida habida en la tramitación del recurso de casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, habiéndose podido devolver con anterioridad el aval constituido, dado que el archivo del recurso de casación por falta de formalización de la parte recurrente pudo haberse resuelto con anterioridad a la fecha en que tuvo lugar.

En el supuesto enjuiciado, la sentencia de instancia lleva a cabo un pormenorizado repaso de la tramitación del procedimiento judicial ante el Juzgado de lo Social y ante la Sala de lo Social del TSJ, justificando la duración de cada una de sus fases e instancias, limitándose la parte apelante a denunciar genéricamente la larga duración del procedimiento ante ambos órganos judiciales, sin concretar específicamente los plazos de paralización irregular de las actuaciones, por lo que no se puede considerar acreditada la concurrencia de dilaciones indebidas. Ahora bien, en cuanto a la tramitación del recurso de casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la parte apelante advierte, concretamente, que el Tribunal Supremo le notificó el «auto poniendo fin al trámite del recurso de casación el 18 de febrero de 2004», es decir, un año y cuatro meses después de que el INSS anunciara su propósito de recurrir, y más de un año después de que el propio INSS presentara escrito fechado el 20 de enero de 2003 haciendo constar que finalmente no formalizaría el referido recurso. Considera el Alto Tribunal que la expresada dilación constituye un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

E) Sentencias

a) Existe incongruencia extra petita si se anticipa una concreta interpretación de la norma controvertida que adelanta el resultado de unos posibles recursos contra actos administrativos de aplicación que aún no se han producido

La **STS de 24 de mayo de 2010** (recurso 6182/2006), anula una Sentencia de TSJ porque declaró conforme a Derecho un Decreto autonómico siempre que se interpretara que los recurrentes, al haber accedido a los Cuerpos a los que pertenecen con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto, no se verían afectados por la creación de escalas y especialidades de dicho Decreto, pudiendo mantenerse en sus puestos y acceder a otros sin sujeción a aquél. Aun admitiendo la regularidad de la disposición impugnada, sin embargo anticipa una interpretación, en relación con la aplicación o no de ésta a los recurrentes, que adelanta el resultado de unos posibles recursos contra actos administrativos de aplicación que aún no se han producido, por lo que el Alto Tribunal considera que existe incongruencia *extra petita* en el contenido de la sentencia recurrida.

b) *No se produce incongruencia omisiva por el hecho de no responderse expresamente a una petición de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad*

La **STS de 10 de noviembre de 2009** (recurso 5974/2007), considera que no se produce incongruencia omisiva por el hecho de no responder la Sala de instancia a una petición de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ya que la Comunidad Autónoma podía haber interpuesto recurso de inconstitucionalidad *motu proprio* y además la petición debe considerarse tácitamente desestimada al entrar la Sala de instancia a examinar el fondo del asunto, desde el momento en que el Tribunal *a quo* aplica, sin más, la Ley que esa parte considera inconstitucional, y ello, en cuanto supone que la constitucionalidad de la norma no ofrece al Tribunal sentenciador duda alguna.

En conclusión, no existe incongruencia omisiva de la sentencia sino desestimación tácita de la solicitud de la demandada en la instancia sobre planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. No cabe en ningún caso, como se plantea en el recurso, que la Sala revise el criterio, tácitamente expresado, del Tribunal *a quo* pues, como dijo, por ejemplo, la Sentencia de 21 de septiembre de 2005: «Es doctrina constante de esta Sala que no puede fundarse un recurso de casación en la impugnación de la decisión de los Tribunales de instancia en torno a la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad a que se refiere el artículo 35 de la LO 2/1979, ya que ello no constituye una obligación, sino una prerrogativa exclusiva de los órganos judiciales, de la cual ha de hacerse uso con moderación y solamente en aquellos casos en que dichos órganos lo consideren justificado. Esa misma doctrina hace inviable cualquier pretensión de impugnación de la decisión adoptada en la instancia en relación con el planteamiento de la cuestión (Sentencias de 28 de enero y 22 de diciembre de 2002, 20 de octubre de 2004 y muchas otras).

Es constante la jurisprudencia de esta Sala que pone de manifiesto que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad o su no planteamiento depende de forma exclusiva de la voluntad del órgano judicial sin intervención alguna del poder dispositivo de las partes o del Ministerio Fiscal. Y, por otra parte, aceptando que en el supuesto pudieran concurrir las circunstancias que para ese planteamiento exige el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sin embargo no concurren las condiciones que exige el número 1 de ese mismo precepto para que esta Sala pudiera adoptar tal decisión puesto que esta Sala del Tribunal Supremo no alberga duda alguna acerca de que la Ley en cuestión pueda ser contraria a la Constitución».

F) El desistimiento no supone ni pérdida, ni renuncia al derecho que se estuviera ejercitando en el recurso, sin perjuicio de la relevancia que tiene sobre el plazo de interposición del recurso

La **STSJ del País Vasco de 10 de diciembre de 2009** (recurso 1953/2007), nos recuerda que el desistimiento no supone ni pérdida, ni renuncia al derecho que se estuviera ejercitando en el recurso.

El desistimiento, uno de los modos de terminación del procedimiento, regulado en el artículo 74 LJCA, se refiere al recurso interpuesto y no supone ni pérdida, ni renuncia al derecho que se estuviera ejercitando en el recurso, sin perjuicio de la relevancia que tiene en el ámbito contencioso-administrativo vinculado al plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo en los términos del artículo 46 LJCA, relevancia que queda alterada en los supuestos en los que se recurre la desestimación por silencio, mientras la administración no resuelva expresamente cuando el ordenamiento jurídico le impone responder y no guardar silencio.

Es importante tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico se puede recurrir la desestimación presunta, se puede desistir del recurso interpuesto contra ella, por ejemplo, para

esperar la respuesta expresa debida, y volver a recurrir dentro de plazo la desestimación expresa, sin que el previo recurso desistido sea obstáculo para ello.

En este caso nos encontramos con que la Administración no había dado respuesta, había guardado silencio, lo que nos lleva a aplicar las pautas legales en cuanto al plazo para interponer el recurso del artículo 46 de la Ley de la Jurisdicción, y en los supuestos de silencio a aplicar las consecuencias que se derivan de la doctrina del Tribunal Constitucional, en relación con las precisiones que ha hecho el Ayuntamiento de que incluso el plazo habría vencido en relación con el de los seis meses previsto en el artículo 46.1, *in fine*, en relación con los actos presuntos, lo que no es así estando a la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando ha venido reiterando, por todas, en la STC 3/2008, de 21 de enero, lo que razonó en su FJ 3, con remisión a previos pronunciamientos, así: «En relación con el control constitucional de las resoluciones judiciales que declaran la extemporaneidad de recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la desestimación por silencio administrativo de solicitudes o reclamaciones de los interesados, existe ya una consolidada doctrina de este Tribunal, que arranca de la STC 6/1986, de 21 de enero, y que confirman y resumen, entre otras, las SSTC 188/2003, de 27 de octubre, y 220/2003, de 15 de diciembre, citada por la recurrente en amparo y por el Fiscal, y las más recientes SSTC 14/2006, de 16 de enero, 39/2006, de 13 de febrero, 186/2006, de 19 de junio, 27/2007, de 12 de febrero y 64/2007, de 27 de marzo.

Conforme a esta jurisprudencia constitucional, que comienza por subrayar que el silencio administrativo negativo es simplemente una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda acceder a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración, hemos declarado que, frente a las desestimaciones por silencio, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que sin embargo no le es exigible a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos. Bajo estas premisas, hemos concluido que deducir de ese comportamiento pasivo del interesado su consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, en realidad nunca producido, negando al propio tiempo la posibilidad de reactivar el plazo de impugnación mediante la reiteración de la solicitud desatendida por la Administración, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable —y menos aún, con arreglo al principio *pro actione*, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental del artículo 24.1 CE—, al primar injustificadamente la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido con su deber de dictar y notificar la correspondiente resolución expresa». Esas conclusiones se han reiterado en reciente STC 207/2009, de 25 de noviembre, recaída en el recurso de amparo 2398/2006.

G) Satisfacción extraprocesal: no puede entenderse que se haya producido satisfacción extraprocesal de la pretensión ni la carencia sobrevenida de objeto del recurso por un nuevo nombramiento que no opera con efectos retroactivos

En la STS de 24 de mayo de 2010 (recurso 2212/2006), el Tribunal Supremo declara que, siendo el acuerdo impugnado contrario a derecho por no designar como vocal a un representante de la central sindical recurrente en la instancia pese a tener ésta la consideración de central sindical más representativa, el hecho de que antes de la sentencia se dictase un nuevo acuerdo de nombramiento de vocales que ahora sí incluye a un representante de dicho sindicato no supone satisfacción extraprocesal de la pretensión ni determina la carencia sobrevenida de objeto del recurso en los términos establecidos en los artículos 76.1 LJCA y 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es cierto que ese nuevo nombramiento de vocales corrige el defecto que presentaba el acuerdo impugnado; pero no cabe entender que con ello quedase enteramente satisfecha la pretensión del sindicato demandante, pues el nuevo nombramiento no opera con efectos retroactivos, y, por tanto, no subsana ni convalida la actuación del Consejo durante el período de tiempo en que su composición fue defectuosa.

H) Ejecución de sentencias: es de aplicación la LEC a los procesos de ejecución iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, pero no es aplicable la caducidad por el interés público

La **STS de 25 de noviembre de 2009** (recurso 6237/2007), analiza si es aplicable (supletoriamente a la Ley de la Jurisdicción) el plazo de caducidad de cinco años que determina la nueva LEC del año 2000, para instar la ejecución de las sentencias. El primero de los Autos considera que no es de aplicación, sin embargo, fue recurrido en súplica y estimado el recurso, la Sala de instancia considera en el segundo Auto que sí es de aplicación la LEC a los procesos de ejecución iniciados (1998) con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC, no obstante, este segundo Auto, que resuelve la súplica, considera que no es aplicable en la jurisdicción contenciosa la caducidad por el interés público presente en esta jurisdicción. El Alto Tribunal admite este último argumento y lo amplía. Afirma el Tribunal que nos encontramos ante dos procedimientos (contencioso y civil) que cuentan con estructuras diferentes y están presididos por principios distintos, modulándose en el contencioso el principio dispositivo que rige y preside el proceso civil. Así, frente a la necesidad de solicitud de parte, mediante nueva demanda, del proceso civil, ocurre en el contencioso que es el propio Tribunal de oficio el que está obligado a iniciar el incidente de ejecución de sentencia.

D) Tutela cautelar

a) No procede suspender la campaña de folletos sobre afectividad y sexualidad a niños de educación primaria y sobre prevención del virus VIH a alumnos de secundaria

Como es conocido quien interesa la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de difícil o imposible reparación existen para adoptar la medida pretendida, sin que baste efectuar meras invocaciones genéricas acerca de los perjuicios que en este caso la campaña habría de producir.

Por ello, la **STS de 3 de febrero de 2010** (recurso 927/2008), deniega la petición de suspensión de la campaña realizada por la Administración autonómica, consistente en repartir folletos sobre afectividad y sexualidad a niños de educación primaria y sobre prevención del virus VIH a alumnos de secundaria, y ello por cuanto quien proponía la adopción de la medida tenía la carga de probar los perjuicios de difícil o imposible reparación que ocasionaba el acto administrativo recurrido, no bastando al efecto con meras invocaciones genéricas acerca de ellos. Por otra parte, en el juicio de ponderación de intereses se aprecia el interés general en informar a los destinatarios de la campaña de ciertas realidades con las que se pretendía convivieran con naturalidad.

b) En la ponderación de los intereses en conflicto, prevalecen los relativos a la protección del medio ambiente sobre los referentes al desarrollo urbanístico

La **STS de 29 de enero de 2010** (recurso 5877/2008), estima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma contra sendos autos del Tribunal Superior de Justicia que deses-

timaron la petición de suspensión cautelar de un Plan Parcial y de un Plan Especial aprobados por el Ayuntamiento. El Tribunal Supremo acuerda la suspensión de ambos instrumentos de planeamiento tras considerar que, en la ponderación de los intereses en conflicto, prevalecen los esgrimidos por la Comunidad Autónoma (protección del medio ambiente) sobre los invocados por el Ayuntamiento (desarrollo urbanístico). Además, la pretensión impugnatoria de la Comunidad Autónoma ostenta una apariencia de buen derecho suficiente, al resultar evidente que los instrumentos de planeamiento recurridos no fueron sometidos a la «evaluación ambiental estratégica» exigida en la Directiva comunitaria 2001/41/CE, de evaluación de efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

c) *En el caso de graves irregularidades en la actuación de un establecimiento financiero, el interés público demanda la inmediata ejecución del cierre para impedir la repetida y ulterior comisión de aquéllas*

La **STS de 27 de mayo de 2010** (recurso 958/2009), considera que ante la presencia de un acto ya definitivo en sede administrativa —que se ha de presumir válido en principio— revelador de graves o muy graves irregularidades en la actuación de un establecimiento financiero de cambio de moneda y transferencias al exterior, infracciones castigadas con la revocación de la autorización, los intereses públicos se protegen decretando la inmediata ejecución del cierre, entre otras finalidades para impedir la repetida y ulterior comisión de aquéllas. Procederá con tanta más razón, si cabe, cuando las personas físicas o jurídicas sancionadas lo hubieran sido con anterioridad por otras infracciones análogas contra el marco normativo que deben respetar de modo escrupuloso quienes prestan servicios financieros. Pues bien, aun admitiendo como posibles los graves efectos que la ejecución de la sanción de que se trata pudiera tener sobre los intereses económicos y comerciales de la empresa, con riesgo incluso sobre su propia supervivencia, no llegan a sobrepasar, en una adecuada ponderación, al no menos evidente interés público de protección del mercado y sus reglas de funcionamiento y de la buena fe de los sujetos que en él intervienen. Se da en este caso un interés público prevalente en la ejecución de una medida adoptada en aras de la protección del correcto funcionamiento del mercado, de sus elementos y de los terceros, así como de la ejemplaridad de la conducta de quienes actúan en este ámbito.

Ciertamente la ejecución inmediata de una medida sancionadora como es la de revocar la autorización administrativa necesaria para prestar determinados servicios financieros (en este caso, cambios de moneda y transferencias al exterior) puede provocar a sus destinatarios perjuicios muy difícilmente reversibles. En este sector de la actividad económica, particularmente delicado, la protección de los terceros —esto es, de los clientes de las entidades autorizadas para prestar los servicios correspondientes— pasa a primer plano y puede determinar que en la ponderación de unos intereses y otros se dé prioridad a los públicos, también de modo provisional, una vez que las resoluciones administrativas hayan sido definitivamente adoptadas con las garantías que la Ley exige.

El cierre procederá con tanta más razón, si cabe, cuando las personas físicas o jurídicas sancionadas lo hubieran sido con anterioridad por otras infracciones análogas contra el marco normativo que deben respetar de modo escrupuloso quienes prestan servicios financieros. La revisión jurisdiccional de este género de decisiones, a efectos cautelares, no debe ignorar la «especial intensidad» de los intereses públicos en juego.

Aun admitiendo como posibles los graves efectos que la ejecución de la sanción de que se trata pudiera tener sobre los intereses económicos y comerciales de la empresa, con riesgo incluso sobre su propia supervivencia, no llegan a sobrepasar, en una adecuada ponderación, al no menos evidente interés público que se ha reseñado antes de protección del mercado y sus reglas de funcionamiento y de la buena fe de los sujetos que en él intervienen. Se da en este caso

un interés público prevalente en la ejecución de una medida adoptada en aras de la protección del correcto funcionamiento del mercado, de sus elementos y de los terceros, así como de la ejemplaridad de la conducta de quienes actúan en ámbitos especialmente delicados.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) **Objeto: la determinación de las cantidades que en concepto de indemnización corresponden a las partes es una cuestión no es susceptible de ser impugnada en casación**

La **STS de 19 de febrero de 2010** (recurso 3656/2008), considera que la determinación de las cantidades que en concepto de indemnización corresponden a las partes no es una cuestión que pueda ser considerada como una «cuestión no decidida» en la sentencia y su fijación, por tanto, no es susceptible de ser impugnada en casación. Y esto es así tanto cuando la sentencia condena al pago de una indemnización cuya cuantía se difiere a la fase de ejecución, como cuando declarada por resolución firme la imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus propios términos, se proceda, entonces, a establecer la indemnización correspondiente ya que la sentencia no puede ser objeto de cumplimiento pleno (artículo 105.2 de la LJC).

B) **Motivos**

a) *Cabe analizar argumentos hechos valer previamente en la instancia si la sentencia recurrida no había procedido a su examen*

La **STS de 4 de mayo de 2010** (recurso 4591/2008), introduce una laxa interpretación de los requisitos de admisión del recurso de casación, ya que descarta inadmitirlo a pesar de suponer alguno de sus motivos una simple reproducción de argumentos hechos valer previamente en la instancia, al valorar que la sentencia recurrida no había procedido a su examen. Independientemente de que técnicamente hubiera sido preferible que el escrito de interposición se sustentara en el artículo 88.1.c) LJCA «por incongruencia omisiva de la sentencia», ello no es óbice para que se desestime la excepción procesal al no resolver la Sala de instancia alguna de las cuestiones planteadas, que ahora se reproducen por los recurrentes en el escrito de interposición.

b) *Es admisible invocar el motivo del artículo 88.1.d) LJCA cuando lo que se cuestiona es la constitución de la relación jurídica procesal en ejecución de sentencia*

La **STS de 23 de abril de 2010** (recurso 3648/2008), analiza el caso de una casación deducida contra un auto dictado en ejecución, partiendo de la doctrina de que únicamente pueden invocarse los motivos que prevé específicamente el artículo 87.1.c) LJCA, sin embargo recoge una doctrina en sentido contrario al que se postula en el escrito de oposición.

Así es, el mentado artículo 87.1.c) LJCA abre el recurso de casación, en los mismos supuestos previstos en el artículo 86, a los autos «recaídos en ejecución de sentencia», pero no a todas estas resoluciones de cumplimiento de lo mandado por la sentencia, sino únicamente cuando «resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta». Y, como se viene declarando, por todas, Sentencia de 8 de octubre de 2008 (recurso de casación núm. 5665/2006), «Ciertamente, constituye doctrina legal, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de 13 de febrero, 17 de abril y 25 de octubre de 1999, 18 de enero, 14 de febrero y 5 de mayo de 2000, 21 de octubre de 2001, 8 de julio y 10 de diciembre de 2003, 4 de mayo de 2004, 13 de mayo de 2005 27 y 28 de junio y 4 de julio de 2006, 28 de mayo y 26 de julio de 2007, 12 de diciembre de 2007 (recurso de casación

2911/2005), 4 de enero de 2008 (recurso de casación 27/2004), 6 de febrero de 2008 (recurso de casación 3808/2005), 27 de febrero de 2008 (recurso de casación 5275/2005) y 9 de abril de 2008 (recurso de casación 6742/2005), que los únicos motivos de casación admisibles contra los autos dictados en ejecución de sentencia son los contemplados en el apartado c) del artículo 87.1 de la Ley Jurisdiccional, es decir aquéllos en los que se aduce que se resuelven cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en la sentencia que se trata de ejecutar o que contradicen los términos del fallo que se ejecuta, de manera que la comparación no ha de hacerse entre lo decidido en el auto y los preceptos del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia sino entre lo resuelto en aquél y la parte dispositiva de la sentencia.»

Esta doctrina general, no obstante, ha de ser matizada, por lo que hace al caso, para entender que cuando lo que se cuestiona es la propia constitución de la relación jurídica procesal en la fase ejecución de sentencia, esto es, de los límites subjetivos en los que ha desenvolverse la ejecución, no puede aplicarse sin más, de modo automático, la doctrina antes citada. Repárese que lo que está en juego es la propia iniciativa que pueda impulsar la adecuada ejecución de lo acordado en sentencia firme. Y ello con independencia de la invocación adecuada, o no, de los motivos previstos en el artículo 88.1 LJCA.

En este sentido, y precisamente sobre el cauce de invocación de los motivos, la Sala ha declarado, en la antes citada Sentencia de 8 de octubre de 2008, que «Aclarada la cuestión relativa a los motivos de casación de que son susceptibles los autos dictados en ejecución de sentencia, no se puede negar que el único motivo de casación alegado en el presente recurso se invoca al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por considerar que el Tribunal de instancia ha infringido lo dispuesto en los artículos 103, 104 y 105.2 de dicha Ley Jurisdiccional, los dos primeros por inaplicación y el último por aplicación indebida. (...) Tal articulación formal del motivo de casación es técnicamente incorrecta por ampararse en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, pero, al desarrollarse el mismo, resulta patente que lo cuestionado por la representación procesal de las recurrentes es que la Sala de instancia contradiga los términos de la parte dispositiva de la sentencia al declarar que procede su inejecución por imposibilidad legal de ejecutarla (...) Es evidente, por tanto, que el motivo de casación esgrimido, a pesar de la incorrecta cita del precepto legal, queda amparado en lo establecido por el apartado c) del artículo 87.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues no existe mayor contradicción con lo ejecutariado que denegar la ejecución de lo acordado en la parte dispositiva de la sentencia.»

C) En los recursos que tengan por objeto la responsabilidad patrimonial de la Administración, el Tribunal Supremo puede pronunciarse sobre aspectos de Derecho Autonómico que incidan en la viabilidad del derecho a indemnización reclamado

La **STS de 11 de mayo de 2010** (recurso 3083/2008), nos recuerda, sobre la admisión del recurso de casación, que en los recursos que tengan por objeto controversias sobre una posible responsabilidad patrimonial de la Administración, el Tribunal Supremo puede pronunciarse sobre aspectos de Derecho Autonómico que incidan en la viabilidad del derecho a indemnización reclamado.

Como recientemente se dijo en Sentencia de 24 de febrero del presente año —recaída en el recurso de casación núm. 1863/2008— en un asunto similar al que aquí se enjuicia «dada la esencia de la pretensión, de la responsabilidad patrimonial, este Tribunal puede pronunciarse sobre algún aspecto de derecho autonómico que incide en la viabilidad o no en el ejercicio del derecho a la indemnización que se reclama», pues, como señalamos en la Sentencia del Pleno de 30 de noviembre de 2007 —recurso de casación 7638/2002—: «no cabe inferir una doctrina

que, en términos absolutos y omnicomprensivos, impida a esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 de la Constitución), conocer, interpretar y aplicar el Derecho autonómico»; «siempre será preciso examinar los supuestos de cada caso y, en contemplación de ellos, decidir lo procedente»; «la ponderación de las específicas circunstancias será especialmente exigible en aquellos supuestos en los que se produzcan entrecruzamientos ordinamentales, lo que obligará a discriminar si la controversia está o no sometida a preceptos no sólo autonómicos y cuál sea el grado de incidencia que en la resolución del supuesto tengan preceptos de procedencia no autonómica, que no sean manifiestamente invocados con la exclusiva voluntad de frustrar el propósito que inspira la exigencia de justificación contenida en el artículo 89.2 de la LJ»; «los Tribunales Superiores de Justicia son protagonistas activos de la preservación de su función interpretadora del Derecho autonómico».

3. RECURSO DE REVISIÓN

A) Motivos: doctrina sobre la recuperación de documentos decisivos

La STS de 6 de mayo de 2010 (recurso 29/2008), nos expone la doctrina sobre el motivo consistente en la recuperación de documentos decisivos, y nos recuerda que el recurso de revisión tiene naturaleza, no ya extraordinaria, sino excepcional, en cuanto implica una desviación de las normas generales y puede llegar a dejar sin efecto la cosa juzgada de la sentencia recurrida, y, por ello, debe ser objeto de una aplicación y análisis muy mesurados y no sólo ha de circunscribirse a los motivos taxativamente señalados en la Ley sino que, además, éstos han de ser interpretados de manera estricta, sin que quepa la analogía para extender su ámbito de aplicación.

Y es que el recurso de revisión nunca puede ser susceptible de conformar una tercera instancia o un modo subrepticio de reiniciar y reiterar un debate ya finiquitado mediante una sentencia firme, de manera que, a su través, no procede examinar la actuación y valoración probatoria llevada a cabo por el Tribunal que dictó la sentencia impugnada, dado que su finalidad y filosofía no es ésa, como tampoco, según se ha indicado, la de resolver de nuevo la cuestión de fondo —ya debatida y definida en la sentencia recurrida—.

Sobre el motivo de revisión del artículo 102.1.a) LJCA, conforme al cual habrá lugar a la revisión de una sentencia firme «si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado», la doctrina de la Sala —como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2007 (recurso de revisión 9/2006)—, defiende que «la revisión basada en un documento recobrado exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que los documentos hayan sido “recobrados” con posterioridad al momento en que haya precluido la posibilidad de aportarlos al proceso. B) Que tales documentos sean “anteriores” a la fecha de la sentencia firme objeto de la revisión, habiendo estado “retenidos” (o no pudiendo haber sido aportados) por fuerza mayor o por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme (circunstancias que deben ser plenamente acreditadas por el solicitante de la revisión), o sea, con otras palabras, que los documentos adolezcan de una “indisponibilidad anterior” a la sentencia impugnada y gocen, ya, de una disponibilidad actual» al tiempo de la revisión. c) Que se trate de documentos «decisivos» para resolver la controversia, en el sentido de que, mediante una provisional apreciación, pueda inferirse que, de haber sido presentados en el litigio, la decisión recaída tendría un sesgo diferente (por lo que el motivo no puede prosperar y es inoperante si el fallo cuestionado no variaría aun estando unidos aquéllos a los autos —juicio ponderativo que debe realizar, *prima facie*, el Tribunal al decidir sobre la procedencia de la revisión entablada—).

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)

Derecho urbanístico. Guía Teórico-práctica

QUINTANA LÓPEZ, T. (DIR.), CASARES MARCOS, A. (COORD.).

Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 615 págs.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

El Derecho urbanístico es una parte de la disciplina del Derecho Administrativo peculiar por muchas razones, en primer lugar, por su relevancia, pero a la vez compleja por su dificultad técnica, la variedad de normas presentes en la materia, a causa principalmente de las competencias autonómicas, y, de otro lado, carente de operatividad sin una visión práctica adecuada.

Pues bien, para dar respuesta a esas necesidades se presenta esta obra colectiva, dirigida por el especialista en la materia y Catedrático de Derecho Administrativo, el profesor Tomás Quintana, coordinada por Ana Belén Casares Marcos y elaborada por autores de la talla y conocedores de esta materia como Dionisio Fernández de Gatta Sánchez, Marcos M. Fernando Pablo, Beatriz González, M.^a Ángeles González Bustos, Miguel Ángel González Iglesias, Tomás Quintana López y Ricardo Rivero Ortega.

Dichos autores a lo largo de más de seiscientas páginas ofrecen en un estudio sistemático y exhaustivo lo que podría denominarse un sustrato común a las instituciones del Derecho urbanístico, lo que supone una utilidad máxima teniendo en cuenta la proliferación de normas urbanísticas autonómicas.

Sin embargo, siendo conscientes de este complejo marco jurídico incorporan en el análisis de cada una de estas instituciones las referencias legislativas estatales y autonómicas, así como la jurisprudencia más adecuada a la finalidad de comprender cada uno de estos elementos tam-

bién desde un punto de vista práctico, que, como se ha dicho, es imprescindible en la materia.

Para ello y, en particular para permitir alcanzar esa visión global, sin perder de vista las particularidades de cada régimen autonómico, pero a la vez mostrando la unidad que subyace a los mismos, se estudian doce cuestiones básicas como son la distribución y los conflictos de competencia; el desarrollo territorial y urbano sostenible; las condiciones básicas de igualdad; el planeamiento territorial y urbanístico, en particular, las situaciones y clasificación del suelo; la gestión urbanística del suelo y de su urbanización; las expropiaciones urbanísticas, con especial atención a la valoración de inmuebles; la indemnización de daños; la intervención en el uso del suelo; la conservación, rehabilitación, ruina, fuera de ordenación y edificación forzosa; la protección de la legalidad urbanística; la intervención en el mercado del suelo y los medios, las acciones y las garantías del tráfico jurídico.

Valoraciones expropiatorias y urbanísticas. LRSV 6/98 frente al TRLS 2/2008: estudio comparativo del procedimiento de valoración de ambas normativas mediante su aplicación a doce casos reales

HUMERO MARTÍN, A.E.

Aranzadi, Pamplona, 2011, 566 págs.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

Como ya se ha tenido ocasión de comentar con anterioridad, el urbanismo es una rama del Derecho de gran relevancia pero de otro lado no ajena a complicaciones, especialmente, de carácter práctico, lo que hace aún más atractivo un estudio de un tema como el de las valoraciones sobre la base de doce casos reales, como aquí se nos presenta.

A esta perspectiva o, más bien, método de trabajo, ya de por sí interesante en este ámbito, se une también el análisis comparativo que al hilo de dichos supuestos prácticos se hace entre la normativa actual y la anterior, de tal modo que tras su lectura es posible conocer perfectamente cuál es el procedimiento de valoración vigente y sus diferencias respecto de su predecesor.

No debe olvidarse además que dada la distribución competencial, la Ley estatal de Suelo, por mucho que pueda llamar a cierto engaño su título, se refiere prácticamente sólo a tres cuestiones, todas ellas relacionadas con esas valoraciones: la expropiación, la responsabilidad y la propiedad, reguladas en esta norma, como se ha dicho, a efectos de esas valoraciones.

Los casos elegidos por el autor se ordenan cronológicamente y comprenden un gran espectro, dado que recogen los diferentes suelos existentes. Todos ellos son resueltos siguiendo el procedimiento previsto en ambas normas, de tal forma que se obtienen cuantías o valores diferentes ante un supuesto idéntico, por lo que se ofrece al lector los distintos criterios que evidencian la gran disparidad cualitativa y sobre todo cuantitativa existente en ambas regulaciones, de tal modo que se pueda visualizar claramente lo que ha supuesto el cambio de normativa en la práctica.

Urbanismo y contratación pública

GÓMEZ MANRESA, M.^a F.
Aranzadi, Pamplona, 2011, 348 págs.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

Continuando con esta parte tan crucial y de actualidad del Derecho Administrativo nos encontramos con una monografía asociada a la Revista Aranzadi de urbanismo y edificación, en la que se estudian dos ámbitos destacados y su interconexión, como es el urbanismo y la contratación pública.

En particular, la autora analiza sistemáticamente diversas cuestiones y aspectos en que ambos elementos confluyen, así comienza con una primera aproximación al régimen jurídico general contenido en la Ley de Contratos del Sector Público aplicable a las prestaciones vinculadas

a la planificación y gestión del suelo; para continuar con el régimen general de la preparación, adjudicación, modificación y extinción de los contratos públicos; el régimen de la actividad urbanística objeto del contrato de servicios o administrativo especial, o ajena a una relación contractual pública; el régimen jurídico especial de la actividad urbanística objeto del contrato de obras, tanto el análisis del contrato de obra urbanizadora como su carácter singular frente a la obra pública ordinaria; para finalizar con la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en la actividad urbanística y contractual vinculada a la planificación y gestión del suelo.

El esencialismo democrático

RUÍZ SOROA, J. M.^a
Trotta. Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2010, 175 págs.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

Se nos presenta en este caso una obra que, aunque escrita por un jurista, en particular, un doctor en derecho y especialista en derecho marítimo, va más allá de una perspectiva y planteamiento meramente jurídicos, no en vano, el autor es también licenciado en Ciencias Políticas.

En particular el autor estudia las contradicciones y problemas a los que a su juicio lleva lo que denomina «esencialismo democrático», lo que hace al hilo del análisis de una serie de tópicos de la filosofía política actual, como son, para él, los clásicos pares de oposición entre autogobierno y Constitución, o la democracia directa frente a la representativa, o la teoría deliberativa comparada con la contractualista liberal. No obstante, también aplica este punto de vista crítico a asuntos más prácticos como son el principio de autodeterminación nacional de las entidades subestatales o su reclamación de soberanía.

Para ello parte de una premisa, y es que entiende que algunos de los principales conceptos de la moderna teoría sobre el Estado no son en realidad sino conceptos teológicos y que arrastran por ello en su estructura lógica una serie de aporías y contradicciones características del pensa-

miento occidental sobre la divinidad; lo que a su juicio se pone de manifiesto al estudiar las contradicciones a que conducen algunas ideas políticas como las de pueblo, voluntad popular, autogobierno o autodeterminación cuando se toman como verdades últimas que pretenden sostener por sí solas el edificio institucional de las actuales democracias.

Y llegando a la conclusión el autor de que se trata, en definitiva, de poner de relieve la importancia de reducir la democracia a un solo principio y la necesidad de aceptar su particular condición compleja y tentativa si se desea que funcione menos insatisfactoriamente; llegando a afirmar que la solución de los problemas semipernos de nuestros regímenes de gobierno no se encuentra en dotarlos de «más democracia», sino en conseguir que ésta trabaje mejor.

Contenidos y mercado en la regulación de la comunicación audiovisual. El nuevo marco normativo de la Ley 7/2010 General de Comunicación Audiovisual

BELANDO GARÍN, B. Y MONTIEL ROIG, G.
Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 333 págs.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

Es necesario comenzar señalando la oportunidad y actualidad de esta obra, lo que sin duda se pone de relieve con el mero hecho de comprobar que se hace eco no sólo del estudio de uno de esos sectores de la economía en pleno cambio, como es el audiovisual, que cuenta además con importantes características propias que le alejan de otros, como en cuanto a la reciente regulación que del mismo se ha hecho por la Ley 7/2010.

El análisis de este sector es abordado en esta monografía por sus autores desde una doble perspectiva, dada su formación, como es la propia del Derecho Administrativo y la de la Filosofía y Sociología. Es fruto, como se explica en la nota introductoria, del trabajo desarrollado en el congreso celebrado en Valencia en mayo de 2010 con el título «El nuevo entorno audiovisual: regulación de contenidos y liberalización del sector. Contenidos, género, regulación e industria audiovisual», que a su vez se desarro-

lló en el marco de un proyecto de investigación multidisciplinar concedido por el entonces Ministerio de Ciencia e Innovación.

Como se advierte ya en la presentación, una de las principales dificultades, pero a su vez podría decirse que atractivo de este sector, es el doble papel que éste adquiere, me refiero al reto que supone la aprobación de una regulación pública de los medios que satisfaga y se ajuste a los intereses de todos los agentes implicados en la actividad, pues, de un lado, los medios audiovisuales son instrumento fundamental en la formación de la opinión pública, en la difusión de la cultura y en los procesos educativos; sin embargo, no puede perderse de vista tampoco el importante componente económico.

Es precisamente esta tensión entre la integración en el mercado de las industrias audiovisuales y la garantía de la protección de intereses sociales y valores constitucionales el eje básico de la Ley 7/2010 y, en consecuencia, de las aportaciones de esta monografía.

Y es que además, como señala una de sus autoras, la profesora Belando, la aprobación de la reciente ley audiovisual supone desde la perspectiva de la regulación de los contenidos un giro significativo frente a la situación anterior, que se basaba en una autorregulación voluntaria aunque fomentada o dirigida, mientras en la actualidad se trata de una regulación impuesta, controlada, supervisada y sancionada por el poder público.

Para ello el libro se divide en cinco partes; la primera de ellas se encarga de recoger unas reflexiones sobre la nueva ley y los aspectos de ella que los autores someten a debate, en particular recoge dos cuestiones: el nuevo modelo de regulación audiovisual y el cambio social y la autorregulación de contenidos de la ley.

En un segundo momento se centra el análisis en la autorregulación *versus* regulación pública de los contenidos audiovisuales. En este segundo punto se hacen eco de las aportaciones de varios autores y participantes en el congreso, sobre la autorregulación como estrategia de regulación de los contenidos audiovisuales; la regulación y realidades de la autorregulación de los contenidos en España; de la autorregula-

ción a la responsabilidad comunicativa; la falsa superación de los estereotipos femeninos en las series de ficción; los estereotipos de género y derechos de las mujeres en la publicidad; la protección del menor a través de sistemas de regulación voluntaria; propuestas para un plan de acción del fomento, y la promoción de la igualdad en la Radio Televisión Pública Valenciana, es decir, como puede comprobarse, una importante panoplia de cuestiones de rabiosa actualidad.

La tercera parte responde a la liberalización de este mercado y cuenta con aportaciones de diversos autores especialistas en la materia que abordan la cuestión desde diferentes perspectivas, tanto en cuanto al servicio público como al cambio de prisma que supone la nueva regulación y el papel del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

Finalmente concluye esta obra con un punto cuarto en que se recogen las conclusiones del congreso y un anexo con la Ley.

El reintegro de subvenciones

GARCÍA LUENGO, J.

Civitas, Navarra, 2010, 201 págs.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

Como ya nos tiene acostumbrados el autor, nos presenta una exposición rigurosa de una cuestión como es en este caso el reintegro de subvenciones, en que no se limita a analizar los problemas que subyacen en esta figura sino que aporta soluciones a los mismos y desenmaraña la confusión existente, pues no debe perderse de vista que, como bien señala el profesor Luengo, tras esta denominación se esconden dos instituciones jurídicas bien diferentes, dado que no pueden equipararse desde el punto de vista de la naturaleza jurídica los supuestos de reintegro

por incumplimiento de aquellos que responden a la invalidez de la concesión.

De este modo y partiendo fundamentalmente, aunque no de forma exclusiva, de un análisis pormenorizado de las causas del reintegro y de su procedimiento, elabora toda una teoría de esta institución.

La perspectiva es amplia, así, de un lado estudia el reintegro como anulación de oficio, prestando atención no sólo a la revisión de subvenciones obtenidas falseando los requisitos, sino también la revisión de ayudas de Estado contrarias al Tratado de la Unión Europea, donde precisamente se plantea un interesante tema bien conocido por el autor, el de la reclamación en su caso de responsabilidad por quienes habiendo percibido dichas subvenciones han de devolverlas —efecto que impone el Derecho Comunitario para aquellas ayudas contrarias al mismo—, y si una hipotética indemnización podría basarse en el principio de protección de la confianza legítima.

También se expone el reintegro de subvenciones válidas por diversos incumplimientos, por ejemplo, del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención, de la obligación de justificación o la justificación insuficiente, de la obligación de adoptar medidas de difusión, de obligaciones asociadas a la concreta subvención concedida, o incluso la imposibilidad de verificar el cumplimiento de las condiciones de la subvención.

A la invalidez de la resolución de la concesión de subvenciones por las causas previstas en la legislación general dedica la segunda parte, mientras la tercera se centra en la obligación de reintegro, desde la naturaleza de los créditos a reintegrar, los obligados o la prescripción; concluyendo con un exhaustivo estudio del procedimiento de reintegro.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista *Justicia Administrativa* publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho Público. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. **Dirección de envío:** Todos los trabajos y libros para reseñas deberán remitirse a la sede de la Revista *Justicia Administrativa* (Lex Nova, C/General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: *redac@lexnova.es*. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
2. **Compromiso de publicación y originalidad:** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
3. **Exclusividad:** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
4. **Evaluación:** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
5. **Extensión y formato:** Por regla general, los trabajos no superarán 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 haya 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.