

DIRECTOR: MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá de Henares

Nº 50

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.

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

ÍNDICE GENERAL

Página

CARTA DEL DIRECTOR

CINCuenta TRIMESTRES DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA	5
---	---

ARTÍCULOS DOCTRINALES

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DERECHO NACIONAL: PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN JURÍDICA DESDE LA CONSIDERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO Y POSIBLES SOLUCIONES <i>Germán Fernández Farreres</i>	11
COMENTARIO A LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO, DE MODIFICACIÓN DE LAS LEYES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE RECURSOS, Y DE LA LEY DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA <i>Luis Ángel Ballesteros Moffa</i>	25

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA

I. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA <i>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.</i>	65
II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS <i>García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Casona Usera, R.; Bustos Gisbert, R.; Carmona Cuenca, E.; Perelló Domenech, I.; Brage Camazano, J.; Díaz Crego, M.; García Vitoria, I.; Hernández Ramos, M.; Pérez-Moneo Agapito, M.; Arenas Ramiro, M.; Fernández Vivas, Y.; Alonso Sanz, L.; González Pascual, M.I.; Rosino Calle, R.</i> ...	71
III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS <i>García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Bustos Gisbert, R.; Carmona Cuenca, E.; Perelló Domenech, M.I.; Brage Camazano, J.; Díaz Crego, M.; Pérez-Moneo Agapito, M.; Arenas Ramiro, M.; Fernández Vivas, Y.; González Pascual, M.I.</i>	103
IV. FUENTES DEL DERECHO <i>Menéndez Rexach, A. (coord.); De Marcos Fernández, A.; Díez Sastre, S.</i>	123
V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS <i>Menéndez Rexach, A. (coord.); Domínguez Martín, M.; López de Castro García-Morato, L.; Rodríguez-Chaves Mimbrero, B.; Chinchilla Peinado, J.A.</i>	137

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA	
<i>Sánchez Morón, M. (coord.); Del Olmo Alonso, J.; Rodríguez Ayala, V.</i>	147
VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	
<i>Rebollo Puig, M. (coord.); Alarcón Sotomayor, L.; Bueno Armijo, A.; Rodríguez Portugés, M.A.</i>	161
VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA	
<i>López Menudo, F. (coord.); Carrillo Donaire, J.A.; Guichot Reina, E.</i>	181
IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	
<i>López Menudo, F. (coord.); Guichot Reina, E.; Carrillo Donaire, J.A.</i>	191
X. FUNCIÓN PÚBLICA	
<i>Sánchez Morón, M. (coord.); Marina Jalvo, B.; Cantero Martínez, J.; Desdentado Daroca, E.</i>	215
XI. URBANISMO	
<i>Ortega Álvarez, L. (coord.); Alonso García, C.; Delgado Piqueras, F.; Serrano Lozano, R.; Villanueva Cuevas, A.</i>	229
XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL	
<i>Embid Irujo, A. (coord.); Colom Piazuelo, E.; Jiménez Compaired, I.; Montoya Hidalgo, J.; Setuain Mendia, B.; Valcárcel, P.</i>	235
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 Mendia, B.; Valcárcel, P. ...</i>	261
XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO	
<i>Tornos Mas, J. (coord.); Mollevi i Bortolo, J.; García Retortillo, R.; Vilalta Reixach, M. .</i>	283
XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD	
<i>Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (coord.); Cobreros, E.</i>	297
XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES	
<i>Fernández Farreres, G. (coord.); Alcantarilla Hidalgo, F.J.</i>	305

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS	
<i>Menéndez Sebastián, E.M. (coord.)</i>	327

CINCUENTA TRIMESTRES DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Con el número que el lector tiene en sus manos nuestra revista alcanza el medio centenar. Buena ocasión para hacer un breve balance de nuestro trabajo y de sus resultados y para exponer algunas reflexiones al respecto.

Justicia Administrativa nació en 1998 —no por casualidad, el año de promulgación de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa— como proyecto colectivo de un grupo de catedráticos, por entonces bastante jóvenes, que pretendía cubrir un espacio propio en el ámbito de las revistas nacionales de Derecho público. Ese espacio se define más que nada por la exposición sistemática y resumida de la jurisprudencia en las materias que se ordenan en función de las distintas crónicas. Ésa es la seña de identidad de la revista, sin perjuicio de los artículos doctrinales y de las reseñas bibliográficas que, hasta donde es posible, completan cada número.

Así planteada, la existencia y la continuidad de esta revista es un hecho que tiene algo de milagroso, pues depende más que nada del esfuerzo coordinado de todos aquellos autores —profesores los más, otros jueces, funcionarios o investigadores— que elaboran trimestralmente cada crónica, revisando, seleccionando y resumiendo las sentencias más interesantes. Y ese esfuerzo —dicho sea en su honor— es tan profesional como generoso, pues la mayor compensación que obtiene no es ni puede ser otra que la satisfacción personal de contribuir a esta tarea colectiva, que ofrecemos a la comunidad jurídica.

De esta manera y durante estos doce años y medio de vida editorial hemos dado cuenta de la evolución de la jurisprudencia, no sólo contencioso-administrativa, sino igualmente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional e incluso, en aspectos para nosotros relevantes, de otros órganos judiciales de nuestro país (y hasta del antiguo Tribunal, hoy Comisión, de Defensa de la Competencia). Tarea esta que tiene poco de llamativo y mucho de constante, pero que es fundamental para conocer el Derecho vigente en profundidad.

En efecto, la jurisprudencia es la expresión del Derecho real, entendiendo por tal el que se aplica a la resolución de los conflictos. Como la experiencia enseña y en las páginas de esta revista podemos comprobarlo cada trimestre, son los jueces y tribunales los que proclaman el Derecho, partiendo sí de la letra de la ley, pero vivificándola con la savia del ordenamiento jurídico, que es mucho más que la ley. La jurisprudencia se basa para ello en principios generales y criterios interpretativos consolidados a través de los precedentes, que son evolutivos por esencia. Y así, cuando es jurisprudencia de calidad, permite conciliar tradición y cambio y dota de estabilidad y de solidez al sistema del Estado de Derecho,

por encima incluso de los avatares políticos y, llegado el caso, de ciertas ocurrencias del legislador. Pues el Derecho rectamente operado no puede dejar de ser razón y, en particular, el Derecho público no es sino una forma de racionalización del ejercicio del poder político y administrativo. Nadie puede dudar a estas alturas de la labor creativa que realizan los más altos Tribunales, nacionales y europeos, ni de la trascendencia que su función tiene para la seguridad de las relaciones jurídicas.

Por otra parte, también la jurisprudencia tiene su propia dinámica. Por lo que a ella respecta, el rasgo más acusado de las últimas décadas viene constituido, a mi juicio, por el desarrollo y madurez de la doctrina de los Tribunales europeos —el de Luxemburgo y el de Estrasburgo— y su creciente influencia en la que elaboran los Tribunales internos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado progresivamente su ámbito de intervención, que trasciende de la tradicional tutela de los principios y reglas del mercado común —las cuatro libertades, el Derecho de la competencia y de las ayudas públicas, etc.—. Ahora sus sentencias son un referente de primer orden en áreas esenciales del Derecho administrativo, como la contratación pública, el medio ambiente, los servicios económicos de interés general o el régimen de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. Más allá de eso, la interpretación de ciertos principios generales por la jurisprudencia comunitaria —proporcionalidad, confianza legítima, no discriminación, transparencia, ...— impregna hoy el Derecho de los Estados miembros y la propia jurisprudencia de sus Tribunales, entre ellos los nuestros.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sabido dotar a los derechos fundamentales de un alcance expansivo y de una eficacia jurídica directa que eran difíciles de prever hace algunos años en los que predominaba el criterio de respetar el margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo y sus Protocolos. La huella de su doctrina —por ejemplo, en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva, al respeto de la vida privada y familiar, a la propiedad privada o en materia de extranjería— es asimismo fácil de rastrear en las sentencias de nuestros Tribunales.

En el plano nacional, la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional suscita mayor controversia. En cierto modo eso es inevitable, dada la repercusión política de muchas de sus sentencias. Sin embargo, el Tribunal Constitucional fue en los primeros años de su actividad una pieza clave para asentar los principios y valores de la Constitución y, entre sus logros primordiales, contribuyó de forma decisiva a la conformación del modelo del Estado de las Autonomías. La creatividad jurídica inicial del Tribunal parece haber mermado con el paso del tiempo —ciertamente, gran parte de las sentencias de amparo de los últimos años son tan prolijas como reiterativas—, mientras que en algunas sentencias importantes el rigor de la fundamentación jurídica parece ceder ante planteamientos ideológicos discutibles y cada vez con mayor frecuencia discutidos en votos particulares discrepantes. Pienso que la presión política sobre sus miembros, que a veces adopta la forma de verdadero acoso mediático, como sucedió con ocasión de la sentencia del *Estadut*, dificulta el ejercicio sereno y objetivo de la jurisdicción. Ello no priva en absoluto de interés a la jurisprudencia constitucional, que siempre lo tendrá por el género de cuestiones que aborda, pero condiciona la calidad jurídica de las resoluciones.

Por el contrario, es grato comprobar la evolución de la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, tan variada en su contenido como elogiable en la forma —la

concisión no tiene por qué estar reñida con la claridad— y, a mi modo de ver, acertada en términos generales. En los últimos años, la Sala ha venido perfeccionando el control judicial del Poder Ejecutivo que, como órgano superior de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, está llamada a ejercer. Ha eliminado gradualmente y mediante resoluciones ponderadas los ámbitos de inmunidad preexistentes; ha profundizado en la definición y aplicación de los límites de la discrecionalidad administrativa en numerosos campos; ha sido sensible a la tutela de los derechos de los ciudadanos frente a las Administraciones públicas —por ejemplo, en materia de sanciones administrativas o de participación en los procedimientos, expropiación forzosa o función pública—; ha matizado mediante una extensa casuística nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, y ha hecho una firme aportación a la defensa de bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente, el dominio público o el patrimonio histórico. Las crónicas de esta revista son testigos privilegiados de este proceso, para quien tenga interés en comprobarlo.

Sin duda, entre las miles de resoluciones de la Sala hay también muchas opinables y susceptibles de crítica. Y quedan aún por consolidar algunas aperturas necesarias para el progreso del Estado de Derecho, entre ellas quizá el control de la inactividad administrativa y apurar las garantías en materia de tutela cautelar y ejecución de sentencias. Con todo el balance me parece positivo y tanto los precedentes inmediatos como la actual composición de la Sala permiten vislumbrar el futuro de esa jurisprudencia con optimismo.

Otra cosa es que el conjunto de la Jurisdicción ofrezca a los ciudadanos el nivel de tutela judicial efectiva al que legítimamente pueden aspirar. En este orden queda aún mucho por hacer, como revelan algunos de los artículos que hemos publicado y algunos estudios y sondeos de opinión y como sin duda atestiguarían muchos de los justiciables y muchos abogados. Pero poco puede añadirse sobre el particular en este sumario —e inevitablemente subjetivo— examen a grandes trazos de la jurisprudencia que contienen los cincuenta números de *Justicia Administrativa* hasta ahora publicados.

En fin, creo que a través de ellos y hasta este momento hemos cumplido de manera aceptable el objetivo que nos propusimos al fundar la revista. Y, de hecho, tanto el número de suscriptores y su fidelidad, elevados para una revista especializada como ésta, como algunas opiniones de quienes nos dicen utilizarla con frecuencia en sus quehaceres profesionales nos estimulan a continuar en el empeño. Dicho sea sin perjuicio de los defectos y carencias que puedan detectarse, cuya responsabilidad asumo en exclusiva y sin falsa modestia. Entre nuestros compromisos con los lectores se encuentra el de subsanar esos problemas y a ello dedicaremos la atención debida desde este momento.

No puedo dejar de subrayar, por lo demás, que este proyecto colectivo ha sido posible desde el principio gracias al apoyo editorial de LEX NOVA y a la confianza que en él depositaron quienes desde su dirección mostraron interés e ilusión por llevarlo a cabo y quienes la siguen depositando en el presente. Como toda iniciativa privada de este género, se trataba de una apuesta comercialmente arriesgada, que no obstante se abordó con amplitud de miras y que se ha sabido mantener en estos tiempos de crisis, con las necesarias adaptaciones. Sería muy injusto también no reconocer el enorme trabajo y la paciencia, siempre amable, de aquellas personas a las que la editorial ha encargado la tarea de coordinar desde el punto de vista técnico la confección de la revista, pues son ellos —sucesivamente

Raquel Arévalo y Jaime Barbero— los verdaderos artífices de ese otro hecho casi milagroso consistente en que la revista llegue puntualmente a sus lectores.

A estos últimos en especial, los que constituyen su razón de ser, dedicamos esta pequeña efemérides que conmemoramos con el número 50.

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

ARTÍCULOS DOCTRINALES

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DERECHO NACIONAL: PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN JURÍDICA DESDE LA CONSIDERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO Y POSIBLES SOLUCIONES⁽¹⁾

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

Catedrático de Derecho Administrativo UCM

A la memoria del profesor Miguel Amores Conradi

RESUMEN

Derecho de la Unión Europea y Derecho Nacional: problemas de articulación jurídica desde la consideración del principio de primacía del derecho comunitario y posibles soluciones

El fundamental principio de primacía del Derecho de la Unión Europea no logra resolver definitivamente todos los problemas a los que se enfrenta la coexistencia de normas comunitarias y normas nacionales. Desde luego, no impide la reproducción de conflictos, con grave afectación del principio de seguridad jurídica. Por eso, el principio de primacía requiere de algunas medidas que, sin desnaturalizarlo, aseguren la plena integración y armonización del Derecho Comunitario con el Derecho nacional, conformando así un único ordenamiento, siquiera sea un ordenamiento plural.

En el presente trabajo, siguiendo de cerca las propuestas formuladas por el Consejo de Estado, se exponen y analizan algunas de esas medidas complementarias que bien pudieran dar respuesta adecuada a los problemas y disfunciones detectados.

Palabras clave: Derecho de la Unión Europea, normativa comunitaria, normativa nacional, principio de primacía, Consejo de Estado, armonización legislativa.

ABSTRACT

European Union law and national law: legal articulation problems from the consideration of the principle of supremacy of eu law and the possible solutions

The main principle of supremacy of the European Union Law fails to definitely solve all the problems arisen by that the coexistence of community norms and national regulations. Certainly, it doesn't impede the reproduction of conflicts, with a serious encumbrance of the legal certainty principle. For that reason, the principle of supremacy requires of some measures that, without denaturalizing it, assures the plenum integration and harmonization of the Community Law with the National Law, conforming this way a single code, or at least a plural Code.

The present work, following closely the proposals formulated by the Council of State, sets out and analyses some of those additional measures that could give an appropriate answer to the detected problems and dysfunctions.

Key words: European Union Law, EU regulations, national regulations, principle of supremacy, Council of State, legislative harmonization.

(1) Texto de la conferencia pronunciada en el curso *La justicia europea y sus actores*, en la Escuela Judicial (CGPJ), Barcelona, el 17 de junio de 2010.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIÓN PREVIA.
 - II. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO: SIGNIFICADO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS.
 - III. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PODER-DEBER DE LOS JUECES DE INAPLICAR NORMAS ANTICOMUNITARIAS: INAPLICABILIDAD *VERSUS* VALIDEZ Y CONTROL DIFUSO.
 - IV. PRIMACÍA Y SEGURIDAD JURÍDICA: LA CONVENIENCIA DE ARTICULAR UN MODELO DE CONTROL CONCENTRADO DE LAS NORMAS ANTICOMUNITARIAS.
 - V. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO PRESUPUESTO DE LA INAPLICABILIDAD DE LA LEY ANTICOMUNITARIA.
 - VI. ¿PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO FRENTE A LA CONSTITUCIÓN?
 - VII. EL PODER-DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE INAPLICAR NORMAS ANTICOMUNITARIAS.
 - VIII. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS FIRMES CONTRARIOS AL DERECHO COMUNITARIO.
-

I. CONSIDERACIÓN PREVIA

La coexistencia de ordenamientos jurídicos genera dificultades y problemas de gran importancia práctica en el desarrollo de la actividad administrativa y la función jurisdiccional de los Estados. En particular, no suelen ser infrecuentes las colisiones normativas. Unas colisiones que exigen del establecimiento de específicas reglas a fin de dar solución a lo que, al fin y al cabo, no son sino desajustes difícilmente evitables dada la plural y compleja concurrencia de fuentes normativas.

Entre los mecanismos previstos para la inserción del Derecho Comunitario Europeo en los Derechos nacionales de los Estados miembros, el principio de primacía del Derecho Comunitario presenta gran trascendencia. Sencillamente, es el remedio último para superar los conflictos internormativos y con ello garantizar la plena integración del ordenamiento comunitario en los ordenamientos nacionales.

Sin embargo, el principio de primacía suscita algunos interrogantes que guardan estrecha relación con las consecuencias jurídicas anudadas a la colisión entre normas comunitarias y nacionales. Además, por sí mismo no resuelve definitivamente todos los problemas a los que se enfrenta la articulación entre unas y otras. Desde luego, no impide la reproducción de conflictos, con grave afectación del principio de seguridad jurídica. Por eso, el principio de primacía requiere de algunas medidas complementarias que, sin desnaturalizarlo, aseguren la plena integración

y armonización de los ordenamientos, conformando así un único ordenamiento, siquiera sea un ordenamiento plural en sus fuentes.

II. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO: SIGNIFICADO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El principio de primacía ha sido sancionado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de manera inequívoca, aunque no es menos cierto que no ha logrado ser plasmado en los correspondientes Tratados de la Unión Europea.

La STJCE de 9 de marzo de 1978 (*Simmenthal*) le atribuyó el siguiente significado y eficacia: sobre el juez nacional pesa la obligación de dejar sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria al Derecho Comunitario. En sus propios términos:

«[...] el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho Comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional».

Conviene recordar que esta doctrina salió al paso de aquella otra (de carácter nacional) que imponía al juez ordinario el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en la medida en que considerase que la ley nacional era irremisiblemente contraria al Derecho Comunitario. La identificación de infracción del Derecho Comunitario con infracción de la Constitución, permitía, en principio, tal conclusión. De manera que en la medida en que la ley podía haber vulnerado la Constitución —aunque en realidad lo fuera por razón de la infracción comunitaria—, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resultaba obligado: bastaba considerar, tal como mantuvo la Corte Costituzionale italiana, que la contradicción con el Derecho Comunitario implicaba ineludiblemente una vulneración o desconocimiento de la cesión de soberanía habilitada por el artículo 11 de la Constitución italiana. Por tanto, la inconstitucionalidad (aunque mediata o indirecta) daba entrada al monopolio de rechazo de las leyes atribuido a la jurisdicción constitucional. De ahí que el juez ordinario no tuviese otra opción que la de plantear la correspondiente cuestión, absteniéndose por el momento de inaplicar la correspondiente norma legal.

Frente a esta doctrina reaccionó el Tribunal de Justicia en los términos señalados: el juez debe inaplicar la ley en cualquier caso, sin que —volveré a recordarlo— «esté obligado a solicitar o a esperar su derogación previa por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional» (léase, por la jurisdicción constitucional a través del correspondiente procedimiento).

La contradicción de la ley con el Derecho Comunitario no pasa de ser «[...] un puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, ajeno a la constitucionalidad de la ley [...]».

La doctrina *Simmenthal* también suscitó algunas reservas iniciales en el Tribunal Supremo español, a pesar de que fue reiterada en la STJCE de 11 de junio de 1989 (as. 170/88, *Ford España*). La aceptación de esta doctrina —primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho nacional— fue de hecho cuestionada por algunas decisiones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sentencias de 23 y 30 de noviembre de 1990), al considerarse dicha Sala incompetente para declarar la incompatibilidad con el Derecho Comunitario de normas con rango de ley posteriores a él. La razón que se esgrimió no fue otra que el «límite infranqueable» impuesto a la jurisdicción contencioso-administrativa por el artículo 1 de su Ley Jurisdiccional (de 1956; y en los mismos términos, en la vigente Ley de 1998), cuya competencia queda ceñida al enjuiciamiento de las «disposiciones (de carácter general) con categoría o rango inferior a la ley».

Sin embargo, la STC 28/1991, de 14 de febrero, corrigió la posición del Tribunal Supremo. A tal fin argumentó que la contradicción de la ley con el Derecho Comunitario no pasa de ser «[...] un puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, ajeno a la constitucionalidad de la ley [...]». De este modo, el juez ordinario queda investido de unos poderes de inaplicación que en otro caso le estarían vedados —tal como había mantenido el Supremo—; y todo ello en plena conformidad con la doctrina *Simmenthal*.

Ahora bien, la solución arbitrada (se trata de un «puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto») no deja de ser discutible o cuando menos insuficiente. En la doctrina española se ha señalado oportunamente que la calificación que hace el Tribunal Constitucional de la contradicción entre el Derecho Comunitario y las normas internas «como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto» no deja de ser «insuficiente», pues «tal calificación, amén de esconder lisa y llanamente, sobre todo tratándose de ámbitos de aplicación concurrentes, una valoración de compatibilidad entre ambas normas, no se podría extender a procesos en los que se impugna directa o indirectamente una norma reglamentaria ante la jurisdicción contencioso-administrativa por vulneración de la norma comunitaria»⁽²⁾.

Quizá esto explique que el propio Consejo de Estado⁽³⁾ haya reconocido que el poder-deber de nuestros tribunales de inaplicar las normas españolas, cualquiera que sea su rango —incluidas, por tanto, las leyes— cuando están en contradicción con normas europeas, «*prima facie* parece incompatible con su sujeción al imperio de la ley que la Constitución proclama (art. 117.1)», por lo que se habría operado una «mutación constitucional de naturaleza jurisdiccional»⁽⁴⁾.

Como se ve, la cuestión dista bastante de estar definitivamente clarificada en estrictos términos dogmáticos.

III. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PODER-DEBER DE LOS JUECES DE INAPLICAR NORMAS ANTICOMUNITARIAS: INAPLICABILIDAD *VERSUS* VALIDEZ Y CONTROL DIFUSO

En el ordenamiento español, la justificación del principio de primacía del Derecho Comunitario respecto de las normas nacionales se ha tratado de localizar en los artículos 93 y 96.1 de

(2) Vid. R. ALONSO GARCÍA, *La articulación entre el Derecho Comunitario y los Derechos Nacionales: algunas zonas de fricción*, Estudios de Derecho Judicial. CGPJ, 95, pp. 221 y ss.

(3) Vid. *Informe sobre modificaciones de la Constitución*, de 16 de febrero de 2006.

(4) *Informe...*, cit., pp. 72 y 75.

la Constitución. La formulación es la siguiente: dada la fuerza de resistencia del tratado internacional respecto de la ley (inciso final artículo 96.1 CE), necesariamente queda garantizada la primacía del tratado sobre cualesquiera disposiciones legales, anteriores o posteriores, que sean contrarias a él (lo que, además, a la vista del artículo 93 CE, se refuerza en el caso de los tratados comunitarios). De ahí que la STC 28/1991, de 14 de febrero, recurriese al referido artículo 93 CE —aunque también a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia— para justificar la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno (Derecho nacional).

El argumento expuesto parece presuponer que la ley contraria al tratado internacional es inconstitucional, lo que no deja de tener lógica, siempre dejando a salvo la posibilidad misma de que la inconstitucionalidad sea referible al propio tratado. Sin embargo, la doctrina más ortodoxa —al menos, en apariencia— niega que así sea. En lo sustancial: cualquier tratado, en su relación con las normas españolas, no puede explicarse desde la jerarquía normativa, por lo que, incluso, resulta inconveniente la calificación del tratado como norma con rango o valor de ley; y por eso, en la relación tratado-ley no hay campo de juego para la validez, sino que es la «aplicabilidad» el criterio a tener en cuenta; de manera que ante la contradicción, al Tribunal Constitucional no le cumple ninguna función, ya que son los órganos de la jurisdicción ordinaria quienes deben determinar la norma aplicable al caso, dando aplicación preferente al tratado e inaplicando, por tanto, la ley que se le oponga.

Además, la jurisprudencia constitucional se orienta en esa dirección. Entre otras, seguramente la STC 49/1988, de 22 de marzo, es la que más taxativamente se ha pronunciado:

«Los recurrentes impugnan este precepto [disposición adicional 2.ª de la Ley 13/1985, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre órganos rectores de las cajas de ahorro] en cuanto sería contrario al Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre España y la Santa Sede, sobre asuntos jurídicos, publicado en el BOE de 15 de diciembre del mismo año. En su opinión, al suponer tal precepto una infracción de un convenio internacional, vulnera el artículo 96.1 de la CE, ya que éste establece que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formarán parte del Derecho interno, y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. Pero la ley impugnada no deroga, modifica o suspende cláusula alguna del Convenio con la Santa Sede citado. Lo que se discute por los recurrentes es si el contenido de la disposición adicional 2.ª es o no contrario a lo previsto en el Convenio con la Santa Sede, es decir, la adecuación de una norma legal a lo preceptuado por el tratado, que tiene también fuerza de ley en el ordenamiento interior. Ahora bien, el examen de esa supuesta contradicción no corresponde a este Tribunal y no procede, por tanto, entrar en el fondo de este mismo motivo alegado por los recurrentes, ya que no puede considerarse vulnerado el artículo 96.1 de la CE».

En otra ocasión he señalado que la expuesta es una manera sumamente formalista de resolver la cuestión, pues decir que, en estrictos términos, el precepto legal no deroga, modifica o suspende la correspondiente previsión del tratado (para de esa forma dar por zanjada la cuestión), no deja de producir la sensación de que con ello no se da verdadera respuesta al problema planteado⁽⁵⁾. De ahí que mantuviera algunos interrogantes que siguen ahora presentes: o es que ¿acaso el establecimiento de una norma contraria a un tratado no supone, al menos, una intromisión de la ley en un ámbito que, entre tanto aquél no sea debidamente derogado,

(5) Vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La posición de la Carta Europea de la Autonomía Local en el sistema de fuentes del Derecho español: una reflexión crítica», en vol. col. (coord. F. Caamaño Domínguez) *La autonomía de los entes locales en positivo*, FDyGL, Barcelona, 2003, pp. 45 y ss.

modificado o suspendido, le es ajeno por encontrarse, si quiera lo sea de manera contingente o transitoria, «ocupado» por ese tratado?; y si es así, ¿resulta suficiente la solución de habilitar al juez ordinario para inaplicar sin más la ley, manteniendo, sin embargo, una contradicción que inevitablemente seguirá generando conflictos e inseguridad jurídica?; ¿no debería intervenir la jurisdicción constitucional para resolver definitivamente el problema?

Por otra parte, no deja de ser discutible que la primacía del Derecho Comunitario se pueda fundar en la previsión del artículo 96.1 de la Constitución (que impide que un tratado sea modificado, derogado o suspendido de forma unilateral por una norma interna), a no ser que se distorsione el significado mismo de la primacía. La primacía (o prevalencia) de una norma sobre otra presupone la validez de las dos normas que colisionan. Justamente porque las dos son válidas y, en principio, aplicables es por lo que el conflicto se resuelve dando preferente aplicación a una en detrimento de la otra. Si, por el contrario, la colisión trae causa de la invalidez de una de las normas (normalmente por carecer de cobertura competencial), la resolución del mismo pasa por la depuración y expulsión de la norma inválida. La colisión no se habría producido si no mediase el exceso competencial de una de las normas, razón por la cual la colisión y, por tanto, el conflicto desaparecen una vez determinada y declarada la nulidad de la norma inválida.

En definitiva, si se admite que la ley que contradice lo dispuesto en un tratado necesariamente es una ley que se ha extralimitado del ámbito constitucional que le corresponde, infringiendo así el artículo 96.1 de la Constitución (ya que en el ámbito material del tratado no puede penetrar la ley), la resolución de la colisión normativa a favor del tratado no se deberá a ninguna primacía (en un sentido estricto) de éste sobre aquélla, sino, sencillamente, a la inconstitucionalidad de la ley.

Debe añadirse que la cuestión planteada guarda estrecha relación con la del órgano que puede llevar a cabo el juicio de validez de las normas en colisión. Una cuestión a la que no resulta indiferente que la ley en contradicción con el tratado sea anterior o posterior a éste. Pues, si fuera anterior, pudiera razonarse que el tratado provoca la inconstitucionalidad sobrevenida de aquélla, vinculándose a ella un simple efecto derogatorio. Con ello el problema quedaría reubicado, en última instancia, en la perspectiva de la vigencia de las normas cuya determinación corresponde a todos los órganos jurisdiccionales e, incluso, a la propia Administración. Una solución, sin embargo, absolutamente inviable en el supuesto de que la ley sea posterior al tratado, al requerirse la intervención del Tribunal Constitucional, en clara contradicción, por tanto, con la eficacia atribuida al principio de primacía (cualquier juez debe inaplicar la norma, sea ley o reglamento, contraria al Derecho Comunitario).

Así pues, no deja de haber cierta contradicción en que la primacía del Derecho Comunitario sobre las disposiciones nacionales de rango legal se explique en términos de validez constitucional (como lo hiciera, por ejemplo, la STS de 24 de abril de 1990: «[...] las normas [...] posteriores contrarias [al Derecho Comunitario] habrán de reputarse inconstitucionales por incompetencia —artículos 93 y 96 de la Constitución—») y, sin embargo, el juez ordinario quede apoderado para inaplicar la ley (tal como la misma sentencia admite al reconocer que, aun cuando deban reputarse inconstitucionales por incompetencia, «[...] no será exigible que el juez ordinario plantee la cuestión de inconstitucionalidad para dejar inaplicada la ley estatal, porque está vinculado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que tiene establecido el principio *pro communitate*»).

Esta contradicción, siempre desde la lógica interna del sistema de fuentes, conlleva, de todas formas, una consecuencia importante: la inaplicación de la ley, sea por razón de inconstitucionalidad (y, por tanto, de invalidez), sea por razón de ineficacia, supone el mantenimiento de la norma y, por tanto, la posibilidad de seguir aplicándola. De este modo, su no eliminación *erga omnes*, tal como ha señalado el Consejo de Estado, nos sitúa ante un control difuso de la conformidad de la ley con el Derecho Comunitario, lo que «[...] plantea el problema residual

—de apreciarse una contradicción— de la pervivencia de la ley infractora del Derecho Comunitario»⁽⁶⁾.

Además, la exclusión del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante la jurisdicción constitucional, imponiéndose sin más la inaplicación de la ley, resulta sumamente perturbadora ante determinados supuestos en los que se puede apreciar claramente un reiterado y contumaz desconocimiento del Derecho Comunitario. En la doctrina se ha advertido oportunamente acerca de la singularidad de este supuesto. Así, se ha mantenido que las leyes que manifiestan una clara voluntad de prevalecer sobre el Derecho Comunitario, deberían ser consideradas contrarias al artículo 96.1 y, simultáneamente, al artículo 93 de la Constitución. De manera que «[...] tal inconstitucionalidad nos situaría en el terreno de la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional para declararla, debido a que la voluntad patente del legislador nos conduciría, sobre la base de la doctrina del propio Tribunal Constitucional, fuera del marco de “un puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, [cuya] resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan” (STC 28/1991, de 14 de febrero), en la medida en que tal selección, a favor de la ley, vendría ya impuesta explícitamente por el legislador; en cuyo caso, el control sobre dicha selección impuesta legislativamente excedería de la competencia del juez ordinario a favor del constitucional»⁽⁷⁾.

Pues bien, en el supuesto referido también habría de incluirse el mantenimiento de leyes declaradas contrarias al Derecho Comunitario por el Tribunal de Justicia, particularmente cuando así lo han sido en el correspondiente recurso por incumplimiento. En definitiva, como ha dicho el mismo autor, «a partir del momento en que pudiera claramente entenderse que el Estado (español) no ha procedido a conformar su legislación con el Derecho Comunitario a la luz de la lectura de éste procedente de Luxemburgo, cabría sostener que el legislador estaría optando por no respetar la cesión operada en virtud del art. 93 CE, incurriendo la legislación declarada por el Tribunal de Justicia contraria al Derecho Comunitario en una suerte de inconstitucionalidad sobrevenida»⁽⁸⁾.

IV. PRIMACÍA Y SEGURIDAD JURÍDICA: LA CONVENIENCIA DE ARTICULAR UN MODELO DE CONTROL CONCENTRADO DE LAS NORMAS ANTICOMUNITARIAS

Resulta indiscutible que la seguridad jurídica reclama alguna corrección o, al menos, la adopción de alguna medida complementaria. El mismo Consejo de Estado, ha sugerido la conveniencia de proceder a «[...] la

Cualquier tratado,
en su relación con
las normas
españolas, no puede
explicarse
desde la jerarquía
normativa, por lo
que, en la relación
tratado-ley no hay
campo de juego para
la validez, sino que
es la «aplicabilidad»
el criterio a tener
en cuenta.

(6) Vid. *Informe sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español*, de 14 de febrero de 2008, p. 223.

(7) Vid. R. ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 221.

(8) *Op. cit.*, p. 222.

regulación por ley orgánica de la atribución de efectos *erga omnes* a la declaración, realizada en un procedimiento *ad hoc*, de que una ley es contraria al Derecho Comunitario»; un procedimiento que podría residenciarse ante el Tribunal Supremo o ante el Tribunal Constitucional⁽⁹⁾. Y sobre esta fundamental cuestión (es decir, sobre la inexistencia de un cauce para la eliminación *erga omnes* de la ley contraria, como consecuencia del carácter difuso del control de la conformidad de la norma interna de rango legal con el Derecho Comunitario por el juez ordinario), ha vuelto a insistir, formulando unas consideraciones más detalladas acerca de cómo se debería actuar para transformar el vigente modelo de control difuso en otro concentrado, si bien no dejan de advertirse las dificultades conceptuales y prácticas que tal pretensión encierra⁽¹⁰⁾.

Parece claro, pues, que la competencia para realizar una declaración general de desconformidad de la ley nacional respecto del Derecho Comunitario no puede corresponder sino al Tribunal Constitucional.

En efecto, sin perjuicio de que, de atribuirse a la jurisdicción ordinaria el enjuiciamiento abstracto de la adecuación de una ley al Derecho Comunitario, el pronunciamiento se mantendría en el terreno de la eficacia, tal como, por lo demás, sucede en la actualidad, existen argumentos dogmáticos que avalan esa respuesta, pues, como afirma el Consejo de Estado, «[...] pese la posición contraria mantenida por el propio Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 28/1991 y en otras posteriores, la generalidad de la doctrina se ha pronunciado a favor de la consideración de que las leyes infractoras del Derecho Comunitario adolecen de un vicio de inconstitucionalidad indirecta, en la medida en que vulneran disposiciones que la Constitución (arts. 93 y 96) obliga a observar». Esta explicación «[...] favorecería la atribución al Tribunal Constitucional de la competencia para pronunciarse sobre una eventual contradicción»⁽¹¹⁾.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento a seguir ha de tenerse en cuenta que, si bien la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (Sentencia de 22 de octubre de 1998, *asunto IN.CO.GE*) no se opone a la existencia de un procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de la ley contraria al Derecho Comunitario, ese procedimiento no puede menoscabar «la potestad judicial de inaplicación de la norma interna incompatible». Por consiguiente, el procedimiento que se pudiera prever habría de carecer de efectos suspensivos sobre el litigio concreto en el que se hubiese cuestionado la compatibilidad entre la norma interna y la norma comunitaria.

Así pues, de acuerdo con la señalada exigencia, el mecanismo apropiado podría ser el planteamiento obligatorio de una cuestión ante el Tribunal Constitucional cuando por sentencia firme se inaplicase una norma legal por contraria al Derecho Comunitario. De manera que el juez ordinario resolvería inaplicando, aunque seguidamente vendría obligado a dirigirse al Tribunal Constitucional para obtener un pronunciamiento acerca de la contradicción apreciada. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional, de ser estimatorio, produciría el efecto general de la anulación de la disposición legal, aunque, en caso de ser desestimatorio por no constatare la contradicción, en ningún caso afectaría a la sentencia firme que dio origen a la cuestión.

En suma, la solución podría venir por la vía de articular un procedimiento similar a la cuestión de ilegalidad relativa a las normas reglamentarias consideradas ilegales con ocasión de un recurso indirecto contencioso-administrativo. Un procedimiento de estas características daría satisfacción a la seguridad jurídica (modelo de control concentrado) a la vez que preservaría la

(9) Vid. *Informe sobre modificaciones de la Constitución*, cit., p. 77.

(10) Vid. *Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, cit., pp. 252 y ss.

(11) *Informe sobre la inserción...*, cit., p. 253.

potestad-deber del juez ordinario de inaplicar en el litigio concreto la ley anticomunitaria, tal como exige el Tribunal de Justicia a fin de no dilatar la solución del proceso.

Debe añadirse, no obstante, que la cuestión planteada (las normas nacionales, por razones de seguridad jurídica, deben ser anuladas y expulsadas del ordenamiento jurídico cuando contradicen el Derecho Comunitario, no bastando con su mera inaplicación) presenta un diferente alcance cuando se trata de normas reglamentarias. Y es que, a diferencia de las leyes, esa posibilidad ya existe en estos momentos. La inaplicación por imperativo del principio de primacía no es obstáculo para que, por el mismo órgano jurisdiccional (si ostenta competencia para ello), o a través de la llamada cuestión de ilegalidad, la norma reglamentaria quede anulada.

La situación es del todo equiparable al control de legalidad de las normas reglamentarias a través del recurso directo o del recurso indirecto y la subsiguiente cuestión de ilegalidad. La regulación actual es suficiente para poder declarar la nulidad de la norma reglamentaria contraria al Derecho Comunitario, por cuanto la infracción se refiere al ordenamiento jurídico y el comunitario se encuentra «interiorizado», por lo que una posible modificación sustantiva, consistente en «ampliar» las causas de nulidad, no deja de ser innecesaria en estrictos términos. Todo ello sin perjuicio de que, si se estimara necesario para una mayor claridad, bastaría con reformar el apartado 2 del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a fin de incluir como vicio de nulidad la infracción del Derecho Comunitario.

Por lo demás, el Tribunal Supremo, en diversas ocasiones, ha afirmado que las normas reglamentarias contrarias al Derecho Comunitario «no sólo puede inaplicarlas, sino también anularlas» (STS Sala 3.^a de 14 de octubre de 2004), dada su competencia para anular las disposiciones generales que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico (artículo 70.2 LJCA). No se olvide, además, que la infracción de las normas de Derecho Comunitario constituye una de las infracciones del ordenamiento jurídico en que pueden incurrir las normas reglamentarias (y de ahí que figure entre los motivos en que puede fundarse el recurso de casación con arreglo al artículo 86.4 de la Ley de la Jurisdicción), lo que lleva aparejada la declaración de su nulidad.

V. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMO PRESUPUESTO DE LA INAPLICABILIDAD DE LA LEY ANTICOMUNITARIA

Aún deben hacerse, de todas formas, algunas precisiones complementarias. En concreto, acerca de si el juez ordinario que decide la inaplicación de la ley o del reglamento nacional y el subsiguiente planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (podría denominarse «cuestión de anticomunitariedad») ante el Tribunal Constitucional, o, en su caso, de la cuestión de ilegalidad (o de incompatibilidad con el Derecho Comunitario) ante el órgano jurisdiccional competente, debe plantear con carácter preceptivo la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

En principio, parece claro que no tiene obligación de hacerlo en tanto no le suscite duda alguna la adecuación de la norma comunitaria (derivada) al ordenamiento jurídico europeo. Pero cuando se trata sobre todo de inaplicar una ley, quizá lo más prudente fuera que esa cuestión prejudicial no se dejase de plantear.

Además, desde la consideración estricta del ordenamiento jurídico español, debe recordarse que nuestro Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE obliga a que el órgano judicial cuya resolución no sea susceptible de recurso ordinario en la vía interna y que pretenda inaplicar una norma legal por

considerarla contraria al Derecho Comunitario, venga a suscitar la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, y que sólo cuando éste se haya pronunciado podrá, en su caso, inaplicar la norma nacional (STC 58/2004, de 19 de abril). Únicamente en el caso de que sobre la cuestión de fondo se hubiera ya pronunciado material y efectivamente el Tribunal de Justicia o cuando la correcta aplicación del Derecho Comunitario se imponga con total evidencia, sin dejar margen a duda alguna, podría, tal vez, aceptarse esa inaplicación. La misma STC 58/2004, de 19 de abril, en el FJ 9, lo advierte:

«[...] esta obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos *Da Costa y acumulados*, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991, asunto *Francovich y Bonifaci*, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, 283/81)».

VI. ¿PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO FRENTE A LA CONSTITUCIÓN?

No cabe descartar, en fin, extremando las hipótesis posibles, que aun cuando la norma comunitaria derivada sea ajustada al ordenamiento europeo (en suma, a los Tratados o Derecho Comunitario originario), lo cual sólo al Tribunal de Justicia corresponde determinar, el juez ordinario pueda seguir considerando que la ley nacional en contradicción con la norma comunitaria no es plenamente ajustada a la Constitución. Surge así el problema de la primacía del Derecho Comunitario por relación a la Constitución; primacía que, en líneas generales, las jurisdicciones constitucionales y supremas nacionales no han terminado de aceptar.

En relación con esta nueva vertiente del problema, debe tenerse en cuenta que si se admite la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley nacional cuando, en realidad, la ley no es sino estricta ejecución del Derecho Comunitario derivado, lo que en realidad se estará admitiendo es que el Tribunal Constitucional controla —aunque lo sea indirectamente o de manera mediata— el Derecho Comunitario derivado desde el canon constitucional interno. Un control que, sin embargo, resulta incompatible con el monopolio de control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por eso mismo, verificada previamente la validez de la norma comunitaria por el Tribunal de Justicia (a través de la correspondiente cuestión prejudicial), si el juez nacional mantiene fundadas dudas acerca de la constitucionalidad de la ley que no es sino estricta y fiel ejecución de aquélla, en realidad esa duda no cabrá referirla sino a la constitucionalidad misma del correspondiente tratado comunitario. Sólo en tal supuesto es posible, por tanto, que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley, previa depuración, a su vez, de la constitucionalidad del tratado, lo que sí está a su alcance.

Baste recordar, a este respecto, que el Tribunal Constitucional Federal alemán, en su Sentencia sobre el Tratado de Maastrich de 12 de octubre de 1993, ya dejó dicho que «Alemania es uno de los “señores de los Tratados”, que justificaron su vinculación al Tratado de la Unión, suscrito por un período de tiempo ilimitado (artículo Q TUE) con la voluntad de ser miembro a largo plazo, aunque, en definitiva, podría anular tal pertenencia en virtud de un acto en sentido contrario». Y, asimismo, en la misma sentencia, en relación ahora con el Protocolo del TUE dedicado a la transición a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, configurada ésta «en cuanto

comunidad comprometida por una estabilidad duradera y que garantiza la estabilidad del valor del dinero», aún se añade que nada se opondría «a modo de última *ratio*» a «la separación de la Comunidad en caso de que se malogre la comunidad con vocación de estabilidad». Se explica de este modo, el rechazo a la supuesta «limitación definitiva» de la soberanía que el Tribunal de Justicia proclamó tempranamente en *Flaminio Costa* (1964) (aunque sin una plena continuidad), al partir de una concepción del principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el interno en términos absolutos y globales, tomando en consideración a éste en su conjunto, incluido el de rango constitucional (lo que se reiteró en *International Handelsgesellschaft*, 1970: «La alegación de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado») Un rechazo, en fin, que también se refleja en la Declaración 1/1992 del Tribunal Constitucional, al separar claramente la cesión de competencias de su titularidad y omitir que el Tribunal de Justicia ha calificado (aunque sin continuidad) toda referencia al hecho de la «limitación de derechos soberanos» de definitiva⁽¹²⁾.

Ahora bien, llegados a este punto no parece que sea posible otra respuesta: el control del tratado (*a posteriori*), en caso de considerarse inconciliable con la Constitución, habrá de llevar a la reforma constitucional, ya que, en otro caso, de no modificarse el tratado —o excepcionarse para ese caso—, no quedaría otra solución que la retirada del Estado de la Unión Europea. No se olvide que, tras la reforma de Lisboa, el TUE incorpora una cláusula de retirada voluntaria de los Estados miembros (artículo 50) que viene a reforzar la soberanía de los Estados. Por tanto, la alternativa es clara: o reforma de la Constitución, o abandono de la Unión.

En definitiva, la inconstitucionalidad de la ley ajustada al Derecho Comunitario, siempre que no lo sea por estrictos motivos de procedimiento o de carácter formal, presupone necesariamente la inconstitucionalidad del tratado que da cobertura a la norma comunitaria y a la cual aquélla se ajusta plenamente. Sólo en tal supuesto, podría admitirse la inconstitucionalidad de la ley, si bien con las consecuencias finales señaladas (reforma de la Constitución o abandono de la Unión).

La competencia para realizar una declaración general de disconformidad de la ley nacional respecto del Derecho Comunitario no puede corresponder sino al Tribunal Constitucional.

VII. EL PODER-DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE INAPLICAR NORMAS ANTICOMUNITARIAS

Queda aún por analizar la cuestión del poder-deber de inaplicación de las normas nacionales contrarias al Derecho Comunitario por la propia Administración. Un poder-deber de inaplicación que el Tribunal de Justicia

(12) Vid., una vez más, R. ALONSO GARCÍA, *El sistema jurídico de la Unión Europea*, 2.ª ed., Civitas/Thomson Reuters, 2010, p. 266.

proclamó en la Sentencia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo*, y que ha reiterado al cabo del tiempo en Sentencias de 4 de octubre de 2001, as. *Jiménez Melgar*, y de 9 de septiembre de 2003, as. *CIF*, en las que se reconoce de nuevo el poder-deber de excluir la aplicación de una normativa interna (cualquiera que sea su rango normativo) contraria al Derecho Comunitario «a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas».

Sucede, no obstante, que, en la medida en que resulte exigible el planteamiento de la cuestión prejudicial, las autoridades administrativas están excluidas del mecanismo prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Y, además, las autoridades administrativas no tienen la posibilidad de inaplicar leyes contrarias al texto constitucional (a diferencia de los jueces, que, al menos, pueden plantear cuestión de inconstitucionalidad), por lo que, en principio, resulta conceptualmente inviable admitir la inaplicación de la ley considerada contraria al Derecho Comunitario.

Fácilmente se constata, pues, que, con carácter general, el poder-deber de inaplicación de la Administración requiere, en todo caso, de la articulación interna de algunas medidas complementarias. El propio Consejo de Estado se ha referido a la posibilidad de «[...] prever a nivel legal (por ejemplo, en la Ley 30/1992) la potestad de la Administración de inaplicar el Derecho interno contrario al Comunitario, condicionando su ejercicio al previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas». De este modo, se podría superar el problema de la imposibilidad actual de que la Administración se dirija en vía prejudicial al Tribunal de Justicia para obtener un pronunciamiento sobre la interpretación o validez del Derecho Comunitario, lo que en no pocas ocasiones constituye un obstáculo insalvable a la hora de apreciar si existe o no una contradicción entre ordenamientos. Y es que, con arreglo al concepto de órgano jurisdiccional en el contexto del artículo 267 TFUE, dado que el Consejo de Estado tal vez pudiera merecer esa condición funcional (del mismo modo que se ha reconocido la viabilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales económico-administrativos), quedaría abierta la vía para que, al igual que los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, quedara a su alcance el planteamiento de la cuestión prejudicial de interpretación o validez de una previsión comunitaria, tras lo cual resolvería, de manera vinculante para la Administración, acerca de la procedencia de inaplicar la norma nacional. Por tanto, la Administración vendría obligada a consultar a los órganos consultivos, los cuales valorarían la posibilidad de plantear la cuestión prejudicial, y, tras ello, resolverían con carácter vinculante acerca de la existencia o no de contradicción de la norma nacional en cuestión y, consecuentemente, sobre la procedencia de su inaplicación.

En cualquier caso, la mejor manera de evitar los problemas que plantea el poder-deber de inaplicación de la Administración pasa por combatir las causas que dan origen a las incompatibilidades de las normas nacionales con las comunitarias. Causas que consisten en la ausencia de incorporación o incorporación tardía de Directivas, transposición inadecuada de éstas o en la falta de depuración del Derecho interno. De ahí la necesidad de mejorar los procedimientos de incorporación del Derecho Comunitario, a fin de obviar ulteriores problemas como los que se plantean cuando se trata de la inaplicación de la norma por parte de la Administración⁽¹³⁾.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS FIRMES CONTRARIOS AL DERECHO COMUNITARIO

Tampoco está exento de dificultades el procedimiento de revisión por la Administración de los actos firmes contrarios al Derecho Comunitario Europeo.

(13) En este sentido, *Informe sobre la inserción...*, cit., pp. 239 y ss.

Las dificultades tienen que ver con el hecho de que, una vez eliminada por la Ley 30/1992 la revisión de oficio de los actos favorables anulables, el acto administrativo interno que infrinja el Derecho Comunitario, salvo que concurra añadidamente algún supuesto de nulidad tipificado como tal, no puede ser retirado del mundo jurídico a través de la revisión de oficio.

La solución podría consistir en introducir un nuevo supuesto de nulidad en el listado del artículo 62.1 Ley 30/1992, relativo ahora a la infracción del Derecho Comunitario. Sin embargo, el Consejo de Estado, mantiene que ello «perturbaría la teoría misma sobre la invalidez de los actos administrativos»⁽¹⁴⁾. Considera, por eso mismo, que quizá fuese mejor reconocer a las Administraciones en el artículo 102 de la Ley 30/1992 la posibilidad de utilizar la técnica de la revisión de oficio cuando la invalidación del acto «venga impuesta por una decisión comunitaria», si bien, en tal caso, obsérvese que la cuestión quedaría ya desplazada a la ejecución de la decisión comunitaria que hubiera declarado anticomunitaria la decisión nacional.

En relación precisamente con el procedimiento interno de ejecución de decisiones comunitarias que hayan dejado sin efecto ayudas de Estado cuyo reembolso es obligado, el Consejo de Estado parece considerar acertada la solución de la Ley General de Subvenciones de 17 de noviembre de 2003, al configurar ese supuesto como causa de reintegro de las cantidades percibidas (y no causa de nulidad). El legislador, en efecto, ha descartado reputar nula la ayuda de Estado contraria al Derecho Comunitario, si bien ello no es óbice para imponer su devolución (cuando haya mediado, claro es, una decisión comunitaria que haya considerado a la ayuda incompatible). Una solución bien distinta a la de aquellos actos de carácter tributario que han alcanzado firmeza en aplicación de una norma nacional que es declarada anticomunitaria, pues se descarta que éstos sean susceptibles de ser revisados⁽¹⁵⁾ y ello por dos razones fundamentales: de una parte, por razón de la eficacia general de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en recursos por incumplimiento, ya que, a pesar de que la sentencia tiene efectos *ex tunc*, el propio Tribunal de Justicia ha puntualizado que, ante la inexistencia de normativa comunitaria, corresponde a los ordenamientos nacionales designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho Comunitario concede a los justiciables (SSTJCE de 13 de enero de 2004, as. *Künhe*, y de 19 de septiembre de 2006, as. I-21); y de la otra, por razón, asimismo, de los límites del Derecho interno derivados de la seguridad jurídica a la regla general de la eficacia *ex tunc*.

De este modo, en relación con la revisión de actos firmes contrarios al Derecho Comunitario, el Consejo de Estado diferencia entre los casos en los que la vulneración del Derecho Comunitario ha sido atribuida a un determinado acto administrativo de aquellos otros en los que la declaración de desconformidad ha afectado a una previsión normativa interna con arreglo a la cual se dictaron actos que han adquirido firmeza. Y, a su juicio, su tratamiento diferenciado está justificado por el distinto peso que tienen en uno y otro los principios de eficacia y de seguridad jurídica.

En el primer supuesto (caso paradigmático el de las ayudas de Estado incompatibles por decisión de la Comisión Europea o del Tribunal de Justicia), la revocación es precisa para ejecutar la decisión comunitaria. Pero la solución, como hemos visto, se ha encontrado a través

(14) Vid. *Informe sobre la inserción...*, cit., p. 229.

(15) Así lo ha mantenido el Consejo de Estado en una serie de dictámenes de 2006 y 2007, al informar sobre solicitudes de revisión de oficio de liquidaciones tributarias en las que se aplicaba una regla prevista en la legislación española del IVA que fue declarada por Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2005, dictada en recurso por incumplimiento, contraria al Derecho Comunitario,

de la tipificación de una específica causa de reintegro en la Ley General de Subvenciones (por tanto, no por la configuración de un vicio de nulidad para abrir el cauce de la revisión de oficio), a pesar de que no deja de ser una solución más que discutible⁽¹⁶⁾.

No obstante, es obvio que pueden suscitarse otros supuestos (por ejemplo, una sentencia condenatoria en el marco de un procedimiento por incumplimiento) que también pueden exigir la retirada de un acto firme. Y para esos casos no existe cauce si el acto es declarativo de derechos y no concurre vicio de nulidad. Resulta necesario, por tanto, adoptar alguna medida que venga a cubrir el vacío, bien sea estableciendo una nueva causa de nulidad, bien lo sea incluyendo sencillamente un nuevo apartado en el artículo 102 Ley 30/1992, que habilite la revisión por ser necesaria la eliminación del acto firme a fin de dar cumplimiento a una decisión de la Comisión o del Tribunal de Justicia.

Por el contrario, cuando la declaración de disconformidad afecta a una previsión normativa con arreglo a la cual se dictaron los actos que han alcanzado firmeza, la creación de un cauce para la revisión de tales actos quebraría la regla general de que la anulación de una norma en cuya aplicación se hayan dictado actos administrativos firmes no determina la nulidad de éstos, tal como resulta de lo dispuesto en los artículos 102.4 *in fine* de la Ley 30/1992 y 73 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, así como 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

No obstante, en mi opinión, este segundo supuesto tiene gran importancia por relación a los supuestos cada vez más frecuentes de normas tributarias posteriormente declaradas anticomunitarias. La propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia cada vez es más contundente a la hora de invocar la regla de efectividad para requerir de los Estados miembros el establecimiento de los instrumentos necesarios para hacer posible la recuperación de los ingresos fiscales devengados en violación del Derecho Comunitario (por ejemplo, Sentencia de 15 de marzo de 2007, as. *Reemtsma Cigarettenfabriken*). De modo que, en esos casos, más allá de la regulación concreta de la devolución de ingresos indebidos, la firmeza del acto bien puede considerarse determinante de un enriquecimiento injusto de la Administración, además de una quiebra de la igualdad de cargas fiscales. Seguramente no ha sido ajena esta elemental apreciación al forzado reconocimiento por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de una responsabilidad patrimonial del Estado, arbitrando así un cauce alternativo a fin de otorgar en estos casos una compensación indemnizatoria equivalente a lo indebidamente tributado. Un cauce, de todas formas, que, tras la STJCE de 26 de enero de 2010 (as. *Transportes Urbanos y Servicios Generales*) ha de ser objeto de reconsideración, abriéndose la posibilidad, como una de las alternativas posibles, a que esas indemnizaciones por vía de responsabilidad patrimonial queden definitivamente excluidas cuando los actos hayan devenido firmes y consentidos o, incluso, hayan sido objeto de sentencia con fuerza de cosa juzgada.

En cualquier caso, la cuestión no deja de ser insatisfactoria y bien debiera ser objeto de cierta flexibilización, articulando también, a tal efecto, un cauce de revisión, aunque las exigencias fueran más estrictas o rígidas que las generales.

(16) Lo ha advertido oportunamente M. REBOLLO PUIG, en vol. col. (dir. Germán Fernández Farreres) *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, pp. 412 y ss.

COMENTARIO A LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO, DE MODIFICACIÓN DE LAS LEYES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE RECURSOS, Y DE LA LEY DE JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

LUIS ÁNGEL BALLESTEROS MOFFA

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de León

RESUMEN

Comentario a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las leyes de contratación pública en materia de recursos, y de la ley de jurisdicción contencioso-administrativa

No por conocida es menor la inseguridad que en el operador produce la fugacidad de la normativa de contratación pública, espoleada por las renovadas exigencias de competencia y eficacia procesal del Derecho comunitario. Máxime cuando, a los dos años y medio de vigencia de las Leyes de Contratos del Sector Público y Sectores Excluidos, se cierne sobre ellas su primera modificación sustantiva, junto a otras reformas, como la del Proyecto de Ley de Economía Sostenible —sobre todo restrictiva de los modificados—; el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de Medidas para el Impulso de la Recuperación Económica y el Empleo —en el marco igualmente de la Estrategia de Economía Sostenible—; la Ley 15/2010, de 5 de julio, de Modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen Medidas de Lucha contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales; o los actualizados umbrales, modelos y Anexos. Precipitada por la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifican las Directivas de recursos 89/665/CEE y 92/13/CEE, últimas garantías del sistema de contratación, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, tiene por objeto la mejora del régimen impugnatorio especial de los actos de preparación, adjudicación y formalización del contrato, especialmente en lo que atañe a la creación de un órgano administrativo especializado para su conocimiento, con el retorno a la adjudicación única como «efecto colateral» al nuevo recurso especial y cuestión de nulidad en la Ley de Contratos del Sector Público.

Palabras clave: recurso especial en materia de contratación; cuestión de nulidad; medidas cautelares; Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; adjudicación provisional y definitiva.

ABSTRACT

Analysis of the Law 34/2010, of August 5, about the Amendment of the Laws of Public Recruiting in the Matter of Resources, and of the Law of Contentious Administrative Jurisdiction

Not for being well known is the operator's insecurity, caused by the fleeing nature of public procurement regulation, smaller, spurred by renewed demands for procedural competence and effectiveness of Community law. Especially when, after two and a half years of application of the Laws of the Public Sector Contracts and Excluded Sectors, hovers over them their first substantive amendment, along with other reforms, such as the Sustainable Economy Bill —restrictive especially those modified—, Royal Decree-law 6/2010 of April 9th, Measures to Promote Economic Recovery and Employment —also under the Strategy for Sustainable Economy—, Law 15/2010 of July 5th, amending Law 3/2004 of December 29th, establishing Action Against Late Payment in Commercial Operations, or the updated thresholds, models and Annexes. Precipitated by Directive 2007/66/EC amending Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC Resources, latest recruitment system guarantees, Law 34/2010 of August 5th has studied aimed at improving the special impugnatory regime of the acts of preparation, award and formalization of the contract, especially as regards the creation of a specialized administrative body for its information, with the return to the single award as «side effect» to the particular review and the question of ineffectiveness the Law on Public Sector Contracts.

Key words: Special review procurement; question of ineffectiveness; interim measures; Central Administrative Tribunal Contract Resources, provisional and final award.

SUMARIO

- I. RÉGIMEN ESPECIAL DE REVISIÓN Y DOBLE ACTO DE ADJUDICACIÓN EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.
- II. REFUNDICIÓN DE LA ADJUDICACIÓN PROVISIONAL Y DEFINITIVA: LA EXIGENCIA COMUNITARIA DE UN PLAZO SUSPENSIVO MÍNIMO O DE ESPERA ENTRE LA ADJUDICACIÓN Y LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO A EFECTOS DE LA EFICAZ INTERPOSICIÓN DEL RECURSO ESPECIAL CON EFECTOS SUSPENSIVOS.
 - 1. **Situación anterior a la reforma: plazo de espera entre la publicación de la adjudicación provisional y la adjudicación definitiva, con suspensión automática de la adjudicación provisional recurrida. Perfección del contrato con su adjudicación definitiva.**
 - 2. **En virtud de la reforma: plazo de espera entre la remisión de la notificación de la adjudicación única y la formalización, con suspensión automática de la adjudicación recurrida. Perfección del contrato con su formalización.**
- III. RÉGIMEN ESPECIAL DE REVISIÓN CONTRACTUAL Y TUTELA CAUTELAR.
 - 1. **Situación anterior con arreglo a la Directiva de recursos 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989.**
 - 2. **La reforma propiciada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.**
- IV. CUESTIÓN DE NULIDAD.
- V. CONCLUSIÓN.

I. RÉGIMEN ESPECIAL DE REVISIÓN Y DOBLE ACTO DE ADJUDICACIÓN EN LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Si el «Vía Crucis de la transposición de la normativa comunitaria en materia de contratación pública»⁽¹⁾ descansó fundamentalmente en el problema de su alcance subjetivo, puede afirmarse que en los últimos años la controversia ha pivotado en torno a la eficacia del régimen cautelar e impugnatorio contra las infracciones de los procedimientos de selección [SSTJCE de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España* (C-214/00); 12 de febrero de 2004, *Grossmann Air Service* (C-230/02); y 3 de abril de 2008, *Comisión/España* (C-444/06)]. Pese al avance experimentado a este respecto por las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP

(1) DEL SAZ, S., «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre/diciembre 2007, p. 351.

en lo sucesivo)⁽²⁾ y 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales (LCSE en lo sucesivo), ha sido la insatisfacción persistente en este renovado régimen por parte de las instituciones europeas y la doctrina⁽³⁾, y no sólo la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas de recursos 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos⁽⁴⁾, lo que ha propiciado la primera reforma sustantiva de la LCSP y la LCSE⁽⁵⁾.

Reforma que va más allá de lo que podría esperarse, habida cuenta que esta Ley 34/2010, de 5 de agosto, de Modificación de la LCSP, LCSE y Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para Adaptación a la Normativa Comunitaria de las Dos Primeras, no sólo afecta al recurso especial y sus efectos (en particular, nuevos órganos independientes de resolución y supuestos especiales de nulidad), sino, respecto de la LCSP, al momento dentro del procedimiento de adjudicación en que cabe impugnar sus actos a efectos de que la tutela cautelar y resolución de los recursos resulten eficaces con arreglo al Derecho comunitario. Una circunstancia que la hace extensiva a aspectos tan estructurales del sistema público de contratación como son el replanteamiento de la dicotomía adjudicación provisional/definitiva; la notificación de la adjudicación, tanto en su concreción temporal a efectos del cómputo del plazo de interposición del recurso como en sus obligaciones de contenido; el *iter* cronológico de los distintos trámites; o la formalización y perfección del contrato⁽⁶⁾.

La Ley 34/2010, se centra en racionalizar la tramitación de toda esta fase final de adjudicación y perfección del contrato para la plena implementación de aquéllas con arreglo al Derecho comunitario.

(2) «Con la misma finalidad de incorporar normas de Derecho comunitario derivado, se articula un nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación, con el fin de transponer la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (Exposición de Motivos, apartado IV, punto 3, *in fine*, de la LCSP).

(3) Con fecha de octubre de 2009, la Comisión Europea instó oficialmente a España a dar cumplimiento a la STJCE de 3 de abril de 2008, *Comisión/España* (C-444/06), por considerar que el sistema cautelar y de recursos introducido por la LCSP seguía sin ajustarse plenamente a la Directiva de recursos 89/665/CEE (art. 228 del Tratado de la Comunidad Europea).

(4) Cuyo plazo de incorporación al Derecho interno, por cierto, concluyó el 20 de diciembre de 2009, con arreglo a su artículo 3.

(5) Véase el informe 45/2010, de 28 de septiembre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre «los supuestos de Derecho transitorio que pueden derivar de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto». Por otra parte, y como otro sector especial que parten de este renovado régimen general de contratación pública, puede consultarse en la Plataforma Electrónica de Contratación del Estado (<http://contrataciondelestado.es>) el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público en el Ámbito de la Defensa y la Seguridad, en transposición de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009.

(6) Además, con sorprendente cabida en una Ley sobre contratación pública, durante su tramitación parlamentaria en el Senado han sido incluidas, sobre la base de dos enmiendas transaccionales de *Convergència i Unió*, tanto una modificación del impuesto de sociedades (art. 30.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo) como otra del artículo 93.2, párrafo primero, de la

En el bien entendido que ya con anterioridad a la reforma se contemplaban, sólo que referidas a la adjudicación provisional, las dos exigencias cardinales para garantizar los efectos de la resolución del procedimiento de impugnación, en los términos de la jurisprudencia comunitaria y Directiva 2007/66/CE: la previsión de un plazo de espera para la interposición del recurso durante el cual se paralice la tramitación del procedimiento, y la suspensión automática de los acuerdos de adjudicación una vez impugnados durante ese plazo ya suspensivo, sin perjuicio de otras medidas provisionales incluso previas al recurso. Centrándose pues la Ley 34/2010 en racionalizar la tramitación de toda esta fase final de adjudicación y perfección del contrato para la plena implementación de aquéllas con arreglo al Derecho comunitario, y en la independencia de los órganos competentes para la resolución del recurso y supuestos especiales de nulidad contractual, las otras dos cuestiones clave para la eficacia impugnatoria⁽⁷⁾.

II. REFUNDICIÓN DE LA ADJUDICACIÓN PROVISIONAL Y DEFINITIVA: LA EXIGENCIA COMUNITARIA DE UN PLAZO SUSPENSIVO MÍNIMO O DE ESPERA ENTRE LA ADJUDICACIÓN Y LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO A EFECTOS DE LA EFICAZ INTERPOSICIÓN DEL RECURSO ESPECIAL CON EFECTOS SUSPENSIVOS

1. Situación anterior a la reforma: plazo de espera entre la publicación de la adjudicación provisional y la adjudicación definitiva, con suspensión automática de la adjudicación provisional recurrida. Perfección del contrato con su adjudicación definitiva

Ante la obligada transposición de la Directiva de recursos 89/665/CEE según la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, con la introducción de un recurso especial en materia de contratación cuya eficacia exigía la congelación procedimental y medidas suspensivas en caso de impugnación, el legislador de la LCSP, rescatando una antigua dualidad, optó por diferenciar entre la adjudicación provisional y la definitiva, a fin de que la posible impugnación especial y suspensión automática asociada pudiesen recaer sobre la primera⁽⁸⁾ y entre ambas así el plazo de espera para la interposición del recurso (diez días hábiles⁽⁹⁾ siguientes a la publicación de la provisional en un diario oficial o perfil de contratante)⁽¹⁰⁾, de suerte que el contrato no dejara de perfeccionarse por el solo consentimiento (tradicional principio antiformalista), esto es, con su

Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios (disposiciones finales primera y segunda, respectivamente).

(7) Respecto a esta primera reforma sustantiva del régimen público de contratación, pueden consultarse las recientes obras de MORENO MOLINA, J.A., *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos. Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto*, La Ley, Madrid, 2010; PULIDO QUECEDO, M., *El Nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2010; CANALES GIL, A., *Contratación del sector público tras las reformas de 2010*, Reus, Madrid, 2010; y mi monografía *La adjudicación de contratos en el sector público*, Thomson-Civitas, Navarra, 2010.

(8) Anterior artículo 37.7 LCSP.

(9) O siete en caso de tramitación urgente de la adjudicación (anterior art. 37.6, tercer párrafo, LCSP).

(10) Mientras que para el resto de actos susceptibles del recurso especial, el mismo plazo de interposición había de computarse desde el día siguiente a la notificación o publicación de éstos (anteriores arts. 37.6, primer párrafo, y 135.4 LCSP).

adjudicación definitiva previa a la formalización⁽¹¹⁾. Entre una y otra adjudicación tendría lugar la constitución de la garantía definitiva y acreditación del resto de documentación exigida al adjudicatario interino⁽¹²⁾.

2. En virtud de la reforma: plazo de espera entre la remisión de la notificación de la adjudicación única y la formalización, con suspensión automática de la adjudicación recurrida. Perfección del contrato con su formalización

Con anterioridad a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, no faltaban motivos para dudar del sistema instaurado por la LCSP y su bifurcación de la adjudicación entre provisional y definitiva (a pesar del nuevo régimen, requerimiento de la Comisión Europea para dar pleno cumplimiento a la STJCE de 3 de abril de 2008, *Comisión/España*, C-444/06). Aparte de las carencias del recurso especial, sobre todo respecto de los órganos de resolución y exclusivo amparo prácticamente de la contratación armonizada —si bien esto último acorde con el Derecho comunitario, insuficiente desde el punto de vista interno en cuanto tutela de mínimos, por cierto aún no resuelta—, dos al menos fueron los problemas conectados con la eficacia impugnatoria que, a la luz de la nueva Directiva, han llevado definitivamente a plantear la reforma:

Por un lado, la imprecisa determinación del *dies a quo* del plazo de espera para la posible interposición del recurso especial (como se ha dicho, diez días hábiles desde la publicación de la adjudicación provisional en un diario oficial o perfil de contratante, o desde que se notifique o publique el resto de actos impugnables), y del propio contenido de la información suministrada al efecto a candidatos y licitadores, sólo completa previa petición de éstos conforme al artículo 135.3 LCSP (adjudicación provisional) con remisión al 137.1 LCSP (adjudicación definitiva). Lo cual, como se verá, supondrá la modificación del cómputo del plazo de interposición del recurso especial —que exige el mismo plazo de espera para la tramitación de los contratos susceptibles del recurso— a partir de la notificación, que permite garantizar su simultaneidad para todos los candidatos y licitadores (quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación, aparte del resto de actos impugnables⁽¹³⁾), amén de una nueva regulación más tuitiva de dicha notificación en cuanto a su contenido obligatorio⁽¹⁴⁾ y medios para efectuarla, incluido el correo electrónico, de acuerdo con los nuevos artículos 130.1.d)⁽¹⁵⁾ y 135.4 LCSP, y 28⁽¹⁶⁾ de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

(11) Anteriores artículos 27.1 y 140 LCSP.

(12) Anterior artículo 135.4 LCSP.

(13) Nuevos artículos 314 y 140.3 LCSP.

(14) Albergando una información —antes sujeta a previa solicitud del interesado— suficiente al menos para permitir al licitador excluido o candidato descartado interponer recurso especial contra la decisión de adjudicación, suficientemente fundado, expresiva en particular de los extremos referidos en los artículos 135.4 y 137 LCSP.

(15) «Las proposiciones en el procedimiento abierto y las solicitudes de participación en los procedimientos restringido y negociado y en el diálogo competitivo deberán ir acompañadas de los siguientes documentos:

»[...] d) En su caso, una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones».

(16) Precepto que sustituye el anterior apartado 3 del artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual había sido introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Las notificaciones electrónicas del artículo 28 de la Ley 11/2007 han sido desarrolladas para la Administración General del Estado y sus Organismos públicos por los artículos 35 y ss. del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre.

Y relacionado con lo anterior, la abigarrada tramitación del procedimiento de adjudicación a efectos del cumplimiento de las exigencias comunitarias para la eficacia de los efectos del recurso, máxime cuando la Directiva 89/665/CEE, una vez modificada por la Directiva 2007/66/CE, fija indubitadamente entre la adjudicación y celebración del contrato los plazos de espera e interposición del recurso, sin perjuicio de la previa impugnación de los pliegos, documentos análogos y actos de trámite cualificados (arts. 2 bis, primer párrafo del apartado 2⁽¹⁷⁾, y 2 quáter⁽¹⁸⁾, respectivamente), lo que es reconocido en parte por la Exposición de Motivos de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, al señalar que «ha sido necesario dar solución a la contradicción aparente que podía suponer para el carácter universal del recurso el hecho de que los actos producidos entre la adjudicación provisional y la definitiva quedaran fuera del ámbito de aplicación del mismo, pues, si bien se trata de actos de cumplimiento prácticamente mecánico en los que la controversia jurídica es apenas imaginable, conceptualmente deben ser susceptibles de recurso también para dar plena satisfacción a la configuración que del mismo hace la nueva Directiva 2007/66/CE»⁽¹⁹⁾.

En este sentido, no puede desconocerse la controvertida impugnación contencioso-administrativa de la adjudicación definitiva, incluso conforme al régimen general, al establecer el artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que «no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma». En calidad de acto que eleva a definitiva una adjudicación provisional, el Informe 18/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, se manifiesta taxativo al afirmar que «[...] si bien la adjudicación definitiva que confirma la provisional es un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa y que por lo tanto, en principio, sería susceptible de recurso potestativo de reposición o directamente de recur-

(17) «En el caso de los contratos regulados por la Directiva 2004/18/CE, la celebración del contrato consecutiva a la decisión de adjudicación no podrá tener lugar antes de que expire un plazo de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya remitido, por fax o por medios electrónicos, la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, antes de que expire un plazo de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya remitido la decisión de adjudicación del contrato a los licitadores y candidatos afectados, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de la recepción de la decisión de adjudicación del contrato».

(18) «Si la legislación de un Estado miembro dispone que cualquier recurso contra una decisión de un poder adjudicador tomada en el marco o con relación con un procedimiento de adjudicación de contrato regulado por la Directiva 2004/18/CE debe interponerse antes de que expire un plazo determinado, este plazo deberá ser de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la decisión del poder adjudicador haya sido comunicada por fax o por medio electrónico al licitador o candidato, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la decisión del poder adjudicador se haya remitido al licitador o candidato, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la decisión del poder adjudicador. La comunicación de la decisión del poder adjudicador a cada licitador o candidato irá acompañada de la exposición resumida de las razones pertinentes. En el caso de los recursos interpuestos contra las decisiones a que se refiere el artículo 2, apartado 1, letra b), de la presente Directiva, que no estén sujetos a una notificación específica, el plazo será de al menos diez días civiles a partir de la fecha de publicación de la decisión en cuestión».

(19) «Una buena muestra [...] de que la solución de la doble adjudicación no es “redonda” es el hecho de que las varias reformas de la LCSP que se han promovido desde su entrada en vigor han incidido en modificar esta cuestión, y también varios reales decretos han introducido especialidades que incidían en aliviar ese doble trámite»: CARBONERO GALLARDO, J.M., *La adjudicación de los contratos públicos*, Prólogo de Luciano Parejo Alfonso, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2010, p. 455.

so contencioso-administrativo, según las reglas generales de medios de impugnación de los actos administrativos; atendiendo a esta peculiar configuración de la adjudicación definitiva como un acto de reproducción y confirmación de la provisional, resulta inadmisibile el recurso contencioso de conformidad con el sentido del artículo 28 de la LJCA [...]»⁽²⁰⁾.

Será una completa reforma de la tramitación final del procedimiento de adjudicación lo que felizmente reconduzca la situación, con la refundición de los actos de adjudicación provisional y definitiva en una única adjudicación; la cual, tras un período mínimo⁽²¹⁾ de espera de quince días hábiles siguientes a la remisión de su notificación al objeto de su eficaz impugnación especial para aquellos contratos sujetos a ella⁽²²⁾, dé lugar, sin actuación intermedia alguna no derivada del recurso y sin perjuicio de los efectos suspensivos automáticos ligados a él, a la perfección del contrato con su formalización⁽²³⁾. Como señalaba el Dictamen 499/2010, de 29 de abril, del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la reforma, «la regulación proyectada exige una determinada forma para que los contratos celebrados por los poderes adjudicadores se perfeccionen: la formalización pasa a ser, por tanto, constitutiva del contrato», lo que supondrá la desaparición como causa de resolución del contrato de su falta de formalización con la supresión de los artículos 206.d) y 208.1 LCSP. La documentación justificativa de la garantía definitiva⁽²⁴⁾ y demás requisitos serán requeridos al licitador seleccionado con carácter previo a la adjudicación, debiendo ser presentada dicha documentación en el plazo de diez días hábiles o superior autonómico, no siendo hasta su recepción cuando tenga lugar la adjudicación en el plazo de cinco días hábiles.

Modificación del cómputo del plazo de interposición del recurso especial a partir de la notificación.

(20) Hace especial hincapié en las consecuencias de este diseño legal, GIMENO FELIÙ, J.M.^a, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Thomson-Civitas, Navarra, 2010, pp. 250 y ss.

(21) Pues la legislación autonómica puede ampliarlo hasta el máximo de un mes (art. 140.3 LCSP, conforme a la Ley 34/2010, de 5 de agosto).

(22) El artículo 140.3 LCSP, con arreglo a su modificación por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, fija el plazo de formalización del contrato en función de si éste es susceptible de recurso especial (no antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos ex artículo 135.4, o plazo mayor autonómico hasta un mes) o no lo es (no más tarde entonces de los quince días hábiles siguientes a la recepción de dicha notificación). A estos efectos, ha sido modificado el artículo 174.1.a) LCSP, en el sentido de que no serán de aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada de otros poderes adjudicadores distintos de la Administración, las normas establecidas en el artículo 140 LCSP sobre formalización de los contratos «sin perjuicio de que deba observarse el plazo establecido en su apartado 3 y lo previsto en el apartado 5», al ser susceptibles también del recurso especial conforme al artículo 310.1 LCSP.

(23) Con independencia de que proceda la cuestión de nulidad de los nuevos artículos 37 a 39 LCSP, en cuyo caso los plazos de interposición serán los fijados en el artículo 39.3 y 4 LCSP, no produciendo por sí sola efectos suspensivos.

(24) Téngase en cuenta, respecto de la garantía definitiva en los contratos de concesión de obras públicas, el nuevo apartado 4 del artículo 83 LCSP introducido por la disposición adicional sexta de la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las Infraestructuras y los Servicios de Información Geográfica en España.

III. RÉGIMEN ESPECIAL DE REVISIÓN CONTRACTUAL Y TUTELA CAUTELAR

1. Situación anterior con arreglo a la Directiva de recursos 89/665/ CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989

Más allá del sistema general de invalidez de los contratos ligado a la nulidad o anulabilidad de los actos separables (arts. 31 a 36 LCSP), cuyos principales trazos subsisten tras la reforma, los artículos 37 y 38 LCSP regularon *ex novo* un recurso especial en materia de contratación pública con el fin, según la Exposición de Motivos, de transponer la Directiva de recursos 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Luxemburgo. Un recurso que permitiera corregir las infracciones cuando aún no resultaran irreversibles (congelación procedimental y medidas suspensivas), a través de la anulación de aquellas decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación —incluyendo la supresión de características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los pliegos, anuncio indicativo, anuncio de licitación o cualquier otro documento de licitación o adjudicación—, la retroacción de actuaciones, o la adjudicación del contrato a otro licitador. Con anterioridad, la STJCE de 15 de mayo de 2003 (*Comisión/ España*, C-214/00)⁽²⁵⁾ condenó al Reino de España por inadecuada transposición de la Directiva de recursos, lo que llevó a nuestro legislador, a través de las oportunas modificaciones e incorporación de los antiguos artículo 60 bis y disposición adicional decimosexta en el anterior Texto Refundido⁽²⁶⁾, a extender el sistema de recursos a las adjudicaciones realizadas por las sociedades de Derecho privado que cumplieran los requisitos comunitarios de organismos públicos, y habilitar la adopción de medidas cautelares con independencia de la interposición previa del recurso⁽²⁷⁾.

El objeto de este recurso administrativo *ad hoc*, sólo coincidente en parte con el del régimen general de invalidez determinante de la nulidad de los contratos (art. 31 LCSP⁽²⁸⁾), eran los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que estable-

(25) Véase, asimismo, la STJCE de 12 de febrero de 2004, *Grossmann Air Service* (C-230/02).

(26) En virtud de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Véanse GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Artículo 60 bis. Medidas provisionales», en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 317 a 327; BAÑO LEÓN, J.M.ª, «El contencioso precontractual», en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 329 a 363; DE LA SIERRA, S., «Las “medidas cautelares” en la contratación pública. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 y de la subsiguiente reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 164, mayo/agosto 2004, pp. 211 a 230; BACA ONETO, V.S., *La invalidez de los contratos públicos*, Prólogo de José Luis Martínez López-Muñiz, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pp. 298 y ss.; y GIMENO FELIÚ, J.M.ª, «El recurso especial en la LCSP: ¿adecuación a su finalidad?», en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Documentación Administrativa, núms. 274/275, enero/agosto 2006, pp. 381 a 405.

(27) Normativa que, no obstante, ha vuelto a propiciar la condena de nuestro país por incumplimiento de la Directiva, al no establecer un período obligatorio para que el poder adjudicador notifique la decisión de adjudicación a todos los licitadores, y no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración (STJCE de 3 de abril de 2008, *Comisión/ España*, C-444/06).

(28) Contratos de las Administraciones públicas, en todo caso, y contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados del artículo 17 LCSP, bien por nulidad o por anulabilidad de alguno de sus actos preparatorios o de los de adjudicación provisional o definitiva (adjudicación única conforme a la Ley 34/2010, de 5 de agosto).

cieran las características de la prestación, y los actos de trámite cualificados previos⁽²⁹⁾; siempre que todos ellos fueran adoptados en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada de cualquier poder adjudicador, incluidos los contratos subvencionados y otros contratos del artículo 37.1 LCSP, restricción que mereció la crítica tanto del Consejo Económico y Social como del Consejo de Estado, y de la propia doctrina⁽³⁰⁾.

(29) Aunque la imprecisa expresión «actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente» parecía hacer referencia a aquellos actos de trámite —cualificados— de la fase de preparación (CHINCHILLA MARÍN, C., «La nueva ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 79, septiembre/diciembre 2007, p. 65), una interpretación extensiva —abonada por la STJCE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau* (C-26/03)— permitía extender este régimen especial de impugnación administrativa a todos aquellos actos de trámite cualificados que tengan lugar con carácter previo a la adjudicación provisional en el procedimiento de adjudicación *stricto sensu*. En este sentido, SANMARTÍN MORA, M.^a A. se preguntaba cuáles son las posibilidades de defensa que tienen los licitadores frente a las decisiones de la Mesa de contratación, «pues no cabe duda de que la exclusión de una empresa del procedimiento de adjudicación del contrato tiene unos efectos decisivos para la misma» («La configuración de los órganos de asistencia al órgano de contratación en la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007», en GIMENO FELIÜ, J.M.^a [ed.], *El Derecho de los contratos del sector público*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 154). Por otra parte, según el segundo párrafo del artículo 37.2 LCSP, «los defectos de tramitación que afecten a actos distintos podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación provisional».

(30) Según el Dictamen del Consejo Económico y Social 4/2006, de 20 de febrero, el recurso especial no debería estar restringido a los contratos sujetos a regulación armonizada, junto a aquellos otros contratos, de suerte que se pudiera acudir a las medidas provisionales ligadas a este recurso en toda clase de contratos, con carácter preferente a las medidas de similar naturaleza contempladas en la legislación administrativa general. En su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, el Consejo de Estado abogó también por la extensión de estos mecanismos de garantía a todos los contratos regulados por el Anteproyecto de la LCSP, aun cuando las exigencias de la Directiva de recursos quedarán cumplidas con aquel ámbito, toda vez que la conveniencia de rapidez y eficacia de la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación es extensible a cualquier contrato público, esté o no sujeto a regulación armonizada, no hallándose pues suficientemente justificada dicha discriminación en aras de la seguridad jurídica. Desde la misma perspectiva crítica, CEPEDA MORRÁS, J. y YÁÑEZ DÍAZ, C. (coord.), *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 39 y 199; MORENO MOLINA, J.A., «La falta de adecuación de la Ley española de Contratos del Sector Público al Derecho comunitario europeo», XVI Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza, octubre 2008, pp. 203 y ss.; BERASATEGUI, J., «El control administrativo independiente de la contratación pública», *La Ley*, núm. 6650, febrero 2007, pp. 4 y ss.; LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, M.^a, «El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares», en AGUILERA GONZÁLEZ, F.P. y MORENO MOLINA, J.A. (coord.), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, pp. 289 y ss.; LÓPEZ-MENÉNDEZ DE LA CRUZ, C., «El recurso especial en materia de contratación», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 71, enero 2008, pp. 50 a 62; GUINOT BARONA, M., «El nuevo recurso especial en materia de contratación y las medidas provisionales en la Ley de Contratos del Sector Público», *La Ley*, núm. 6882, febrero 2008, pp. 1 a 7; PÉREZ ROLDÁN, M.^a, «El recurso administrativo especial en materia de contratación pública y las medidas provisionales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 15, mayo 2008, pp. 49 a 90; GUERRERO FLORES, T., «El recurso especial en materia de contratación», *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 2, 2008, pp. 228 a 242; DOMÍNGUEZ CALVO, A., «La doble vía de impugnación en sede administrativa en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 2, 2008, pp. 243 a 258; GIMENO FELIÜ, J. M.^a, «El recurso especial en la LCSP...», op. cit., pp. 392 y ss.; BAÑO LEÓN, J.M.^a, «Tutela judicial precontractual», en BERMEJO VERA, J. (dir.) y BERNAL BLAY, M.A. (coord.), *Diccionario de contratación pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 688 y 699; NOGUERA DE LA MUELA, B., «El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE», en GIMENO FELIÜ, J.M.^a (ed.), *El Derecho de los contratos del sector público*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 318 y ss.; MORENO MOLINA, J.A., «Un mundo para SARA». Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los

Por otra parte, aunque sustitutivo de los recursos administrativos ordinarios, el recurso no dejaba de responder a un perfil administrativo al uso cuya resolución sólo procedía la interposición del recurso contencioso-administrativo, siendo competentes para resolverlo los órganos administrativos de contratación o aquellos órganos administrativos vinculados a la entidad contratante no administrativa, sin perjuicio de la legislación autonómica. Lo que permitía abundar en su carácter insuficiente para cumplir con las exigencias comunitarias, cuyo control del procedimiento de adjudicación sólo quedaría verdaderamente garantizado por un órgano judicial o con garantías equivalentes de independencia respecto del poder adjudicador⁽³¹⁾.

Como concluía BAÑO LEÓN⁽³²⁾, «no se trata de modificar tanto el sistema de recursos administrativos en la contratación como de reformar profundamente el contencioso-administrativo precontractual»⁽³³⁾. Siendo éste, justamente, el «talón de Aquiles» de un régimen que seguía sin dar el salto al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sobre todo en la tutela cautelar, como viene defendiendo nuestra doctrina más autorizada⁽³⁴⁾.

contratos sujetos a regulación armonizada», *Revista de Administración Pública*, núm. 178, enero/abril 2009, pp. 205 y ss.; DÍAZ LEMA, J.M., «Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad de la Ley de Contratos del Sector Público?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 141, enero/marzo 2009, pp. 35 y ss.; y GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A., «Paradojas y sorpresas de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 142, abril/junio 2009, pp. 298 y ss.

(31) A juicio del Consejo de Estado (Dictamen 514/2006, de 25 de mayo), aunque la solución adoptada no era contraria a la Directiva de recursos, el sistema de recursos especiales ganaría si se atribuyese su resolución a un organismo administrativo independiente y compuesto por especialistas. Son precedentes autonómicos, en este sentido, el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de las Illes Balears, que atribuye la competencia del recurso especial en materia de contratación autonómica a la Junta Consultiva de Contratación; el artículo 210 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, donde se configura una reclamación administrativa especial frente a los actos de preparación y adjudicación contractual; y la disposición adicional cuarta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Financieras y Administrativas, por la que se autoriza al Gobierno catalán a la creación de un órgano colegiado independiente para el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan en relación con los procedimientos de contratación de la Administración de la Generalitat de Cataluña y su sector público.

(32) «Tutela judicial precontractual», op. cit., p. 680.

(33) Así, el *référé précontractuel* del Derecho francés, recurso de carácter jurisdiccional, urgente y preventivo para todos los contratos, creado por el legislador francés en 1992 (Ley de 4 de enero de 1992 y Decreto de 7 de septiembre de 1992). Recientemente, BOITEAU, C., «La legitimación en el procedimiento de urgencia precontractual L'Arrêt SMIRGEOMES del Consejo de Estado Francés», *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero/abril 2010, pp. 207 a 218; GAUDEMET, Y., «Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs: mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire», *Revue du Droit Public*, núm. 2, mars/avril 2010, pp. 313 a 326; y BRACONNIER, S., «L'autonomie contrastée du contentieux des contrats publics d'affaires», *Revue du Droit Public*, núm. 2, mars/avril 2010, pp. 327 a 348.

(34) Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Artículo 60 bis. Medidas provisionales», op. cit., pp. 317 y ss.; BAÑO LEÓN, J.M., «El contencioso precontractual», op. cit., pp. 338 y ss.; y «Tutela judicial precontractual», op. cit., pp. 678 a 689; NOGUERA DE LA MUELA, B., «El recurso especial en materia de contratación...», op. cit., pp. 329 y ss.; y CHINCHILLA MARÍN, C., «La tutela cautelar», en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 570 y ss.; y «La nueva ley de contratos del sector público...», op. cit., pp. 67 y ss. Para esta última autora, cabe preguntarse «por qué, más allá de las exigencias del Derecho comunitario, habría de establecerse un régimen especial de medidas cautelares en el contencioso-administrativo para la contratación pública, y no para otras manifestaciones de la actividad administrativa, frente a las cuales los administrados pueden estar tan necesitados o más de una protección cautelar de sus derechos que preserve la efectividad de la tutela judicial que en su día pueda otorgarse».

En cuanto a la otra parte del recurso, se hallaban legitimados para su interposición aquellas personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hubieran visto perjudicados o pudieran resultar afectados y, en todo caso, los licitadores. Amplia legitimación que concordaba con el criterio jurisprudencial aplicable al régimen general de impugnación contractual, una vez matizado el criterio de participación en la licitación cuando, en ausencia de ella, se acreditase un interés legítimo⁽³⁵⁾.

Los plazos del recurso eran los siguientes:

- En cuanto al plazo de interposición del recurso: diez días hábiles siguientes a la notificación o publicación del acto impugnado⁽³⁶⁾, con un plazo de tres días hábiles para la subsanación de defectos; o de siete y dos días hábiles, respectivamente, en supuestos de tramitación de urgencia del procedimiento de adjudicación. Interpuesto el recurso, la formulación de alegaciones por los demás interesados podía hacerse en el plazo de cinco días hábiles.
- Para entender desestimado el recurso por silencio negativo a efectos de la posible interposición del recurso contencioso-administrativo, habían de transcurrir veinte días hábiles siguientes a su interposición sin que se hubiese notificado su resolución expresa.

Un recurso que permita corregir las infracciones cuando aún no resultaran irreversibles, a través de la anulación de aquellas decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación.

La resolución del recurso, motivada y congruente, declarararía la inadmisión del recurso, desestimaría las pretensiones formuladas, o las estimaría en todo o en parte con la posible adjudicación del contrato a otro licitador⁽³⁷⁾, debiendo ser notificada a todos los interesados.

Por último, a las medidas provisionales, anudadas intrínsecamente a las exigencias comunitarias, se referían los siguientes preceptos:

- El art. 37.7 LCSP, según el cual, si el objeto del recurso era el acto de adjudicación provisional, quedaría en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta la resolución expresa del recurso —manteniéndose pues la suspensión aun

(35) Cfr. RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., «La legitimación activa para interponer recursos precontractuales en la contratación pública (A propósito de la STC 119/2008, de 13 de octubre)», *Repertorio de Jurisprudencia*, Thomson-Aranzadi, núm. 28, enero 2009, pp. 25 a 27.

(36) En el caso de que el acto recurrido fuera el de adjudicación provisional, el plazo se contaba desde el día siguiente a aquel en que se publicara en el perfil de contratante del órgano de contratación o un diario oficial. Aunque el artículo 135.3 LCSP, al que se remitía el artículo 37.6 LCSP, permitía publicar la adjudicación provisional «en un diario oficial o en el perfil del contratante», su necesaria publicación en este último venía abonada por una interpretación sistemática de dichos preceptos con el inciso final del artículo 42.2 LCSP, que exigía publicar en todo caso la adjudicación provisional en el perfil de contratante del órgano de contratación.

(37) En cuyo caso, se le concedería un plazo de diez días hábiles para cumplimentar lo previsto en el segundo párrafo del artículo 135.4 LCSP, consistente en la presentación de la documentación y constitución de la garantía definitiva exigible (art. 37.9, tercer párrafo, LCSP).

habiendo operado el silencio administrativo—, sin que pudiera procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato⁽³⁸⁾.

- Y el art. 38 LCSP, donde se regulaba la solicitud de medidas provisionales, incluidas medidas de suspensión⁽³⁹⁾, por parte de aquellas personas afectadas y licitadores, bien al tiempo de presentarse el recurso especial, bien con anterioridad a su interposición, decayendo en este caso las medidas adoptadas si no se llegase a interponer el recurso. Eran competentes para adoptar tales medidas los mismos órganos que para resolver el recurso especial, entendiéndose denegada la petición en caso de no recaer resolución expresa en el plazo de dos días hábiles siguientes a su presentación.

2. La reforma propiciada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos

Con base aún en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la STJCE de 3 de abril de 2008, *Comisión/España* (C-444/06), volvió a fallar en contra de esta última por incumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la Directiva de recursos, al no establecer un período obligatorio para la notificación de la decisión de adjudicación a todos los licitadores, y no determinar un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación del contrato y su celebración. Con la de que, mientras las autoridades españolas consideraban satisfechas tales exigencias con el sistema de procedimientos de recurso surgido de la LCSP, para la Comisión Europea se seguía sin dar pleno cumplimiento a la exigencia de un plazo entre la adjudicación y la celebración del contrato que proporcionara a los licitadores no seleccionados los elementos necesarios para poder recurrir efectivamente la decisión de adjudicación ante un organismo independiente en una fase en que todavía fuera posible recurrir las infracciones.

Han sido estos precedentes, con el consiguiente requerimiento oficial a España para el cumplimiento de dicha sentencia en octubre de 2009, de conformidad con el artículo 228 del Tratado de la Comunidad Europea, y no sólo la necesaria transposición de la Directiva 2007/66/CE, lo que ha propiciado la reforma objeto de estudio, por mucho que su Exposición de Motivos aluda tan sólo a la norma comunitaria, en la medida que modifica las Directivas de recursos 89/665/CEE y 92/13/CEE —garantes, respectivamente, de la efectiva aplicación de las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE— tras constatarse determinados puntos débiles en los mecanismos de impugnación.

Desde una mayor sistematización, que lleva a extender a once los tres preceptos anteriores y a incardinar las medidas cautelares dentro de la tramitación cronológica del recurso especial, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, descansa fundamentalmente en el reconocimiento de nuevos órganos especializados para la resolución de estos recursos en materia de contratación —los cuales conocerán también de las cuestiones de nulidad, así como de las reclamaciones y cues-

(38) «No obstante —puntualizaba este precepto— si el recurso se hubiese interpuesto contra el acto de adjudicación provisional de un acuerdo marco del que puedan ser parte un número no limitado de empresarios, el órgano competente para resolverlo podrá levantar la suspensión una vez transcurridos cinco días hábiles desde su interposición».

(39) Que en ningún caso afectarían al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados, según determinaba el artículo 38.5 LCSP.

ciones de la LCSE⁽⁴⁰⁾—, sin perjuicio de la intervención de los órganos de contratación como receptores de un anuncio previo y, en su caso, del propio recurso con remisión siempre del expediente e informe al órgano decisorio, y en el trámite de audiencia previo a la adopción de medidas cautelares, ya solicitadas con anterioridad al recurso ya en su escrito de interposición.

Con la pérdida de las competencias resolutorias por parte de estos órganos de contratación u otros órganos administrativos vinculados a ellos, la reforma atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional la competencia para conocer en única instancia de los recursos deducidos contra las resoluciones de los nuevos órganos independientes, en los términos de los artículos 10.1, letras k) y l), y 11.1, letra f), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, introducidos por el artículo 3 de la Ley 34/2010⁽⁴¹⁾.

Otro de los pilares de la reforma, más allá de la racionalización del procedimiento de adjudicación y consecuente vinculación de los plazos de espera e interposición del recurso a un único acto de adjudicación en los términos estudiados, es el posible levantamiento de la suspensión automática asociada a su impugnación antes de resolverse el recurso y la improcedencia, también en sede de tutela cautelar, de recurrir las decisiones previas a él. Como reconoce su Exposición de Motivos, a la luz del Derecho comunitario, «quedan por resolver algunas cuestiones tales como la relativa a la competencia para la resolución del recurso que la nueva Directiva exige se atribuya a un órgano independiente o a la suspensión de la adjudicación que debe mantenerse hasta que dicho órgano resuelva sobre el mantenimiento o no de ella o sobre el fondo».

Además, el afán de precisión de los artículos 310 a 320 LCSP, ubicados en un último Libro VI de la Ley⁽⁴²⁾ tras albergar los anteriores artículos 37 a 39 la nueva cuestión de nulidad, lleva a una pormenorización de los capítulos del recurso que no siempre se revela necesaria o clarificadora. Desde los contratos y actos recurribles hasta los diferentes actos de incoación, instrucción y resolución del procedimiento, pasando por las medidas cautelares, son objeto de desarrollo cada uno de los aspectos de este régimen jurídico, con la preterición por el contrario de otros elementos de la anterior normativa como el silencio administrativo en la tutela cautelar y revisora —institución que se regirá por las reglas generales— o unos plazos más breves para los supuestos de tramitación urgente de la adjudicación.

Sin cambios sustantivos, pero sí con un mayor orden y detalle, el artículo 310 LCSP especifica los contratos y actos susceptibles del recurso especial en cuyo ámbito no procederá la

(40) Artículos 39.1/311 LCSP y 101.1/111.1 LCSE.

(41) Cuya versión definitiva incorpora las observaciones de carácter formal realizadas por el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 25 de febrero de 2010:

«Uno. La letra k) del apartado 1 del artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa pasa a ser la letra m) y se añaden dos nuevos párrafos k) y l) a dicho apartado 1 con la siguiente redacción:

»k) Las resoluciones dictadas por el órgano competente para la resolución de recursos en materia de contratación previsto en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales.

»l) Las resoluciones dictadas por los Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales”.

»Dos. Se añade una nueva letra f) al apartado 1 del artículo 11 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con la siguiente redacción:

»“f) Las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con excepción de lo dispuesto en el artículo 10.1.k)”».

(42) Que mejora —conforme al Dictamen 499/2010, de 29 de abril, del Consejo de Estado— la previsión del Anteproyecto de añadir un Título IV al Libro V.

interposición de recursos administrativos ordinarios. Pese a las críticas conocidas al limitado objeto de este recurso, dicho precepto lo sigue vinculando prácticamente a la contratación armonizada⁽⁴³⁾ cuando tenga por objeto alguno de los siguientes actos: los anuncios de licitación, pliegos y documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación; los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, con la expresa previsión de que se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores; y los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores. Como se aprecia, la reforma no orilla la precisión de estos actos, aunque la sustitución del inciso «actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente» por el de «actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación» —cualificados, se entiende— puede dejar en desamparo otros actos preparatorios del expediente distintos de los anuncios de licitación, pliegos o documentos análogos. Por lo demás, el párrafo segundo del apartado 5 introduce una previsión innecesaria al colegirse del régimen general de invalidez: «Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

Mayor calado tiene el apartado 6 de este artículo 310, no recogido en el primer borrador del Anteproyecto, según el cual, «el recurso especial regulado en este artículo y los siguientes tendrá carácter potestativo». Previsión fundamental por la inyección de flexibilidad y en parte eficacia judicial directa que supone.

Pero son las partes, como se ha dicho, las que experimentan una radical transformación, no en la vertiente de los recurrentes cuya legitimación permanece igual⁽⁴⁴⁾, sino en la de los órganos competentes para la adopción de medidas cautelares y resolución del recurso, en la medida que, más acorde con el artículo 107.2 de la Ley 30/1992 y exigencias comunitarias, pero sin darse todavía el salto directo al contencioso-administrativo⁽⁴⁵⁾, son instituidos los siguientes

(43) «Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado dos de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

»a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el sector público y el sector privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

»b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros y

»c) Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

»Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17».

(44) Según el artículo 312 LCSP, «podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso».

(45) Según indica el Dictamen 499/2010, de 29 de abril, del Consejo de Estado: «Inicialmente y puesto que la opción más adecuada para la Comisión Europea era el modelo jurisdiccional, se intentó residenciar la competencia para resolver este recurso directamente en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (más concretamente, en los

órganos especializados (art. 311 LCSP, y disposiciones adicionales primera y segunda y transitorias primera y segunda de la Ley 34/2010):

- En el ámbito administrativo estatal y de otros poderes adjudicadores⁽⁴⁶⁾ o contratos subvencionados⁽⁴⁷⁾ a él vinculados, y también de otras Administraciones contratantes adscritas con arreglo al correspondiente convenio⁽⁴⁸⁾; el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, vinculado al Ministerio de Economía y Hacienda. El cual conocerá también de los recursos especiales que se susciten contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas; estableciendo, en su caso, los órganos competentes de las Cortes Generales el órgano que deba conocer del recurso especial en su ámbito de contratación, bajo las mismas condiciones de cualificación, independencia e inamovilidad (nuevo párrafo final de la disposición adicional tercera de la LCSP⁽⁴⁹⁾). Sólo para el conocimiento de aquellos recursos especiales⁽⁵⁰⁾ interpuestos contra actos de la Administración periférica del Estado o de los

En tanto no se desarrolle la composición del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, éste estará compuesto por un Presidente y dos Vocales.

Juzgados Centrales y Provinciales de lo Contencioso- Administrativo). Sin embargo, tras el análisis realizado por diferentes órganos del Ministerio de Justicia se llegó a la conclusión de que, por diversas razones, no es ésa la solución preferible. Así, la Secretaría General Técnica del citado Ministerio subraya que tal atribución de competencia supondría la posibilidad de que actos de entidades de derecho privado fueran directamente impugnados ante dicha Jurisdicción, lo que exigiría introducir la correspondiente modificación en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en cierta medida conduciría a desnaturalizar esa Jurisdicción. Adicionalmente, señala que la Secretaría de Estado de Justicia ha cuestionado la oportunidad de introducir, de una forma u otra, procedimientos especiales para dar prioridad al conocimiento y resolución de determinadas cuestiones o reducir plazos al respecto, debido a que no se cuenta con los medios necesarios para cumplir tales exigencias».

(46) «Cuando se trate de los recursos interpuestos contra actos de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones públicas, la competencia estará atribuida al órgano independiente que la ostente respecto de la Administración a que esté vinculada la entidad autora del acto recurrido. Si la entidad contratante estuviera vinculada con más de una Administración, el recurso deberá interponerse ante el órgano que tenga atribuida la competencia respecto de la que ostente el control o participación mayoritaria y, en caso de que todas o varias de ellas ostenten una participación igual, ante el órgano que elija el recurrente de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado» (art. 311.4 LCSP).

(47) «En los contratos subvencionados a que se refiere el último inciso del artículo 310.1 de esta Ley, la competencia corresponderá al órgano independiente que ejerza sus funciones respecto de la Administración a que esté adscrito el ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, al órgano ante el que el recurrente decida interponer el recurso de entre los que resulten competentes con arreglo a las normas de este apartado» (art. 311.5 LCSP).

(48) Véase *infra*.

(49) «Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, ajustarán su contratación a las normas establecidas en esta Ley para las Administraciones públicas [...]».

(50) «La atribución de competencia a estos Tribunales Territoriales para resolver las reclamaciones previstas en los artículos 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, será objeto de regulación por vía reglamentaria» (disposición adicional primera, apartado 1, último párrafo, de la Ley 34/2010, de 5 de agosto).

Organismos y Entidades dependientes de él en sus diferentes escalones territoriales, podrán constituirse Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales con sede en cada una de las capitales de Comunidad Autónoma.

A la espera del desarrollo reglamentario⁽⁵¹⁾, se trata de órganos administrativos independientes cuyo Presidente y Vocales serán designados por el Consejo de Ministros⁽⁵²⁾ entre funcionarios de carrera para cuyo ingreso se exija el título de Licenciado o Graduado (en Derecho en caso de los Presidentes), y con una antigüedad superior a quince años (diez en los Tribunales Territoriales) preferentemente en el campo de la contratación pública, y para un período de seis años improrrogables pero con una primera renovación parcial por sorteo a los tres años del nombramiento. Para garantizar su independencia e inamovilidad, se prevén unas causas tasadas para la remoción de dichos cargos⁽⁵³⁾. Y en aras de la eficacia del procedimiento de resolución de los recursos por el Tribunal Central, su apoyo técnico y administrativo por parte de la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

- En los ámbitos administrativos de las Comunidades Autónomas y de otros poderes adjudicadores o contratos subvencionados a ellos vinculados⁽⁵⁴⁾, así como de los órganos competentes de sus Parlamentos y de las instituciones autonómicas afines al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo: serán las respectivas normas autonómicas, como no podía ser de otra manera, las que establezcan los órganos competentes para resolver los recursos⁽⁵⁵⁾, con garantías análogas de cualificación jurídica, independencia e inamovilidad, pudiendo atribuir esta competencia al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales conforme al correspondiente convenio con la Administración estatal, sin perjuicio del régimen supletorio contemplado en la disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010⁽⁵⁶⁾.
- En los ámbitos administrativos de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y de otros poderes adjudicadores o contratos subvencionados a ellos vinculados⁽⁵⁷⁾: podrán también designar dichas Ciudades sus propios órganos independientes con los requisitos establecidos para los órganos de las Comunidades Autónomas, o bien atribuir la competencia con arreglo a convenio al Tribunal Administrativo Central.

(51) Según la disposición transitoria primera de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, en tanto no se desarrolle la composición del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, éste estará compuesto por un Presidente y dos Vocales, para cuya provisión se publicará la correspondiente convocatoria en el BOE dentro de los siete días siguientes a la publicación de la Ley. Efectuados los nombramientos, el Tribunal se constituirá en un plazo no superior a siete días, comenzando a recibir y tramitar los recursos a partir de la fecha de su constitución.

(52) A propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y de Justicia.

(53) Aunque el hecho de tratarse de funcionarios de la Administración controlada, los cuales retornarán a ella tras el período de seis años, puede hacer menos creíble la garantía de independencia. Cfr. CARBONERO GALLARDO, J.M., *La adjudicación de los contratos públicos*, op. cit., p. 472.

(54) Artículos 311.2, 4 y 5 LCSP, y disposición transitoria segunda de la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

(55) Siendo posible que las Comunidades Autónomas prevean la interposición de un recurso administrativo previo con efectos suspensivos automáticos sobre los actos de adjudicación impugnados.

(56) Régimen justificado, según la Exposición de Motivos, por la jurisprudencia constitucional al admitir expresamente que el Estado legisle con carácter supletorio sobre materias de competencia autonómica en los supuestos en que se trate de la incorporación al Derecho interno de normativa comunitaria. Aunque lo cierto es que la práctica totalidad del régimen impugnatorio especial reúne carácter básico, conforme a la disposición final séptima de la LCSP, a excepción de los órganos estatales y locales competentes para la resolución del recurso.

(57) Artículo 311.2 *in fine*, 4 y 5 LCSP.

- Y en los ámbitos administrativos de las Corporaciones locales y de otros poderes adjudicadores o contratos subvencionados a ellos vinculados⁽⁵⁸⁾: la competencia será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan establecida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación (acorde al carácter no básico reconocido en la disposición final séptima de la LCSP⁽⁵⁹⁾), correspondiendo, en el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, al mismo órgano competente para resolver los recursos de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se integren. En sede parlamentaria se ha eliminado la posibilidad de que las Corporaciones locales puedan atribuir unilateralmente esta competencia al Tribunal Administrativo Central mediante convenio con la Administración General del Estado.

Por lo demás, conocidas las principales novedades en materia cautelar, tanto de los efectos suspensivos automáticos del expediente de contratación si el acto recurrido es el de adjudicación (art. 315 LCSP), como de cualquier otra medida provisional solicitada previamente al recurso o con su interposición sea cual sea la decisión recurrida (arts. 313, 314.4, 316.3 y 317.4 LCSP)⁽⁶⁰⁾, algunos de los aspectos novedosos en la tramitación del recurso son los siguientes (arts. 314 y ss. LCSP): el ya referido anuncio previo a la interposición del recurso mediante escrito presentado ante el órgano de contratación en el plazo de interposición de éste; presentación del recurso en el registro del órgano de contratación o del órgano decisorio, con los extremos y documentos exigidos en el artículo 314.4, incluido el justificante de haber presentado el anuncio previo, en el plazo de quince días hábiles —bien siguientes a aquel en que se remita la notificación de la adjudicación, a aquel en que los pliegos y documentos análogos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los interesados, al día de publicación del anuncio de licitación, o a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción respecto de los actos de trámite cualificados o resultantes de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad—; los perentorios plazos de subsanación de defectos y de remisión del expediente e informe al órgano decisorio, junto a la del propio recurso de haberse presentado éste ante el órgano de contratación; el plazo simultáneo para el trámite de alegaciones y adopción, en su caso, de medidas cautelares o levantamiento de la suspensión ligada a la impugnación del acto de adjudicación; el principio de oficialidad de la prueba y correspondiente inversión de la carga probatoria; la garantía de confidencialidad y protección de secretos comerciales; y la también detallada regulación de los distintos aspectos de la resolución del recurso, especialmente en lo

(58) Artículo 311.3 (apartado no básico), 4 y 5 LCSP.

(59) En el caso de Castilla y León, la disposición final séptima de la Ley 19/2010, de 22 de diciembre, de Medidas Financieras y de Creación del Ente Público Agencia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León, prevé que «[...] en el ámbito de esta Comunidad y de las Entidades locales de Castilla y León, la Junta de Castilla y León creará un órgano con competencia para la resolución de las impugnaciones reguladas en [la LCSP]».

(60) En cuanto al procedimiento cautelar, las medidas previas al recurso deben ser resueltas por el órgano decisorio en un plazo de cinco días hábiles siguientes a la solicitud tras un trámite de audiencia al órgano de contratación. Si antes de su resolución se hubiese interpuesto el recurso, el órgano decisorio acumulará a éste la solicitud de medidas cautelares resolviendo sobre ellas en la forma establecida para las medidas solicitadas en el escrito de interposición del recurso, esto es, simultáneamente al trámite de alegaciones del procedimiento principal previa audiencia del órgano de contratación —que es cuando también, en su caso, podrá levantar la suspensión automática de la adjudicación recurrida—. Por el contrario, las medidas adoptadas con anterioridad a la presentación del recurso decaerán una vez transcurra el plazo para su interposición sin que el interesado lo haya deducido.

que atañe a la adjudicación del contrato a otro licitador⁽⁶¹⁾, reconocimiento de una indemnización⁽⁶²⁾, o posible imposición de multa por temeridad o mala fe en la interposición del recurso o solicitud de medidas cautelares⁽⁶³⁾.

Junto a la vía contencioso-administrativa expedita contra la resolución de estos recursos ante las instancias jurisdiccionales más atrás referidas (art. 3, apartados uno y dos, de la ley 34/2010), el artículo 319 LCSP reconoce la ejecutividad directa de dichas resoluciones y aplicación, en su caso, del apremio sobre el patrimonio en su ejecución. Habiéndose excluido en sede parlamentaria, respecto de los órganos del artículo 311 LCSP, tanto la revisión de oficio de sus decisiones como la fiscalización financiera de éstos, frente a la legitimación jurisdiccional de las Administraciones públicas para recurrir tales decisiones sin necesidad de declaración de lesividad ni previo requerimiento, careciendo además aquellos de la consideración de parte demandada en favor de las Administraciones o personas favorecidas por el acto objeto del recurso, o bien personadas en tal concepto —como las que hubiesen comparecido en el recurso administrativo especial (nuevos arts. 19.4, 21.3, y nuevos párrafos de los arts. 44.1 y 49.1 Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa)—.

IV. CUESTIÓN DE NULIDAD

Para la Directiva 2007/66/CE, de modificación de las Directivas de recursos, hay tres tipos de infracciones en las que no resulta oportuno o directamente no procede la obligación del período suspensivo y suspensión automática en aras de la eficacia de su impugnación, sino que la nulidad del contrato se considera la manera más eficaz para restaurar la competencia y crear nuevas oportunidades empresariales a aquellos operadores económicos privados ilegalmente de sus oportunidades de competir. De los tres bloques de infracción anudados a la ineficacia contractual como sanción efectiva, proporcionada y disuasoria, sin perjuicio de su sustitución por sanciones alternativas en determinados supuestos, dos afectan a la adjudicación y uno a la celebración o formalización del contrato:

- La adjudicación directa ilegal, práctica que el Tribunal de Justicia ha calificado como la infracción más importante del Derecho comunitario en materia de contratos públi-

(61) «Si como consecuencia del contenido de la resolución fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 135» (art. 317.2, segundo párrafo, LCSP).

(62) Con arreglo a los artículos 317.3 y 318 LCSP, podrá imponerse al poder adjudicador a solicitud del interesado la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios ocasionados, cuya cuantía se fijará atendiendo en lo posible a las reglas y criterios estimatorios del artículo 141.2 y 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con el resarcimiento al menos de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o participación en el procedimiento de contratación. Véase, en este sentido, la interesante STJCE de 9 de diciembre de 2010, *Combinatie/ Provincie* (C-568/08).

(63) «En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de ella. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial, por aplicación del Índice de Precios al Consumo calculado por el Instituto Nacional de Estadística» (art. 317.5 LCSP, introducido por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, durante su tramitación parlamentaria).

cos por parte de un poder adjudicador o entidad contratante, según ponen de manifiesto los considerandos decimotercero y decimocuarto de la Directiva, y que debe incluir todas las adjudicaciones de contratos sin publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea a efectos de la Directiva 2004/18/CE, o procedimientos sin convocatoria de licitación previa en el sentido de la Directiva 2004/17/CE de sectores excluidos.

- La vulneración de las normas sobre adjudicación en los casos de contratos basados en un acuerdo marco o en un sistema dinámico de compra, donde un plazo suspensivo obligatorio podría afectar a la mayor eficiencia que se pretende obtener con estos procedimientos de licitación.
- Y la celebración de contratos con infracción de los presupuestos para un recurso eficaz, esto es, del período suspensivo o de la suspensión automática, si se combina con infracciones de las Directivas 2004/18/CE o 2004/17/CE en la medida en que hayan afectado a las oportunidades del licitador de obtener el contrato.

Pues bien, la obligada incorporación a nuestro Derecho de estos supuestos especiales de nulidad contractual, sumamente acotados y regulados en sus consecuencias y aspectos formales por el legislador comunitario merced a la experiencia de incumplimiento de los Estados miembros, ha llevado a introducir en la LCSP y LCSE una nueva acción administrativa en el ámbito contractual previa al contencioso-administrativo y paralela al recurso especial y cauces ordinarios de revisión administrativa, denominada «cuestión de nulidad». Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 34/2010, el hecho de que sea preciso dar cabida en ambas Leyes a la declaración de nulidad de los contratos en los términos previstos en la Directiva 2007/66/CE, aconseja hacer una reforma que no tiene más alcance que adaptar sendas Leyes a sus nuevas exigencias. Reforma que, por lo que se refiere a la transposición de los artículos 2 quinquies, 2 sexies y 2 septies de la Directiva 89/665/CEE por parte de la LCSP, se traduce, para los mismos contratos del recurso especial salvo para los de gestión de servicios públicos⁽⁶⁴⁾, en los correlativos supuestos especiales de nulidad del artículo 37 LCSP:

- Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el

Algunos aspectos novedosos en la tramitación del recurso: «Anuncio previo a la interposición del recurso mediante escrito presentado ante el órgano de contratación en el plazo de interposición de este»; «presentación del recurso en el registro del órgano de contratación o del órgano decisorio.»

(64) Mientras el Anteproyecto de enero de 2010 se remitía a este respecto a los contratos mencionados en el artículo 310.1 LCSP, el Proyecto de Ley de mayo de 2010 especificaba ya como ámbito de aplicación de la cuestión de nulidad «los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, de esta Ley así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros», dejando fuera a los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del IVA, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Diario Oficial de la Unión Europea, en aquellos casos en que sea preceptivo de conformidad con el artículo 126 LCSP, a excepción de que concurran las tres circunstancias recogidas en el apartado 2 del artículo 37.

- Tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco del artículo 180 LCSP celebrado con varios empresarios que por su valor estimado deba ser considerado sujeto a regulación armonizada, si se hubieran incumplido las normas sobre adjudicación establecidas en el párrafo segundo del artículo 182.4 LCSP; o cuando se trate de la adjudicación de un contrato específico basado en un sistema dinámico de contratación en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que el contrato a adjudicar esté sujeto a regulación armonizada y se hubieran incumplido las normas establecidas en el artículo 186 LCSP sobre adjudicación de tales contratos; en ambos casos salvo concurrencia de las dos condiciones del apartado 3 del artículo 37.
- Y cuando no se hubiese respetado el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 140.3 LCSP para la formalización del contrato, privándose al licitador excluido de la posibilidad de interponer el recurso especial de los artículos 310 y ss. LCSP por infracción del procedimiento de adjudicación; o cuando a pesar de haberse interpuesto este recurso, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido.

Con todo, teniendo en cuenta que nuestro Derecho parte del régimen general de invalidez de los contratos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación en los términos de los artículos 31 y ss. LCSP⁽⁶⁵⁾, y que buena parte del régimen comunitario de ineficacia contractual es coincidente con el del recurso especial, sin ser todas sus reglas imperativas, hubiera sido preferible subsumir las especialidades de tales supuestos de nulidad, y en particular el nuevo acto separable de la formalización, en el cauce procesal del recurso especial con las consecuencias generales de nulidad del contrato salvo razones de interés general (art. 35.3 LCSP). Empero una transposición excesivamente literal de la Directiva, *per se* alambicada y exhaustiva, así como el afán por favorecer en lo posible a la parte adjudicadora, han vuelto a prevalecer una vez más a costa de una diversificación de regímenes, en esta ocasión de procedimientos administrativos de recurso.

Siendo comunes en líneas generales al recurso especial los contratos a los que afecta (art. 37.1 LCSP, que omite no obstante los contratos de gestión de servicios públicos susceptibles de aquél), las personas legitimadas para plantear la cuestión (art. 39.2 LCSP), los órganos competentes para su conocimiento y resolución (art. 39.1 LCSP⁽⁶⁶⁾), y la tramitación del procedimiento cautelar y principal (art. 39.5 LCSP), las peculiaridades de la cuestión de nulidad descansan, junto al casuismo de sus infracciones con la inclusión del acto de formalización y consecuencia de nulidad contractual, en una más pautada y limitada posibilidad de mantener los efectos del contrato afectado por las infracciones (sólo por razones imperiosas de interés

(65) Régimen general de invalidez que afecta a todos los contratos de las Administraciones públicas y contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 LCSP.

(66) Que se remite a los distintos órganos especializados del artículo 311 LCSP, y así, a efectos de la impugnación contencioso-administrativa de sus resoluciones, a las instancias jurisdiccionales de la Ley ritualaria de esta Jurisdicción en los términos del artículo 3 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

general en su concepción restrictiva del artículo 38.2 LCSP⁽⁶⁷⁾, a través de resolución publicada en el perfil de contratante⁽⁶⁸⁾, debiendo ser sustituida entonces la declaración de nulidad por la imposición de multas alternativas o por una reducción proporcionada de la duración del contrato⁽⁶⁹⁾, y en un régimen procedimental más flexible derivado de los distintos plazos para la interposición de la cuestión⁽⁷⁰⁾, su posible inadmisión⁽⁷¹⁾, la exoneración del anuncio previo, la ausencia de efectos suspensivos automáticos, y la ampliación de otros plazos de tramitación.

V. CONCLUSIÓN

Si bien la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de reforma de la legislación contractual en materia de recursos, propiciada por la Directiva 2007/66/CE y carencias del anterior sistema, constituye un evidente paso en la independencia de los órganos competentes para conocer los procedimientos especiales de recurso y, respecto de la LCSP, en la propia certidumbre y racionalización del procedimiento de adjudicación como garantía también para una eficaz impugnación, no menos cierto es que la contratación armonizada continúa siendo prácticamente el límite para este privilegiado régimen de revisión, lejos todavía de un sistema generoso y cabal, donde la cuestión de nulidad y recurso especial converjan en una vía unitaria —cautelar y revisora— con sede en la Justicia administrativa o, en aras de economía organizativa, en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Las peculiaridades de la cuestión de nulidad descansan, junto al casuismo de sus infracciones con la inclusión del acto de formalización y consecuencia de nulidad contractual, en una más pautada y limitada posibilidad de mantener los efectos del contrato afectado por las infracciones.

(67) En el primer borrador del Anteproyecto, no era precisa la concurrencia de estas razones de interés general para los supuestos de formalización ilegal.

(68) Publicidad introducida en el artículo 38.2 LCSP durante la tramitación parlamentaria de la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

(69) Según el artículo 39.5, letras e) y f), no recogidas en el Anteproyecto, el órgano competente para resolver la cuestión de nulidad deberá decidir en su resolución sobre la procedencia de aplicar las sanciones alternativas si el órgano de contratación lo hubiera solicitado en el informe que debe acompañar la remisión del expediente administrativo, sin perjuicio de realizar dicha solicitud, en caso contrario, en el trámite de ejecución de la resolución.

(70) «3. El plazo para la interposición de la cuestión de nulidad será de treinta días hábiles a contar:

»a) desde la publicación de la adjudicación del contrato en la forma prevista en el artículo 138.2, incluyendo las razones justificativas de la no publicación de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea,

»b) o desde la notificación a los licitadores afectados de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 137 en cuanto a los datos cuya comunicación no fuera procedente.

»4. Fuera de los casos previstos en el apartado anterior, la cuestión de nulidad deberá interponerse antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato» (art. 39.3 y 4 LCSP).

(71) Fruto de la necesidad de resolver la compatibilidad o incompatibilidad entre la cuestión de nulidad y el recurso especial, a juicio del Dictamen 499/2010, de 29 de abril, del Consejo de Estado, y a similitud del *référé précontractuel* francés: «El órgano competente podrá inadmitirla cuando el interesado hubiera interpuesto recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes sobre el mismo acto habiendo respetado el órgano de contratación la suspensión del acto impugnado y la resolución dictada» (último inciso del art. 39.2 LCSP, no presente en el Anteproyecto de Ley).

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 extra contractual 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 personas.**
 - D) **Libre circulación de capitales.**
 - a) Aplicación de ventajas fiscales a terceros Estados miembros del Espacio Económico Europeo.
-

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

El principio de proporcionalidad es aplicado por la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), de 29 de julio de 2010, en el Asunto C-188/09, que tuvo por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Naczelny Sąd Administracyjny (Polonia) sobre la interpretación de la Directiva 67/227/CEE del Consejo, de 11 de abril de 1967, Primera Directiva IVA, y de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, Sexta Directiva IVA.

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Profaktor Kulesza, Frankowski, Józwiak, Orłowski sp. j, anteriormente Profaktor Kulesza, Frankowski, Trzaska sp. j (en lo sucesivo, «Profaktor»), y el Dyrektor Izby Skarbowej w Białymstoku (Director de la administración tributaria de Białystok) en relación con la limitación del derecho a deducir el IVA soportado, cuando el sujeto pasivo ha incumplido la obligación de utilizar una caja registradora para contabilizar las ventas hechas a «personas físicas que no actúan en ejercicio de una actividad económica».

Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pidió que se dilucide, esencialmente, si el sistema común del IVA se opone a que un Estado miembro limite transitoriamente el alcance del derecho a deducción del impuesto soportado en relación con los sujetos pasivos que hayan incumplido una formalidad en la contabilización de sus ventas.

Como recuerda la sentencia comentada del TJUE, el objeto del régimen de deducciones es aliviar completamente al empresario del peso del IVA devengado o ingresado en el marco de todas sus actividades económicas. El sistema común del IVA garantiza, por lo tanto, la neutralidad con respecto a la carga fiscal de todas las actividades económicas, cualesquiera que sean los fines o los resultados de éstas, a condición de que dichas actividades estén a su vez, en principio, sujetas al IVA (véase, en particular, la Sentencia de 29 de abril de 2004, *Faxworld*, C-137/02, Rec. p. I-5547, apartado 37).

La lucha contra el fraude, la evasión de impuestos y los eventuales abusos es un objetivo reconocido y promovido por la Sexta Directiva IVA (véanse las Sentencias de 29 de abril de 2004, *Gemeente Leusden y Holin Groep*, C-487/01 y C-7/02, Rec. p. I-5337, apartado 76; y de 21 de febrero de 2006, *Halifax y otros*, C-255/02, Rec. p. I-1609, apartado 71).

En este sentido, la medida nacional de que se trata en el litigio principal tiene por objeto garantizar la percepción exacta del impuesto y evitar el fraude, al exigir a los sujetos pasivos que usen cajas registradoras para contabilizar el volumen de negocios y la cuota del IVA adeudado. La obligación que recae de este modo sobre los sujetos pasivos se encuentra entre las medidas que los Estados miembros pueden adoptar sobre la base del artículo 22, apartado 8, de la Sexta Directiva IVA.

En tales circunstancias, el Tribunal considera que dicha medida, al disponer que en caso de incumplimiento de la referida obligación contable el sujeto pasivo verá la parte del IVA deducible disminuida en un 30%, constituye una sanción administrativa cuyo efecto disuasorio tiene por objeto garantizar la efectividad de la referida obligación.

A falta de armonización de la legislación de la Unión en el ámbito de las sanciones aplicables en caso de inobservancia de los requisitos fijados por un régimen establecido mediante dicha legislación, los Estados miembros son competentes para establecer las sanciones que les parezcan adecuadas. No obstante, están obligados a ejercer esta competencia respetando el Derecho de la Unión y sus principios generales y, por consiguiente, respetando el principio de proporcionalidad (Sentencia de 12 de julio de 2001, *Louloudakis*, C-262/99, Rec. p. I-5547, apartado 67).

Como señala la STJUE de 29 de julio de 2010 en cuanto a la aplicación concreta del principio de proporcionalidad, corresponde al juez remitente apreciar la compatibilidad de las

medidas nacionales con el Derecho de la Unión, dado que el Tribunal de Justicia sólo es competente para proporcionarle todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho de la Unión que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad (véase, en particular, la Sentencia de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, C-55/94, Rec. p. I-4165).

Para el Tribunal, la sanción administrativa que acompaña a dicha obligación tiene el carácter de una carga económica que el legislador nacional pretende hacer pesar sobre el sujeto pasivo en situación de infracción y únicamente mientras ésta dure. Tal elección, que es competencia al Estado miembro de que se trata, no parece ser manifiestamente inadecuada al objetivo perseguido.

La elección de imputar dicha carga económica mediante la retención de una parte del impuesto deducible del IVA devengado y no, en particular, mediante el pago de una cantidad al erario público por parte del sujeto pasivo, también es competencia del Estado miembro de que se trate. No obstante, este mecanismo, en la medida en que incide sobre la cantidad que se tiene derecho a deducir, podría, según el Tribunal, vulnerar el principio de neutralidad en lo que respecta a la carga fiscal de todas las actividades económicas si, en particular, las modalidades para determinar la cuantía de la sanción y las condiciones en que se comprueban, instruyen y, en su caso, juzgan los hechos invocados por la autoridad fiscal para aplicar dicha sanción privaran de su propia esencia al derecho a deducir el IVA.

Si bien es competencia del órgano jurisdiccional remitente comprobar que dichas modalidades y condiciones, tal como resultan de la Ley del IVA de 2004, no tienen tal consecuencia, el TJUE señala a este respecto que el porcentaje de la retención de que se trata en el litigio principal, limitado al 30% y que preserva de este modo lo esencial del importe del impuesto soportado, no parece excesivo ni insuficiente para garantizar el carácter disuasorio de la sanción controvertida y, por lo tanto, la efectividad de ésta.

Por otra parte, tal retención, basada en el importe de las cargas soportadas por el sujeto pasivo, manifiestamente no carece de toda relación con el nivel de actividad económica del interesado.

Asimismo, puesto que dicha sanción no tiene por objeto subsanar errores contables, sino prevenirlos, su carácter global, que resulta de la aplicación del tipo fijo del 30%, y, por consiguiente, la falta de relación entre su importe y el de los eventuales errores del sujeto pasivo no pueden tenerse en cuenta a la hora de apreciar el carácter proporcionado de la referida sanción. Por otra parte, precisamente la falta de cajas registradoras impide la determinación exacta del importe de las ventas efectuadas, por lo que no se puede apreciar si la sanción es adecuada al importe de los eventuales errores contables.

Además, en el caso de que la no utilización de cajas registradoras se debiera a causas ajenas al contribuyente, correspondería al juez nacional tenerlas en cuenta —si la realidad de tales circunstancias quedara debidamente acreditada de conformidad con las normas nacionales procesales y de prueba— para determinar, a la vista del conjunto de los elementos del asunto, si, con todo, debe aplicarse la sanción fiscal y, en caso de que así sea, comprobar que ésta no sea desproporcionada.

De todo cuanto antecede resulta para el Tribunal que procede responder a la cuestión planteada que el sistema común del IVA, como se define en el artículo 2, apartados 1 y 2, de la Primera Directiva IVA y en los artículos 2 y 10, apartados 1 y 2, así como en el artículo 17, apartados 1 y 2, de la Sexta Directiva IVA, no se opone a que un Estado miembro limite transitoriamente el alcance del derecho a deducción del impuesto soportado en relación con los sujetos pasivos que hayan incumplido una formalidad en la contabilización de sus ventas, siempre que la sanción así prevista respete el principio de proporcionalidad.

3. FUENTES

En el período de referencia hay que destacar algunas resoluciones del Tribunal de Justicia sobre fuentes de la Unión.

Sobre la interpretación de las disposiciones y actos de la Unión se pronuncian las SSTJUE de 2 de septiembre de 2010, As. C-66/09, *Kirin Amgen*, y de 21 de octubre de 2010, As. C-185/08, *Latchways* y *Eurosafe Solutions*.

La primera, tras destacar que el Tribunal de Justicia debe interpretar cuantas disposiciones de Derecho de la Unión sean necesarias para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente en las cuestiones remitidas por dichos órganos jurisdiccionales —Fundamento 27—, recuerda que las disposiciones transitorias han de ser objeto de una interpretación estricta —Fundamento 33—. Además, para interpretar una disposición de Derecho de la Unión habrá de tenerse en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte.

La segunda de las sentencias referidas apunta la necesidad de una interpretación uniforme de los actos de la Unión, interpretación que excluye que, en caso de duda, el texto de una disposición sea considerado aisladamente y que exige que sea interpretado y aplicado a la luz de las versiones redactadas en las demás lenguas oficiales —Fundamento 57—.

De otra parte, la STJUE de 28 de octubre de 2010, As. C-350/08, *Comisión c. Lituania*, reitera el momento de constatación del incumplimiento de un Estado de adaptar su Derecho al de la Unión. Dicho momento vendrá determinado por la situación normativa que tuviera el Estado al finalizar el plazo señalado en el dictamen motivado, sin que tenga ningún efecto cualquier cambio que tenga lugar con posterioridad —Fundamento 30—.

Este mismo pronunciamiento contiene una importante manifestación acerca de lo que supone, para su Derecho interno, la adhesión de un Estado a la Unión Europea. En este sentido, el Acta de Adhesión se basa en el principio de aplicación inmediata de la totalidad de las disposiciones del Derecho de la Unión al nuevo Estado miembro, no admitiéndose más excepciones que las expresamente previstas por las disposiciones transitorias —Fundamento 55—. De este modo, la adhesión a la Unión de un Estado implica la vinculación de éste a las disposiciones del Derecho primario y, en particular, a los actos adoptados por las instituciones antes de la adhesión —Fundamento 56—.

Ahora bien, la sentencia que comentamos contiene ciertas previsiones a tener en cuenta por el nuevo Estado miembro entre el momento de la firma del Tratado de Adhesión y el momento de su entrada en vigor. Así, respecto a los actos de Derecho derivado aprobados en ese paréntesis (entre la firma del Tratado de Adhesión y su entrada en vigor), las instituciones comunitarias conocen la inminencia de la adhesión del nuevo Estado y se le da a éste la posibilidad de hacer valer sus intereses cuando es necesario, especialmente mediante el procedimiento de información y consulta —Fundamento 72—. Por tanto, en el marco de dicho procedimiento —y en uso del estatuto de observador del que gozan en el Consejo de la Unión gracias, además, a las posibilidades de diálogo y cooperación que ofrecen tales mecanismos específicos—, una vez informados de la adopción de nuevos actos de Derecho derivado, los futuros Estados miembros podrán hacer valer su interés en obtener las exenciones transitorias necesarias, habida cuenta, por ejemplo, de la imposibilidad de garantizar la aplicación inmediata de dichos actos en el momento de la adhesión o de importantes problemas socioeconómicos que tal aplicación podría plantear —Fundamento 73—.

Por último, la STJUE de 9 de noviembre de 2010, As. acum. C-92/09 y C-93/09, *Volker und Markus Schecke y Hartmut Eifert*, se refiere a los efectos en el tiempo de la invalidez constatada de un acto de la Unión. Así las cosas, cuando así lo justifiquen consideraciones imperiosas de seguridad jurídica, el Tribunal de Justicia dispone de una facultad de apreciación para indicar, en cada caso concreto, los efectos del acto que deban considerarse definitivos.

4. RECURSOS

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

Durante el tiempo al cual se subscribe el marco temporal de esta crónica de jurisprudencia no han aumentado significativamente las sentencias recaídas en recursos de anulación y de omisión. Como se ha puesto de manifiesto en anteriores crónicas nos encontramos con un número mayor de sentencias recaídas en asuntos de recursos de anulación y, en menor medida, en recursos por omisión.

Comenzando con el recurso de anulación, el Tribunal de Justicia (Sala Primera), en su Sentencia de 2 de septiembre de 2010, *Comisión/Deutsche Post*, Asunto C-399/08 P, recordó su jurisprudencia reiterada relativa a que las alegaciones dirigidas contra los fundamentos jurídicos innecesarios de una resolución del Tribunal de Primera Instancia no pueden dar lugar a la anulación de dicha resolución y son, por tanto, inoperantes. Cuestión que no siempre es recordada por los abogados.

Por su parte, el Tribunal General (Sala Quinta) en el fundamento jurídico decimonoveno de su Sentencia de 9 de septiembre de 2010, *Now Pharm/Comisión*, asunto T-74/08, sostuvo, respecto a la naturaleza del recurso de anulación, «que en el marco de la competencia de anulación que le confiere el Tratado, el Juez comunitario no está facultado para dirigir órdenes conminatorias a las instituciones comunitarias».

Se debe destacar la Sentencia del Tribunal General (Sala Séptima), de 9 de septiembre de 2010, asunto T-348/07, *Al-Aqsa*, en la cual se determinó que el plazo de dos meses para interponer un recurso de anulación que no olvidemos constituye una causa de inadmisión de orden público es también aplicable cuando el recurso de anulación de un acto comunitario se interpone no mediante un acto de iniciación del procedimiento, sino a través de una solicitud de adaptación de las pretensiones de anulación de un acto anterior derogado y sustituido por el acto en cuestión, adaptación admitida en principio por el juez comunitario en pro de la buena administración de la justicia y de las exigencias de economía procesal. No obstante, este plazo de dos meses no es aplicable en el curso de un proceso, en el que el acto que este proceso deroga y sustituye tengan, respecto del interesado, el mismo objeto, se basen fundamentalmente en los mismos motivos y sus contenidos sean sustancialmente idénticos, no presentando más diferencias que las derivadas de sus respectivos ámbitos temporales de aplicación, y de que, por otra parte, la solicitud de adaptación de las pretensiones no se base en ningún motivo, hecho o elemento probatorio nuevo diferente de la propia adopción del acto en cuestión que deroga y sustituye a ese acto anterior.

También podemos recordar las conclusiones del abogado general Niilo Jääskinen presentadas el día 23 de septiembre de 2010 en el Asunto C-194/09 P, *Alcoa Trasformazioni Srl*, en el que señaló respecto a la naturaleza del recurso de anulación que «existe un principio general de Derecho administrativo reconocido por los sistemas jurídicos de varios Estados miembros que aboga por limitar la posibilidad de impugnar a través de un recurso de anulación aquellos actos que tengan carácter meramente de trámite. Ha de señalarse que únicamente pueden ser objeto de un procedimiento judicial diferenciado aquellos actos de trámite que producen efectos jurídicos específicos y significativos y deben, por lo tanto, ser recurribles».

Sobre la situación española podemos recordar la Sentencia del Tribunal General (Sala Sexta), de 13 de septiembre de 2010, asuntos acumulados T-156/07 y T-232/07, *España/Comisión*, en cuya argumentación el Tribunal General señaló que no hay un principio general del Derecho comunitario que garantice a todo ciudadano el derecho a que se redacte en su lengua vernácula todo lo que pueda afectar a sus intereses, sean cuales fueren las circunstancias. Al igual que no supone una vulneración de los derechos de los funcionarios comunitarios cuando los documentos dirigidos por la administración a uno de sus funcionarios estén redactados en una lengua que no sea la lengua materna de dicho funcionario o la primera lengua extranjera que éste haya escogido si posee un dominio de la lengua utilizada por la administración comunitaria que le permita efectiva y fácilmente tomar conocimiento del contenido de los documentos.

También, respecto a la situación española, podemos recordar el auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima), de 6 de octubre de 2010, Asunto C-563/08, *Sáez Sánchez y Rueda Vargas*, que determina que el artículo 49 TFUE se opone a una normativa nacional que dispone que en cada zona farmacéutica sólo se podrá crear una farmacia por módulo de 2.800 habitantes y que tan sólo podrá crearse una farmacia adicional si se sobrepasa esta proporción por la fracción superior a 2.000 habitantes (siempre respetando la distancia mínima de 250 metros respecto de las farmacias preexistentes). Esto es así en la medida en que las normas de 2.800 habitantes o de 250 metros impidan la creación de un número suficiente de farmacias capaces de garantizar una atención farmacéutica adecuada en las zonas geográficas con características demográficas particulares, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.

Igualmente podemos recordar las conclusiones generales del abogado general Ján Mazák, presentadas el día 14 de septiembre de 2010, Asunto C-90/09 P, *General Química y otros/Comisión*, en las que afirma que el Tribunal de Justicia debería anular la Sentencia dictada el día 18 de diciembre de 2008 en el asunto T-85/06 en la medida en que desestimó el motivo de anulación basado en el error manifiesto de apreciación y en la falta de motivación respecto de la responsabilidad solidaria de General Química SA, Repsol Química SA y Repsol YPF SA de la decisión de la Comisión sobre la fijación de precios y el intercambio de información confidencial en el sector de las sustancias químicas para la industria del caucho en el Espacio Económico Europeo.

Respecto al recurso por omisión encontramos el auto del Presidente del Tribunal General de 1 de septiembre de 2010, asunto T-319/10 AJ, *Asociación Mundial Derechos Inventor* (con domicilio en Arenales de San Gregorio, Ciudad Real), en el cual se recuerda que el Tribunal General no es competente para controlar las resoluciones de los órganos jurisdiccionales nacionales, ni para pronunciarse sobre la legalidad de las decisiones, disposiciones o actos de las autoridades nacionales sino más bien del control de la legalidad de los actos de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, siendo admisible un recurso por omisión cuando las instituciones demandadas han sido previamente requeridas para que actúen.

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

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

D) Cuestiones prejudiciales

En esta ocasión, a diferencia de otras, *poco o nada cabe decir* en cuanto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con las cuestiones prejudiciales y las medidas cautelares que aquí se abordan. Así es, la Corte comunitaria, durante el período de tiempo que comprende esta

crónica, no ha hecho sino insistir en aspectos ya tratados, y de sobra conocidos por todos, en lo que al mecanismo prejudicial se refiere. Por lo que respecta, de otra parte, a las medidas cautelares o provisionales (incluida la suspensión), la situación es aún más desafortunada, ya que la Curia comunitaria no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en los últimos tres meses. Así las cosas, y en las páginas que siguen, no podemos sino limitarnos a recordar aquellos tópicos y contenidos que forman parte de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia por lo que respecta a estas materias.

Una vez más, los pronunciamientos de naturaleza prejudicial han ocupado buena parte del tiempo del Tribunal de Justicia (más de cincuenta en estos apenas tres meses), ya sea para interpretar ya sea para declarar la validez (o no) de una norma o acto de Derecho de la Unión; véase, como ejemplo de esto último (cuestiones prejudiciales de validez), la **STJUE de 26 de octubre de 2010, *Schmelz*, As. C-97/09**, cuyo contenido obviarnos reproducir ahora.

Por lo demás, tampoco el contenido de estos fallos jurisprudenciales ha sido en modo alguno novedoso. De hecho, la Corte comunitaria no ha hecho sino ocuparse de los que vienen siendo los aspectos tradicionalmente más controvertidos de este mecanismo, a saber: *a*) los motivos de inadmisión; *b*) el concepto de órgano jurisdiccional (a los efectos de planteamiento de este tipo de cuestiones); *c*) la posibilidad, o no, de reabrir la fase oral de este procedimiento; y *d*) la eventual limitación de la retroactividad de las sentencias prejudiciales. Veamos, en lo que sigue, algunos ejemplos de ello.

En cuanto a *los motivos de inadmisión*, cabe destacar que el «grueso» de los fallos emitidos durante este período ha enfrentado justamente este argumento, mereciendo ser citadas: la **STJUE de 8 de septiembre de 2010, *Markus Stoß*, As. ac. C-316/07, C-409/07 y C-410/07**; la **STJUE de 30 de septiembre de 2010, *Uszodaépítő*, As. C-392/09**; la **STJUE de 7 de octubre de 2010, *Santos Palhota y Otros*, As. C-515/08**; la **STJUE de 12 de octubre de 2010, *Rosenblatt*, As. C-45/09**; la **STJUE de 26 de octubre de 2010, *Schmelz*, As. C-97/09**, ya antes apuntada; la **STJUE de 21 de octubre de 2010, *PADAWAN*, As. C-467/08**; y, sobre todo, la **STJUE de 28 de octubre de 2010, *Volvo Car Germany*, As. C-203/09**; siendo estas dos últimas las que aquí más nos interesan.

La Sentencia *PADAWAN* porque constituye un magnífico ejemplo de la manera de razonar del Tribunal de Justicia cuando se cuestiona la admisibilidad de una cuestión prejudicial (amén de que ha sido planteada por un órgano jurisdiccional español); y la *Sentencia Volvo Car Germany* porque es el único fallo comprendido dentro de este período —y uno de los pocos a lo largo de este año— en el que la Corte comunitaria ha acogido el motivo de inadmisión invocado por una de las partes (la Comisión) y procedido a declarar, cabalmente, la inadmisibilidad de la cuestión prejudicial planteada.

En efecto, comenzando por la *Sentencia PADAWAN*, importa señalar ahora dos cuestiones principales de ella: *a*) que ha sido planteada por un órgano jurisdiccional español (en concreto, la Audiencia Provincial de Barcelona), lo cual no es muy frecuente; y *b*) sobre todo, que constituye una sentencia casi modélica en tanto que recordatorio de la que viene siendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en cuanto a los motivos de inadmisión. Baste citar, a nuestros efectos, sus apdos. 20 a 28, donde se determina:

- 1) Que, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (prevista en el artículo 267 TFUE), corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales (que conocen del litigio y que han de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse), apreciar, a la luz de las particularidades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia (v. apdo. 21 de la sentencia).

- 2) Que, por tanto, cuando las cuestiones planteadas versan sobre la interpretación de una disposición de Derecho de la Unión, en principio el Tribunal de Justicia está obligado a pronunciarse (apdo. 21 de la antedicha sentencia).
- 3) Que, en cambio, no corresponde al Tribunal de Justicia, en el marco de una remisión prejudicial, pronunciarse sobre la interpretación de las disposiciones nacionales ni apreciar si es correcta la interpretación que el órgano jurisdiccional remitente efectúa de éstas. Al Tribunal de Justicia, en el marco del reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales de la Unión y nacionales, tan sólo le incumbe tener en cuenta el contexto fáctico y normativo en el que se insertan las cuestiones prejudiciales, tal como lo define la resolución de remisión (apdo. 22 de la sentencia).

Esto sentado, y en lo que a la concreta *Sentencia PADAWAN* se refiere, el Tribunal de Justicia señala a continuación, de un lado (apdo. 23 de este pronunciamiento), que este asunto versa sobre la interpretación de una disposición de Derecho de la Unión [concretamente el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29], estando incluido en el ámbito competencial del Tribunal de Justicia en el marco de tal petición; y que, además, no está excluido en modo alguno, habida cuenta del período por el que se reclama el gravamen controvertido en el litigio principal y la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno (fijada a fecha 22 de diciembre de 2002 por el artículo 13, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2001/29), que el órgano jurisdiccional remitente tenga que extraer consecuencias de la interpretación que ha solicitado, en particular debido a su obligación de interpretación conforme del Derecho nacional a la luz del Derecho de la Unión.

Además (apdo. 24 de la sentencia), la determinación de la legislación nacional aplicable *ratione temporis* constituye una cuestión de interpretación del Derecho nacional que, por lo tanto, no está incluida en el ámbito competencial del Tribunal de Justicia en el marco de una petición de decisión prejudicial. Y que, así las cosas (apdo. 25 de la sentencia), no cabe sino desestimar la primera excepción de inadmisibilidad referida a la falta de competencia del propio Tribunal.

En segundo término, y todavía en lo que concierne a la *Sentencia PADAWAN* (apdo. 26), la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), como parte en el procedimiento principal y en el prejudicial, sostiene que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente son inadmisibles en la medida en que se refieren a situaciones de Derecho interno no armonizadas por la Directiva 2001/29. En su opinión, y en otras palabras: las cuestiones planteadas giran esencialmente en torno a aspectos que son competencia de los Estados miembros, por lo que insiste en que, en el ámbito de una remisión prejudicial, el Tribunal de Justicia no es competente para interpretar y aplicar el Derecho nacional.

Por el contrario, la Corte comunitaria nos recuerda (apdo. 27 de aquella sentencia), que el problema de si las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional versan sobre una materia ajena al Derecho de la Unión (debido a que la Directiva 2001/29 sólo prevé una armonización mínima en la materia), pertenece al fondo de las cuestiones planteadas por dicho órgano jurisdiccional y no a la admisibilidad de éstas. Por consiguiente, la objeción que plantea la SGAE (basada en la inaplicabilidad de la citada Directiva al litigio principal) no afecta a la admisibilidad del asunto, sino que se refiere al fondo de dichas cuestiones. El resultado de todo ello (apdo. 28 de la sentencia), es que procede desestimar la segunda excepción de inadmisibilidad y, cabalmente, declarar admisible la petición de decisión prejudicial. Sirva, pues, este pronunciamiento como ejemplo del alcance y significado que cabe atribuir a los motivos de inadmisión en general, y a éste en particular, frecuentemente esgrimido por las partes, y que es: la falta de competencia del Tribunal de Justicia por versar la petición prejudicial sobre la interpretación de una norma o precepto de Derecho interno.

La Sentencia *Volvo Car Germany*, por su parte, nos interesa porque ha sido el único fallo durante los tres últimos meses en el que la Corte comunitaria ha entendido ajustado a Derecho, al menos en parte, el motivo de inadmisión invocado por la Comisión en este concreto asunto, a saber: el carácter meramente hipotético de la cuestión planteada. En efecto, a instancias de la Comisión (apdo. 22 de esta sentencia), el Tribunal de Justicia llega al convencimiento (apdo. 29 de la misma) de que: «... esta cuestión se refiere al supuesto en el cual, en el momento de producirse la resolución ordinaria del contrato, concurría un motivo que habría justificado una resolución del contrato sin preaviso pero que no fue invocado por el empresario para justificar dicha resolución. Como se desprende de la resolución de remisión, el incumplimiento de las obligaciones contractuales que se imputa a AHW tuvo lugar después de que se notificase la resolución ordinaria del contrato de concesión...». En estas circunstancias, pues (apdo. 30 de la sentencia): «... procede declarar que la primera cuestión prejudicial se refiere a una *situación puramente hipotética* que manifiestamente no se corresponde con los hechos controvertidos en el procedimiento principal y que constituye, por tanto, una cuestión irrelevante para la resolución del litigio principal...»; de forma y manera tales que debe declararse que resulta «... inadmisibile...» (apdo. 31 de la sentencia).

Como se puede comprobar, a la luz de lo contenido en estos dos pronunciamientos, cabe colegir dos lecturas de sobra conocidas por todos: *a)* que el Tribunal de Justicia, en principio, responderá a cualesquiera cuestiones prejudiciales le sean planteadas; y *b)* que, en cambio, existe una serie de circunstancias tasadas (falta de competencia de la Corte, supuesto meramente hipotético y falta de motivación suficiente en el escrito de remisión) que, de concurrir, facultan a la Curia comunitaria a inadmitir la cuestión o cuestiones planteadas.

Dejando ya a un lado los motivos de inadmisión, también el concepto de *órgano jurisdiccional*, la posibilidad de *reabrir la fase oral* del procedimiento y la posible *limitación de los efectos retroactivos de las sentencias prejudiciales* han tenido cabida, a modo de recordatorio, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Así, y en cuanto al *concepto de órgano jurisdiccional*, la **STJUE de 21 de octubre de 2010, *Nidera Handelscompagnie*, As. C-385/09**, nos sirve para repasar algunos aspectos básicos, tales como: *a)* que este concepto, a los solos efectos del planteamiento de una eventual cuestión prejudicial, pertenece y es propio y autónomo del Derecho de la Unión, de modo y manera tales que un juez o tribunal interno puede serlo a efectos de formular una petición de pronunciamiento prejudicial conforme al Ordenamiento comunitario, mientras que puede no serlo y carecer de tal naturaleza desde el prisma de su Derecho (procesal) interno; y *b)* que, desde la sola perspectiva del Derecho de la Unión, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de órgano jurisdiccional (en el sentido del artículo 267 del TFUE), el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son: «... el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia...». Sirva, esta afirmación, como aviso a navegantes.

Por lo que respecta a las peticiones de *reapertura de la fase oral* del procedimiento prejudicial, tan sólo nos atañe indicar que: *a)* en general, se encuentran previstas y reguladas en el artículo 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia; *b)* que, por lo demás, constituyen una mera posibilidad que el Tribunal de Justicia podrá acordar, o no, una vez oído el Abogado General (y no las partes); y *c)* que, en fin y de ordinario, el Tribunal de Justicia se muestra poco favorable a atender este tipo de solicitudes, pues alargan —innecesariamente en muchos casos— el procedimiento. Buena prueba de ello la encontramos, en lo que aquí importa, en la **STJUE de 2 de septiembre de 2011, *Kirin Amgen*, As. C-66/09**. En efecto, aquí y frente a la petición de reapertura de la fase oral de este procedimiento (llevada a cabo por la representación de la propia sociedad Kirin

Amgen), el Tribunal de Justicia declara: *a*) que «... Habida cuenta de la propia finalidad del procedimiento contradictorio, que consiste en evitar que el Tribunal de Justicia pueda verse influido por alegaciones que las partes no hayan podido discutir, el Tribunal de Justicia puede ordenar de oficio o a propuesta del Abogado General, o incluso a instancia de las partes, la reapertura de la fase oral del procedimiento, conforme al artículo 61 de su Reglamento de Procedimiento, si considera que no está suficientemente informado o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes» (apdo. 18 de la sentencia); *b*) que, en el presente caso, sin embargo, el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General: «... considera que dispone de todos los elementos necesarios para responder a las cuestiones planteadas y que las observaciones presentadas ante él versaron sobre tales elementos...» (apdo. 19 de la sentencia); y *c*) que: «... por consiguiente, debe denegarse la solicitud de reapertura de la fase oral...» (apdo. 20 de la sentencia). Nada más nos parece necesario añadir en cuanto a este tema.

Finalmente, y en lo que concierne a la *limitación de los efectos retroactivos de las sentencias prejudiciales*, tal vez convenga recordar que, de ordinario y salvo que el Tribunal de Justicia opine lo contrario (atendiendo a la concurrencia de la buena fe y del riesgo de trastornos graves para las partes implicadas en el procedimiento), los pronunciamientos prejudiciales tienen, justamente, efectos retroactivos; lo que significa que sus efectos se trasladan al momento en el que el acto o disposición de la Unión (objeto ahora de interpretación o de declaración de validez) fue adoptado.

Ejemplo de todo cuanto se acaba de decir, lo constituye la **STJUE de 21 de octubre de 2010, Albron Catering, As. C-242/09**, en la que el Tribunal de Justicia nos recuerda: *a*) que: «... la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor» (apdo. 35 de la sentencia); *b*) que de ello resulta: «... que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma» (apdo. 35 de la sentencia); *c*) que, en su consecuencia: «... sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe...» (apdo. 36 de la sentencia); *d*) que «... para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurran dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los sectores interesados y el riesgo de trastornos graves...» (apdo. 36 de la sentencia); *e*) que, de hecho: «... el Tribunal de Justicia únicamente ha recurrido a esta solución en circunstancias muy determinadas, concretamente cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión» (v. apdo. 37 de la sentencia); *f*) que, en el caso de autos: «... Albron [la parte en el procedimiento principal que solicita la limitación de los efectos en el tiempo de esta sentencia] no ha proporcionado al Tribunal de Justicia ningún elemento concreto que pueda acreditar la existencia de un riesgo de trastornos graves vinculado a un contencioso masivo que pudiera entablarse como consecuencia de la presente sentencia contra HNB y otras empresas que hayan llevado a cabo una transmisión. Además,

como señaló el Abogado General en el punto 59 de sus conclusiones, en cualquier caso el hecho de que HNB ya haya abonado una indemnización por cambio de empresa a los trabajadores que han entrado al servicio de Albron carece de pertinencia» (apdo. 38 de la sentencia); *g*) que, en estas circunstancias: «... no es necesario comprobar si se cumple el requisito relativo a la buena fe de los sectores interesados...» (apdo. 39 de la sentencia); y *h*) que, como era de suponer atendidas las anteriores consideraciones, en este caso concreto: «... no procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia...».

No insistan, pues, las partes en los procedimientos prejudiciales en solicitar la limitación de los efectos de las sentencias prejudiciales, dado que, como se ha podido comprobar con este ejemplo —pero también con otros muchos—, el Tribunal de Justicia contempla esta opción sólo excepcionalmente y cuando concurren una serie de circunstancias muy concretas.

E) Medidas cautelares

Ningún pronunciamiento del Tribunal de Justicia, durante el período de tiempo que comprende esta crónica, ha aludido directa o indirectamente a las posibilidades contempladas en los artículos 242 y 243 TFUE de acordar la suspensión de un acto o precepto de la Unión, así como de adoptar cualquier otra medida provisional en el seno de un concreto procedimiento. Por consiguiente, nada nuevo cabe decir en cuanto a la temática cautelar o provisional en estas páginas.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 15 de agosto al 15 de noviembre de 2010), tampoco se han dictado sentencias sobre esta materia.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) *Libre prestación de servicios*

El período analizado (del 15 de agosto al 15 de noviembre de 2010) ha sido 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 (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2010 (Asunto C-46/08), *Carmen Media Group***, en la cual vuelve el recurrente tema de las apuestas deportivas ofrecidas a través de Internet por una empresa británica en Alemania.

La interpretación que el tribunal hace del artículo 49 TCE confirma las ya mantenidas y que han sido reseñadas en números anteriores de esta revista, aunque en esta ocasión el pronunciamiento es ciertamente detallado.

Para el Tribunal, el artículo 49 TCE debe interpretarse en el sentido de que un operador que desee ofrecer apuestas deportivas a través de Internet en un Estado miembro distinto de aquél en el que esté establecido no queda excluido del ámbito de aplicación de la citada disposición por el solo hecho de que dicho operador no disponga de autorización para ofrecer tales apuestas a quienes se encuentren en el territorio del Estado miembro en el que está establecido, sino únicamente a personas que se encuentren fuera de dicho territorio.

El artículo 49 TCE debe interpretarse en el sentido de que, cuando se ha instaurado un monopolio público regional en materia de apuestas deportivas y loterías con el objetivo de prevenir la incitación al gasto excesivo en juego y luchar contra el riesgo de adicción, y un órgano jurisdiccional nacional comprueba, al mismo tiempo:

- que otros tipos de juegos de azar pueden ser explotados por operadores privados que dispongan de una autorización, y
- que con respecto a otros tipos de juegos de azar no sujetos a ese monopolio y que presentan además un potencial adictivo superior al de los juegos sujetos a dicho monopolio, las autoridades competentes llevan a cabo políticas de ampliación de la oferta que pueden desarrollar e incentivar las actividades de juego, en particular con el fin de maximizar los ingresos procedentes de éstas, dicho órgano jurisdiccional puede verse legítimamente inducido a considerar que tal monopolio no es adecuado para garantizar la consecución del objetivo con vistas al cual ha sido instaurado, contribuyendo a reducir las oportunidades de juego y a limitar las actividades en este ámbito de forma coherente y sistemática.

La circunstancia de que los juegos de azar que son objeto de dicho monopolio sean competencia de las autoridades regionales y esos otros tipos de juegos de azar sean competencia de las autoridades federales es irrelevante a este respecto.

El artículo 49 TCE debe interpretarse en el sentido de que, cuando en un Estado miembro se instaura un régimen de autorización administrativa previa en relación con la oferta de determinados tipos de juegos de azar, dicho régimen, que constituye una excepción a la libre prestación de servicios garantizada por la citada disposición, únicamente puede ajustarse a las exigencias derivadas de ésta si se basa en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de modo que establezcan los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria. Además, cualquier persona afectada por una medida restrictiva basada en tal excepción debe poder disponer de un medio de impugnación jurisdiccional eficaz.

El artículo 49 TCE debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que prohíbe la organización de juegos de azar en Internet y la intermediación en ellos, con el fin de prevenir la incitación al gasto excesivo en juego, luchar contra la adicción a éste y proteger a la juventud puede, en principio, considerarse apta para perseguir tales objetivos legítimos, aun cuando la oferta de dichos juegos siga estando autorizada a través de cauces más tradicionales. La circunstancia de que tal prohibición vaya acompañada de una medida transitoria como la que es objeto del procedimiento principal no priva a dicha prohibición de esa aptitud.

La segunda de las sentencias se refiere también a apuestas deportivas. Nos referimos a la **STJUE de 8 de septiembre de 2010 (Asunto C-409/06), Winner Wetten GmbH**, donde se discutía la primacía del Derecho comunitario respecto a la Ley Fundamental de Bonn. Para el tribunal, debido a la primacía del Derecho de la Unión directamente aplicable, una normativa nacional relativa a un monopolio público sobre las apuestas deportivas que, según las apreciaciones realizadas por un tribunal nacional, incluye restricciones incompatibles con la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios por no contribuir a limitar las actividades de apuestas de manera coherente y sistemática, no puede seguir aplicándose durante un período transitorio.

En tercer lugar, la **STJUE de 9 de septiembre de 2010 (Asunto C-64/08), Ernst Engelmann**, analiza los juegos de azar regulados por la normativa nacional austriaca, y en concreto lo referente a las concesiones sobre casinos, que eran reservadas a empresas que tuvieran su sede en Austria.

Para el Tribunal, El artículo 43 TCE 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. La obligación de transparencia derivada de los artículos 43 y 49 TCE 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.

En cuarto lugar, la **STJUE (Sala Tercera) de 30 de septiembre de 2010 (Asunto C-314/09), *Stadt Graz y otros***, analiza un supuesto de contratos públicos. Según el tribunal, la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que supedita el derecho a obtener una indemnización de daños y perjuicios, derivada de una infracción del Derecho en materia de contratación pública por parte de la entidad adjudicadora, al carácter culposo de esta infracción, incluso cuando la aplicación de dicha normativa se base en la presunción de que dicha entidad ha actuado culposamente y en la imposibilidad de que ésta invoque la falta de competencia individual y, por lo tanto, una falta de imputabilidad subjetiva de la supuesta infracción.

En quinto lugar, la **STJUE (Gran Sala) de 5 de octubre de 2010 (Asunto C-512/08), *Comisión contra Francia***, analiza un caso relativo a asistencia a pacientes de la Seguridad Social, y en concreto el sistema de reembolso de prestaciones especialmente onerosas.

La Comisión alegaba que la exigencia de una autorización previa para la cobertura, por la institución competente, de la asistencia accesible en un consultorio en otro Estado miembro y que requiera el uso de equipos materiales particularmente onerosos constituye una restricción de la libre prestación de servicios. Sin embargo, el Tribunal desestimó este recurso.

En sexto lugar, la **STJUE (Gran Sala) de 5 de octubre de 2010 (Asunto C-173/09), *Elchinov***, en la cual se analiza también el régimen de Seguridad Social, dimanante de una negativa por parte de Alemania a reconocer el derecho a la asistencia a un nacional búlgaro acogido al seguro de enfermedad búlgaro, que sufría una grave enfermedad que le llevó a solicitar a la Seguridad Social búlgara la expedición del formulario E-112 para seguir un tratamiento de última generación en una clínica especializada en Berlín, dado que dicho tratamiento no se practicaba en Bulgaria.

El Tribunal es especialmente detallado en su respuesta. El Derecho de la Unión se opone a que un órgano jurisdiccional nacional, al que corresponde resolver un asunto que le ha sido remitido por un órgano jurisdiccional superior ante el que se interpuso un recurso de casación, se encuentre vinculado, con arreglo al Derecho procesal nacional, por valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior, si, habida cuenta de la interpretación que ha solicitado al Tribunal de Justicia, estima que dichas valoraciones no son compatibles con el Derecho de la Unión.

Los artículos 49 TCE y 22 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, en su versión modificada por el Reglamento (CE) núm. 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, se oponen a una normativa de un Estado miembro que se interpreta en el sentido de que excluye, en todos los casos, la cobertura de la asistencia hospitalaria dispensada sin autorización previa en otro Estado miembro.

Por lo que atañe a la asistencia médica que no puede dispensarse en el Estado miembro en cuyo territorio reside el beneficiario de la seguridad social, el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento núm. 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento núm. 118/97, en su versión modificada por el Reglamento núm. 1992/2006, debe interpretarse en el sentido de que una autorización requerida en virtud del apartado 1, letra c), inciso i), del mismo artículo no puede denegarse:

- si, cuando las prestaciones previstas por la legislación nacional son objeto de una lista que no menciona expresa y precisamente el método de tratamiento aplicado, pero que define los tipos de tratamientos cubiertos por la institución competente, se comprueba, en aplicación de los principios de interpretación usuales, tras un examen basado en criterios objetivos y no discriminatorios, y tomando en consideración todos los elementos médicos pertinentes y los datos científicos disponibles, que dicho método de tratamiento corresponde a los tipos de tratamientos mencionados en la referida lista, y
- si un tratamiento alternativo que tenga el mismo grado de eficacia no puede dispensarse en tiempo útil en el Estado miembro en cuyo territorio reside el beneficiario de la seguridad social.

El mismo artículo se opone a que los órganos nacionales que han de pronunciarse acerca de una solicitud de autorización previa presuman, a la hora de aplicar dicha disposición, que la asistencia hospitalaria que no puede dispensarse en el Estado miembro en cuyo territorio reside el beneficiario de la seguridad social no figura entre las prestaciones cuya cobertura está prevista por la legislación del referido Estado e, inversamente, que la asistencia hospitalaria que figura entre esas prestaciones puede obtenerse en el antedicho Estado miembro.

Cuando se ha demostrado que la negativa a expedir una autorización requerida en virtud del artículo 22, apartado 1, letra c), inciso i), del Reglamento núm. 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento núm. 118/97, en su versión modificada por el Reglamento núm. 1992/2006, no era fundada, y la asistencia hospitalaria ya se ha prestado, corriendo el beneficiario de la seguridad social con los gastos correspondientes, el órgano jurisdiccional nacional debe obligar a la institución competente, con arreglo a las normas procesales nacionales, a reembolsar a dicho beneficiario de la seguridad social el importe que normalmente habría abonado ésta si la autorización se hubiese concedido debidamente.

Dicho importe será igual al que se determine con arreglo a las disposiciones de la legislación a la que esté sujeta la institución del Estado miembro en cuyo territorio se haya dispensado la asistencia hospitalaria. Si ese importe es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el Estado miembro de residencia en caso de hospitalización en este último, la institución competente debe abonar además al beneficiario de la seguridad social un reembolso complementario correspondiente a la diferencia entre esos dos importes, dentro del límite de los gastos realmente efectuados.

Por último, la **STJUE (Sala Segunda) de 7 de octubre de 2010 (Asunto C-515/08), Santos Palhota y otros**, que dimana de un litigio penal debido a que los acusados no habían reflejado al fisco portugués los resultados de 53 trabajadores portugueses desplazados a Bélgica.

El Tribunal declara la conformidad de la normativa portuguesa con el Derecho comunitario. Para el tribunal, los artículos 56 y 57 TFUE se oponen a una normativa de un Estado miembro que obliga a un empleador establecido en otro Estado miembro que desplaza trabajadores al territorio del primer Estado a enviar una declaración previa de desplazamiento, en la medida en que el comienzo del desplazamiento previsto se subordina a la notificación a este empleador de un número

de registro de la declaración y que las autoridades nacionales de ese primer Estado disponen de un plazo de cinco días laborables, desde la recepción de ésta, para efectuar esta notificación.

Asimismo, los artículos 56 57 TFUE tampoco se oponen a una normativa de un Estado miembro que obliga a un empleador establecido en otro Estado miembro que desplaza trabajadores al territorio del primer Estado a tener a disposición de las autoridades nacionales de éste, durante el período de desplazamiento, una copia de los documentos equivalentes a los documentos sociales o laborales exigidos por la legislación del primer Estado, así como a enviar dicha copia a estas autoridades al término de este período.

b) Libertad de establecimiento

En el período analizado (del 15 de agosto al 15 de noviembre de 2010), se han dictado un total de tres sentencias en esta materia.

En primer lugar, la **STJUE (Sala Primera) de 28 de octubre de 2010 (Asunto C-203/09), *Volvo Car Germany***, en la cual se interpreta por el Tribunal el artículo 18, letra a), de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. Según el Tribunal este artículo se opone a que se prive a un agente comercial independiente de su indemnización por clientela cuando el empresario descubre la existencia de un incumplimiento del agente comercial, que se ha producido después de la notificación de la resolución del contrato mediando preaviso y antes de la expiración de éste, que podía justificar una resolución del contrato sin preaviso.

En segundo lugar, la **STJUE (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2010 (Asunto C-543/08), *Comisión contra Portugal***, en la cual se declara un incumplimiento por parte de Portugal de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 TCE, al mantener en la empresa Energías de Portugal derechos especiales como los previstos en el presente asunto por la Ley portuguesa núm. 11/90 (Ley marco relativa a las privatizaciones), de 5 de abril de 1990, y el Decreto-ley núm. 141/2000, de 15 de julio de 2000, por el que se aprueba la cuarta fase del proceso de reprivatización del capital social de Electricidad de Portugal SA, y los estatutos de esa sociedad en favor del Estado portugués y de otras entidades públicas, atribuidos en relación con acciones privilegiadas (*golden shares*) poseídas por dicho Estado en el capital social de la referida sociedad.

La tercera de las sentencias también constata (y condena) un incumplimiento por parte de Portugal. Nos referimos a la **STJUE (Sala Primera) de 18 de noviembre de 2010 (Asunto C-458/08), *Comisión contra Portugal***. Esta vez el Tribunal señala que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TCE, al exigir a los prestadores de servicios de construcción establecidos en otro Estado miembro el cumplimiento de todos los requisitos a los que el régimen nacional controvertido, en particular el Decreto-ley portugués núm. 12/2004, supedita la obtención de una autorización para ejercer en Portugal una actividad en el sector de la construcción y al excluir, por tanto, que se tengan debidamente en cuenta las obligaciones equivalentes que se imponen a estos prestadores en el Estado miembro en que se encuentran establecidos, así como las verificaciones ya efectuadas a este respecto por las autoridades de este último Estado.

C) Libre circulación de personas

El TJUE no ha pronunciado sentencia alguna en relación con esta libertad durante el período temporal abarcado por esta crónica.

D) Libre circulación de capitales

a) Aplicación de ventajas fiscales a terceros Estados miembros del Espacio Económico Europeo

La **STJUE de 28 de octubre de 2010, Rimbaud, As. C-72/09**, analiza si el artículo 40 del Acuerdo EEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, que exime del impuesto controvertido a las sociedades que tengan su domicilio social en el territorio de un Estado miembro y que sujeta esta exención, respecto a una sociedad cuyo domicilio social se encuentre en el territorio de un Estado tercero, miembro del Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo, «EEE»), a la existencia de un convenio o tratado bilateral.

Para analizar esta cuestión, el Tribunal parte de que una inversión inmobiliaria realizada en Francia por una sociedad cuyo domicilio social se halla en Liechtenstein constituye un movimiento de capital (apartado 18). Y de que las exigencias establecidas por la normativa nacional controvertida en el asunto principal para gozar de la exención del impuesto controvertido excluyen automáticamente de tal beneficio a las sociedades no residentes establecidas en Liechtenstein y hacen que la inversión inmobiliaria en Francia para tales sociedades sea menos atractiva. Por consiguiente, en un asunto como el que es objeto del procedimiento principal, la referida normativa supone para las personas jurídicas una restricción al principio de la libre circulación de capitales, la cual, en principio, está prohibida por el artículo 40 del Acuerdo EEE, como está prohibida por el artículo 63 TFUE (apartado 29).

Ahora bien, el Tribunal concluye que la restricción analizada está justificada por las razones imperiosas de interés general de la lucha contra el fraude fiscal y la necesidad de preservar la eficacia de los controles fiscales. Y, en este sentido, recuerda que la jurisprudencia relativa a las restricciones al ejercicio de las libertades de circulación en el seno de la Unión no puede aplicarse íntegramente a los movimientos de capital entre los Estados miembros y los Estados terceros, puesto que tales movimientos se inscriben en un contexto jurídico distinto (véanse las Sentencias de 18 de diciembre de 2007, *As. C-101/05*, Rec. p. I-11531, apartado 60, y de 19 de noviembre de 2009, *Comisión/Italia*, C-540/07, Rec. p. I-10983, apartado 69). Así, en el ámbito del litigio sometido a su consideración, el TJUE recuerda que el marco de cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros establecido por la Directiva 77/799 no existe entre éstas y las autoridades de un Estado tercero si éste no ha asumido ningún compromiso de asistencia mutua. En consecuencia, las autoridades fiscales francesas se encuentran pues ante la imposibilidad de obtener de las del Principado de Liechtenstein los datos necesarios para controlar de manera efectiva los elementos proporcionados por las sociedades sujetos pasivos.

De ello deduce el Tribunal que, 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.

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.**
 - a) Los supuestos de suspensión de las leyes están tasados en la Constitución y en la LOTC y no pueden ampliarse judicialmente (artículo 30 LOTC). No está prevista la suspensión de una Ley de Cortes Generales.
 - B) **Recurso de amparo constitucional.**
 - a) El incidente de nulidad de actuaciones (artículo 241.1 LOPJ) debe reforzar su protagonismo tras la reforma de la LOTC de 2007 como instrumento idóneo para agotar la vía judicial previa al planteamiento del amparo constitucional.
 - b) ¿Hacia un excepcional criterio subjetivo de admisión del amparo cuando el bien jurídico protegido sea el de la integridad física y moral (artículo 15 CE)?: el daño irreparable.
 - c) Admisión de recurso de amparo por vulneración del artículo 23.2 CE: ¿los amparos parlamentarios como materia constitucional?
3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.
 1. **La posición de los Estatutos en el sistema de fuentes es la característica de las leyes orgánicas (artículos 81.1 y 147 CE).**
 2. **Contenidos de los Estatutos (artículo 147 CE): mínimo o adicional, y constitucionalmente explícito o implícito. El Estatuto como norma institucional básica. Diversos modelos de Estatutos: la concepción restringida y la amplia.**
 3. **Funciones constitucionales de los Estatutos y límites a su papel en el bloque de la constitucionalidad: el Estatuto no es una norma atributiva de competencias al Estado, únicamente las determina en el *si* y en el *quantum*.**
 4. **Límites al contenido de los Estatutos: uno *cuantitativo* y *de oportunidad*, su limitada densidad normativa, y otro *cualitativo* y *de constitucionalidad*, les está vedada la definición de categorías constitucionales, en particular, la «competencia de competencias» que incumbe al poder constituyente.**
 5. **El valor del preámbulo del Estatuto como interpretación cualificada no puede imponerse al intérprete supremo de la Constitución. Su conexión con diversos preceptos**

estatutarios: derecho al autogobierno, derechos históricos, pueblo y ciudadanía de Cataluña, nación y símbolos nacionales.

6. Un principio de bilateralidad en las relaciones de la Generalidad con el Estado que no es confederal sino «matizado»: proyectado en la integración y en la cooperación y que no excluye la multilateralidad.
7. El catalán como lengua propia: cooficialidad no es preferencia. El deber de conocimiento del catalán no es un deber individualizado para los ciudadanos sino un mandato a los poderes públicos que encuentra un lugar específico en la educación y en los funcionarios.
8. La consideración de la Generalidad como Administración ordinaria no supone necesariamente que asuma todas las funciones ejecutivas: no caben pronunciamientos preventivos sobre hipotéticas transferencias futuras.
9. Consejo de Garantías Estatutarias: la inconstitucionalidad del carácter vinculante de sus dictámenes.
10. Sindic de Greuges: es inconstitucional la pretensión de supervisar la Administración autonómica con carácter exclusivo.
11. Sindicatura de Cuentas: la previsión estatutaria de convenios de colaboración no obliga al Tribunal de Cuentas a su celebración.
12. Consejo Audiovisual de Cataluña: el recurso es preventivo.
13. Autonomía local: las previsiones estatutarias vinculan al legislador autonómico pero no pueden desplazar al legislador estatal básico de régimen local. Validez del listado estatutario de competencias locales.
14. Veguerías: pueden ser un nuevo ente local autonómico o una nueva denominación de las Provincias. Pero la creación, supresión y modificación de las Provincias corresponde a la ley orgánica.
15. Poder Judicial: es indiferente a la estructura territorial del Estado. Sólo la LOPJ puede fijar las competencias del Tribunal Supremo y del TSJ. La solución de la controversia se reenvía a una hipotética modificación de la LOPJ. Fiscal Superior de Cataluña.
16. Consejo de Justicia de Cataluña: es inconstitucional como órgano de desconcentración del CGPJ. No puede ser un órgano de gobierno del Poder Judicial. Sí un órgano con competencias sobre la administración al servicio de la administración de justicia. La cuestión queda abierta a la LOPJ.
17. El uso de la lengua catalana en los concursos a plazas de Magistrados, y el conocimiento de la lengua y el Derecho catalanes por los Magistrados, según las leyes del Estado, para garantizar el derecho de opción lingüística de los ciudadanos.
18. De acuerdo con la LOPJ: personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia, oficinas judiciales, propuestas de modificación de la planta judicial.
19. La función descriptiva de los Estatutos: la definición de categorías competenciales no puede tener otra sede que la Constitución formal ni más sentido que el prescrito por el intérprete supremo. No pueden coexistir dentro del Estado autonómico diversas maneras de ser competente. El robustecido papel del Tribunal Constitucional.
20. Competencias exclusivas: son competencias plenas, no siempre son coextensas con una materia ni impiden las competencias del Estado.
21. Competencias compartidas: el Estatuto no es sede para dilucidar si las bases son principios o mínimo común normativo y deben formalizarse en leyes.

22. Competencias ejecutivas: incluye sólo los reglamentos de organización interna y de ordenación funcional.
23. Subvenciones no territorializables y competencias de procedimiento en los términos que fije el Estado.
24. Principio de territorialidad y posible eficacia extraterritorial de algunas competencias. Los puntos de conexión de las competencias pueden fijarse en el Estatuto y en «otras disposiciones legales», al parecer, del Estado.
25. Materias competenciales: validez de su descripción detallada en el Estatuto siempre y cuando se desprenda de la Constitución conforme ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional. No son necesarias cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales. Las bases estatales pueden configurar libremente las materias y submaterias. Los títulos competenciales del Estatuto requieren de un desarrollo normativo mediante ejercicios competenciales: no caben conflictos preventivos.
26. La expansiva declaración de «exclusividad» de las competencias autonómicas en el Estatuto no afecta a las competencias estatales: Asociaciones y fundaciones. Comercio interior. Horarios comerciales. Defensa de los consumidores. Corporaciones de derecho público y profesiones tituladas. Cultura. Denominaciones e indicaciones geográficas y de calidad. Educación. Publicidad. Régimen local. Sanidad, salud pública, ordenación farmacéutica y productos farmacéuticos. Servicios sociales, voluntariado, menores y promoción de las familias. Protección civil. Función pública y personal al servicio de las Administraciones públicas catalanas.
27. Cuencas hidrográficas: el informe de la Generalidad sobre modificación de los recursos hídricos de su ámbito territorial en casos de trasvase de cuencas es preceptivo, pero no vinculante.
28. Declaraciones de inconstitucionalidad parcial sobre dos títulos competenciales por definir las bases: cajas de ahorro, y crédito, banca y seguros.
29. Declaraciones interpretativas de rechazo, conforme a la Constitución, que se llevan al fallo: consultas populares que no sean referendos y dentro de la competencia autonómica o local; cultura; Derecho civil privativo; ambivalencia de la expresión «inmigración» (materia constitucional y fenómeno social).
30. Declaraciones interpretativas, conforme a la Constitución, que no tienen reflejo en el fallo: acuerdos con entidades internacionales y juventud, beneficios fiscales a asociaciones y fundaciones.
31. Validez de los mandatos estatutarios de participación autonómica en el ejercicio de potestades del Estado, pero respetando la libertad del legislador estatal. Los informes preceptivos no son vinculantes, incluido el de la Comisión Bilateral de infraestructuras.
32. Fondos del Archivo de la Corona de Aragón y del Archivo Real de Barcelona: la integración de los fondos propios dentro del sistema catalán de archivos no altera su régimen unitario ni afecta a la competencia sobre archivos de titularidad estatal.
33. Relaciones institucionales de la Generalitat con el Estado y con otras Comunidades Autónomas. Se avala la participación orgánica y funcional de la Comunidad Autónoma en organismos estatales con incidencia en el ámbito competencial autonómico, pero en los términos dispuestos por el legislador estatal. La Comisión Bilateral no excluye otros marcos de colaboración ni puede determinar las competencias estatales. Es posible el rechazo autonómico de las decisiones en mecanismos multilaterales de cooperación voluntaria.

34. **Relaciones de la Generalitat con la Unión Europea. Participación en la formación de la voluntad estatal y en la de los órganos europeos conforme a los términos dispuestos en la legislación estatal y las reglas del Derecho comunitario. Deber estatal de información. Ejecución del Derecho comunitario.**
 35. **Acción exterior de la Generalitat: participación autonómica en organismos internacionales en los términos de la normativa estatal e internacional.**
 36. **Financiación autonómica. Hacienda autonómica y principios de coordinación y solidaridad. Constitucionalidad de la Agencia Tributaria de Cataluña. La participación catalana en los mecanismos de nivelación y solidaridad no puede condicionarse a la existencia de un esfuerzo fiscal similar, pero existe un deber estatal de garantizar que su aplicación no empeore la posición relativa de Cataluña. Validez de la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales como órgano bilateral de relación sin excluir las competencias del Consejo de Política Fiscal y Financiera.**
 37. **Haciendas locales. No cabe intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de las entidades locales. Corresponde al Estado fijar los criterios de distribución de las participaciones en los ingresos autonómicos y estatales.**
 38. **Reforma del Estatuto. El voto de «ratificación» de las Cortes Generales es una modalidad de «aprobación», pero no puede imponerse a los Reglamentos parlamentarios. El referéndum de ratificación es una convención constitucional, prevista en los Estatutos, que puede excepcionarse de algunos de los trámites de la Ley Orgánica de modalidades: cabe la autorización en la ley orgánica de aprobación, y su convocatoria por el Presidente de la Comunidad.**
 39. **Votos Particulares a la sentencia del Estatuto de Cataluña. Disconformidad con la técnica de las sentencias constitucionales interpretativas de rechazo. El Estatuto encubre una reforma de la Constitución. No hay otro contenido de los Estatutos que el constitucionalmente previsto. No caben normas estatutarias descriptivas de la jurisprudencia. Tampoco caben mandatos, condicionamientos o invitaciones a las leyes estatales.**
 40. **Voto concurrente.**
-

1. INTRODUCCIÓN

Se analizan en la crónica las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas los meses de julio, agosto y septiembre de 2010. Así como, especialmente, 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** que, por razones derivadas de la tardía publicación de sus fundamentos y de su importante extensión se reseña ahora, algo más tarde, en este número.

Al hilo de ella se dará noticia también de otras cuatro sentencias, complementarias de esta principal y a la que íntegramente reenvía: a) **SSTC 46 y 47/2010**, de 8 de septiembre, que resuelven los recursos presentados por Aragón y las Islas Baleares frente a la disposición adicional decimotercera de dicho Estatuto, y b) **SSTC 48/2010**, de 9 de septiembre y **49/2010**, de 29 de septiembre, que resuelven las impugnaciones de Murcia y la Comunidad Valenciana frente a las competencias de dicho Estatuto sobre aguas y otros extremos.

La importancia de la sentencia del Estatuto de Cataluña nos obligará a dar noticias de algunas cuestiones que no son competenciales en sentido estricto, pero sí en un sentido amplio, ya que se encuentran directamente relacionadas con las facultades de actuación de las Comunidades Autónomas y del Estado. La misma relevancia del pronunciamiento, uno de los más decisivos de nuestra jurisdicción constitucional, hace imposible dar un parecer en esta introducción en sólo unas líneas; al hilo de los distintos pronunciamientos iremos desgranando unas primeras coincidencias, críticas u opiniones. Baste con señalar aquí que estimamos que debería abrir la puerta a un momento constituyente —de ajuste y reforma del Título VIII— desde la lógica inherente a la razón jurídica, mucho nos tememos que muy alejada de los tiempos, consensos y preocupaciones políticas. Pero la ausencia de reforma constitucional es probable que genere de tiempo en tiempo problemas cada vez mayores.

Desde la perspectiva procesal, se han dictado 37 autos y 17 sentencias de las cuales 12 resuelven recursos de amparo; curiosamente, de ellas, 11 continuaron siendo resueltas por Salas y sólo una fue dictada por la Sección 2.^a, a pesar de la nueva habilitación a las Secciones para resolver asuntos de amparo recogida en el artículo 8.3 LOTC, lo que parece extraño pues ninguno de los asuntos aporta doctrina constitucional novedosa. Puede resultar pues anómala la escasa descentralización del trabajo en las Secciones. Pero es pronto aún para extraer conclusiones sobre la eficacia de la última modificación procesal del amparo.

Es también importante destacar que este trimestre el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite tres recursos de amparo de los planteados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma de 2007 de la LOTC. Sin embargo, el intérprete supremo no se molesta en explicar la causa que justifica «su especial trascendencia constitucional» [artículo 50.1.b) LOTC], en otras palabras, no se identifican los criterios señalados en la determinante STC 155/2009, de 25 de junio. Una opción que complica innecesariamente las cosas para los justiciables y no hace la decisión nada predecible. Por el contrario, estimamos muy necesario de cara a los justiciables y la opinión pública que el Tribunal concrete y especifique las causas reales de la admisión de los amparos. Mientras tanto, nos parece importante dar cuenta de estos supuestos para contribuir a ir dotando progresivamente de contenido al concepto de «**especial trascendencia constitucional**» [artículo 50.1.b) LOTC]. La actual ambigua situación, en suma, nos obliga por el momento a ir revisando los criterios de admisión seguidos en aplicación de esta cláusula. Quizás la labor deba abandonarse más adelante si se concluyera que la admisión es puramente discrecional, rasgo que dista de ser evidente en la Ley.

Hasta este momento, estimamos que sólo se habían admitido otros 6 recursos de amparo: 1) STC 44/2009, de 12 de febrero, que desestimó un recurso de amparo electoral; 2) STC 43/2009, de 12 de febrero, que declaró la constitucionalidad de la anulación de los actos de proclamación de las candidaturas del partido político Askatasuna; 3) STC 31/2009, de 29 de enero, que desestima el recurso declarando constitucional la ilegalización del partido político Acción Nacionalista Vasca (ANV); 4) STC 70/2009, de 23 de marzo; 5) La famosa **STC 155/2009**, de 25 de junio, que desarrolla el significado de la «especial trascendencia constitucional» y es la única provista de una específica motivación sobre este asunto; y 6) la STC 163/2009, de 29 de junio, sobre modificación de la jurisprudencia constitucional por reforma legislativa. Pero puede haber un pequeño margen de error que no alteraría sustancialmente la tendencia.

Tiene asimismo mucha relevancia procesal la decisión de no acceder a la suspensión de la Ley de Cortes Generales que regula la interrupción voluntaria del embarazo por entender el Tribunal Constitucional que carece de esta potestad en el recurso de inconstitucionalidad contra leyes del Estado. Una decisión previsible conforme a la jurisprudencia previa, pero que discuten con fuerza los Votos particulares.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de inconstitucionalidad

- a) *Los supuestos de suspensión de las leyes están tasados en la Constitución y en la LOTC y no pueden ampliarse judicialmente (artículo 30 LOTC). No está prevista la suspensión de una Ley de Cortes Generales*

Tiene interés procesal el **ATC 90/2010**, de 14 de julio, donde se deniega la suspensión de varios artículos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la **interrupción voluntaria del embarazo**, solicitada por el demandante, el Grupo Parlamentario Popular. El argumento principal es que la actuación del Tribunal Constitucional está sometida a la Constitución y a su Ley Orgánica según el artículo 1.1 de ésta; y la Constitución no contempla aquí una medida cautelar, y, en cambio, sí lo hace respecto de la ley autonómica en el artículo 161.2 CE; este entendimiento se concreta en el artículo 30 LOTC según una reiterada doctrina. El siguiente paso es señalar la «presunción de legitimidad de la que disfrutaban los actos o normas que emanan de los poderes legítimos», aún más fuerte cuando la norma emana del Parlamento. Por tanto, toda suspensión a la eficacia de una Ley ha de ser considerada excepcional. Y no existe ni en la Constitución ni en la LOTC previsión alguna que atribuya a la interposición del recurso de inconstitucionalidad un efecto suspensivo cuando se dirige contra leyes del Estado, ni tampoco se ha otorgado al Tribunal esta facultad (ATC 141/1989, de 14 de marzo, FJ 2.º). El artículo 30 LOTC impide la suspensión de la ley de Cortes tanto automática como a solicitud de parte. Asimismo se reitera que «los poderes de suspensión que tiene el Tribunal Constitucional están tasados (...) y no pueden extenderse a casos distintos de aquellos para los que están instaurados» (ATC 462/1985, de 4 de julio, FJ 2.º).

Cuatro Votos Particulares, que emiten cinco Magistrados, no comparten estas argumentaciones. El **Magistrado Delgado Barrio** defiende que tal jurisprudencia se dictó para casos en los que el bien jurídicamente protegido era de una entidad mucho menor que la vida del *nasciturus*, y advierte que las consecuencias jurídicas son ahora de una extraordinaria relevancia. Además, no se comparte que la viabilidad de tal suspensión exija una previsión expresa, ya que el ordenamiento jurídico no sólo se integra por disposiciones escritas sino también por «principios y normatividad inmanentes en la naturaleza de las instituciones» a partir de los cuales puede darse una protección cautelar; y la Constitución no recoge una prohibición. El silencio legal no puede ser interpretado como la fuente de una prohibición, sino como falta de regulación. Existe, en efecto, una laguna producida por la derogación del recurso previo de inconstitucionalidad en 1985, que hasta entonces impedía los posibles perjuicios que pudieran ocasionarse con la aprobación de una ley. Esta situación hizo que no se previera en la versión inicial de la LOTC una medida suspensiva, que debería permitirse ahora, en casos de excepcional gravedad, para integrar dicha laguna.

El **Magistrado Gay Montalvo**, sin embargo, rechaza la existencia de esa laguna, ya que cree que sí existe una regulación de tal medida cautelar precisamente en el artículo 30 LOTC, pero encuentra igualmente razones suficientes para adoptar la suspensión que se pedía. Pues el presente supuesto es un «caso límite del Derecho», al tratarse del valor de la vida humana el que está en juego, y la existencia de un evidente perjuicio irreparable (*periculum in mora*), y su creencia de que la ley regula la interrupción del embarazo en sentido contrario a la doctrina constitucional (*fumus boni iuri*).

El **Magistrado Rodríguez-Zapata** defiende otra interpretación del artículo 30 LOTC que cree establece simplemente la regla de que la interposición del recurso no conlleva la suspensión *ope legis*, pero nada se dice sobre la posibilidad de que el Tribunal, a instancia de parte

y como medida cautelar, pueda acordarla. La eficacia directa de los derechos fundamentales «confiere al Tribunal Constitucional una reserva de potestad jurisdiccional para preservarlos, sin necesidad de ninguna ley que autorice a ello expresamente». Por eso, defiende la admisión de un nuevo criterio de suspensión según el cual la medida pueda ser acordada en atención a la irreversibilidad de los daños que la aplicación de la ley pueda generar sobre el derecho fundamental a la vida. Encuentra un pretendido antecedente en el ATC 120/1983, de 21 de marzo, por el que el Tribunal Constitucional acordó suspender la entrada en vigor de ciertos preceptos de la Ley Orgánica de Elecciones Locales, que fue publicada antes de que transcurrieran los tres días de plazo para interponer un recurso previo de constitucionalidad conforme al derogado artículo 79.2 LOTC. Y el Tribunal Constitucional entendió que la publicación sin esperar a los tres días era una actuación no ajustada a Derecho y, en atención al principio de conservación de los actos, acordó la entrada en vigor de toda la Ley Orgánica excepto de ciertos preceptos para los que dictaminó la suspensión de su vigencia (fallo del que discreparon cuatro Magistrados constitucionales). La finalidad de esta suspensión, aun atendible, es de menor entidad que la del presente supuesto.

Por último, los **Magistrados Rodríguez Arribas y Jiménez Sánchez** abundan en que la derogación del recurso previo de inconstitucionalidad dejó al artículo 30 LOTC como la única disposición sobre la suspensión de la vigencia de las normas, por lo que dicho precepto debería ser interpretado de una manera integradora, permitiendo la suspensión de los preceptos sospechosos de inconstitucionalidad.

En nuestra opinión, debe compartirse la sujeción del Tribunal Constitucional a la Constitución y a su ley procesal, y correcta la conclusión de que no puede atribuirse competencias sobre medidas cautelares que ninguna de estas dos normas le confiere. Sin embargo, si hubiere algún excepcional motivo que permitiera realizar otra interpretación menos estricta del artículo 30 LOTC, éste sería el caso, pues estamos ante una situación límite, de acuerdo con el criterio del *periculum in mora*, dado el bien jurídico protegido en este asunto, la vida (artículo 15 CE), y, de acuerdo con un juicio técnico y cautelar sobre un incidente de suspensión, cualquiera que sea la opinión que se albergue sobre la constitucionalidad del fondo del asunto. Desde una perspectiva comparada, nos surge la duda, pues puede recordarse que tampoco el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 le da al Tribunal Europeo la facultad de dictar medidas cautelares —a diferencia de lo que hizo la posterior Convención Americana de Derechos Humanos—, y, sin embargo, dicho Tribunal asumió tal facultad en una evolución jurisprudencial reciente de 180 grados, sin que se hubiere modificado expresamente en este extremo el Convenio, ni siquiera posteriormente con ocasión de la entrada en vigor del Protocolo 14, bien es verdad que con apoyo en un precepto expreso de su propio Reglamento interno, fruto de su autonomía. Una vez más es difícil hacer buen Derecho en casos complejos.

B) Recurso de amparo constitucional

- a) *El incidente de nulidad de actuaciones (artículo 241.1 LOPJ) debe reforzar su protagonismo tras la reforma de la LOTC de 2007 como instrumento idóneo para agotar la vía judicial previa al planteamiento del amparo constitucional*

La **STC 43/2010, de 26 de julio**, estima un recurso de amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). El Tribunal Constitucional sentencia que el órgano judicial no actuó con la diligencia debida y causó indefensión a los recurrentes. Respecto del acuerdo del órgano judicial de no haber lugar a la nulidad solicitada del artículo 241.1 LOPJ, y, partiendo del mayor protagonismo que la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC, otorga a los tribunales ordinarios en la tutela de los derechos fundamentales, se enfatiza que este inci-

dente es un instrumento idóneo para la tutela del derecho fundamental a la tutela «por quienes hasta ese momento no habían podido comparecer en el proceso y no contaban con ningún otro recurso en ese procedimiento ejecutivo para denunciarla» (FJ 5.º).

La pregunta que se nos plantea es cuál es el motivo por el que el Tribunal estima que este pequeño asunto ostenta relevancia constitucional y procede a su admisión. Se recrimina al órgano judicial que no haya tomado en consideración la jurisprudencia constitucional sobre las exigencias que la interdicción de la indefensión del artículo 24.1 CE impone a los órganos judiciales en los procesos de ejecución y que, en lugar de eso, remitiera a los recurrentes al procedimiento declarativo correspondiente. Esto podría llevar al criterio especificado en el apartado f) del FJ 2.º de la STC 155/2009 que justifica la admisión «en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 5 LOPJ)». Sin embargo, es difícil creer que, de entre los miles de recursos de amparo planteados desde la entrada en vigor de la reforma, no haya habido ningún otro recurso que suscitara la violación de un derecho por «negativa manifiesta del deber de acatamiento de la jurisprudencia» constitucional. Parece más acertado pensar que el caso permite imponer una correcta utilización del incidente de nulidad de actuaciones y mantener el principio de subsidiariedad que vertebra el amparo constitucional, con lo que podría acudirse al criterio de explicar la doctrina constitucional por cambio en la legislación [apartado a) del FJ 2.º de la STC 155/2009].

b) *¿Hacia un excepcional criterio subjetivo de admisión del amparo cuando el bien jurídico protegido sea el de la integridad física y moral (artículo 15 CE)?: el daño irreparable*

En la **STC 40/2010, de 19 de julio**, el Tribunal Constitucional otorga el amparo constitucional a un interno de un centro penitenciario que alegó malos tratos físicos y psicológicos y vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). El recurrente denunció ante el juzgado que tras mantener un *bis a bis* fue conminado entre insultos por los funcionarios a desnudarse para practicarle un cacheo integral y ante su negativa fue agredido con patadas y puñetazos. El juzgado, sin embargo, archivó la causa precipitadamente por considerar que no aparecía debidamente justificada la perpetración del delito. Existe una amplia jurisprudencia constitucional en este tipo de casos (SSTC 224/2007, de 22 de octubre; 34/2008, de 25 de febrero; 52/2008, de 14 de abril; 107/2008, de 22 de septiembre) que recogen las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia (por ejemplo, *Martínez Sala c. España*, de 2 de noviembre de 2004; *Kmetty c. Hungría*, de 16 de diciembre de 2003) referidas a que las investigaciones en este tipo de casos han de ser suficientes y efectivas, especialmente, cuando los indicios de tortura o tratos inhumanos o degradantes han sido sufridos bajo la custodia de autoridades policiales. Un mandato que no cumplió el órgano judicial, pues las resoluciones no contenían la motivación exigible ni se agotaron los medios de investigación.

De nuevo se plantea la pregunta de qué criterio acoge el Tribunal Constitucional para acordar la admisión del amparo, pues nada se establece en la sentencia. Podría ser la negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina constitucional por parte del órgano judicial [apartado f) del FJ 2.º de la STC 155/2009]. Sin embargo, este criterio podría estar presente en la mayoría de los recursos donde se denuncie la vulneración de un derecho fundamental. ¿Cabría plantearse la posibilidad de que se haya admitido el recurso por estar implicada la integridad física y moral del recurrente (artículo 15 CE), en su dimensión subjetiva? La entidad del bien jurídico en cuestión acaso justificaría la implicación en el caso del máximo guardián de los derechos fundamentales. Quizás esto daría una respuesta afirmativa a las demandas que desde muchos sectores, tanto de la doctrina como de la práctica forense, se han planteado, favorables a establecer un criterio de admisión del recurso de amparo que respondiera a una función

subjetiva, reparar el daño irreparable. Una gatera que el legislador finalmente no acogió para preservar la objetivación del amparo. Pero dista de estar claro.

- c) *Admisión de recurso de amparo por vulneración del artículo 23.2 CE: ¿los amparos parlamentarios como materia constitucional?*

La **STC 44/2010, de 26 de julio**, aprecia la vulneración del derecho al ejercicio de los cargos públicos representativos en condiciones de igualdad (artículo 23.2 CE) de unos miembros de las Cortes Valencianas, debido a la inadmisión a trámite de varias preguntas parlamentarias, así como de una proposición no de ley, sin recogerse una motivación suficiente en los acuerdos de la Mesa. La doctrina que aplica el Tribunal es la contenida en el ATC 85/2006, de 15 de marzo.

Otra vez se plantea cuál es el criterio seguido para apreciar en este recurso una «especial trascendencia constitucional» pues nada se dice en la sentencia. Conviene recordar que se viene entendiendo por sectores destacados de la doctrina científica que los recursos de amparo en los que se alega la vulneración del artículo 23 CE son materialmente un conflicto entre órganos constitucionales o, en este caso, entre las fracciones de un órgano constitucional, esto es, entre mayoría y minoría; esta materia constitucional, dados los contenidos y los sujetos, justificaría habitualmente su especial relevancia constitucional de cara a su admisión a trámite. Pero nada se dice de esto en la motivación.

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

1. La posición de los Estatutos en el sistema de fuentes es la característica de las leyes orgánicas (artículos 81.1 y 147 CE)

La **STC 31/2010, de 28 de junio** (FFJJ. 1 a 7) comienza sus razonamientos analizando la naturaleza de los Estatutos, el alcance de la reserva estatutaria (artículo 147 CE), y la llamada «función constitucional de los mismos». Los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, y no expresión de un poder soberano sino de una autonomía fundada en ella. *Se integran en el ordenamiento bajo la forma específica de un tipo de ley estatal, la ley orgánica*, forma jurídica a la que se reserva su aprobación y reforma (artículos 81.1 y 147.3 CE). De aquí se deduce tajantemente —nos parece que sin mayores argumentaciones— que «su posición en el sistema de fuentes es, por tanto, la característica de las leyes orgánicas; esto es, la de normas legales que se relacionan con otras normas con arreglo a dos criterios de ordenación: el jerárquico y el competencial» (FJ 3.º). El primero ordena su relación con la Constitución, y el de competencia con las normas legales.

El Tribunal Constitucional pone fin así —a nuestro entender— en demasiadas pocas líneas a un largo debate y controversia doctrinal sobre la naturaleza jurídica de los Estatutos donde se han usado argumentaciones referidas a varios de sus rasgos que dan una naturaleza muy específica a la fuente. La base decisional más amplia de los Estatutos frente a las simples leyes orgánicas, fruto del triple acuerdo de voluntades entre el Parlamento autonómico proponente, las Cortes Generales y el cuerpo electoral en referéndum. Un muy especial procedimiento de aprobación en el caso de las Comunidades Autónomas del artículo 151 CE, donde es de subrayar la atípica capacidad de enmienda de las Cortes mediante motivos de desacuerdo, técnica que parece buscar el compromiso. Su integración en el bloque de la constitucionalidad (artículo 28.2 LOTC), cerrando los espacios abiertos en las normas constitucionales mediante una interpretación autén-

tica en la medida en que sus exégesis se acomoden a ellas. El principio de indisponibilidad de los Estatutos frente a todo tipo de leyes incluidas las orgánicas. No encontramos razonamiento alguno en la sentencia sobre todos estos argumentos clásicos de dicho largo debate doctrinal, de manera que la decisión puede calificarse de apodíctica o asertiva en cuanto simplificadora de la complejidad del asunto. Ojalá sea acertada, pero la argumentación, por parca, no es plenamente suasoria.

2. Contenidos de los Estatutos (artículo 147 CE): mínimo o adicional, y constitucionalmente explícito o implícito. El Estatuto como norma institucional básica. Diversos modelos de Estatutos: la concepción restringida y la amplia

La **STC 31/2010** (FF.JJ. 4.º y 5.º) reconoce que la Constitución no determina expresamente cuál sea el contenido global de los Estatutos. Únicamente prescribe un *contenido mínimo* y *obligado* en el artículo 147.2 CE (denominación, territorio, organización institucional y competencias). Pero permite que cuenten con otro *contenido adicional y constitucionalmente posible*, como ocurre expresamente con las lenguas y las banderas propias (artículos 3.2 y 4.2 CE), o, aun no estando expresamente señalado por la Constitución, que sea complemento adecuado por su conexión con las previsiones constitucionales (se cita la **STC 247/2007**, de 12 de diciembre, FJ 12.º).

Por consiguiente, cabe un contenido estatutario constitucionalmente *explícito* junto a otro *implícito* e inherente a la condición del Estatuto como norma institucional básica (artículo 147.1 CE). Con este título pueden integrarse en los Estatutos previsiones muy dispares, siempre y cuando se dejen a salvo las reservas establecidas en la Constitución en favor de leyes específicas o para la disciplina de «*materia orgánica no estatutaria*».

Este pronunciamiento estimamos es muy importante pues cierra el paso a buena parte de la filosofía del blindaje: el Estatuto, por su acusada transversalidad, no puede ocupar el lugar de las reservas —genéricas o específicas— a otras leyes orgánicas; unas reservas no menos constitucionales.

Dada la apertura del modelo territorial —continúa el Tribunal—, son admisibles Estatutos dotados de un contenido material más *amplio* que el que resulta *mínimo* y necesario según el artículo 147.2 CE. Constitucionalmente, tiene igual cabida una concepción restringida de los Estatutos, limitada al mínimo explícito, junto a otra más amplia.

Creemos que es razonable pensar que el Tribunal Constitucional acierta en la constitucionalidad de este doble rasero o vara de medir los Estatutos. Pero el legislador estatuyente y, en particular, las Cortes Generales, no debería contentarse, por razones de oportunidad política, con mantener unas asimetrías estatutarias tan intensas, que, sin duda, dificultarán la gobernabilidad y organización administrativa del modelo territorial, especialmente, si crece la heterogeneidad de situaciones competenciales y el Estado asume rostros distintos en cada Comunidad.

3. Funciones constitucionales de los Estatutos y límites a su papel en el bloque de la constitucionalidad: el Estatuto no es una norma atributiva de competencias al Estado, únicamente las determina en el *si* y en el *quantum*

Es éste otro pronunciamiento central que desactiva otra parte de la filosofía del blindaje competencial. Respecto de las funciones constitucionales de los Estatutos de Autonomía (**STC 31/2010**, de 28 de junio, FJ 4.º), se dice que la primera radica en la *diversificación del ordena-*

miento mediante la creación de sistemas normativos autonómicos, en los cuales los Estatutos son la norma institucional básica.

Son también norma de *garantía de indemnidad* del sistema autonómico, junto a las normas dictadas para delimitar las competencias (artículo 28.1 LOTC), pero sólo por remisión de la Constitución misma. La inconstitucionalidad por infracción de un Estatuto es, en realidad, infracción de la Constitución.

En tercer lugar, los Estatutos tienen una función de *atribución de competencias* a la Comunidad Autónoma, así como contribuyen a perfilar el ámbito de normación y el poder estatal. Pero esto *no hace al Estatuto una norma atributiva de competencias al Estado*. Las competencias estatales son siempre de origen constitucional, directo e inmediato, a diferencia de las autonómicas que vienen determinadas en los Estatutos y son sólo indirectamente constitucionales. Ahora bien, «no pocas de las competencias estatales vienen mediatamente determinadas por los Estatutos, si bien únicamente en el *si* y en el *quantum*». Afirmación que se aclara añadiendo «En lo primero, porque algunas competencias sólo serán del Estado en la medida en que no las hayan asumido las Comunidades Autónomas. En lo segundo, porque el alcance de la competencia estatal puede ser mínimo o superior, dependiendo de los términos en que se produzca la asunción estatutaria».

Este entendimiento del Tribunal Constitucional de la tercera función de los Estatutos, la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas podría parecer restrictivo, dado el papel de los Estatutos en el bloque de la constitucionalidad, pero no lo es si se ahonda en la cuestión. Las competencias de un único Estado central no pueden determinarse bilateralmente de forma distinta —y puede que hasta contradictoria— en los Estatutos de 17 Comunidades Autónomas.

No obstante, obsérvese que —a nuestro entender— el Tribunal Constitucional no pone en conexión o entrecruza su anterior tajante calificación de los Estatutos como leyes orgánicas con estas funciones constitucionales que seguidamente reconoce ni parece extraer mayores consecuencias en su naturaleza de leyes orgánicas a causa de tal reconocimiento. En suma, los Estatutos son leyes orgánicas, pero cumplen funciones constitucionales: diversifican el ordenamiento en sistemas autonómicos, son una garantía de indemnidad, y atribuyen competencias a las Comunidades Autónomas, determinando el *si* y el *quantum* de las estatales. Concluyamos pues que son unas leyes orgánicas harto específicas...

4. Límites al contenido de los Estatutos: uno cuantitativo y de oportunidad, su limitada densidad normativa, y otro cualitativo y de constitucionalidad, les está vedada la definición de categorías constitucionales, en particular, la «competencia de competencias» que incumbe al poder constituyente

Del mismo modo (STC 31/2010, FJ 6.º) se precisa que a una concepción maximalista de los Estatutos no puede dejar de oponerse, en primer término, un *límite de orden cuantitativo*, referido al grado de densidad normativa aceptable en un Estatuto, toda vez que la especial rigidez de éste supone una petrificación de su contenido, que puede llegar a ser incompatible con el derecho a la participación política, pues afecta a la reversibilidad de las decisiones normativas que es inherente a la idea de democracia. Sin perjuicio, de que estos reparos —así se reconoce— no son más que objeciones de oportunidad, pues los Estatutos son también expresiones del legislador democrático (con cita de STC 247/2007, FJ 6.º).

En segundo lugar a la expansividad material de los Estatutos se oponen, sobre todo, *límites cualitativos*, derivados de la diferencia entre la Constitución y los Estatutos, entre poder

constituyente y poderes constituidos, en especial, los que afectan a las categorías y conceptos constitucionales y, entre ellos, la definición de la *competencia de la competencia* que como acto de soberanía corresponde a la Constitución, es inaccesible a cualquier legislador y está sólo al alcance de la función interpretativa del Tribunal Constitucional (con cita de la STC 76/1983, de 5 de agosto, sobre el proyecto de LOAPA).

Un pronunciamiento —creemos— muy importante, constitucionalmente adecuado y de cuya corrección técnica es difícil dudar. Es habitual en la teoría federal o de la descentralización jurídica atribuir la «competencia de competencias» o competencia para modificar las competencias al Estado ordenamiento en su conjunto y, en consecuencia, a un único poder constituyente originario y a su emanación que es el poder reforma constitucional. Este pronunciamiento acaba de desactivar la filosofía del blindaje competencial: la Constitución de todos no se puede cambiar para todos en un único Estatuto. La mutación de la Constitución federal en la Constitución de los Estados —podríamos decir parafraseando a Jellinek— es quizás posible, pero no puede llegar tan lejos.

5. El valor del preámbulo del Estatuto como interpretación cualificada no puede imponerse al intérprete supremo de la Constitución. Su conexión con diversos preceptos estatutarios: derecho al autogobierno, derechos históricos, pueblo y ciudadanía de Cataluña, nación y símbolos nacionales

Asimismo, la **STC 31/2010** (FF.JJ. 7 a 11) recuerda que los preámbulos y las exposiciones de las leyes no tienen valor normativo y es incorrecto hacerlos objeto directo de una acción de inconstitucionalidad. Ahora bien «*carencia de valor normativo no equivale a carencia de valor jurídico*». Los preámbulos no son inaccesibles a los pronunciamientos de la jurisdicción constitucional. En este sentido, desde la STC 36/1981 se ha mantenido su *valor interpretativo*: tienen un valor como criterio hermenéutico, o *interpretación cualificada* de las normas posteriores, pues expresan las razones en que el propio legislador fundamenta su acción legislativa. Pero esta interpretación nunca podrá imponerse a la autoridad del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución.

Desde esta lógica se revisan, entre otros, varios conceptos, recogidos en diversos párrafos del preámbulo y formalizados en preceptos del Estatuto conectados con aquellos. Tras reconocerse que se trata de «*términos... conceptualmente comprometidos*», dice centrarse la cuestión en el orden de la «razón jurídico-constitucional» y en el terreno de la voluntad constituyente formalizada en la Constitución.

No se considera inconstitucional la referencia del preámbulo al «*derecho inalienable de Cataluña al autogobierno*», en relación con el artículo 1 EAC que afirma que «Cataluña, como nacionalidad, ejerce su derecho al autogobierno», ya que debe entenderse dentro del derecho reconocido y garantizado en el artículo 2 CE a las nacionalidades y regiones.

Tampoco es inconstitucional afirmar que «*los poderes de la Generalidad emanan del pueblo de Cataluña*» (artículo 2.4 EAC), pues la propia Comunidad de Cataluña trae causa en Derecho de la Constitución española y de la soberanía nacional (artículos 1.2 y 2 CE). No existe un fundamento distinto del autogobierno. Ni el pueblo de Cataluña, como referencia de legitimidad democrática, es expresión de un sujeto distinto en competencia con la única soberanía nacional que se atribuye al «pueblo español».

Respecto de los *derechos históricos* del pueblo catalán (artículo 5 EAC) como fundamento del autogobierno según el preámbulo y a su actualización «al amparo del artículo 2 y la disposición transitoria segunda y otros preceptos de la Constitución», se hace una contundente

sentencia interpretativa de rechazo. Así se sostiene que se trata de derechos históricos en un sentido bien distinto del que corresponde a los territorios forales a que se refiere la disposición adicional primera de la Constitución, y que hace relación a tradiciones de derecho privado o público recogidas en la citada disposición transitoria. Sólo en este sentido y reconociendo que no entraña un fundamento distinto del autogobierno de Cataluña al margen de la Constitución puede estimarse constitucional el artículo 5 EAC y la referencia del preámbulo.

Esta es una afirmación —a nuestro juicio— importantísima de cara a futuras e hipotéticas demandas del sistema de cupo o concierto económico, unos privilegios forales con origen histórico que la Constitución (DA 1.^a), según declara el Tribunal Constitucional, sólo reconoce a los territorios forales, condición que en el sistema de nuestra Constitución no cabe imputar a Cataluña.

En relación, con los conceptos de «ciudadano» y «ciudadanía» del artículo 7 EAC referidos a la condición política de catalanes. El Tribunal vuelve a hacer una sentencia interpretativa de rechazo, aclarando que no pueden entenderse por oposición a la ciudadanía española y como una condición distinta al pueblo español. No es sino una especie del género «ciudadanía española» a la que «no puede ontológicamente contradecir» (FJ 11.^o).

Se impugnaban asimismo los términos «nacionales» relativos a los símbolos (artículo 8 EAC) en relación con la afirmación del preámbulo sobre la *condición nacional de Cataluña* proclamada en su momento por el Parlamento catalán. El Tribunal admite que el término «nación» es extremadamente proteico y se desenvuelve en diferentes contextos con ideas y significados distintos, pero declara con firmeza que la Constitución no conoce otra que la Nación española (artículo 2 CE) con la que se cualifica la soberanía ejercida por el pueblo español (artículo 1.2), y remarca «la indisoluble unidad de la nación española» proclamada en el artículo 2 CE. La referencia del artículo 8 EAC a los símbolos nacionales podría inducir a confusión si pretendieran extraerse del preámbulo determinadas consecuencias de la declaración del Parlamento sobre una nación catalana. Sin embargo, cabe interpretar conforme a la Constitución que esos símbolos nacionales se predicán de una *nacionalidad* constituida como Comunidad Autónoma. Pero es menester *privar de alcance jurídico interpretativo a esas referencias: los términos «nación y nacional»* referidos a Cataluña en el preámbulo carecen de eficacia jurídica interpretativa.

Una *declaración interpretativa que se lleva al fallo* así como la interpretación conforme del artículo 8 relativa a los símbolos nacionales comprendidos como de una nacionalidad y Comunidad Autónoma.

6. Un principio de bilateralidad en las relaciones de la Generalidad con el Estado que no es confederal sino «matizado»: proyectado en la integración y en la cooperación y que no excluye la multilateralidad

A esta cuestión, reconocida principalmente en el artículo 3.1 EAC se dedica el FJ 13.^o Este precepto estatutario reconoce los principios de bilateralidad y multilateralidad. El Tribunal Constitucional desestima la inconstitucionalidad del artículo mediante una interpretación constitucional de rechazo, repleta de matices que desactivan cualquier interpretación confederal o bilateralista en exceso.

Se acepta ciertamente que el Estatuto no es sede normativa inadecuada para la proclamación de los principios que deben inspirar las relaciones entre entes territoriales. Pero seguidamente se afirma que una *bilateralidad estricta* sería imposible pues «*la parte sólo puede relacionarse con el todo en términos de integración y no de alteridad*». Además, el Estado central o general mantiene una relación con la Generalidad que no es de igualdad sino de *superioridad* y que no excluye la *multilateralidad* con otras Comunidades Autónomas. La bilateralidad por

último sólo puede proyectarse en un principio general de *cooperación* implícito en nuestra forma territorial de Estado.

**7. El catalán como lengua propia: cooficialidad no es preferencia.
El deber de conocimiento del catalán no es un deber individualizado
para los ciudadanos sino un mandato a los poderes públicos que
encuentra un lugar específico en la educación y en los funcionarios**

Unas cuestiones reguladas en los artículos 6 EAC y 3.2 CE. De nuevo el Tribunal sienta algunas *cautelas* muy importantes. La definición del catalán como lengua propia de Cataluña no puede suponer un desequilibrio del régimen de cooficialidad de ambas lenguas en perjuicio del castellano. *No puede pretenderse que el catalán sea lengua de uso normal y preferente del poder público «siquiera sólo del poder autonómico» (STC 31/2010, FJ 14.º)*. Toda lengua oficial comparte su cualidad con otra lengua española, también, por definición, el castellano, incluso, «por y ante las Administraciones públicas catalanas que como el poder público estatal en Cataluña no pueden tener preferencia por ninguna de las dos lenguas oficiales». El catalán es lengua «propia» de la Comunidad Autónoma, en cuanto característica y privativa, por contraste con la común a todas las Comunidades Autónomas, y en este sentido también «propia» que es el castellano.

En este sentido, se declara *inconstitucional* el artículo 6.1 EAC en el inciso en que se declara «*preferente*» el catalán como lengua de uso normal en Cataluña y se afirmaba que era preferente en las Administraciones públicas y en los medios de comunicación públicos.

Respecto de la declaración allí mismo del catalán como «*lengua ... vehicular ... de la enseñanza*», se establece que *el castellano no puede dejar de ser utilizado también como lengua a esos mismos efectos*.

Quizás sea el alcance de esta decisión del Tribunal Constitucional sobre el papel del castellano en la educación el que puede necesitar mayores matices y concreciones futuras a nuestro entender.

En lo que atañe a la imposición estatutaria del *deber de conocimiento del catalán* (artículo 6.2 EAC) se recuerda que no es un deber constitucional, pues la Constitución sólo impone el deber general de conocer el castellano como idioma común (artículo 3.1) y cuyo conocimiento puede presumirse con independencia de la residencia. Además *no teniendo las Administraciones derecho alguno a dirigirse exclusivamente a los ciudadanos en lengua catalana*, tampoco puede presumir en éstos su conocimiento y formalizar esa presunción como deber de conocimiento. Cabe una interpretación conforme a la Constitución del precepto si se entiende como un mandato a los poderes públicos para que adopten las medidas necesarias para facilitar el cumplimiento de ese deber, pero no como un *deber individualizado*, generalizable y exigible a todos los ciudadanos de Cataluña. La imposición de ese deber tiene su lugar específico en el ámbito de la educación y en el de las relaciones especiales de sujeción y los funcionarios, obligados a dar satisfacción al derecho de opción lingüística. Esta interpretación conforme a la Constitución se lleva al fallo.

**8. La consideración de la Generalidad como Administración ordinaria
no supone necesariamente que asuma todas las funciones ejecutivas: no caben
pronunciamientos preventivos sobre hipotéticas transferencias futuras**

La primera de las impugnaciones del Título II, «De las Instituciones», se refiere al artículo 71.1 del Estatuto que atribuye a la Administración de la Generalitat la condición de «**Administración ordinaria**» de acuerdo con lo que disponga el Estatuto y las leyes. El Tribunal rechaza (STC 31/2010, FJ 30.º) que ese adjetivo suponga la exclusión de la administración periférica

del Estado, ni su pervivencia en el territorio de Cataluña de manera excepcional o marginal, ni que la Generalidad asuma las competencias ejecutivas que constitucionalmente correspondan al Estado, en consecuencia, no procede un pronunciamiento preventivo acerca de lo que, en su caso, pudiera disponer el legislador estatal en un futuro.

Por este motivo se desestima asimismo la impugnación de la disposición adicional sexta que contempla la *posibilidad de transferencias* a la Generalidad de las funciones que realiza la Administración periférica. Se trata de una previsión de futuro, cuya actuación corresponde al Estado sin condicionamiento alguno.

Igualmente, se desestima la impugnación del artículo 71.6 EAC (STC 31/2010, FJ 31.º), que establece una reserva de ley autonómica en materia de organización de la Administración de la Generalidad y de descentralización funcional, con el contenido necesario que en él se determina, que debe respetar las bases que el Estado dicte en la materia sin que sea necesario que en el precepto se haga una salvaguarda expresa a la competencia básica del Estado.

9. Consejo de Garantías Estatutarias: la inconstitucionalidad del carácter vinculante de sus dictámenes

Se impugnan los apartados 1, 2 y 4 del artículo 76 EAC por entender que las funciones que se atribuyen a ese Consejo violan la reserva del control de constitucionalidad de las leyes en favor del Tribunal Constitucional (artículo 161 CE). El Tribunal (STC 31/2010, FJ 32.º) considera inocho el apartado 1.º que define la institución, así como el apartado 2.º que establece sus competencias, que son similares a las que tenía el anterior Consejo Consultivo cuya constitucionalidad ya había sido declarada por la STC 204/1992, de 26 de noviembre. Se centra pues la motivación en el apartado 4 que atribuye *carácter vinculante a sus dictámenes* «con relación a los proyectos de ley y las proposiciones de ley del Parlamento que desarrollen o afecten a derechos reconocidos por el presente Estatuto». Este control podría realizarse bien en el momento de la presentación de las iniciativas legislativas en la Cámara y a lo largo de su debate en ella, o bien una vez concluido el procedimiento legislativo y antes de la publicación de la ley. Pero —se concluye— lo primero supondría una inadmisibile limitación de la autoridad y las competencias parlamentarias, con grave quebranto de los derechos de participación política reconocidos por el artículo 23 CE, en garantía de la libertad parlamentaria propia de los sistemas democráticos; y, lo segundo, configuraría el control ejercido por el Consejo en términos demasiado próximos (materialmente equivalentes) a un control jurisdiccional sobre normas legales enteramente perfeccionadas en su contenido, perjudicándose entonces el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley reservado por el artículo 161 CE a este Tribunal. En cualquiera de las dos hipótesis, procede la *declaración de inconstitucionalidad*.

A nuestro entender la motivación es demasiado asertiva y por ello escasamente convincente. Es discutible que el Estatuto que previamente se ha definido como una ley orgánica no pueda configurar un derecho fundamental de configuración legal como es el recogido en el artículo 23.2 CE y atribuir consecuencias, internas al proceso de formación de la voluntad de la Comunidad, a la intervención jurídica de un órgano consultivo que se pronuncie sobre la regularidad de las leyes por su adecuación al Estatuto, precisamente en uso de su poder de organización interna. Pero, sobre todo, no se advierte daño alguno en la superposición de garantías cuando la subsidiariedad garantiza la supremacía de la instancia final, el Tribunal Constitucional, y podrían haberse señalado perfectamente limitaciones materiales al alcance del control en la primera practicada por el Consejo de Garantías. Es habitual así en los Estados federales que el Tribunal Constitucional federal se apoye y colabore, con una división de tareas, con los tribunales constitucionales de los Estados.

10. Sindic de Greuges: es inconstitucional la pretensión de supervisar la Administración autonómica con carácter exclusivo

Con relación al Sindic de Greuges se impugna el artículo 78.1 EAC que le otorgaba la función de *supervisar la Administración autonómica «con carácter exclusivo»*. El Tribunal Constitucional admite (STC 31/2010, FJ 33.º) que esta regulación efectivamente hace imposible la actuación del Defensor del Pueblo respecto de la Administración catalana, vulnerando el artículo 54 CE, por lo que el inciso entrecomillado deviene inconstitucional y nulo.

11. Sindicatura de Cuentas: la previsión estatutaria de convenios de colaboración no obliga al Tribunal de Cuentas a su celebración

Respecto de la Sindicatura de Cuentas se impugna la definición del artículo 80.1 EAC en la medida en que no prevé la actuación del Tribunal de Cuentas. Una salvaguardia que el Tribunal Constitucional —reitera— no es necesaria ni vicia de inconstitucionalidad a la ley autonómica. Asimismo se recurre el artículo 80.3 que prevé establecer relaciones de cooperación entre los dos órganos de fiscalización mediante la celebración de convenios de colaboración. Una previsión que el TC entiende no vincula ni obliga al Tribunal de Cuentas y no puede confundirse con un mandato; además, no se precisan en el Estatuto los mecanismos de participación ni su alcance según tales convenios (STC 31/2010, FJ 34.º).

12. Consejo Audiovisual de Cataluña: el recurso es preventivo

Se recurre también la creación del Consejo Audiovisual de Cataluña en el artículo 82 EAC, como autoridad reguladora de la comunicación audiovisual, por la supuesta vulneración de los artículos 18 y 20 CE, pero una vez más el TC considera que se trata de un recurso preventivo, en la medida en que los problemas de constitucionalidad se derivarían, en su caso, del desarrollo legal de la previsión estatutaria (STC 31/2010, FJ 35.º).

13. Autonomía local: las previsiones estatutarias vinculan al legislador autonómico pero no pueden desplazar al legislador estatal básico de régimen local. Validez del listado estatutario de competencias locales

Con relación a la regulación de «El Gobierno Local», en el Título II, la impugnación comienza con una crítica general en la que se afirma que transgrede la reserva estatutaria la regulación del régimen local, así como que trata de desplazar a la legislación básica, impidiendo el carácter bifronte Estado/Comunidades Autónomas del régimen local, persiguiendo la interiorización del Gobierno local. La impugnación para el TC no puede estimarse a falta de una mayor argumentación y concreción (STC 31/2010, FJ 36.º). Las previsiones estatutarias pueden *vincular al legislador autonómico de régimen local*, pero deben respetar la competencia básica que corresponde al Estado en virtud del artículo 149.1.18 CE que engloba a las Administraciones locales «por lo que la regulación legislativa ha de entenderse, en principio, sin perjuicio de las relaciones que el Estado pueda legítimamente establecer con todos los entes locales».

Se impugnan también los artículos 84.2 y 3 EAC, donde se enumera una serie de *materias con competencias propias de los entes locales* en los términos que determinen las leyes, por entender que formarían un sistema encaminado a limitar la facultad del Estado de dictar normas básicas sobre las competencias locales, atribuyéndose además a los entes locales competencias sobre materias que corresponden con carácter exclusivo o compartido al Estado. Pero el Tribu-

nal Constitucional, con muy buen criterio, descarta este entendimiento exagerado, y niega que este precepto sustituya o desplace el ejercicio de la competencia estatal en materia de bases del régimen local; admite que la Comunidad posee competencias para efectuar esas previsiones; y recuerda, una vez más, que la falta de mención expresa en ese precepto a la competencia estatal no supone su inconstitucionalidad (STC 31/2010, FJ 37.º).

Nos parecen muy relevantes estas afirmaciones, que no deben pasar desapercibidas, para ordenar las relaciones entre la LBRL —que ojalá más pronto que tarde se reforme—, los EE.AA. y las respectivas leyes de régimen local de las Comunidades Autónomas, varias de las cuales ya han sido aprobadas o modificadas.

14. **Veguerías: pueden ser un nuevo ente local autonómico o una nueva denominación de las Provincias. Pero la creación, supresión y modificación de las Provincias corresponde a la ley orgánica**

Para los recurrentes el Estatuto suprime las **Provincias** como ente local sustituyéndolas por las Veguerías (artículos 83.1, 90 y 91 EAC) con vulneración de los artículos 137 y 141 CE. La cuestión se centra en determinar si la Veguería no es sino la denominación de la Provincia en Cataluña o, por el contrario, se trata de un nuevo ente local, supuesto en el que, a su vez, habría de precisarse si su existencia no afecta a la de la Provincia o supone su supresión. El TC comienza por señalar (STC 31/2010, FJ 39.º) que *el hecho de que el Estatuto de Autonomía no haga mención de la Provincia, no puede suponer, en absoluto, la desaparición de esta entidad local en Cataluña*. Es más, la omisión se explica por el hecho de que el Estatuto ha querido ceñirse a la disciplina de la organización territorial en la que se estructura la propia Generalitat de Cataluña, sin afectar a las provincias como «división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado» (artículo 141.2 CE). En definitiva, ha de ser desestimada la impugnación del artículo 80.3 EAC al introducir la Veguería como división territorial de la Generalitat. Y, por lo mismo, debe descartarse la inconstitucionalidad de la previsión estatutaria de la existencia de Veguerías, sean cuales sean sus límites geográficos, ésta no puede suponer la supresión de las provincias en Cataluña ni la de sus funciones constitucionales. *Interpretado en esos términos*, el artículo 90 no es contrario a la Constitución y se lleva esta interpretación al fallo (FJ 40.º).

De acuerdo al artículo 91.3 EAC la *Veguería* podría no ser una nueva entidad local sino sólo la *nueva denominación de la Provincia* en Cataluña (FJ 41.º). Tal posibilidad no es contraria a la Constitución, habida cuenta que la veguería reúne en el Estatuto los caracteres típicos de la provincia y es ésta, más allá de su denominación específica, la institución constitucionalmente garantizada. Nada se opondría, por tanto, a que, a efectos estrictamente autonómicos, las provincias catalanas pasaran a denominarse veguerías. Como nada impediría, tampoco, que, en ese supuesto, los *Consejos de Veguería* sustituyeran a las Diputaciones provinciales, correspondiendo, eso sí, a la legislación del Estado determinar su composición.

Ambas interpretaciones tienen cabida en el Estatuto y será el *legislador de desarrollo* el llamado a concretar si la Veguería es una nueva entidad local o una nueva denominación de la Provincia. Sin embargo, la alteración de los límites provinciales demanda una ley orgánica conforme al artículo 141.1 CE.

De manera que el artículo 94.1 hay que interpretarlo en el sentido de que la Veguería es una simple denominación a efectos autonómicos de la Provincia, es decir, la creación de esa institución a efectos exclusivamente autonómicos, o su desaparición o supresión, pues esto es lo único que puede hacer la ley del Parlamento catalán; al que está vedada la creación, modificación o supresión de las Provincias.

La motivación del Tribunal en este punto podría —a nuestro entender— parecer un punto artificiosa en cuanto formalista en exceso. Recuérdesse la propuesta en la realidad de introducir nuevas Provincias bajo la especie de Veguerías, alterando los límites territoriales de aquéllas. Pero, en todo caso, la sentencia deja a salvo la subsistencia constitucional de la Provincia y en manos de la ley orgánica sus modificaciones territoriales que es la verdadera cuestión que parece subyacer a toda esta confusa organización territorial. Algo de luz para aclarar el problema el pronunciamiento aporta. Conviene otra vez esperar a los desarrollos legales del Estatuto para precisar el modelo.

15. Poder Judicial: es indiferente a la estructura territorial del Estado. Sólo la LOPJ puede fijar las competencias del Tribunal Supremo y del TSJ. La solución de la controversia se reenvía a una hipotética modificación de la LOPJ. Fiscal Superior de Cataluña

El Tribunal parte de que «una de las características definidoras del Estado autonómico, por contraste con el federal, es que su diversidad funcional y orgánica no alcanza en ningún caso a la jurisdicción»; y que «*la estructura territorial del Estado es indiferente, por principio, para el Judicial como Poder del Estado*» (STC 31/2010, FF.JJ. 42 y ss.).

Con relación al *Tribunal Superior de Justicia* de Cataluña y sus competencias señala que lo son «*en los términos establecidos por la ley orgánica correspondiente*», y ésta sólo puede ser la *LOPJ*, a lo que no se opone el artículo 95.1 ni el 95.2, ni el 95.4 del Estatuto.

Si bien se hace preciso una sentencia interpretativa del inciso «la competencia reservada al *Tribunal Supremo* para la *unificación de doctrina*» del artículo 95.2 EAC (FJ 44.º), ya que es evidente que es sólo la *LOPJ* y no el Estatuto, la que puede contraer la competencia de ese Tribunal al conocimiento de un determinado recurso jurisdiccional, y definir las competencias jurisdiccionales del Tribunal Supremo. Por lo que hay que entender que con esa expresión se alude al cometido característico y propio de dicho Tribunal en tanto que órgano jurisdiccional «superior en todos los órdenes», siendo esa específicamente la función cuyo ejercicio define al Tribunal Supremo.

El artículo 96 EAC, dedicado al *Fiscal Superior de Cataluña*, se impugna porque, a juicio de los recurrentes, produce una indebida territorialización del Ministerio Fiscal, con quiebra de los principios constitucionales de unidad y jerarquía de la institución y de la reserva de ley prevista para la regulación de su estatuto orgánico (artículo 124 CE). Mas el apartado 1 del artículo 96 EAC se limita a atribuir la denominación de «Fiscal Superior de Cataluña» al Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Denominación específica que, además de ser la acogida por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, no tiene consecuencia alguna en su designación o en el de sus funciones institucionales. Nada de ello se ve perjudicado porque la publicación de su nombramiento se realice, también, en el Diario Oficial de la Generalidad (96.2) o porque envíe una copia de su Memoria anual a distintas instituciones autonómicas (96.3) ni por la posibilidad de que la Generalitat celebre convenios con el Ministerio Fiscal (FJ 46.º).

16. Consejo de Justicia de Cataluña: es inconstitucional como órgano de desconcentración del CGPJ. No puede ser un órgano de gobierno del Poder Judicial. Sí un órgano con competencias sobre la administración al servicio de la administración de justicia. La cuestión queda abierta a la LOPJ

El artículo 97 EAC «incurre en un evidente exceso» al crear un Consejo de Justicia de Cataluña al que se califica de *órgano de gobierno del Poder Judicial* en Cataluña (FJ 47.º). Es obvia la

infracción de los artículos 122.2 y 149.1.5 CE, pues, según es doctrina reiterada (por todas, STC 253/2005, de 11 de octubre, FJ 5.º), ningún órgano, salvo el Consejo General del Poder Judicial, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, ni otra que no sea la *Ley Orgánica del Poder Judicial* puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo.

Ahora bien, la *impropiedad constitucional* de un órgano autonómico cualificado en los términos del artículo 97 EAC *no significa fatalmente la inconstitucionalidad misma del órgano* en cuestión. Sólo si todas y cada una de sus concretas atribuciones se correspondieran, además, con esa cualificación impropia, sería inevitable la inconstitucionalidad y nulidad de un órgano cuya existencia únicamente tendría razón de ser para el ejercicio de unos cometidos constitucionalmente inaceptables. El artículo 97 EAC es, por tanto, inconstitucional en la medida en que califica al Consejo de Justicia de Cataluña como «órgano de gobierno del Poder Judicial» que actúa como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial. La pervivencia del Consejo de Justicia de Cataluña, una vez excluida su inconstitucional conceptualización, dependerá del juicio que merezcan las atribuciones que se le confieren en el artículo 98 EAC.

En todo caso, la inconstitucionalidad de principio advertida ya en el artículo 97 EAC ha de implicar, por conexión o consecuencia, la de los artículos 98.3 y 100.1 EAC, no impugnados, en cuanto el primero parte de la posibilidad de que el Consejo de Justicia dicte *resoluciones* en materia de nombramientos, autorizaciones, licencias y permisos de *Jueces y Magistrados* y toda vez que la recurribilidad en alzada de determinados actos del Consejo de Justicia de Cataluña ante el Consejo General del Poder Judicial resulta lógicamente de la definición de aquél como órgano desconcentrado de este último. Por tanto, el artículo 97 EAC, así como el apartado 3 del artículo 98 EAC y el apartado 1 del artículo 100 EAC, son inconstitucionales y nulos.

Y, en cuanto a su composición, al no ser un órgano de Gobierno del Poder Judicial, *no puede estar integrado por Jueces*, al no ser el Estatuto una norma que pueda prever una excepción en el sentido del artículo 117.4 CE (FJ 49.º).

Respecto de las *competencias*, y al margen de lo que puedan establecer las futuras leyes, sobre las que no procede pronunciarse en este momento (FJ 50.º), se distingue dentro de las que son directamente atribuidas por el Estatuto entre las que son típicas de un órgano de Gobierno del Poder Judicial (por ejemplo, convocatoria de concursos para cubrir plazas vacantes de Magistrados, funciones disciplinarias sobre jueces), que son claramente inconstitucionales, de aquellas otras que se pueden incluir entre las competencias de administración de justicia, asumibles por las CCAA (por ejemplo información en materia de demarcaciones) que no plantean ningún reparo constitucional.

Queda pues abierto el debate a una hipotética modificación de la LOPJ sobre si conviene configurar o no unos Consejos de Justicia con competencias restringidas a la administración al servicio de la administración de justicia. Pero es —a nuestro juicio— muy sensato pensar que la pequeña dimensión de estas competencias no parece justificar la grandilocuencia del rótulo, la misma creación del órgano, ni sus costes ni el riesgo de generar falsas expectativas. La experiencia en el funcionamiento del CGPJ no es, por otro lado, suficientemente halagüeña como para que resulte estimulante o cabal seguir realizando experimentos organizativos análogos. El debate no creemos debiera abrirse por razones de oportunidad política, pero no de constitucionalidad, una vez realizada la intensa poda de las atribuciones del Consejo de Justicia.

17. El uso de la lengua catalana en los concursos a plazas de Magistrados, y el conocimiento de la lengua y el Derecho catalanes por los Magistrados, según las leyes del Estado, para garantizar el derecho de opción lingüística de los ciudadanos

Por otra parte, se salva la constitucionalidad de la utilización de la lengua catalana en la celebración de los *concursos* para las plazas de la Comunidad si se entiende en el sentido de la elección por los opositores de cualquiera de las dos lenguas oficiales de la Comunidad, siempre y cuando esa previsión se realice en la LOPJ que es la norma a la que corresponde precisar las modalidades y requisitos de ejercicio del derecho de opción lingüística contemplado en el Estatuto.

Se descarta también la inconstitucionalidad de la exigencia de que los Magistrados con plaza en Cataluña deban acreditar (artículo 102.1 EAC) un adecuado y suficiente *conocimiento del catalán* para hacer efectivos los derechos lingüísticos de los ciudadanos (STC 31/2010, FJ 51.º), al ser una consecuencia inherente a la existencia de dos lenguas oficiales y como garantía del derecho de opción lingüística que asiste a los ciudadanos; y lo mismo ocurre con el conocimiento del *Derecho propio de Cataluña* (apartados 2.º y 3.º). Pero, eso sí, corresponde a las Cortes Generales determinar la forma y el alcance de esa exigencia.

18. De acuerdo con la LOPJ: personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia, oficinas judiciales, propuestas de modificación de la planta judicial

El artículo 103, apartados 1.º y 2.º, EAC atribuye a la Generalitat «competencia normativa» sobre el *personal no judicial al servicio de la Administración de Justicia*, respetando el estatuto jurídico establecido en la LOPJ. El Tribunal Constitucional (FJ 52.º) rechaza la inconstitucionalidad del precepto, pero restringe adecuadamente su alcance al interpretar que esa competencia sólo puede *ser reglamentaria y por estricta referencia a la LOPJ*.

Igualmente, la posibilidad de crear *cuerpos* al servicio de la Administración de justicia (artículo 103.3 EAC) que sólo será posible si la LOPJ lo permite y en los términos en que lo haga.

O la «competencia exclusiva sobre el *personal laboral* al servicio de la Administración de Justicia» (artículo 103.4 EAC) que únicamente puede entenderse sin perjuicio de la competencia exclusiva del Estado respecto de la Administración de Justicia (artículo 149.1.5 CE) y de la legislación laboral general (artículo 149.1.7 CE).

O «la creación, el diseño la organización de las *oficinas judiciales*» que el propio Estatuto señala será «de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial» (FJ 53.º).

O la *asistencia jurídica gratuita* (FJ 54.º) que se refiere sólo y exclusivamente a la ordenación de los «servicios» relativos a la justicia y no hace imposible, en su literalidad, el ejercicio exclusivo por el Estado de la competencia en la que se comprende la ordenación administrativa de la asistencia jurídica gratuita, es decir, la contemplada en el artículo 149.1.18 CE, según es doctrina establecida en la STC 97/2001, de 5 de abril.

Por último, con relación a la *demarcación, planta y capitalidad judiciales*, se trata de una facultad de propuesta por parte de la Generalidad (FJ 55.º) que en nada perjudica el ejercicio de las competencias estatales, es un elemento para la formación de la voluntad de las Cortes Generales, a las que corresponde aprobarla.

19. La función descriptiva de los Estatutos: la definición de categorías competenciales no puede tener otra sede que la Constitución formal ni más sentido que el prescrito por el intérprete supremo. No pueden coexistir dentro del Estado autonómico diversas maneras de ser competente. El robustecido papel del Tribunal Constitucional

Más adelante en la sentencia se precisa el antes indicado *límite cualitativo* de un Estatuto (STC 31/2010, FJ 57.º). *La definición de categorías constitucionales «no puede tener otra sede que la Constitución formal ni más sentido que el prescrito por su intérprete supremo»* (artículo 1.1 LOTC). En lo que hace a la distribución de competencias, los Estatutos pueden asignar o atribuir competencias a las Comunidades Autónomas. Pero qué haya de entenderse por «competencia» y qué potestades comprenda son presupuestos de la definición misma del sistema en que el ordenamiento consiste y están reservados a la Norma primera que lo constituye. No es otro el sentido de la *diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos* (STC 76/1983). Las competencias del Estado central pueden no ser finalmente en cada una de las Comunidades Autónomas según las diferencias en sus Estatutos, pero *no pueden coexistir dentro del Estado autonómico diversas maneras de ser competente*. El Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, es el único competente para la definición auténtica —e indiscutible— de las categorías y principios constitucionales; es éste su cometido privativo.

Pero, ante la *«indefinición del texto constitucional»* y la *«dispersión de los criterios constitucionales»* presentes en una doctrina emanada a lo largo de tres décadas, existe un «cierto grado de incertidumbre en la identificación formal de las categorías y principios del modelo territorial» como es propio de toda obra jurisprudencial. En esas circunstancias *los Estatutos pueden «relacionar sin definir, esto es, sin otro ánimo que el descriptivo de una realidad normativa que les es en sí misma indisponible»* (FJ 58.º).

Este es el sentido de las previsiones de los artículos 110 a 112 EAC. Pero, esta sistematización y formalización por el legislador orgánico no supone un cambio en su cualidad normativa, siguen siendo principios jurisprudenciales que *pueden ser modificados o revisados por el Tribunal Constitucional*, lo que permite acomodar, en defecto de reforma constitucional, el sentido de la Constitución a las circunstancias de cada momento. Esta doctrina garantiza la interpretación uniforme de los términos «bases» o «legislación» en todas las Comunidades Autónomas.

20. Competencias exclusivas: son competencias plenas, no siempre son coextensas con una materia ni impiden las competencias del Estado

El TC precisa (STC 31/2010, FJ 59.º) el significado que debe atribuirse al artículo 110 EAC, que indica que corresponden a la Generalidad, en el ámbito de sus competencias exclusivas, únicamente y «de forma íntegra, la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva». La sentencia relativiza esta exclusividad, recordando que *la exclusividad de una competencia no es siempre «coextensa» con una materia*, predicándose en ocasiones de la concreta potestad o función que sobre la totalidad o parte de una materia se atribuye a un titular determinado. El artículo 110.1 EAC se refiere pues estrictamente a la dimensión funcional-normativa de las competencias exclusivas. Sobre todo, el TC advierte de que el carácter exclusivo de la competencia autonómica *no imposibilita la concurrencia de competencias exclusivas del Estado* sobre el mismo sector de la realidad.

Del mismo modo, el TC considera que la *preferencia del Derecho autonómico* en materia de competencias exclusivas (artículo 110.2 EAC) no impide la aplicación del Derecho del Estado

emanado en virtud de sus competencias concurrentes. Por lo dicho, la norma en cuestión no menoscaba las cláusulas de prevalencia y supletoriedad del Derecho estatal *ex* artículo 149.3 CE.

De todo ello se concluye, con una *interpretación conforme que se lleva al fallo*, que el artículo 110 EAC no es contrario a la Constitución en tanto se aplique a supuestos de *competencia plena* de la Comunidad Autónoma y *no impida las competencias exclusivas del Estado* *ex* artículo 149.1 CE sea cuando concurren en un espacio físico u objeto jurídico, sea cuando se trate realmente de competencias compartidas.

21. Competencias compartidas: el Estatuto no es sede para dilucidar si las bases son principios o mínimo común normativo y deben formalizarse en leyes

El TC declara la nulidad del inciso del artículo 111 EAC que definía la legislación básica del Estado como *«principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley»*. Pues el precepto no se atenía estrictamente al concepto constitucional de bases estatales definido por la jurisprudencia. Se recuerda que el alcance de las bases difiere en función del subsector de la materia sobre la que se proyectan, y, si bien se reconoce que *la definición de las bases como mínimo común normativo es la que mejor se acomoda a su función estructural y homogeneizadora*, si las bases son principios o normas mínimas *no es asunto a dilucidar en un Estatuto* sino sólo en la Constitución, porque *su alcance no puede ser distinto en cada Comunidad Autónoma*.

Respecto del *concepto formal de bases*, el Tribunal recuerda que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de atribuir carácter básico a normas reglamentarias y actos de ejecución del Estado, aunque la forma de ley sea el vehículo más adecuado para garantizar la estabilidad y certeza de las bases (STC 31/2010, FJ 60.º).

22. Competencias ejecutivas: incluye sólo los reglamentos de organización interna y de ordenación funcional

El Tribunal, mediante una *interpretación correctora que se lleva al fallo*, limita el alcance de la potestad reglamentaria a que se refiere ambiguamente el artículo 112 EAC a la emanación de *«reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica»*.

La Sentencia descarta que la competencia ejecutiva de la Generalitat incluya una *potestad reglamentaria de alcance general* (STC 31 /2010, FJ 61.º) como se pretendía. Queda pues alejada toda duda de que la disposición estatutaria pueda abrogar una línea de jurisprudencia muy consolidada que atribuye al Estado desde principios de los años ochenta la potestad reglamentaria de desarrollo externo o ejecución de la legislación estatal.

23. Subvenciones no territorializables y competencias de procedimiento en los términos que fije el Estado

Se desestima la impugnación del artículo 114.5 EAC, que establece que la *Generalitat participa en la determinación del carácter no territorializable de las subvenciones estatales y comunitarias europeas*. El TC advierte que la Generalitat no determina el carácter de la subvención, sino que sólo participa en un proceso decisorio privativo del Estado, que es el único competente para establecer los casos y los modos en que dicha participación haya de verificarse. Para alcan-

zar esta conclusión, se destaca que el Estatuto somete la participación autonómica en la gestión y tramitación de las subvenciones no territorializables a «*los términos que fije el Estado*» (STC 31/2010, FJ 62.º).

24. Principio de territorialidad y posible eficacia extraterritorial de algunas competencias. Los puntos de conexión de las competencias pueden fijarse en el Estatuto y en «otras disposiciones legales», al parecer, del Estado

También se desestima (STC 31/2010, FJ 63.º) la impugnación del artículo 115 EAC, que menciona la *eficacia extraterritorial de las competencias en ciertos casos*, por considerar que el recurso se basa en una interpretación contingente e hipotética del precepto, «incompatible con nuestro modelo de justicia constitucional». Se afirma que el precepto es irreprochable, pues *refiere normalmente al territorio de Cataluña el ámbito material de las competencias*. Los recurrentes realmente discutían que esa eficacia extraterritorial pudiera fijarse *en una ley autonómica*, aceptando que, en cambio, pudiera hacerse *en el propio Estatuto*. Se elude aparentemente realizar un juicio preventivo de constitucionalidad, puesto que se dice que esa interpretación no es la única ni necesaria, pues el precepto puede ser interpretado en el sentido que las disposiciones legales invocadas sean estatales.

De manera que acaba por sentarse —si no entendemos mal esta finta argumental— que *sólo las leyes estatales pueden fijar puntos de conexión de las competencias autonómicas además de los Estatutos*. Lo cual parece lógico, desde la perspectiva sistemática de las reglas de distribución de competencias, puesto que no parece un objeto que se preste a un tratamiento bilateral en vez de a una ordenación y regulación multilateral.

25. Materias competenciales: validez de su descripción detallada en el Estatuto siempre y cuando se desprenda de la Constitución conforme ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional. No son necesarias cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales. Las bases estatales pueden configurar libremente las materias y submaterias. Los títulos competenciales del Estatuto requieren de un desarrollo normativo mediante ejercicios competenciales: no caben conflictos preventivos

La descripción detallada de *submaterias* es otro de los rasgos característicos del Estatuto de Cataluña, la sentencia mantiene su constitucionalidad, pero le priva de buena parte de su eficacia ordenadora. Así se considera que esta técnica descriptiva no es inconstitucional *siempre que se respete en la realidad el límite de las competencias reservadas al Estado por la Constitución e interpretadas por el Tribunal Constitucional* en necesaria correspondencia con la interpretación efectuada de los artículos 110 a 112 EAC; «sin necesidad de que el Estatuto incluya cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales» (STC 31/2010, FJ 64.º).

Tres importantes correcciones, e interpretaciones, conformes a la eficacia de las disposiciones estatutarias se explicitan:

- del artículo 149.1 CE resulta que la atribución por el Estatuto a la Generalidad de **competencias exclusivas**, en los términos del artículo 110 EAC, sobre una materia no puede afectar a las competencias sobre materias o submaterias reservadas al Estado;
- asimismo, la atribución de **competencias compartidas** a la Generalidad según el criterio bases-desarrollo (artículo 111 EAC) «*no impedirá que las bases configuren con plena libertad las distintas materias y submaterias de un mismo sector material*» sin cercenar ni menoscabar la proyección de la competencia estatal;

- y es «obvio» que la atribución a la Generalidad de **competencias de ejecución** tampoco puede impedir el despliegue de las competencias del Estado (artículo 112 EAC).

De acuerdo con esta caracterización, el Tribunal Constitucional va revisando los extensos y concretos preceptos competenciales, siguiendo sendas pautas y limitaciones. Primero, «sin abundar en los detalles y pormenores» de un modelo que «requiere del concurso de una normativa de aplicación y desarrollo aún inexistente», lo que lleva a menudo a rechazar resolver conflictos meramente virtuales, hipotéticos y preventivos. Segundo, dentro de los límites atribuidos a las categorías y conceptos constitucionales en los últimos treinta años de jurisprudencia constitucional.

A nuestro juicio, uno de los interrogantes principales deriva del reconocimiento de que las leyes básicas pueden configurar con plena libertad en el futuro las materias y submaterias, desplazando las previsiones estatutarias, cuando disciplinen una regulación sustantiva. La solución parece correcta, pues las materias competenciales que la Constitución enuncia no pueden ser un *puzzle*, un rompecabezas con diferente contenido en cada Comunidad Autónoma; ya se ha admitido que no pueden haber diferentes formas de ser competente en un mismo ordenamiento, en buena lógica, aunque las competencias de cada una de las Comunidades Autónomas y, por ende, del Estado puedan variar en el *si* y en el *quantum*. Ahora bien, ¿las previsiones estatutarias no operarán en adelante al menos como una invitación al legislador estatal a respetar y dar por bueno ese reparto de submaterias? Es probable que, de hecho o de Derecho, acabe siendo así, pero dicho legislador podría libremente no sentirse condicionado en ciertos casos, aplicando la facultad que el Tribunal Constitucional ha acabado por reconocerle. En resumen, la apertura de las materias competenciales en los Estatutos al legislador estatal que delimite las competencias, e incluso el legislador básico, parece cierta; y el efecto del pretendido blindaje resulta desactivado.

26. La expansiva declaración de «exclusividad» de las competencias autonómicas en el Estatuto no afecta a las competencias estatales: Asociaciones y fundaciones. Comercio interior. Horarios comerciales. Defensa de los consumidores. Corporaciones de derecho público y profesiones tituladas. Cultura. Denominaciones e indicaciones geográficas y de calidad. Educación. Publicidad. Régimen local. Sanidad, salud pública, ordenación farmacéutica y productos farmacéuticos. Servicios sociales, voluntariado, menores y promoción de las familias. Protección civil. Función pública y personal al servicio de las Administraciones públicas catalanas

El TC —insistiremos— señala, con carácter general, que *la calificación como exclusivas de determinadas competencias autonómicas en las disposiciones estatutarias no afecta a las competencias del Estado*, que no requieren de salvaguarda explícita en el Estatuto.

En este sentido, la competencia del Estado para dictar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de derechos fundamentales (artículo 149.1.1.^a CE) se proyecta sobre la competencia autonómica en materia de **asociaciones y fundaciones** (FJ 66.^o).

De igual forma, la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de **comercio interior** no coarta el ejercicio de las competencias del Estado en materia de legislación civil y mercantil (artículo 149.1, apartados 6 y 8, CE).

También se señala expresamente que la competencia autonómica sobre regulación de los **horarios comerciales** debe cohonestarse con la competencia que al Estado atribuye al artículo 149.1.13 CE sobre ordenación general de la economía (FJ 68.^o).

Otros ámbitos que aparecen calificados en el Estatuto como de competencia exclusiva de la Generalitat y en los que el TC declara que existe una **conurrencia de títulos estatales y autonómicos** son:

- **defensa de los consumidores** (FJ 70.º),
- **corporaciones de derecho público y profesiones tituladas** (FJ 71.º),
- **cultura** (FJ 73.º),
- **denominaciones e indicaciones geográficas y de calidad** (FJ 75.º),
- **educación** (FJ 77.º),
- **publicidad** (FJ 98.º),
- **régimen local** (FJ 100.º),
- **sanidad, salud pública, ordenación farmacéutica y productos farmacéuticos** (FJ 102.º)
- **y servicios sociales, voluntariado, menores y promoción de las familias** (FJ 104.º).

En otros casos, como sucede en materia de **protección civil**, el propio Estatuto reconoce expresamente la situación de concurrencia de competencias derivada de la competencia estatal sobre seguridad pública, pero se subraya la asunción autonómica de competencias subordinada a las superiores exigencias del interés nacional, todo ello según había ya interpretado en la jurisprudencia constitucional previa (FJ 78.º).

Debemos referirnos de forma especial a la materia **«función pública y personal al servicio de las Administraciones públicas catalanas»** en relación con la frontera entre competencias exclusivas y compartidas. El artículo 136 EAC declara que determinadas submaterias (principios ordenadores del empleo público, adquisición y pérdida de la condición de funcionario, situaciones administrativas, derechos y deberes, e incompatibilidades) son de competencia compartida con el Estado y establece la competencia exclusiva de la Generalitat respecto del resto de los aspectos. El TC considera que *la relación en el Estatuto de las submaterias sobre las que se proyecta la normativa básica del Estado no tiene carácter exhaustivo*, pues están también incluidos dentro del ámbito de competencia compartida la «carrera administrativa» y el «régimen disciplinario» «a través de los enunciados más generales (derechos y deberes de los funcionarios) que contiene el precepto estatutario».

27. Cuencas hidrográficas: el informe de la Generalidad sobre modificación de los recursos hídricos de su ámbito territorial en casos de trasvase de cuencas es preceptivo, pero no vinculante

Haremos excepcional mención de esta submateria, por su relevancia y alcance como motivo de conflictos entre Comunidades Autónomas, ya que ha sido objeto de otras dos sentencias constitucionales que reenvían a la decisión de la sentencia principal o piloto. El artículo 117.4 EAC establece que la Generalitat deberá emitir un *informe preceptivo* para cualquier propuesta de trasvase de cuencas que implique la *modificación de los recursos hídricos de su ámbito territorial*. Los recurrentes consideraban que se violaba la competencia exclusiva sobre *aguas extra-comunitarias o que discurran por más de una Comunidad Autónoma* (artículo 149.1.22 CE). El Tribunal Constitucional rechaza esta vulneración de la Constitución, destacando que establece un razonable mecanismo de colaboración entre la Comunidad y el Estado en una materia en que los intereses de una y otro resultan afectados; y ello no desplaza las competencias estatales

sobre cuencas extracomunitarias, porque dicho informe, aunque preceptivo, no es vinculante. La previsión estatutaria debe comprenderse como manifestación del principio de cooperación (STC 31/2010, FJ 65.º).

A esta doctrina reenvían, respectivamente, la **STC 48/2010, de 9 de septiembre**, que resuelve la impugnación de algunos preceptos del Estatuto de Cataluña por la Comunidad Valenciana, y la **STC 49/2010, de 29 de septiembre**, que resuelve la análoga impugnación de algunos preceptos por la Región de Murcia.

28. Declaraciones de inconstitucionalidad parcial sobre dos títulos competenciales por definir las bases: cajas de ahorro, y crédito, banca y seguros

En relación con las concretas competencias, hay sólo dos que se vean afectadas por una *declaración de inconstitucionalidad parcial*. Se trata respectivamente de los artículos 120.2 EAC sobre cajas de ahorro (**STC 31/2010**, FJ 67.º) y 126.2 sobre crédito, banca y seguros (FJ 72.º). En ambos casos se declara que la fijación por el precepto impugnado de la forma de ejercicio por el Estado de sus competencias sobre la legislación básica no respeta la Constitución. Se *anula la definición de las bases* como «los principios, reglas y estándares mínimos», por los mismos motivos que conducen al TC a declarar la inconstitucionalidad parcial del artículo 111 EAC según antes se ha descrito.

29. Declaraciones interpretativas de rechazo, conforme a la Constitución, que se llevan al fallo: consultas populares que no sean referendos y dentro de la competencia autonómica o local; cultura; Derecho civil privativo; ambivalencia de la expresión «inmigración» (materia constitucional y fenómeno social)

Tienen singular relevancia las *declaraciones interpretativas, reflejadas en el fallo*, que se realizan sobre los artículos 122 (consultas populares), 127 (cultura), 129 (Derecho civil) y 138 (inmigración). Veámoslo.

Consultas populares. La **STC 31/2010** declara que el artículo 122 EAC no es inconstitucional si se interpreta que el inciso «con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución» excluye del ámbito autonómico de competencias la institución del referéndum en su integridad y no sólo la autorización estatal de su convocatoria. La sentencia distingue de forma nítida, siguiendo la doctrina de la STC 103/2008, sobre el llamado Plan Ibarretxe, entre el *referéndum*, en el que se pronuncia el cuerpo electoral, y *otras formas de consulta popular*. El TC añade que las consultas previstas en el Estatuto *se circunscriben «al ámbito de las competencias autonómicas y locales»*.

Cultura. La principal duda de inconstitucionalidad se centraba en la primera parte del artículo 127.3 EAC, que exigía el acuerdo previo del Estado con la Generalitat en las actuaciones que aquél realice en Cataluña en materia de *inversión en bienes y equipamientos culturales*. El Tribunal salva la constitucionalidad del precepto señalando que no puede entenderse que el *acuerdo de la Generalitat* sea condición necesaria e inexcusable para el ejercicio de la competencia estatal sobre cultura. Descartada esta interpretación, que coincide con el tenor literal del precepto, la sentencia sostiene que puede interpretarse este inciso del Estatuto como «una invocación genérica y de principio a la colaboración entre Administraciones que son titulares de competencias concurrentes en un ámbito material compartido». En consecuencia, la ausencia de acuerdo con la Generalitat no puede impedir el cumplimiento por el Estado del deber de promover la cultura que impone el artículo 149.2 CE (FJ 73.º).

Derecho civil. La sentencia advierte que la competencia del artículo 129 EAC no se refiere a la totalidad del Derecho civil, como parece deducirse de su rótulo, sino *sólo al Derecho civil privativo* de Cataluña. El alcance de la competencia exclusiva de la Generalitat abarca las funciones de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil privativo (FJ 76. ).

Inmigración. La sentencia advierte que el término «inmigración» en el artículo 138 EAC no se corresponde con la *materia constitucional*, que se identifica fundamentalmente con la entrada y la residencia de extranjeros en España y es de la competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.2 CE). Otra cosa es la inmigración como *fenómeno social*, en el que pueden tener incidencia otras materias competenciales de titularidad autonómica, como son la asistencia social y la ejecución de las relaciones laborales (FJ 83. ).

Creemos que la sentencia contribuye a concretar el alcance del artículo 149.1.2 CE, porque respalda la constitucionalidad de las funciones que se atribuyen a la Generalitat en relación con la *autorización de trabajo de los extranjeros* cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña, por considerar que forman parte de las *competencias ejecutivas en materia de relaciones laborales*. La sentencia asimismo obliga a integrar las competencias de la Generalitat sobre la concesión de la autorización inicial de trabajo con las competencias del Estado sobre el *régimen jurídico de residencia* en España.

30. **Declaraciones interpretativas, conforme a la Constitución, que no tienen reflejo en el fallo: acuerdos con entidades internacionales y juventud, beneficios fiscales a asociaciones y fundaciones**

Finalmente, la **STC 31/2010** contiene declaraciones que *precisan el significado de los títulos competenciales del Estatuto, aunque no tienen reflejo en el fallo*, con la finalidad de integrar las competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma. En algunos casos, el TC concreta el alcance de la competencia autonómica respecto del tenor literal del Estatuto.

Entidades internacionales. El Tribunal lleva a cabo una interpretación conforme a la Constitución al enjuiciar la posibilidad de la Generalitat de suscribir *acuerdos con entidades internacionales en materia de juventud*. El Tribunal entiende que el Estatuto no vulnera el artículo 149.1.3 CE que atribuye al Estado la competencia sobre relaciones internacionales siempre que no se interprete «entidades internacionales» como sujetos de Derecho internacional público, esto es, ni Estados ni Organizaciones Internacionales (FJ 87. ).

Asociaciones y fundaciones. Cuando el Estatuto indica que la Generalitat es competente sobre la determinación y el régimen de aplicación de los *beneficios fiscales* a las asociaciones y fundaciones, el TC interpreta que esta competencia se ciñe a los beneficios fiscales que se establezcan en la normativa tributaria autonómica (FJ 66. ).

31. **Validez de los mandatos estatutarios de participación autonómica en el ejercicio de potestades del Estado, pero respetando la libertad del legislador estatal. Los informes preceptivos no son vinculantes, incluido el de la Comisión Bilateral de infraestructuras**

En algunos apartados del Estatuto se dispone que *la Generalitat participe en instrumentos de planificación de ámbito estatal* como sucede en relación con el *agua* (**STC 31/2010**, FJ 65. ) y la *energía* (FJ 79. ). También se prevé la colaboración de la Generalitat en las actividades de inspección y sanción que el Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España ejercen sobre las *cajas de ahorro* con domicilio en Cataluña (FJ 67. ). En otros casos, el Estatuto hace

referencia a la participación de la Comunidad Autónoma en órganos del Estado, como son los órganos de gestión de los recursos hídricos en *cuenkas intercomunitarias* (FJ 65.º), los órganos de dirección de las *denominaciones de origen* supraterritoriales (FJ 75.º), o los órganos de administración de *Paradores de Turismo* de España (FJ 107.º). La sentencia considera constitucionales estos mandatos de participación pero advierte de que *el legislador estatal puede determinar «con plena libertad de configuración», los concretos términos, formas y condiciones de la participación de la Comunidad Autónoma.*

El TC salva la constitucionalidad de los preceptos del Estatuto en los que se exige el *informe previo* de la Generalitat para las propuestas de trasvases hídricos (FJ 65.º), la autorización de las instalaciones de producción y transporte de energía (FJ 79.º), la autorización de nuevas modalidades de juego y apuestas de ámbito estatal (FJ 86.º). En algunos casos, el informe autonómico se exige respecto de decisiones del Estado que afectan a la titularidad de la competencia, como la integración de servicios de transporte de ámbito autonómico en otros de ámbito superior (FJ 105.º), o la calificación de interés general de las infraestructuras de transporte (FJ 85.º) y de las obras públicas (FJ 91.º). La sentencia interpreta que todos estos informes, aunque preceptivos, no son vinculantes, por lo que no menoscaban las competencias del Estado y constituyen un instrumento de cooperación entre administraciones.

La misma doctrina se aplica a la exigencia de *informe de la Comisión Bilateral* Generalitat-Estado para la determinación de la *ubicación de infraestructuras y equipamientos* de titularidad estatal en Cataluña. Aunque en este caso, la sentencia señala que el informe no se emite por la Administración autonómica, sino por un órgano paritario de colaboración en el que se integran representantes de ambas Administraciones (FJ 92.º).

32. Fondos del Archivo de la Corona de Aragón y del Archivo Real de Barcelona: la integración de los fondos propios dentro del sistema catalán de archivos no altera su régimen unitario ni afecta a la competencia sobre archivos de titularidad estatal

La *disposición adicional decimotercera del Estatuto* distingue entre los fondos propios de Cataluña situados en el Archivo de la Corona de Aragón y en el Archivo Real de Barcelona y los fondos comunes con otros territorios de la Corona de Aragón. Respecto de los *fondos propios*, se dispone que se «integran en el sistema de archivos de Cataluña». Mientras que en relación con los *fondos comunes*, se llama a la colaboración de la Generalitat con el Patronato del Archivo de la Corona de Aragón, con las correspondientes Comunidades Autónomas y con el Estado. El TC afirma que el artículo 149.1.28 CE reserva al Estado la titularidad de determinados archivos, sin perjuicio de su posible gestión por las Comunidades Autónomas, por lo que los Estatutos de Autonomía no pueden atribuir a las Comunidades Autónomas potestades de disposición sobre los bienes o fondos de los archivos de titularidad estatal que menoscaban o perturban las competencias del Estado para regular y gestionar sus archivos. El TC *salva la constitucionalidad mediante una sentencia interpretativa* de la disposición adicional porque considera que la integración de los fondos propios en el sistema de archivos de Cataluña no significa la desaparición de «la titularidad y libre disposición estatal de esos fondos», ni altera el régimen unitario de los citados archivos. La sentencia interpreta que la prescripción estatutaria se limita a introducir una calificación que sólo puede «añadir una sobreprotección» a dichos fondos (STC 31/2010, FJ 74.º).

Esta decisión de la STC 31/2010, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña se reitera y explicita en las **SSTC 46 y 47/2010, de 8 de septiembre**, que resuelven los recursos presentados, respectivamente, por Aragón y las Islas

Baleares frente a la disposición adicional decimotercera de dicho Estatuto. Una y otra Comunidad Autónoma actora estimaban que tal regulación llevaba aparejada la afirmación de la competencia exclusiva de la Generalidad sobre tales fondos y, en consecuencia, la exclusión de sus correlativas competencias a través del correspondiente Patronato que regula la ley estatal; y deducían que, de este modo, se habrían modificado sus respectivos Estatutos sin seguir el procedimiento estatutariamente previsto. Asimismo, consideraban que se habría vulnerado el artículo 149.1.28 CE que reserva al Estado la competencia sobre archivos de titularidad estatal sin perjuicio de su gestión por las Comunidades Autónomas. Sin embargo, las dos sentencias citadas traen a colación de nuevo la doctrina establecida en la citada STC 31/2010 (FJ 74.º) que realiza una interpretación conforme a la Constitución de la norma estatutaria. Otro tanto semejante ocurre con la citada **STC 48/2010**, a instancias de la Comunidad Valenciana.

Un largo **Voto Particular** del Magistrado Rodríguez-Zapata discute la tesis de la mayoría y disiente de su exigua motivación que cree minimiza el problema. Tras subrayar la importancia histórica de estos archivos, se recuerda que, desde la STC 17/1991, se ha interpretado que la reserva al Estado *ex* artículo 149.1.28 CE de ciertos archivos permite transferir la gestión de éstos a las Comunidades Autónomas, pero no las facultades reglamentarias. La STC 31/2010 se limitó a desactivar la fuerza normativa de la disposición controvertida, negando lo que se desprende de su tenor literal, pero —afirma— ignora el claro vicio competencial. El Estatuto no es una norma idónea para condicionar el ejercicio de las competencias estatales sobre esos archivos; y ni puede diferenciarse entre el Archivo de la Corona de Aragón y el Archivo Real de Barcelona, como si fueran archivos distintos, ni distinguirse entre unos supuestos fondos propios de Cataluña y otros fondos comunes; esto no es un dato —concluye— sino el fondo del problema. Y en todo caso es evidente que se han ejercido en el Estatuto competencias normativas sobre archivos de titularidad estatal, una «construcción por invitación del ordenamiento autonómico», y se ha abierto el riesgo a colisiones entre normas de diversos Estatutos.

33. Relaciones institucionales de la Generalitat con el Estado y con otras Comunidades Autónomas. Se avala la participación orgánica y funcional de la Comunidad Autónoma en organismos estatales con incidencia en el ámbito competencial autonómico, pero en los términos dispuestos por el legislador estatal. La Comisión Bilateral no excluye otros marcos de colaboración ni puede determinar las competencias estatales. Es posible el rechazo autonómico de las decisiones en mecanismos multilaterales de cooperación voluntaria

El Título V del Estatuto tiene por objeto la ordenación de las «Relaciones institucionales de la Generalitat». Integran éste tres capítulos dedicados respectivamente a las relaciones con el Estado y con otras Comunidades Autónomas, con la Unión Europea, y a la acción exterior. Con carácter previo al examen de los diferentes preceptos, el Tribunal reitera (**STC 31/2010**, FJ 13.º) su rechazo a que el denominado «*principio de bilateralidad*» (artículo 3.1 EAC) sitúe a la Comunidad en posición de igualdad con el Estado, debiendo entenderse como un «precepto referido a las relaciones entre dos partes del Estado español: la Generalitat de Cataluña y las instituciones centrales del Estado», el cual «siempre ostenta una posición de *superioridad* respecto de las Comunidades Autónomas» (STC 4/1981). Así las cosas, la primacía estatal condiciona decisivamente la posición del Tribunal sobre la participación autonómica en organismos y competencias estatales, la naturaleza y funciones de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado y el carácter determinante de la posición autonómica en determinados supuestos.

La sentencia *avala la participación orgánica y funcional de la Comunidad Autónoma en los organismos estatales con posible incidencia, por sus funciones, sobre el ámbito competencial autonómico*, que resulten de especial interés para la Comunidad (Banco de España,

Comisión Nacional del Mercado de Valores, etc.). Con todo, el Tribunal limita tal participación de manera notable al condicionarla a *lo dispuesto por la legislación estatal* correspondiente, que habrá de definir su alcance concreto así como su modo de articulación (FFJJ. 111 y 114). En todo caso, el legislador no dispone de libertad absoluta para definir las condiciones en que se produce la participación autonómica, pues ésta debe «dejar a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado» por lo que «no puede sustanciarse respecto de los órganos decisorios del Estado ni impedir o menoscabar el libre y pleno ejercicio de las competencias estatales» (FJ 111.º).

De manera similar, el especial interés de la Comunidad sirve al Tribunal para confirmar también la *participación autonómica en los procesos de designación de Magistrados del Tribunal Constitucional y de miembros del Consejo General del Poder Judicial*, igualmente condicionada «a lo que dispongan, dentro del margen que la Constitución les permite, las leyes orgánicas correspondientes» (FJ 113.º).

La comprensión de la bilateralidad como relación entre dos elementos integrantes del Estado condiciona irremisiblemente el acercamiento del Tribunal a la *Comisión Mixta Generalitat-Estado*. De una parte, porque impone una reinterpretación de la definición de este órgano como «marco general y permanente de relación entre los Gobiernos de la Generalitat y el Estado» en el sentido de negar su carácter excluyente de otros marcos de relación entre ambos gobiernos (FJ 115.º). De otra, porque una vez rechazada la posible incidencia autonómica en el ejercicio de las competencias estatales, la previsión de que dicha Comisión permita la «participación y colaboración de la Generalitat en el ejercicio de las competencias estatales que afecten a la autonomía de Cataluña» habrá de entenderse circunscrita únicamente a las potestades gubernamentales en sentido estricto y siempre que tal actuación se desarrolle en el marco de la cooperación voluntaria entre «instituciones dotadas de ámbitos competenciales propios e irrenunciables» (FJ 115.º). En otras palabras, tampoco la Comisión Bilateral Generalitat-Estado constituye un mecanismo susceptible de condicionar el ejercicio de las competencias estatales.

La misma conclusión es alcanzada por el Tribunal Constitucional con respecto al *carácter determinante* que, en determinados casos, pudiera reconocerse a la posición de la Generalitat en el ejercicio de las competencias del Estado. La disposición impugnada salvaguarda la libertad del Gobierno estatal, que puede no acoger la postura autonómica con la única condición de que motive esta decisión ante la Comisión Bilateral. En consecuencia, antes que reforzar la posición autonómica, constituye «un mecanismo de colaboración (...), sin que en modo alguno el Estado resulte vinculado en la decisión que deba adoptar en el ejercicio de sus competencias» (FJ 117.º).

Un supuesto bien distinto es el de los efectos derivados de la *negativa autonómica a la adopción de un acuerdo en el marco de un mecanismo multilateral de colaboración voluntaria*. Ninguna tacha de inconstitucionalidad puede atribuirse aquí a las previsiones estatutarias que rechazan el carácter vinculante de tales acuerdos y autorizan a la Generalitat para que establezca reservas a ellos, que lejos de configurar un sistema de veto, suponen un simple reflejo de la voluntad que caracteriza a esta técnica de colaboración (FJ 112.º).

34. Relaciones de la Generalitat con la Unión Europea. Participación en la formación de la voluntad estatal y en la de los órganos europeos conforme a los términos dispuestos en la legislación estatal y las reglas del Derecho comunitario. Deber estatal de información. Ejecución del Derecho comunitario

El Tribunal aprovecha la impugnación de la «Disposición General» con que se inicia el capítulo para advertir desde un primer momento que la lectura de éste ha de realizarse desde la lógica de

que si bien nuestro ordenamiento permite la participación autonómica en los asuntos relacionados con la Unión Europea que afecten a sus competencias o intereses, «es a la legislación del Estado a la que corresponde libremente determinar los concretos supuestos, términos, formas y condiciones de esa participación» (STC 31/2010, FJ 118.º).

Partiendo de esta premisa, el Alto Tribunal aplica el esquema argumental que desarrolló respecto de las relaciones internas a la *participación comunitaria en órganos ante la Unión Europea*. En consecuencia, no resulta contrario a la Constitución que la Comunidad catalana pueda intervenir en los procesos de formación de las posiciones del Estado ante la Unión Europea (FJ 120.º); participar en las delegaciones españolas ante ésta y presidirlas; tomar parte en la designación de representantes en el marco de la representación permanente del Estado (FJ 121.º); e incluso terciar en los procedimientos de control de los principios comunitarios de subsidiariedad y proporcionalidad (FJ 122.º); pues, con independencia de lo que dispongan las normas estatutarias, *tal participación dependerá de lo dispuesto por la legislación estatal*, a la que corresponde «determinar los concretos supuestos, términos, formas y condiciones de las participaciones indicadas (...), participaciones que, además, no pueden privar al Estado de sus exclusivas facultades de decisión en este ámbito» (FJ 121.º).

Idéntica solución es aplicada a la previsión estatutaria de *acceso al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea*, con la única especialidad de que la actuación de la Generalitat en este caso resulta subordinada de manera simultánea a lo dispuesto por la legislación estatal así como a las reglas de legitimación fijadas por el Derecho comunitario (FJ 124.º).

De igual modo, no plantean dudas de constitucionalidad los artículos del Estatuto que imponen al Estado el *deber de informar* sobre las iniciativas de revisión de los Tratados o garantizan una determinada intervención de la Generalitat en los procesos de aplicación del Derecho comunitario de alcance superior al de la autonomía. Ambos supuestos son calificados por el Tribunal como manifestaciones del principio de cooperación derivadas de la incidencia que la actuación estatal puede tener en el ámbito autonómico (FF.JJ. 119.º y 123.º). En todo caso, las facultades autonómicas deben «dejar a salvo la titularidad de las competencias estatales y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los órganos del Estado» (FJ 123.º).

Finalmente, la sentencia confirma que *la ejecución del Derecho comunitario* por parte de la Comunidad Autónoma incluye la potestad para desarrollar de manera directa la legislación europea que sustituya a las normas básicas estatales en una materia. Sea como fuere, el Tribunal puntualiza que la existencia de legislación comunitaria sobre una materia no excluye la posibilidad de que el Estado pueda dictar las bases sobre dicha materia en un futuro (FJ 123.º).

35. Acción exterior de la Generalitat: participación autonómica en organismos internacionales en los términos de la normativa estatal e internacional

El Tribunal recuerda su jurisprudencia relativa a la actuación exterior de las Comunidades Autónomas, negando que en nuestro ordenamiento jurídico pueda tener cabida el reconocimiento de las Comunidades Autónomas como sujetos de Derecho Internacional. Consecuentemente, la sentencia circunscribe la *participación autonómica en organismos internacionales* «a lo que disponga la normativa correspondiente, esto es, tanto la del organismo internacional del que se trate como la que dicte el Estado en el ejercicio de la competencia que le reserva el artículo 149.1.3 CE» (STC 31/2010, FF.JJ. 127.º y 129.º).

36. Financiación autonómica. Hacienda autonómica y principios de coordinación y solidaridad. Constitucionalidad de la Agencia Tributaria de Cataluña. La participación catalana en los mecanismos de nivelación y solidaridad no puede condicionarse a la existencia de un esfuerzo fiscal similar, pero existe un deber estatal de garantizar que su aplicación no empeore la posición relativa de Cataluña. Validez de la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales como órgano bilateral de relación sin excluir las competencias del Consejo de Política Fiscal y Financiera

El Título VI del Estatuto tiene por objeto la ordenación «De la financiación de la Generalitat». En relación con él, la sentencia enjuicia únicamente determinadas disposiciones de los capítulos dedicados a la Hacienda de la Generalitat y a las Haciendas de los gobiernos locales, dejando al margen el relativo al presupuesto de la Generalidad.

El estudio de la ordenación estatutaria de la *Hacienda autonómica* se inicia con una definición de los límites a que dicha potestad viene sujeta. El Tribunal recuerda que los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas sujetas al régimen común de financiación pueden regular legítimamente la Hacienda autonómica, pero han de hacerlo: «con arreglo a los *principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad* entre todos los españoles» (artículo 156.1 CE) y (teniendo presente) «que el Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad» (artículo 138.1 CE) (FJ 130.º). Desde esta perspectiva, la sentencia enjuicia las previsiones estatutarias relativas a la potestad autonómica de gestión tributaria, la regulación estatutaria de los mecanismos de nivelación y solidaridad, la creación de una Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat y la imposición de determinadas obligaciones al Estado en materia de tributos cedidos e inversiones.

El Tribunal Constitucional avala la competencia de la *Agencia Tributaria de Cataluña* para la gestión, recaudación, liquidación e inspección de los tributos cedidos totalmente por el Estado. Tanto el artículo 156 de la Constitución como la LOFCA contienen una habilitación expresa para que las Comunidades Autónomas actúen como *delegados o colaboradores del Estado* en esta materia, desempeñando las funciones indicadas «*de acuerdo con las leyes y los Estatutos*». En suma, el artículo resulta constitucional porque será el legislador estatal quien defina las potestades autonómicas vinculadas a la cesión de tributos (STC 31/2010, FJ 132.º). De igual modo, corresponde a las Cortes Generales hacer efectiva la atribución a los órganos propios de la Comunidad Autónoma de la potestad de revisión en vía administrativa de tales actos (FJ 133.º).

La regulación de los *instrumentos de nivelación y solidaridad* resulta el aspecto más problemático de la financiación autonómica diseñada en el Estatuto catalán. El texto no discute la competencia estatal para definir los servicios públicos que, por su carácter fundamental, han de ser objeto de nivelación en todas las Comunidades Autónomas, así como para concretar el grado mínimo de prestación de éstos. No obstante, *condiciona la participación catalana a la existencia de un esfuerzo fiscal similar* por parte de las restantes Comunidades Autónomas. A juicio del Tribunal, tal previsión resulta *inconstitucional*, puesto que la fijación del esfuerzo fiscal que deben realizar las Comunidades Autónomas es «una cuestión que, en ningún caso, puede imponer el Estatuto a las demás Comunidades Autónomas, pues al hacerlo así se vulneran, a la vez, las señaladas competencias del Estado (para fijar los niveles de contribución a estos mecanismos) y el principio de autonomía financiera de aquéllas» (FJ 134.º).

Cuestión distinta es que el Estatuto imponga al Estado el deber de garantizar que la aplicación de estos mecanismos no tenga como resultado el *empeoramiento de la posición relativa de Cataluña respecto de las autonomías que se benefician de su contribución*. La validez de

una disposición de este tipo no plantea problemas. Antes al contrario, se limita a reiterar el mandato contenido en el artículo 138.1 de la Constitución, conforme al cual *la realización efectiva del principio de solidaridad debe observar un criterio de proporcionalidad* «velando por el establecimiento de un *equilibrio* económico, adecuado y justo *entre las diversas partes del territorio nacional*». En todo caso, la sentencia matiza la aplicación de esta garantía, pues el precepto sólo operaría cuando el empeoramiento de la posición de Comunidad Autónoma «se debiera, no a la aplicación general de los mecanismos de nivelación, sino exclusivamente a la aportación que realizase Cataluña como consecuencia de su posible participación en dichos mecanismos» (FJ 134.º).

En tercer lugar, la sentencia respalda la configuración de la **Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat** como el órgano bilateral de relación entre ambas administraciones en el ámbito de la financiación autonómica. El Tribunal recuerda que las decisiones relativas a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas han de adoptarse en el *Consejo de Política Fiscal y Financiera*, cuyas actuaciones «deben integrarse con las funciones que las Comisiones Mixtas de carácter bilateral tengan, en su caso, atribuidas en las normas estatutarias» (FJ 130.º). En consecuencia, la configuración contenida en el Estatuto resulta conforme a la Constitución siempre que se interprete en el sentido de que las funciones de la Comisión Mixta no pueden excluir ni limitar las propias del Consejo de Política Fiscal y Financiera, ni afectar a la reserva de la LOFCA, ni impedir o alterar las competencias estatales en esta materia (FJ 135.º).

Finalmente, el Tribunal Constitucional *restringe la eficacia de las disposiciones estatutarias que imponen un determinado contenido tanto a las futuras leyes de cesión de impuestos como a los Presupuestos Generales del Estado*. Así las cosas la sentencia interpreta ambas disposiciones como compromisos carentes de fuerza vinculante que en nada menoscaban la libertad de las Cortes Generales para decidir sobre estos asuntos (FFJJ 137.º y 138.º).

De nuevo, parece que el Tribunal Constitucional se asegura que los mandatos de la LOFCA puedan primar o desplazar a las normas estatutarias por la misma necesidad de una regulación multilateral.

37. Haciendas locales. No cabe intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de las entidades locales. Corresponde al Estado fijar los criterios de distribución de las participaciones en los ingresos autonómicos y estatales

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional se proyecta sobre las disposiciones estatutarias que inciden sobre las dos fuentes principales de financiación de las Haciendas locales: tributos propios y participación en los ingresos estatales y autonómicos. En relación con los primeros, la sentencia descarta que la competencia autonómica sobre financiación local pueda incluir una *potestad para establecer y regular los tributos propios de los gobiernos locales*. Para el Alto Tribunal la reserva de ley en materia tributaria ha de ponerse en relación con la atribución constitucional de la potestad originaria para establecer tributos al Estado. En consecuencia, declara la inconstitucionalidad del precepto por resultar contrario a la *«potestad exclusiva y excluyente del Estado que no permite intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de las entidades locales»* (STC 31/2010, FJ 140.º).

Por su parte, las dificultades relativas a la participación en los ingresos autonómicos y estatales se centran en la eventual *competencia de la Generalitat para fijar los criterios de distribución de tales participaciones* con independencia del origen de los recursos. El Tribunal descarta de plano tal posibilidad, apuntando que *corresponde al Estado «asegurar la suficien-*

cia financiera de los entes locales, competencia que incluye el establecimiento de los criterios de reparto de los fondos destinados a tal fin, tanto si provienen de la participación de aquéllos en tributos del Estado como si se derivan de subvenciones incondicionadas» (FJ 141.º).

De manera complementaria, la sentencia remarca el carácter absoluto de la imposibilidad de alterar los criterios fijados por el Estado, frente al que no puede oponerse ni siquiera la «peculiaridad catalana», circunscrita en la jurisprudencia constitucional a la aprobación por el Parlamento catalán de un *plan único de inversiones* en obras y servicios municipales en sustitución de los diversos planes provinciales.

38. Reforma del Estatuto. El voto de «ratificación» de las Cortes Generales es una modalidad de «aprobación», pero no puede imponerse a los Reglamentos parlamentarios. El referéndum de ratificación es una convención constitucional, prevista en los Estatutos, que puede excepcionarse de algunos de los trámites de la Ley Orgánica de modalidades: cabe la autorización en la ley orgánica de aprobación, y su convocatoria por el Presidente de la Comunidad

La sentencia finaliza con el análisis de los procesos de reforma establecidos en el Estatuto de Autonomía. Los recurrentes discutían que la intervención de las Cortes Generales pudiera reducirse a un mero trámite de ratificación y que fuera constitucionalmente posible que la Generalitat sometiera a referéndum las reformas estatutarias sin previa autorización y convocatoria estatales.

En relación con el primer asunto, los artículos 222 y 223 EAC diferencian *dos procedimientos de reforma* según afecte a los *Títulos I y II* —referidos a derechos e instituciones— o al resto del Estatuto, es decir, según su grado de incidencia externa o de afectación en las relaciones con el Estado. En el procedimiento («interno») del artículo 221.1.b) se prescribe la «ratificación» de la reforma por las Cortes mediante una ley orgánica. Mientras que en el procedimiento («externo») del artículo 223.1.b) se habla de la «aprobación», que es precisamente la expresión que emplea el artículo 147.3 CE que, sin embargo, reenvía a los Estatutos para regular los procedimientos. El Tribunal Constitucional rechaza el alcance que a esta diferencia terminológica pretendían darle los recurrentes, pues ambos procedimientos preservan la intervención de las Cortes Generales. La eventualidad de un mero voto de ratificación, sin incidir en el contenido de la reforma, es sólo una alternativa —se concluye— que «en ningún caso puede imponerse a las Cortes Generales», y únicamente podría verificarse si así lo deciden libremente en sus Reglamentos parlamentarios (STC 31/2010, FJ 143.º).

Tampoco resulta inconstitucional la regulación del referéndum de las reformas estatutarias contenida en el Estatuto. De un lado, la sentencia confirma la *posibilidad de que las Cortes Generales autoricen el referéndum de ratificación en la propia ley orgánica de aprobación de la reforma* [artículo 233.1.i) EAC], siempre que ésta se haga de forma expresa y no implícita. A juicio del Tribunal, las especiales características de este tipo de referendo permiten exceptuar la regla general conforme a la cual tal autorización debe provenir del Gobierno. La imposibilidad de oponer criterios de oportunidad política a la celebración del referéndum de ratificación de un Estatuto, y su consideración como el último *acto necesario* para la perfección de su voluntad legislativa de las Cortes permiten la exclusión de la intervención gubernamental (STC 31/2010, FJ 145.º).

De otro, la sentencia convalida la *convocatoria del referéndum de ratificación por el Presidente de la Generalitat y no por el Rey*. El Tribunal descarta que nuestro ordenamiento jurídico reserve al monarca de manera absoluta la convocatoria de *referendos*. Así el Rey no interviene en el ámbito de las Comunidades Autónomas en cuestiones como pueden ser la sanción de las

leyes autonómicas o la disolución de las Asambleas. Antes al contrario, el artículo 62.c) de la Constitución contempla únicamente *actos referidos a órganos y funciones del Estado central*, de donde se deriva su imposible incompatibilidad con el precepto enjuiciado, que «se refiere estrictamente a un referéndum por el que se recaba el pronunciamiento de un órgano de la Comunidad Autónoma —su cuerpo electoral— acerca del contenido de una norma que, en su caso, adquirirá plena validez al integrarse en el ordenamiento —formalizada como ley del Estado— tras la sanción y promulgación regias que anteceden a su publicación oficial» (FJ 146.º).

De igual modo, la sentencia (FJ 147.º) rechaza que la norma estatutaria transgreda el artículo 92.3 de la Constitución que reserva a una ley orgánica la regulación de las distintas modalidades de referéndum; cuestión de la que se ocupa la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, que atribuye al Rey en su artículo 2.3 la potestad de convocar referéndum. Tal conclusión —se afirma— debe descartarse «por razones de sistemática institucional». Antes y después de la entrada en vigor de esa Ley Orgánica ha habido Estatutos que contemplan la convocatoria de referendos sobre reforma estatutaria por la propia Comunidad, como «excepción pacíficamente consentida y, por tanto, conformadora de una suerte de *convención constitucional* ya consolidada». Además el referéndum de reforma estatutaria sólo viene impuesto para la reforma de los Estatutos sujetos al procedimiento del artículo 151 de la Constitución en tanto que los restantes pueden arbitrar *ex artículo 147.3 CE* otros trámites; y no tendría mayor sentido exigir la intervención regia en sólo los Estatutos elaborados por uno de ambos procedimientos. Por estas razones, cabría excepcionar a esta modalidad de referéndum de la aplicación de algunos de los procedimientos y formalidades previstos en la LO 2/1980 (FJ 147.º).

Siendo así, la constitucionalidad de la norma estatutaria encontraría además apoyo en la consideración del Presidente autonómico como representante ordinario del Estado en la Comunidad. Esta condición, unida a la caracterización del referendo de reforma como un acto necesario para la perfección de una norma aprobada por las Cortes Generales, lleva al Tribunal Constitucional a concluir que, *en el momento de la convocatoria, el Presidente no actúa en representación de la Comunidad, sino del Estado* y «más específicamente aún, en nombre del órgano estatal, el Rey, que tiene atribuida dicha función» (FJ 147.º).

39. Votos Particulares a la sentencia del Estatuto de Cataluña. Disconformidad con la técnica de las sentencias constitucionales interpretativas de rechazo. El Estatuto encubre una reforma de la Constitución. No hay otro contenido de los Estatutos que el constitucionalmente previsto. No caben normas estatutarias descriptivas de la jurisprudencia. Tampoco caben mandatos, condicionamientos o invitaciones a las leyes estatales

Prueba de la evidente dificultad de encontrar un acuerdo que permitiese dictar la **STC 31/2010**, es que ésta cuenta con cinco **Votos Particulares**, cuatro disidentes (Magistrados: Conde Martín de Hijas, Delgado Barrio, Rodríguez-Zapata Pérez y Rodríguez Arribas) y uno parcialmente concurrente (Gay Montalvo).

Con carácter general, los **Votos disidentes** manifiestan su disconformidad con la técnica de las *sentencias constitucionales interpretativas de rechazo*, de origen italiano y seguida por la sentencia para adaptar el Estatuto de Autonomía a la Constitución. Y consideran que el Tribunal ha invadido el campo del legislador, construyendo, en muchos casos, unos preceptos nuevos y muy alejados de la voluntad original del legislador estatuyente. En este sentido, v. gr. resaltan la incoherencia que supone declarar la inconstitucionalidad del Consejo de Justicia como órgano de desconcentración del Consejo General del Poder Judicial y, sin embargo, mantener referencias a sus competencias o incluso a su composición, lo que supone la creación de una

institución totalmente distinta de la inicialmente prevista. En segundo lugar, critican la falta de claridad y la inseguridad jurídica que provoca esta forma de obrar. En último término, consideran que la parte dispositiva no recoge todas las interpretaciones correctoras que realizan los fundamentos jurídicos de la sentencia en su motivación; principalmente, por lo que hace a la descripción de las competencias en que se ha transformado la expresión «en todo caso» por «en caso de que el legislador así lo prevea». En suma, sostienen que la acción del Tribunal no habría tenido en cuenta lo que, a juicio de los tres primeros Magistrados, esconde el Estatuto catalán que no es otra cosa que una reforma de la Constitución.

Los Votos Particulares disienten del *contenido atribuido a los Estatutos* de Autonomía y estiman que no admiten otro que el expresamente previsto en la Constitución, bien en el artículo 147, bien en otros lugares del texto, admitiendo —como ocurre en el caso de las Leyes Orgánicas— la inclusión de materias conexas para mejor comprensión de la regulación. Cualquier otro contenido debería haber sido considerado inconstitucional y nulo. Así, el reconocimiento de derechos subjetivos que no estén relacionados con la cooficialidad de la lengua autonómica o con la organización del entramado institucional y, consecuentemente, el reconocimiento de sus garantías, especialmente, las cuestiones jurisdiccionales, que invaden la reserva de la LOPJ.

Estos Magistrados disidentes excluyen que los Estatutos puedan hacer referencia a las *competencias exclusivas del Estado*, por ejemplo, en cuanto a la participación de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de éstas. Así como niegan al Estatuto la capacidad de *concretar las materias y submaterias* contenidas en la Constitución o la definición de las facultades que han de corresponder al Estado o a la Comunidad Autónoma. En este sentido, llaman la atención sobre la nueva categoría de normas jurídicas que establece la sentencia, las *normas descriptivas o sistematizadoras de la jurisprudencia* del Tribunal Constitucional (en referencia a los artículos 110, 111 y 112 EAC), y consideran que hubiera sido más adecuado haber optado por su inconstitucionalidad.

Consideran también que las *relaciones de participación* o coordinación tampoco pueden venir reguladas en este tipo de normas, asumiendo las consecuencias que esto conlleva respecto de la regulación de la financiación contenida en el Estatuto o en los procesos de designación de los miembros de determinados órganos constitucionales, como el CGPJ o el mismo TC. Del mismo modo, no cabrían *ni invitaciones ni mandatos* dirigidos a las instituciones estatales, ni siquiera como expresión de meros deseos sin contenido obligatorio.

Por último, y dentro de la misma órbita, *las colaboraciones internormativas estarían vedadas*, debiendo ser declaradas inconstitucionales y nulas (y no sólo privadas de eficacia normativa), por invadir áreas constitucionalmente reservadas a otras Leyes Orgánicas o suponer un condicionamiento inadmisibles a la acción del legislador estatal.

Por estas razones, hubieran apostado por una *posición mucho más estricta respecto del Poder Judicial* (considerando que no tienen cabida en un Estatuto menciones a las competencias del Tribunal Supremo o mandatos a la LOPJ), los *títulos competenciales* (anulando todos los que hagan referencias a competencias exclusivas del Estado), las *relaciones entre instituciones* (asumiendo la inconstitucionalidad de la previsión de relaciones de participación y coordinación), la *financiación autonómica o la propia reforma del Estatuto* (por invasión de las competencias de las Cortes Generales y del Rey).

Con un carácter más específico, los Magistrados disidentes hubieran optado por la declaración de inconstitucionalidad del *Preámbulo* en las referencias a Cataluña como nación y en aquellas que fundamentan la autonomía de Cataluña en hechos distintos de la Constitución española de 1978, ampliando los efectos a los artículos consonantes a lo largo del texto articulado (artículos 2.4, 5, 7 y 8.1).

El tema de la *lengua* recibe un tratamiento común en los Votos Disidentes, que coinciden en que deberían haberse eliminado las referencias que singularizan el catalán como lengua de uso normal de la Administración en Cataluña o como lengua vehicular en la enseñanza; en que el deber de conocer el catalán debería haber sido eliminado, dado que de la cooficialidad sólo derivan derechos para los ciudadanos —motivo que conduciría también a la nulidad del deber de disponibilidad lingüística de las empresas y a que el Estatuto no puede regular el régimen de la lengua cooficial respecto de instituciones, organismos o funcionarios del Estado (ni los radicados en Cataluña ni los de jurisdicción estatal)—. En lo que se refiere a la educación, Rodríguez Arribas destaca que la sentencia no ha aclarado la eficacia del derecho a recibir la enseñanza en castellano, lo que considera necesario, así como manifiesta que hubiera deseado mayor claridad en la posición que le corresponde al castellano dentro de las Administraciones, instituciones y empresas públicas autonómicas y locales en Cataluña.

Por último, en el *régimen local* hay acuerdo en que la pretensión de suprimir la Provincia en Cataluña resulta inconstitucional, subrayando Rodríguez Arribas la incongruencia de la mayoría al establecer respecto del artículo 91.3 y 4 una constitucionalidad condicionada a una elección posterior del legislador autonómico. Este mismo Magistrado sostiene que la sentencia no defiende suficientemente ni la competencia estatal para sentar las bases del régimen local ni la facultad estatal para impugnar cualquier acto contrario al ordenamiento jurídico adoptado por los entes locales.

Cabe formularse a la vista de la dureza de este conjunto de argumentaciones, que llevarían a la práctica nulidad de todo el Estatuto, tres interrogantes básicos sobre la comprensión del litigio que estas interpretaciones de las normas estatutarias suscitan. Primero, qué *margen de deferencia* a las Cortes Generales y al Parlamento de Cataluña respetan los Magistrados discrepantes, o, en otras palabras, qué entendimiento poseen de la *fuerte presunción democrática de constitucionalidad de las leyes*, con mayor razón ante una fuente aprobada por una base decisional tan amplia como son dos asambleas representativas y el cuerpo electoral afectado; un cierto *self restraint* o autocontrol frente al legislador democrático es siempre una buena recomendación para cualquier juez constitucional; desvirtuar una *presunción iuris tantum* de constitucionalidad de la ley requiere una carga argumental más allá de una duda razonable. Segundo, dónde queda el no menos constitucional *principio de seguridad jurídica* y de conservación de los actos emanados tras cuatro años de aplicación de un Estatuto en numerosas situaciones de hecho y de derecho; es precisamente ese *horror al vacío*, la evitación del daño, el que determina el entendimiento de la nulidad como consecuencia siempre excepcional de la inconstitucionalidad y no la regla general; es normalmente menester zurcir las leyes antes de desecharlas. Tercero, qué alternativa doctrinal ofrecen a la técnica de las interpretaciones conforme mediante las *sentencias interpretativas de rechazo* (las manipulativas o de recomendación legislativa entre ellas). Una herramienta muy usada por la Corte Constitucional italiana, bien estudiada por la doctrina científica tanto allí como en España, que nuestro Tribunal Constitucional trasplantó a nuestro Derecho procesal constitucional desde el inicio y lleva utilizando ininterrumpidamente, especialmente, en las controversias competenciales; ¿sinceramente se cree que era ésta, por su complejidad, la ocasión de comenzar de nuevo desde cero y hacer tabla rasa de tres décadas de jurisprudencia y experiencias constitucionales...?

40. Voto concurrente

El Magistrado Gay Montalvo, por su parte, en su *Voto concurrente* echa en falta en la sentencia una reflexión más profunda de las consecuencias que podría provocar este fallo sobre otros Estatutos de Autonomía que cuentan con una redacción muy similar, cuando no idéntica, al que ha

sido objeto de recurso. Y disiente de la declaración de «falta de eficacia jurídica interpretativa» de esos incisos del Preámbulo, cuestiones simbólicas donde reclama a la mayoría una mayor capacidad de integración y de sensibilidad hacia el pluralismo territorial. Así, en referencia a la nación catalana, afirma que otros Estatutos de Autonomía cuentan con un contenido de similar intensidad y considera que el concepto de nación tiene un contenido maleable que no conduce necesariamente a la consecuencia adoptada. La mención de los «derechos históricos» no considera que sirva para legitimar el acceso al autogobierno de Cataluña, sino para justificar una regulación diversa respecto del resto de las Comunidades Autónomas en lo que constitucionalmente sea posible.

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

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
 - A) **Prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes: artículo 3 CEDH.**
 - a) Secuestro y extradición de un extranjero hacia un país en el que existe un riesgo real de que sufra tratos contrarios al CEDH.
 - b) Expulsión de extranjeros por riesgo de tratos inhumanos o degradantes (artículo 3) en el país de recepción.
 - B) **Libertad personal: artículo 5 CEDH.**
 - a) Libertad personal y proporcionalidad de la fianza fijada por los tribunales nacionales como medida para asegurar la comparecencia en juicio.
 - C) **Derecho a un proceso justo: artículo 6 CEDH.**
 - a) El derecho a un proceso justo exige la celebración de una audiencia pública en apelación cuando el tribunal se pronuncie sobre cuestiones fácticas y no estrictamente jurídicas.
 - b) Presunción de inocencia (artículo 6.2), derecho de propiedad (art.1 Protocolo 1): Responsabilidad estatal por actos de la administración de Justicia.
 - D) **Derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH).**
 - a) Diligencia exigible a los profesionales de la información antes de la publicación de información que pueda dañar la reputación de una persona.
 - b) El despido de una persona por incumplir criterios éticos y morales impuestos por el empleador en su vida privada puede vulnerar el artículo 8 CEDH.
 - c) Derecho a la vida privada (artículo 8) y medidas reparatorias.
 - E) **Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH).**
 - a) La orientación sexual como categoría prohibida de discriminación en el marco del CEDH.
 - F) **Libertad de expresión (artículo 10).**
 - a) Comentarios sarcásticos contra el fiscal.

G) Derecho a participar en elecciones libres (artículo 3 Protocolo 1).

- a) El Convenio no impone la obligación de regular el voto de ciudadanos residentes en el extranjero, pero sí la Constitución.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A) STC 21/2010. Los derechos y deberes. FF.JJ. 16 a 29.

- a) El carácter de los derechos recogidos en los Estatutos de Autonomía.
- b) La reserva de Ley Orgánica.
- c) El derecho a la vida y el derecho a la educación.
- d) Los derechos lingüísticos.
- e) Las garantías de los derechos estatutarios.

B) Igualdad (artículo 14 CE).

- a) Igualdad en la ley. Diferenciación de sexos en el tipo penal.

C) Derechos sustantivos.

- a) Derecho a ejercer los cargos públicos representativos (artículo 23.2 CE). Efectos de la sentencia estimatoria.
- b) Libertad de información [artículo 20.1.d) CE]. Libertad de creación artística [artículo 10.1.b) CE].

D) Tutela judicial efectiva (artículo 24 CE).

- a) Indefensión al subastar en juicio una vivienda sin intentar siquiera notificarlo a sus titulares registrales.
- b) Indefensión causada por investigación insuficiente de una denuncia de un recluso por malos tratos por funcionarios de prisiones.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO:

A) Sala Primera de lo Civil.

- a) Derechos de la personalidad.
- a') Libertad de información y derecho a recibir información [artículo 20.1.d) CE].

B) Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

- a) Protección de Datos de Carácter Personal. Limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos (artículo 18.4 CE).
- b) Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador. Inaplicabilidad del inciso final del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 cuando la acción de responsabilidad patrimonial se sustenta en el perjuicio derivado de la aplicación de leyes inconstitucionales.
- c) Derecho a la educación. Asignaturas para la educación a la ciudadanía y los derechos humanos.
- d) Derecho de huelga. Infracción del derecho a la huelga: servicios mínimos abusivos durante la huelga de técnicos superiores sanitarios y de auxiliares de enfermería.
- e) Concesión de la nacionalidad.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos correspondiente al tercer trimestre de 2010; sentencias aprobadas en los meses de julio, agosto y septiembre; la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la STC 21/ 2010, Los derechos y deberes; y, por último, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la Sala Primera y Tercera, dictadas entre julio y septiembre de 2010. Son de destacar: la Sentencia *Tendal contra España*, que cambia el régimen de la responsabilidad por error judicial en los casos de indemnización por prisión preventiva sin condena posterior, y establece obligaciones serias respecto a la conservación de bienes embargados; la sentencia *Kuric y otros contra Eslovenia*, que trata de medidas reparatorias consistentes en aprobar una Ley; algo parecido puede decirse de la *Sitaropoulos y Giakoumopoulos contra Grecia* (inconveniencia por omisión legislativa); la crónica de competencias sobre el Estatuto de Cataluña; y SSTC de los artículos 23.2 CE y 42 LOTC tras la reforma del amparo de 2007 empiezan a dictarse pronto, dentro de la legislatura y sus efectos ya no son meramente declarativos sino constitutivos.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

SSTEDH de 15 de septiembre de 2010 a 30 de septiembre de 2010 (TOTAL: 64).

A lo largo del trimestre analizado, resulta especialmente significativa la condena a España por vulneración del artículo 3 CEDH en su vertiente procedimental en un caso de supuestos malos tratos de un detenido, vinculado a la organización terrorista ETA, a manos de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado español (asunto *SAN ARGIMIRO ISASA c. España*, de 28 de septiembre de 2010). Más allá de este asunto, son de destacar:

A) Prohibición de torturas y tratos inhumanos y degradantes: artículo 3 CEDH

- a) *Secuestro y extradición de un extranjero hacia un país en el que existe un riesgo real de que sufra tratos contrarios al CEDH*

En el asunto *ISKANDAROV v. Rusia*, de 23 de septiembre, el TEDH aplica su jurisprudencia habitual sobre la legalidad de una privación de libertad y la imposibilidad de extraditar/expulsar a un ciudadano extranjero hacia un país en el que exista un riesgo real de que sufra tratos contrarios al artículo 3 CEDH a un supuesto harto llamativo. El Sr. Iskandarov es un ciudadano de Tayikistán, miembro relevante de la oposición al régimen político del país y antiguo candidato a la Presidencia de éste, que es detenido por la policía rusa mientras residía en ese Estado y es extraditado hacia su país de origen para ser juzgado por un supuesto delito de terrorismo. En el caso objeto de estudio, con un lenguaje sorprendentemente duro, el TEDH considera vulnerados tanto la libertad personal como la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes. El Sr. Iskandarov fue extraditado sin tener en cuenta que, según informes de diversos organismos internacionales, los detenidos son sistemáticamente torturados por las autoridades de Tayikistán, y que los miembros de la oposición, especialmente los cabecillas, son especialmente objeto de tales torturas. A pesar de ello, el recurrente fue extraditado hacia su país de origen sin que se adoptara una decisión formal sobre su extradición y, por tanto, sin tener la más mínima posibilidad de alegar lo indicado ante las autoridades rusas. En el mismo sentido, la policía rusa detuvo al recurrente sin seguir el procedimiento previsto en el ordenamiento nacional y sin que su detención fuera siquiera registrada en ningún registro público de detenidos; lo que constituye, a ojos del TEDH, una gravísima violación de las más mínimas garantías que todo detenido puede esperar en un Estado de Derecho.

b) *Expulsión de extranjeros por riesgo de tratos inhumanos o degradantes (artículo 3) en el país de recepción: cuestionamiento de la doctrina del TEDH por varios Estados miembros*

En tres decisiones de 20 de julio el TEDH rechaza la expulsión de los recurrentes a sus países de origen (Libia, Argelia y Afganistán) debido al riesgo de que sufran malos tratos en dichos Estados. Con ello el TEDH no hace más que aplicar una doctrina ya muy consolidada. Lo novedoso es la intervención de varios Estados (presentando alegaciones conjuntas) y, en contestación a ésta, de varias ONG en el supuesto planteado en *A contra Holanda*. Los Estados, básicamente solicitaban un replanteamiento de dicha doctrina. En concreto los gobiernos de Lituania, Portugal, Eslovaquia y el Reino Unido lamentan que la dureza con la que el TEDH aplica esta doctrina impida expulsar de su territorio a personas involucradas en actividades amenazantes para la seguridad nacional (singularmente terrorismo integrista). Los gobiernos proponen que el TEDH suavice la prohibición de expulsión en el caso de que los detenidos estén involucrados en este tipo de actividades exigiéndoles que demuestren que hay más probabilidades de sufrir maltrato que de no sufrirlo una vez expulsados a su país. La solicitud de replanteamiento de su jurisprudencia es negada de plano por el Tribunal. La Corte entiende, apoyándose en las alegaciones de las ONG de defensa de derechos, que la norma de no expulsión a países donde existe riesgo de maltrato es ya una norma de Derecho internacional sobre la que no cabe vuelta atrás. Por otra parte la prohibición contenida en el artículo 3 es absoluta y no permite excepciones, aun en las condiciones más difíciles como es la persecución del terrorismo internacional, no siendo posible intentar ponderar el riesgo del maltrato con las razones para la expulsión en orden a establecer las obligaciones de los Estados en relación con el artículo 3 CEDH.

B) Libertad personal: artículo 5 CEDH

a) *Libertad personal y proporcionalidad de la fianza fijada por los tribunales nacionales como medida para asegurar la comparecencia en juicio*

En el asunto *MANGOURAS c. España*, de 28 de septiembre, la Gran Sala del TEDH revisaba la decisión anterior de una de las Salas del TEDH sobre la adecuación al artículo 5.3 CEDH de la fianza de 3 millones de euros impuesta al capitán del marino Prestige, cuyo naufragio frente a las costas gallegas causó una importante catástrofe natural que afectó no sólo a las costas españolas, sino también a las francesas. El TEDH consideraba que las autoridades españolas no violaron la libertad personal del capitán del Prestige con la imposición de una fianza tan elevada. Sin embargo, su razonamiento parece poner en entredicho la jurisprudencia anterior del TEDH en la materia, en la medida en que parece justificar la imposición de fianzas cuya cuantía exceda de la capacidad económica de los afectados en supuestos tasados y excepcionales.

En este sentido, el TEDH comenzaba su razonamiento recordando que la puesta en libertad de una persona cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción puede condicionarse a alguna garantía, según el artículo 5.3 CEDH, pero que el objetivo de ésta deberá ser siempre asegurar la comparecencia del interesado en el juicio correspondiente. En esa lógica, la fianza deberá fijarse con la intención de que actúe como freno suficiente para evitar cualquier intención de fuga. Y su cuantía deberá justificarse atendiendo a una serie de criterios: la situación del interesado, sus posibilidades económicas, los vínculos del afectado con otras personas que podrían hacerse cargo del pago de la fianza, la gravedad del daño causado, la gravedad de la infracción cometida y, sobre todo, el riesgo real de fuga.

En el caso objeto de estudio, el TEDH señalaba que las autoridades españolas consideraron adecuadamente que procedía establecer una fianza tan elevada debido a la gravedad del delito supuestamente cometido, a la conmoción que provocó en el gran público el naufragio del buque, al

medio profesional del recurrente, y a sus circunstancias personales, ya que era ciudadano griego, no residía en España y no tenía ningún vínculo con nuestro país; lo que acrecentaba significativamente el riesgo de fuga. El TEDH reconocía que, aunque resultaba evidente que el recurrente carecía de recursos que le permitieran hacer frente a la elevada fianza, su jurisprudencia reiterada permitía tener en cuenta no sólo los recursos personales del interesado, sino también sus vínculos con otras personas que pudieran ofrecerse a realizar el pago de la fianza. En este sentido, el TEDH destacaba que la fianza del recurrente fue satisfecha por la compañía aseguradora del armador del barco y hacía especial hincapié en las circunstancias del caso: la elevada fianza se había impuesto en relación con un supuesto delito contra el medio ambiente, que habría tenido importantes repercusiones tanto nacionales como internacionales, y del que podrían derivarse responsabilidades no sólo en el ámbito penal, sino también en el ámbito civil. Dada la gravedad de los hechos, los tribunales nacionales podían legítimamente considerar que la fianza no sería suficiente para evitar que los responsables de los daños trataran de evadir la justicia si su cuantía hubiera tenido en cuenta únicamente los recursos personales del capitán del barco. En tal contexto, parecía afirmar el TEDH, parecía justificable que los tribunales nacionales garantizaran la adecuada persecución de los delitos contra el medio ambiente supuestamente cometidos fijando una fianza que tuviera en cuenta los recursos financieros del medio profesional del capitán a fin de garantizar que ese medio profesional no tratara de evadir la justicia y se hiciera cargo de la responsabilidad civil que presuntamente le correspondería.

C) Derecho a un proceso justo: artículo 6 CEDH

- a) *El derecho a un proceso justo exige la celebración de una audiencia pública en apelación cuando el tribunal se pronuncie sobre cuestiones fácticas y no estrictamente jurídicas*

En el asunto *MARCOS BARRIOS c. España*, de 21 de septiembre, el TEDH analiza la supuesta vulneración del derecho a un proceso justo que se habría derivado de la falta de celebración de audiencia pública en el proceso penal que tuvo lugar ante la Audiencia Provincial de León como consecuencia de la presentación de un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que declaró la inocencia del recurrente, absolviéndole de los distintos cargos por los que había sido procesado. El TEDH recordaba así que la aplicación de las exigencias derivadas del artículo 6 CEDH a los procesos en apelación dependía de las características que presentara tal proceso en el ámbito interno, no garantizándose siempre la celebración de la audiencia pública o la asistencia del acusado a ella. Sin embargo, en aquellos casos en los que la instancia encargada de resolver el recurso de apelación pueda entender de cuestiones de hecho y de Derecho y decidir en su totalidad sobre la inocencia o la culpabilidad del acusado, esa instancia no puede resolver sin la apreciación directa de los medios de prueba presentados por el propio acusado. En el caso objeto de estudio, el recurrente había sido declarado culpable de un delito de homicidio por el tribunal español que entendió en apelación, tras haber sido absuelto en primera instancia, y debido a que el tribunal de apelación realizó una valoración de la prueba distinta de la realizada por el tribunal de instancia. Puesto que el tribunal de apelación no limitó su intervención a cuestiones de Derecho, realizando una nueva valoración de los hechos declarados probados, el TEDH consideró vulnerado el artículo 6 CEDH, entendiendo que la nueva valoración de la prueba no podía realizarse sin la celebración de una audiencia pública, en la que el acusado tuviera oportunidad de ser entendido personalmente.

- b) *Presunción de inocencia (artículo 6.2), derecho de propiedad (artículo 1 Protocolo 1): Responsabilidad estatal por actos de la administración de Justicia: presumible falta de adecuación del artículo 294.1 LOPJ con el artículo 6.2 CEDH*

En *Tendam contra España*, 13 de julio, el TEDH condena a España debido a la negativa de las autoridades españolas a indemnizar a un ciudadano alemán por el tiempo pasado en prisión

provisional (35 días) como consecuencia de su imputación en dos delitos (robo de panales de abejas y receptación de material informático) de los que finalmente fue declarado inocente (en el primer caso por decisión de segunda instancia). La indemnización solicitada por el período pasado en prisión es denegada por el Ministerio de Justicia por considerar que no se cumplían los requisitos del artículo 249 LOPJ al tratarse de una declaración de inocencia vinculada a la insuficiencia de la prueba y no de la inexistencia objetiva o subjetiva del hecho delictivo (la jurisprudencia española viene exigiendo para la concesión de indemnizaciones en estos supuestos que el proceso finalice con el sobreseimiento libre del acusado). Igualmente se rechaza la indemnización relativa a la no devolución de parte de los bienes incautados porque no estaría plenamente establecida la desaparición o el deterioro de tales bienes. Idénticos motivos fueron utilizados en los recursos judiciales (primero ante la Audiencia Nacional y después ante el Tribunal Supremo —si bien en este caso con dos votos particulares que consideraron que la carga de la prueba del no deterioro y devolución de todos los bienes incautados correspondía a la Administración de Justicia—). Finalmente, el recurso de amparo interpuesto fue inadmitido.

EL TEDH recuerda que la presunción de inocencia supone que una vez declarado inocente, los motivos por los que tal declaración fue acordada deben ser considerados irrelevantes por lo que no cabe diferenciar inocencia por falta de pruebas, de inocencia por otros motivos (objetivos o subjetivos). El ministerio de Justicia y las sucesivas instancias judiciales lesionaron el principio de presunción de inocencia al utilizar el criterio consolidado de o bien inexistencia del hecho delictivo o bien falta de acreditación de la participación del recurrente para denegar la indemnización por el tiempo transcurrido en prisión provisional. Al interpretar de esta forma el artículo 294 LOPJ lo que las instancias internas exigían al recurrente era demostrar la ausencia de toda participación en los hechos delictivos, lo que obviamente constituye para el TEDH una violación del artículo 6.2 CEDH.

Respecto a los bienes incautados durante el segundo procedimiento penal seguido contra el recurrente, el TEDH recuerda que el artículo 1 del Protocolo 1 permite tal incautación y que no consagra un derecho de la persona posteriormente declarada inocente a una reparación por el daño derivado de ella, pero las autoridades judiciales han de adoptar las medidas necesarias para su conservación, en particular deben hacer un inventario de éstos y de su estado en el momento de la incautación y en el momento de su devolución al declarado inocente. Más aún la legislación interna ha de prever un procedimiento para que pueda obtenerse la reparación por los perjuicios resultantes de la no conservación de estos bienes en un relativo buen estado. Procedimiento que ha de ser efectivo para la consecución de la reparación. Corresponde a cada Estado miembro decidir este procedimiento y decidir la valoración de los hechos en el curso del mismo. En tal sentido el procedimiento previsto en el artículo 292 LOPJ sería correcto. Pero, concluye el TEDH, la carga de la prueba sobre la correcta devolución en buen estado de todos los bienes incautados corresponde a la Administración de Justicia y no al particular. Si aquélla no puede demostrar que los bienes fueron devueltos en su totalidad y en buen estado, entonces los perjuicios resultantes le son imputables. Por todo ello considera que las autoridades nacionales al rehusar la indemnización reclamada por el recurrente hicieron recaer sobre él una carga desproporcionada y excesiva, lesionando con ello el artículo 1 del Protocolo 1 CEDH.

La decisión constituye un importante correctivo a la jurisprudencia consolidada de los tribunales españoles respecto a las obligaciones indemnizatorias derivadas de la declaración de inocencia de un acusado tras estar en prisión provisional. Es posible que el propio tenor literal del artículo 294 LOPJ no sea compatible con la nueva jurisprudencia europea, si bien, quizás, podría salvarse la incompatibilidad por vía interpretativa. Algo parecido ocurre respecto a la interpretación del artículo 292 LOPJ, aunque en este caso la posición de la jurisprudencia no era tan clara, imponiendo una serie de obligaciones a la administración de justicia respecto a la de-

finición y conservación de los bienes incautados mucho más estrictas que las existentes, so pena de permitir acciones indemnizatorias contra el Estado. Dada la precariedad de los depósitos de la Administración de justicia española cumplir esta obligación va a resultar complicado.

Probablemente el problema en ambos supuestos es la defectuosa regulación de las vías procesales articuladas respecto a la indemnización por error judicial y mala actuación de la Administración de justicia en la propia LOPJ. Es posible que Estrasburgo pueda conseguir una reforma legislativa solicitada ya desde diversos foros.

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

a) Diligencia exigible a los profesionales de la información antes de la publicación de información que pueda dañar la reputación de una persona

En el caso *POLANCO TORRES y MOVILLA POLANCO c. España*, de 21 de septiembre, el TEDH se pronunciaba sobre la posible vulneración del derecho al honor de varios miembros de la familia Polanco, cuyo derecho habría sido supuestamente vulnerado por la publicación de un reportaje en el diario *El Mundo* en el que se les acusaba de realizar operaciones fraudulentas a través de una empresa, dedicada supuestamente a lavar dinero negro. Tras recordar su jurisprudencia habitual sobre las colisiones entre el derecho al honor y la libertad de expresión, el TEDH señalaba que, en el caso objeto de estudio, no se había vulnerado el derecho al honor de los recurrentes, en la medida en que el contenido del reportaje era de evidente interés público para la sociedad española, dados los hechos y la calidad de las personas supuestamente implicadas; que el reportaje podía considerarse un reportaje neutral, en el que el periodista se limitó en buena parte a transcribir una entrevista con el antiguo contable de la empresa y las propias manifestaciones de la esposa del Sr. Polanco sobre la acusación; y que el periodista fue suficientemente diligente a la hora de comprobar los hechos que publicaba, ya que no sólo estaba en posesión de la contabilidad de la empresa supuestamente utilizada para realizar las operaciones fraudulentas, sino que también realizó sucesivas entrevistas con el antiguo contable de la empresa y con una de las perjudicadas por la noticia. El razonamiento del TEDH seguía así de forma harto significativa el propio razonamiento del TC español, que se pronunció previamente sobre los hechos litigiosos (STC 53/2006, *Justicia Administrativa* núm. 32).

b) El despido de una persona por incumplir criterios éticos y morales impuestos por el empleador en su vida privada puede vulnerar el artículo 8 CEDH

En los asuntos *OBST c. Alemania* y *SCHÜTH c. Alemania*, ambas de 23 de septiembre, se planteaba la eventual vulneración del derecho a la vida privada de sendos empleados de la Iglesia católica y la Iglesia mormona, que habrían sido despedidos por incumplir alguno de los criterios éticos y morales de su empleador. En ambos casos, el TEDH analizaba, en primer lugar, si un Estado puede ser considerado responsable de la eventual violación del artículo 8 CEDH por un empleador privado, en este caso, las Iglesias católica y mormona. En este sentido, el TEDH subrayaba que la responsabilidad de un Estado parte no sólo puede derivarse del incumplimiento de la obligación negativa de no interferir en el ejercicio del derecho a la vida privada de las personas sujetas a su jurisdicción, sino también del incumplimiento de la obligación positiva de proteger a tales personas de eventuales injerencias en el derecho causadas por terceros. También en ambos casos, el TEDH señalaba que, en casos como los planteados, debe realizarse una correcta ponderación entre el derecho a la vida privada del recurrente y la libertad de religión, de la que puede prevalecer la Iglesia empleadora. En este sentido, el TEDH señalaba que si bien un empleador cuya ética se funde sobre la religión o determinadas creencias filosóficas

puede imponer obligaciones específicas de tipo ético a sus empleados, una decisión de despido justificada por el incumplimiento de alguna de esas obligaciones debe ser objeto de un control jurisdiccional efectivo, en el que se tengan en cuenta los intereses en litigio y el debido respeto al principio de proporcionalidad de la medida.

En el asunto *OBST c. Alemania*, el TEDH consideró que la ponderación de los intereses en litigio se había efectuado de forma adecuada por las autoridades alemanas, en la medida en que el recurrente era el Director de relaciones públicas para Europa de la Iglesia mormona y había sido despedido por haber cometido adulterio. La decisión parecía haber tenido suficientemente en cuenta los intereses en litigio ya que el motivo del despido, fundado en la importancia del matrimonio para la Iglesia mormona, no era contrario ni a los principios fundamentales del conjunto de las confesiones religiosas, ni a los principios fundamentales del ordenamiento alemán; el recurrente puso en conocimiento de la Iglesia su adulterio, que además se derivaba de una relación extramatrimonial prolongada; ocupaba un cargo de gran importancia en el seno de la Iglesia mormona; y conocía desde hacía tiempo los pilares de la confesión, de modo que podía predecir las consecuencias que se derivarían de la información que había proporcionado a las autoridades mormonas. Todos esos motivos, unidos a la importante falta de credibilidad que podría haberse derivado del mantenimiento del recurrente al servicio de la Iglesia mormona, justificaban, a ojos del TEDH, que las autoridades alemanas hubieran legitimado el despido del recurrente.

En el asunto *SCHÜTH*, la decisión del TEDH era claramente opuesta. El recurrente, organista de una parroquia de la Iglesia católica, había sido despedido por haber iniciado una relación sentimental tras la separación de su esposa. La Iglesia justificaba su despido en que no había respetado las creencias católicas al separarse de su esposa e iniciar una nueva relación sentimental. Las autoridades alemanas consideraron el despido legítimo. Sin embargo, el TEDH plasmaba la existencia de significativas diferencias con el caso *OBST*, ya que las exigencias impuestas por la religión católica al Sr. Schüth le habrían llevado a renunciar a iniciar cualquier nueva relación tras la separación de su esposa, lo que vulneraba el contenido básico del derecho a la vida privada y familiar; el Sr. Schüth nunca se había manifestado contrario a las creencias de la religión católica; y el despido del Sr. Schüth tenía importantes consecuencias para su futuro profesional, dado el reducido ámbito laboral de las personas con su profesión.

- c) *Derecho a la vida privada (artículo 8) y medidas reparatorias: antiguos ciudadanos de la República de Yugoslavia que no adquieren la nacionalidad eslovena y son borrados de los registros de residentes permanentes; necesidad de la aprobación de una nueva ley que proteja a este colectivo*

Los recurrentes en *Kuric y otros contra Eslovenia*, de 13 de julio, son conocidos como los «borrados». Ciudadanos de la antigua Yugoslavia que a raíz de la declaración de independencia de Eslovenia no pidieron o les fue denegada la nacionalidad eslovaca convirtiéndose (los que no fueron capaces de obtener la ciudadanía de otro Estado de la extinta Yugoslavia) de este modo en *apátridas* con unas condiciones de vida particularmente duras pues fueron *borrados* de los registros de residentes permanentes, en ocasiones sin comunicárselo a los afectados. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional esta normativa por no prever la situación en la que quedaban tales particulares. Igualmente declaró inconstitucional la posterior ley que, tratando de resolver la situación, no reconocía la devolución retroactiva de la condición de residentes permanentes a este colectivo. Los recurrentes alegan violación de los artículos 8, 13 y 14 CEDH como consecuencia de la imposibilidad de adquirir la ciudadanía eslovena o de mantener su condición de residentes permanentes en el país balcánico.

El TEDH hace de nuevo una interpretación muy generosa del artículo 8 del Convenio. Reconoce que éste no incluye un derecho a mantener u obtener la ciudadanía, pero considera

afectado en el caso la vida privada familiar como consecuencia de la larga permanencia en el país de las personas afectadas. Permanencia que inevitablemente habrá provocado la creación de los vínculos propios de lo que la Corte viene considerando *la vida privada familiar*. Vida privada familiar que se ha desarrollado desde hace varios años en el mismo país que les ha denegado tanto la nacionalidad como la residencia permanente y cuyas autoridades no han sido capaces de cumplir con las sentencias de su propio Tribunal Constitucional tendentes a eliminar la lesión en sus derechos. Precisamente el TEDH apoya expresamente los argumentos de este Tribunal cuando declaró inconstitucionales sendas leyes reguladoras de la materia.

Dado que las sentencias constitucionales no fueron aplicadas en la práctica las autoridades nacionales tampoco demuestran la existencia de un verdadero remedio efectivo a la violación de sus derechos (artículo 13 CEDH).

Las mayores dificultades las encuentra el TEDH a la hora de establecer las medidas reparatorias en aplicación del artículo 46 CEDH. Por ello concluye que aun no siendo en principio ésta una tarea de la Corte, dada la naturaleza de la cuestión examinada y la presencia de otros particulares afectados que no son parte de los recurrentes, la forma de reparar la violación es clara: la aprobación de la legislación adecuada regulando la situación de los recurrentes mediante la expedición de permisos retroactivos de residencia permanente (*«enactment of appropriate legislation and regulation of the situation of the individual applicants by issuing retroactive permanent residence permits»*, parágrafo 407). Quizás esto sea lo más novedoso de la sentencia. La adopción de un fallo en el que las medidas reparatorias ordenadas sean la aprobación de una ley con un determinado contenido pues este tipo de medidas, comunes en otras instancias, no son normalmente sugeridas por el TEDH.

E) Prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH)

a) *La orientación sexual como categoría prohibida de discriminación en el marco del CEDH*

En el asunto *J.M. c. Reino Unido*, de 28 de septiembre, el TEDH vuelve a pronunciarse sobre una discriminación por razón de la orientación sexual relacionada, en esta ocasión, con los gastos de manutención (alimentos) que los padres divorciados que no tienen atribuida la custodia de los hijos deben satisfacer al progenitor que se hace cargo de la custodia de los menores. En el caso objeto de estudio, el problema se planteaba porque la normativa británica en la materia establecía una diferencia en el cálculo de la cuantía de tales gastos que perjudicaba a aquellos padres que hubieran comenzado una nueva relación con una pareja del mismo sexo.

Ante tal problemática, el TEDH se centra en analizar, en primer lugar, si procede la aplicación del artículo 14 CEDH. En este sentido, es de recordar que ese precepto reconoce el derecho a no ser discriminado en relación con el ejercicio de uno de los derechos reconocidos por el CEDH: el artículo 14 CEDH reconoce así un derecho no autónomo, que sólo resultará de aplicación cuando el litigio entre en el ámbito de aplicación de alguno de los otros preceptos sustantivos del CEDH. En el caso objeto de estudio, el TEDH consideraba (en una interpretación harto generosa) que el precepto sí resultaba de aplicación, ya que la prestación indicada podía encuadrarse en el artículo 1 del Protocolo adicional al considerarse una «contribución», cuyo pago habría tratado de garantizar el Estado británico a través de la creación de una entidad pública encargada de recaudar los gastos de manutención indicados.

Una vez confirmada la aplicabilidad del artículo 14 CEDH, el TEDH recordaba su jurisprudencia relacionada con la prohibición de las diferencias de trato fundadas únicamente en la

orientación sexual y señalaba que una diferencia de trato basada únicamente en ese motivo sólo podría justificarse por razones especialmente poderosas y convincentes; razones que no habían sido aportadas por las autoridades británicas, que apenas pudieron alegar que la norma había sido modificada con posterioridad a la fecha en la que acaecieron los hechos a fin de garantizar la igualdad entre los progenitores que hubieran comenzado una nueva relación con parejas del mismo sexo y aquellos que lo hubieran hecho con parejas del otro sexo.

La misma jurisprudencia era aplicada por el TEDH en el asunto *SANTOS COUTO c. Portugal*, de 21 de septiembre, en el que el Alto Tribunal consideraba que la sanción penal impuesta al Sr. Santos Couto por haber mantenido relaciones «homosexuales» con un adolescente no habría vulnerado los artículos 8 y 14 CEDH porque el recurrente habría sido sancionado bajo las mismas condiciones de incriminación que se habrían aplicado al hecho si las relaciones hubieran sido heterosexuales, de modo que no podía confirmarse la existencia de un trato diferenciado por razón de la orientación sexual.

F) Libertad de expresión (artículo 10)

- a) *Comentarios sarcásticos contra el fiscal; cualquier injerencia en esta libertad en asuntos de interés general ha de estar especialmente justificada; la exigencia de verdad para expresiones que no son auténticas imputaciones de hechos no es conforme con el Convenio*

En *Roland Dumas contra Francia*, de 15 de julio, se enjuicia la condena en segunda instancia al ex ministro de Asuntos exteriores y ex presidente del Consejo Constitucional francés como consecuencia de ciertas expresiones contenidas en un libro en el que expone su visión del proceso penal seguido contra su persona en el asunto «Elf» que concluyó con su absolución. En concreto la condena nacional se centra en los comentarios realizados por el autor (reflejados en el libro, pero en su día recogidos en los medios de comunicación que seguían el proceso penal en su contra y que no fueron, entonces, objeto de persecución penal por el fiscal) durante el interrogatorio realizado por el ministerio fiscal durante el juicio oral. En tales comentarios se preguntaba si el fiscal durante la II Guerra Mundial no habría estado en los Tribunales colaboracionistas del régimen de Vichy. Al reflejar tal comentario en el libro, el autor se distanciaba de él y achacaba su exceso al realizar tal «paralelismo audaz» al exceso de presión que sufría y a una cierta «neurosis». El Tribunal de apelación consideró las expresiones como insultantes en cuanto que no pudieron ser probadas.

El TEDH (por mayoría de 5 a 2) adopta una postura radicalmente contraria a la de los jueces franceses. En tal sentido sostiene su conocida doctrina de que las injerencias en la libertad de expresión cuando ésta se ejerce, como en el caso, en asuntos de interés general y por una figura política de primer orden debe responder a una necesidad social imperiosa particularmente clara, teniendo, además, en cuenta que se trata de expresiones que cuando fueron pronunciadas (dos años antes de la publicación del libro) no fueron perseguidas en modo alguno. Por otra parte, considera que la aproximación realizada por el tribunal francés cometió el error de aislar las expresiones de su contexto. Contexto en el que el propio autor se distanciaba de ellas. En fin, por último, considera que pedir la prueba de la verdad de los hechos de referencia a lo que en términos del propio autor es un «paralelismo audaz» resulta una aproximación errónea porque en ningún caso (leyendo el caso en las circunstancias en que se produjo) se imputaba al ministerio fiscal que verdaderamente hubiera pertenecido a los tribunales colaboracionistas, sino que se insinuaba que el tipo de interrogatorio al que estaba siendo sometido era similar a los que se seguían en tales tribunales, quedando muy claro que se trataba de una obvia y voluntaria exageración.

G) Derecho a participar en elecciones libres (artículo 3 Protocolo 1)

- a) *El Convenio no impone la obligación de regular el voto de ciudadanos residentes en el extranjero, pero si la Constitución contiene un mandato al legislador, incumplido durante más de 30 años, se produce la violación del Convenio. (¿Inconvencionalidad por omisión legislativa?)*

Nikolaos Sitaropoulos y Christos Giakoumopoulos son dos funcionarios griegos del Consejo de Europa que recurren ante el TEDH la negativa de su embajada de facilitarles el voto en las elecciones griegas en ausencia de una legislación específica que haga posible la participación electoral de los ciudadanos griegos en el extranjero. Legislación que la Constitución griega ordena, pero que más de 30 años después aún no ha sido promulgada. Así el TEDH (por una mayoría de 5 a 2) en *Sitaropoulos y Giakoumopoulos contra Grecia*, de 8 de julio, debe enfrentarse a una eventual infracción del derecho a participar en elecciones (artículo 3 protocolo 1) como consecuencia de una omisión del legislador constando un mandato constitucional expreso a éste para regular la cuestión.

En primer término, el Tribunal recuerda que el Convenio no obliga a que los Estados regulen el voto de los nacionales residentes en el extranjero. Pero, la previsión constitucional ordenando al legislador su regulación no puede dejar de ser tenida en cuenta pues si queda permanentemente sin desarrollo y más de 35 años después el mandato al legislador no ha sido cumplido, lo cierto es que se la estaría privando de contenido y de sentido.

Además, la diferencia de trato a efectos electorales entre ciudadanos griegos que vivan en el extranjero y en la propia Grecia estaría cerca de constituir un trato discriminatorio.

En definitiva, la ausencia de una legislación ordenada hace más de 30 años para posibilitar el derecho de sufragio de los recurrentes constituye una violación del derecho a unas elecciones libres.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) STC 21/2010. Los derechos y deberes. FF.JJ. 16 a 29

- a) *El carácter de los derechos recogidos en los Estatutos de Autonomía*

El TC contesta, en primer lugar, al recurso general planteado contra el conjunto del Título I EAC, acerca de la inconstitucionalidad de cualquier reconocimiento de derechos fundamentales en un Estatuto de Autonomía. A este respecto el TC afirma que efectivamente sólo pueden tener carácter de derechos fundamentales los reconocidos como tales en la Constitución, ya que vinculan a todos los poderes públicos, sin excepción, y de idéntica manera. De esta manera, una característica definitoria de los derechos fundamentales es su contenido y alcance idéntico en todo el territorio «en virtud de la unidad de las jurisdicciones (ordinaria y constitucional) competentes para su garantía» (FJ 16).

Los derechos reconocidos en los Estatutos de Autonomía no pueden ser fundamentales, ya que sólo vinculan al legislador autonómico y están materialmente vinculados a las competencias propias de la Comunidad Autónoma. El cumplimiento de ambas características, reconocidas en el artículo 37.4 EAC, es determinante para la constitucionalidad de los derechos estatutarios.

En definitiva, los Estatutos de Autonomía no pueden ni crear nuevos derechos ni contradecir los reconocidos en la Constitución, ni afectar su titularidad, regulación o condiciones de ejercicio. Sin bien los derechos estatutarios pueden ser derechos subjetivos o principios rectores.

b) La reserva de Ley Orgánica

Aunque el Estatuto de Autonomía se apruebe mediante una Ley Orgánica, no puede regular el desarrollo de los derechos fundamentales, ya que su alcance territorial es limitado y, además, su ámbito propio es el de la generalidad, al tratarse de la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma. Por tanto, el desarrollo de los derechos fundamentales sólo puede fijarse en una Ley Orgánica y el contenido mínimo en la Constitución, en consecuencia los Estatutos de Autonomía tan sólo pueden reiterar lo establecido en la Constitución. Esta limitación a los Estatutos de Autonomía es, asimismo, una consecuencia del principio de igualdad de los españoles en materia de derechos fundamentales.

Tampoco pueden los Estatutos de Autonomía regular el ejercicio de los derechos fundamentales ya que dicha competencia corresponde a las leyes ordinarias, estatales o autonómicas, y los Estatutos de Autonomía son Leyes Orgánicas.

Este reparto de la regulación de los derechos fundamentales entre la Constitución, las Leyes Orgánicas y las leyes ordinarias, estatales o autonómicas, en función del sistema constitucional de distribución de competencias, es determinante en la sentencia para declarar constitucionales varios preceptos relativos a derechos estatutarios. Ya que las leyes a las que alude constantemente el EAC para la futura concreción o desarrollo de los derechos son, en múltiples supuestos, necesariamente Leyes Orgánicas o leyes ordinarias estatales. De hecho, la ley que ha de regular el Derecho estatutario se determina en última instancia según las reservas de Ley Orgánica y el sistema constitucional de distribución de competencias.

c) El derecho a la vida y el derecho a la educación

Dos artículos particularmente controvertidos han sido el artículo 20 EAC, que reconoce el derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte, y el 21.2 EAC que afirma que en las escuelas de titularidad pública «la enseñanza es laica». También ha suscitado una cierta controversia, aunque menor, el artículo 40.5 EAC, conforme al cual los poderes públicos «deben velar para que la libre decisión de la mujer sea determinante [...] en particular en lo que concierne al propio cuerpo y a su salud reproductiva y sexual».

Respecto del derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte, afirma el TC que reconocer el derecho al tratamiento del dolor y a los cuidados paliativos es incluso una consecuencia obligada del derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, reconocido en el artículo 15 CE. Asimismo, «vivir con dignidad el proceso de la muerte» también deriva del derecho a la vida no implica de manera necesaria el derecho a la eutanasia (FJ 19).

Más problemático resulta establecer que el personal sanitario tiene que respetar la voluntad anticipada de un paciente acerca de los tratamientos médicos, cuando una persona no puede manifestar personalmente su decisión al respecto. Sin embargo, en la medida en que el artículo 20.2 EAC establece que las leyes regularán esta obligación del personal sanitario, es constitucional ya que, a juicio del TC, se remite a las leyes dictadas por el Estado. En este sentido cita los artículos 81.1 y 149.1.6 CE, dando a entender que este derecho primero ha de ser desarrollado por una ley y, segundo, que su ejercicio se incardina en las competencias estatales sobre sanidad.

Por lo que respecta al artículo 40.5 EAC, dado que es un principio rector, no vulnera la reserva de Ley Orgánica, Tampoco contradice el artículo 15 CE, dada la abstracción y generalidad del propio artículo 41.5 EAC, ello sin perjuicio de «la posibilidad de impugnar, en su caso, la eventual adopción de políticas públicas que se pudieran entender contrarias al referido derecho fundamental» (FJ 28).

Particularmente controvertida, a nuestro parecer, es la afirmación del Tribunal Constitucional de que el reconocimiento de una enseñanza laica, en realidad, tan sólo significa que la enseñanza pública no se confía institucionalmente a las confesiones religiosas, no contradiciendo de este modo los artículos 16 y 27.3 CE (FJ 20).

d) Los derechos lingüísticos

En este apartado destaca el régimen del catalán en la educación, ante las administraciones estatales y en las relaciones entre particulares. Recuerda el TC que la cooficialidad de la lengua catalana es fijada por el Estatuto, y de ello deriva que, sin necesidad de otra norma, sea oficial para todas las administraciones públicas radicadas en Cataluña, teniendo los ciudadanos el derecho a usar el catalán o el castellano en sus relaciones con dichas administraciones. Si bien, el TC vuelve a emplear el recurso a las leyes estatales, para declarar constitucionales algunos preceptos particularmente polémicos. Asimismo, hace constar en el fallo la interpretación constitucionalmente adecuada de los artículos 33.5, 34, 35, apartados 1 y 2, y artículo 50 EAC.

Respecto de la obligación de jueces, magistrados, fiscales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles y resto del personal encargado del Registro civil y Administración de justicia de acreditar un nivel de conocimiento suficiente y adecuado del catalán y el castellano para prestar sus servicios en Cataluña, afirma el TC que es el resultado del derecho de opción lingüística de los ciudadanos. Ahora bien, en la medida en que el propio EAC hace referencia a las leyes que establecerán dicha obligación, y siendo que estas leyes «sólo pueden ser leyes estatales», el artículo es constitucional. Aclara, además, el TC, que respecto de Jueces y Magistrados la competencia corresponde al «legislador orgánico del Poder Judicial». Aplicando estos criterios, también los apartados 1 y 4 del artículo 102 EAC son constitucionales (FJ 21).

Igualmente respecto del derecho de los ciudadanos de Cataluña de relacionarse por escrito en catalán con las instituciones y órganos jurisdiccionales estatales, dado que el propio artículo 33.5 EAC establece que se ejercerá este derecho de acuerdo con la «legislación correspondiente», esta legislación ha de ser «siempre la legislación del Estado» (FJ 21). Además, en todo caso la sede de la autoridad es el criterio predominante para determinar la cooficialidad de las lenguas autonómicas, de manera que en todo el territorio nacional todos los órganos están vinculados por principio «a la única lengua española común» (FJ 21). Interpretado en estos términos, el artículo 33.5 EAC es constitucional.

Por lo que respecta al régimen del catalán en las relaciones entre privados, el derecho de opción lingüística de los consumidores y usuarios que reconoce el artículo 34 EAC depende de su desarrollo futuro en una ley. A propósito de los posibles recursos contra dicha ley el TC podrá establecer los términos del deber de disponibilidad lingüística de los establecimientos y empresas privadas. Si bien, en todo caso, dicho deber no podrá imponer a los particulares el uso de ninguna ley oficial de manera general, ya que el deber a ser atendido en catalán o castellano sólo es exigible en las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos. Esta es la interpretación constitucional.

Siguiendo con este argumento, el fomento del catalán que fija el artículo 50 EAC no reconoce a las administraciones públicas un derecho de opción lingüística, ya que éste sólo corresponde a los ciudadanos. De hecho, este precepto es constitucional en la medida en que sólo significa que los poderes públicos pueden utilizar de manera habitual el catalán, pero los ciudadanos disponen del derecho a comunicarse con ellas en castellano, sin que ello les implique cargas u obligaciones adicionales. En este sentido debe interpretarse el artículo 50.5 EAC.

Respecto de la educación, confirma en principio la constitucionalidad de la condición del catalán como lengua vehicular y de aprendizaje en todos los niveles de la enseñanza, aunque el

castellano ha ser «objeto de idéntico derecho y disfrute». De este modo, ni el castellano ni el catalán pueden ser sólo objeto de enseñanza, sino que ambas han de ser también el medio de comunicación en el sistema educativo. En este sentido, la omisión del castellano como lengua docente en los apartados 1 y 2 del artículo 35 EAC no significa su exclusión «de suerte que la interpretación constitucionalmente admisible es la que conduce a la existencia de ese derecho a la enseñanza en castellano» (FJ 24).

e) Las garantías de los derechos estatutarios

Es constitucional que el Consejo de Garantías Estatutarias vele por los derechos reconocidos en el EAC, ya que «ni se confunden con los derechos fundamentales ni pueden redundar en su perjuicio o menoscabo» (FJ 27). Cuestión diferente es la naturaleza jurídica y el alcance que puedan tener las decisiones del citado Consejo, si bien el TC decide dicha cuestión a propósito de la constitucionalidad del artículo 76 EAC.

Sobre la posibilidad de interponer recurso ante el TSJ de Cataluña por la vulneración de los derechos reconocidos en el EAC, recuerda el TC que el Estado ostenta la competencia exclusiva sobre legislación procesal. De manera que el EAC no ha podido innovar dicha legislación y, en su caso, cualquier regulación futura sobre los procedimientos para proteger los derechos estatutarios corresponderá, necesariamente, al Estado.

B) Igualdad (artículo 14 CE)

a) Igualdad en la ley: diferenciación de sexos en tipo penal

El Tribunal Constitucional resuelve en este trimestre dos cuestiones de inconstitucionalidad respecto de los artículos 148.4 y 153.1 del Código Penal reformados por la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género. En sus **SSTC 41/2010**, de 22 de julio, y **45/2010**, de 28 de julio, reitera la doctrina sentada en su pronunciamiento de 14 de mayo, **STC 59/2008** (vid. *Justicia Administrativa* 41), declarando la constitucionalidad de ambos artículos. Las dos sentencias cuentan con Votos Particulares de los Magistrados Delgado Barrio (al que se adhiere Conde Martín de Hijas), Rodríguez-Zapata Pérez y Rodríguez Arribas.

C) Derechos sustantivos

*a) Derecho a ejercer los cargos públicos representativos (artículo 23.2 CE):
Sentencia estimatoria dictada durante la legislatura. Un efecto positivo
de la reforma de la admisión del recurso de amparo por la LO 6/2007*

Las **SSTC 33/2010, de 19 de julio y 44/2010, de 26 de julio**, reiteran doctrina anterior sobre la necesidad de motivación de las resoluciones de inadmisión de iniciativas parlamentarias. Sin embargo, la **STC 44/2010** presenta un aspecto novedoso. Tradicionalmente, las sentencias eran meramente declarativas pues cuando se dictaban ya había concluido la legislatura en la que se habían producido las vulneraciones del derecho. Sin embargo, en este caso no ocurre así, y por ello además del reconocimiento de la vulneración del derecho y de la declaración de nulidad de las resoluciones de la Mesa de las Cortes Valencianas, se retrotraen las actuaciones al momento anterior al de dictarse dichas resoluciones a fin de que la Mesa resuelva sobre la admisión a trámite de las preguntas y de la proposición no de ley presentada. Esta —relativa— rapidez en la resolución del amparo parece ser una consecuencia de la reforma de la LOTC operada por **LO 6/2007** mediante la que se refuerza su dimensión objetiva y se restringe la admisión de estos recursos, exigiéndose la justificación de la «especial trascendencia constitucional».

- b) *Libertad de información [artículo 20.1.d) CE]: Para que se considere legítima la medida cautelar consistente en la prohibición de emisión de una obra audiovisual, ésta debe ser adoptada en el seno del juicio declarativo específico correspondiente*
Libertad de creación artística [artículo 10.1.b) CE]: En una obra creativa en la que se mezclan los aspectos informativos y artísticos no pueden aplicarse indiscriminadamente los límites de la libertad de información

La **STC 34/2010, de 19 de julio**, estima un recurso de amparo frente a la adopción, en un procedimiento de medidas cautelares, de la suspensión definitiva de la emisión de un programa de televisión consistente en una dramatización de hechos reales con nombres ficticios, pero que, por la notoriedad de los hechos, permitía su reconocibilidad.

El tribunal se centra en la legitimidad constitucional de la medida cautelar acordada, así como del carácter definitivo de ésta. Comienza recordando que es posible acordar judicialmente la prohibición de la difusión de una obra o información, sin que esta decisión deba considerarse «censura previa», como ya estableció en la STC 187/1999. Ahora bien, afirma que la intensa afección que esta medida cautelar representa hace preciso establecer cautelas referidas a los requisitos que ha de reunir la decisión judicial; existencia de una ley habilitante, que la actuación judicial no se inicie de oficio y que la medida se adopte en el curso de un proceso judicial en el que se pretenda hacer valer o defender los derechos y bienes jurídicos que sean límite de tales libertades de expresión e información (STC 187/1999).

A continuación destaca que la tramitación de dicha medida se realizó en relación con un proceso de acogimiento del menor, y considera que resulta contrario a la habilitación legal y, consecuentemente, a la Constitución, una medida cautelar que venga a impedir de manera definitiva o indefinida la difusión de una obra informativa sin el procedimiento declarativo específico correspondiente.

D) Tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)

- a) *Indefensión al subastar en juicio ejecutivo una vivienda sin intentar siquiera notificarlo a sus titulares registrales*

Sentencia 43/2010, de 26 de julio (Sala Primera). En este caso, en un procedimiento ejecutivo ordinario civil (no el sumario ejecutivo del artículo 131 de la Ley hipotecaria, caracterizado por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título), el juzgado procedió a subastar y adjudicar una vivienda que figuraba inscrita, y el juzgado tenía conocimiento de ello, a nombre de los recurrentes en el Registro de la Propiedad, sin notificarles (o, al menos intentarlo) la existencia del juicio ejecutivo, ni permitirles comparecer en él, lo que les privó de su derecho a ser oídos y les impidió el ejercicio del derecho de defensa de sus legítimos derechos e intereses sobre el citado inmueble, puesto que, por otra parte, no existe tampoco dato alguno en las actuaciones del que se desprenda que los recurrentes conocieran la existencia del procedimiento ejecutivo o que no hayan actuado con la diligencia debida en orden a facilitar su comparecencia en el citado proceso. Y también vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva el juzgado cuando, al regresar a España los recurrentes «extranjeros cuya residencia habitual se encuentra en el Reino Unido» e instar un incidente de nulidad de actuaciones, desestima tal pretensión, remitiéndoles al procedimiento declarativo que corresponda para hacer valer su condición de tercero hipotecario.

- b) *Indefensión causada por investigación insuficiente de una denuncia de un recluso por malos tratos por funcionarios de prisiones*

Sentencia 40/2010, de 19 de julio (Sala Segunda). Se trataba del caso de un recluso que denunció haber sido golpeado repetidamente por funcionarios del centro, primero en la sala de

comunicaciones (en el contexto de un desnudo integral posterior a una comunicación vis a vis), y, más tarde, en el módulo de aislamiento al que fue conducido. El juzgado acordó el sobreseimiento tras oír simplemente al recluso, lo que el TC considera que no es una «investigación efectiva y suficiente», pues —aun con la cautela que ha de observarse ante denuncias de este tipo, que en ocasiones sólo persiguen desacreditar las actuaciones de los funcionarios públicos— deberían haberse agotado los medios razonablemente disponibles de investigación *in casu*, como serían la declaración de los dos facultativos penitenciarios que emitieron dos partes médicos supuestamente contradictorios, así como de los policías que participaron en el cacheo y posterior traslado del recurrente al módulo de aislamiento, sin que la resolución del juzgado (ni la de la Audiencia Provincial, confirmándola) aporten una motivación reforzada que avale el archivo de la causa. Destaca el Tribunal Constitucional que, en este tipo de asuntos, estamos ante una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide frente a la vulneración de un derecho fundamental absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial, por ser conductas difícilmente detectables, por la escasez de pruebas que de ordinario existen en este tipo de delitos y por la dificultad en todo caso del denunciante para aportarlas. Por ello, se aprecia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 CE).

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Sala Primera de lo Civil

a) *Derechos de la personalidad*

- a') Libertad de información y derecho a recibir información artículo 20.1.d) CE].
No quedan vulnerados por el hecho de que se impida justificadamente al periodista de una gran Agencia la presencia en lugar preferente de acceso a la información

La STS de 27 de julio de 2010 (Sala de lo Civil) desestima los recursos presentados por la Agencia EFE SA en defensa de su libertad de información. Esta Agencia había alegado también el derecho a recibir información del público en general. Los hechos eran los siguientes: En la localidad de Ronda se celebró una Corrida Goyesca en la plaza de toros gestionada por la empresa TAZDEVIL, SL a la que asistieron varias personalidades públicas, entre ellas la titular del Ministerio de Fomento de España y diecisiete ministros del ramo de otros tantos países iberoamericanos. Al reportero de la Agencia EFE le fue denegada la entrada en el «burladero de prensa» porque cuando lo solicitó éste ya estaba lleno, aunque tuvo la posibilidad de seguir la corrida desde otro lugar de la plaza.

La Agencia EFE recurrió ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Ronda alegando vulneración de su derecho a la libertad de información. Argumentaba en su demanda que, por tratarse de una gran Agencia que proporcionaba información a gran número de personas, su presencia en la zona reservada a la prensa era necesaria para garantizar el derecho a recibir información del público en general, máxime tratándose de un acontecimiento de gran relevancia pública. El Tribunal Supremo, coincidiendo con las sentencias de instancia, considera que no hubo vulneración de la libertad de información ni del derecho a recibir información puesto que el reportero de la Agencia EFE pudo seguir la corrida desde otro lugar y en el burladero de prensa se encontraban otros periodistas que, por ser de la zona, tenían interés prioritario en dar la noticia. Lo interesante de esta sentencia es que se argumenta en base al derecho a recibir información (aunque sea para desestimar los recursos) y éste es un derecho escasamente alegado en sede jurisdiccional.

B) Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo

a) *Protección de datos de carácter personal*

Limitación del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos (artículo 18.4 CE)

STS de la Sala Tercera, de 15 de julio de 2010, ponente D. Juan Carlos Trillo Alonso. Se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Experian Bureau de Crédito SA, contra el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. En la Ley Orgánica mencionada se previene que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos, contemplado en el artículo 18.4 CE. Por lo tanto dicho precepto sirve de instrumento interpretativo para analizar el alcance de la Ley y los Reglamentos impugnados. Conforme a lo manifestado por el Tribunal Constitucional, se pretende proteger la libertad del individuo frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad que provienen del uso ilegítimo de datos mecanizados.

En aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional, la Sala sostiene que la omisión reglamentaria sobre la ausencia de regulación de ficheros positivos o de solvencia patrimonial, no puede sostenerse ni controlarse en sede jurisdiccional por no crearse una situación jurídica contraria a la Constitución o a la Ley. En la Ley Orgánica mencionada, se hace referencia a la exigencia para el tratamiento de los datos de su obtención de los registros y fuentes accesibles al público o de las informaciones facilitadas por el propio interesado o con su consentimiento. No resultan admisibles los ficheros positivos prescindiendo del consentimiento del afectado. Se exige que los datos respondan con veracidad a la situación actual, requisito que no se cumpliría con una referencia al pasado de índole negativa cual es que en momento anterior no se estuvo al corriente en el pago de deudas u obligaciones. El artículo 42 del reglamento se refiere al acceso a la información contenida en el fichero, es decir, a una actuación que nada tiene que ver con la de información que para la recogida de datos se contempla en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal y en los artículos 11 y 12 de la Directiva.

b) *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador*

Inaplicabilidad del inciso final del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 cuando la acción de responsabilidad patrimonial se sustenta en el perjuicio derivado de la aplicación de leyes inconstitucionales

STS, Sala Tercera, de 13 de septiembre de 2010, ponente D.^a Celsa Pico Lorenzo. Se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de septiembre de 2009 sobre responsabilidad patrimonial. Responsabilidad patrimonial del Estado legislador por leyes inconstitucionales. Perjuicios causados a la demandante por la aplicación del RD-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección de desempleo y la mejora de la ocupabilidad declarado inconstitucional y nulo por la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 68/2007, de 28 de marzo. Trabajador cuyo despido se declaró improcedente y que al optar el empresario por la extinción del contrato no percibió los llamados salarios de tramitación, suprimidos para tal caso por aquel RDL. Inaplicabilidad del inciso final del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 cuando la acción de responsabilidad patrimonial se sustenta en el perjuicio derivado de la aplicación de

leyes inconstitucionales. La declaración de inconstitucionalidad de la ley o norma con fuerza de ley conlleva la sanción de nulidad de ésta y tiene efectos retroactivos o *ex nunc*, cediendo esta regla o principio cuando la sentencia que la declara pregona su eficacia prospectiva o de futuro. Límites que imponen los artículos 161.1.a), inciso final, de la CE y 40.1, inciso inicial, de la LOTC. Hay que hacer una interpretación de tales límites y del instituto procesal de la cosa juzgada, como restrictivas o limitativas de derechos y de carácter excepcional, e interpretarlas de forma restrictiva y no extensiva, dado que disponen que la cosa juzgada ha de alcanzar a las pretensiones invocadas en el proceso ya terminado pero no a aquellas que sean distintas de las antes aducidas. No impide el ejercer la acción de responsabilidad patrimonial dirigida a lograr la indemnización de los perjuicios que irrogó la aplicación de la ley declarada inconstitucional. Menoscabo que sí reúne los requisitos de tratarse de un daño individualizado y antijurídico. Indemnización de la que no deben restarse las prestaciones por desempleo percibidas. Se condena al pago de intereses.

c) *Derecho a la educación*

Asignaturas de educación para la ciudadanía y los derechos humanos

STS, Sala Tercera, de 24 de septiembre de 2010, ponente D. José Manuel Sieira Migues. Estima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León interpuesto al amparo de lo previsto en los artículos 114 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Se impugnaba orden del Consejero de Educación de la Junta de Castilla y León que denegó la solicitud de objeción de conciencia de los recurrentes respecto de sus hijos para cursar la asignatura de Educación para la Ciudadanía. La posición constitucional e institucional del Tribunal Supremo es la de órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, siendo el Tribunal Constitucional el que vincula a los Tribunales inferiores y ello no exclusivamente según el análisis que de ellas efectúe a su vez el Tribunal Supremo. Las sentencias del Tribunal Supremo dictadas antes del 11 de febrero de 2009 no han tenido en consideración los razonamientos contenidos en las dictadas por el Tribunal Constitucional. Los votos particulares discrepantes (siete en el Pleno del TS), plantean las dudas sobre la terminología empleada en la normativa y reservas y advertencias sobre proyectos educativos de los centros docentes, textos a utilizar y explicaciones de la asignatura.

d) *Derecho a la huelga*

Infracción del derecho a la huelga: servicios mínimos abusivos durante la huelga de técnicos superiores sanitarios y de auxiliares de enfermería

STS, Sala Tercera, de 27 de septiembre de 2010, ponente D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva. La Federación Estatal de Sindicatos de Técnicos Superiores Sanitarios (FESITESS) plantea el recurso de casación, ante la sentencia desestimatoria del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, sobre procedimiento especial para la protección de los Derechos Fundamentales. Se impugnaba la orden de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía por la que se establecían los servicios mínimos en la huelga del sector de Técnicos Especialistas del Sistema Sanitario de Andalucía para la huelga convocada en toda España para los días 6 y 7 de marzo de 2007, imponiendo en determinados servicios el 100% de la actividad. Se solicitó la nulidad de esa Orden por no observarse la neutralidad e imparcialidad necesaria a la hora de establecer los servicios mínimos, sin la necesaria motivación, alegando que los

fijados eran desproporcionados en razón de la huelga y de su incidencia en la paralización del servicio sanitario. Se menciona la jurisprudencia al respecto, que relaciona el cumplimiento de los requisitos con el control judicial de la proporcionalidad de los sacrificios que la limitación prevista en el artículo 28.2 CE significa para el derecho fundamental a la huelga, pues solamente cuando se dispone de los razonamientos concretos que llevan a exigir el mantenimiento de determinados servicios esenciales será posible juzgar si son o no proporcionados. La Sala ya en diversas ocasiones ha manifestado que no cabe hablar de un riesgo a la salud que imponga la continuidad del horario habitual en los quirófanos programados, porque la situación de los enfermos que precisan inmediata intervención quedaría atendida por el servicio de quirófano de urgencia, que se mantiene en su horario habitual como servicio mínimo. De igual forma, ha de distinguirse entre servicios de urgencia y aquellas otras prestaciones sanitarias cuyo retraso no produce situaciones irreversibles para los ciudadanos, pues entender que todos los servicios son esenciales, supondría negar el derecho de huelga del personal de éstos. La Sala estima que no resultan circunstancias cualitativamente diferentes a las que concurren en la programación de las intervenciones quirúrgicas en otros servicios de salud, por lo que el recurso de casación es estimado, anulando la sentencia y estimando el recurso contencioso-administrativo, con la consiguiente anulación de la Orden impugnada.

e) Concesión de la nacionalidad

Los elementos de integración y el tiempo de permanencia en España, presuponen un buen comportamiento cívico

STS, Sala Tercera, de 30 de junio de 2010, ponente D. Octavio Juan Herrero Pina. Nacionalidad. La Administración del Estado plantea el recurso de casación, ante la sentencia estimatoria de la concesión de la nacionalidad española a una persona de origen marroquí, residente en España. Alega que no está justificada la buena conducta cívica exigida en el artículo 22.4 CC, por constar en el expediente la existencia de antecedentes por un posible delito contra los derechos de los trabajadores. El alto Tribunal considera que la inexistencia de constancia en los registros públicos de actividades merecedoras de consecuencias sancionadoras, penales o administrativas *«per se»*, impliquen mala conducta cívica, así como que la no existencia de antecedentes penales no es suficiente para entender justificada dicha buena conducta conforme establece el TC (STC 141/1987). La Sala de instancia deduce de los elementos de integración en la sociedad española y el tiempo de permanencia en España, que ésta tiene un comportamiento conforme con las exigencias propias en el cumplimiento de sus obligaciones cívicas y administrativas en los términos en que aparece integrada en la comunidad. Se desestima el recurso de casación.

La existencia o inexistencia de antecedentes penales no es decisiva para justificar la denegación del derecho a la adquisición de la nacionalidad

STS, Sala Tercera, de 8 de julio de 2010, ponente D. José Manuel Sieira Míguez. Nacionalidad. La Administración del Estado plantea el recurso de casación, ante la sentencia estimatoria de recurso presentado contra la denegación de la concesión de la nacionalidad española por residencia a una persona de origen peruano, casada con un español con el que tiene un hijo, y residente en Madrid. Se alega que existían presuntos delitos contra la salud pública, y que no estaba justificada la buena conducta exigida en el artículo 22.4 CC. En la sentencia de instancia se aclara que a la fecha de la solicitud se carecía de antecedentes penales y que los anteriores eran un hecho aislado dentro de su permanencia legal en España (tiene permiso de residencia y trabajo) por lo que queda desvirtuado el motivo de denegación de la nacionalidad. La Sala

desestima el recurso de casación, porque el recurrente acreditó mediante otros indicios su buena conducta cívica, sin que éstos hayan sido desvirtuados por ninguna prueba en contrario por parte de la Administración. Es doctrina consolidada que la existencia o inexistencia de antecedentes penales no es decisiva. No se aprecian elementos que desvirtúen la actividad probatoria del interesado, que justifique la anulación de la sentencia de instancia que reconocía el derecho a la adquisición de la nacionalidad española.

STS, Sala Tercera, de 21 de septiembre de 2010, ponente D. Luis María Díez-Picazo Giménez. Nacionalidad. La Administración del Estado plantea el recurso de casación, ante la sentencia estimatoria dictada en un recurso planteado contra la denegación de la concesión de la nacionalidad española por iniciarse un procedimiento de faltas por insultos y amenazas a consecuencia de una discusión con su empleador. Como causa de la denegación se alegó que no estaba justificada la buena conducta cívica exigida en el artículo 22.4 CC, y la Sala de instancia consideró que a la vista del expediente se demostraba que existía un comportamiento globalmente ajustado a lo que se espera de un buen ciudadano: trabajo desde su llegada a España, cumplimiento de obligaciones fiscales, y sus vecinos lo consideran persona cordial y respetuosa de las reglas de convivencia. Y dado que los hechos alegados no llegaron a ser enjuiciados, por transcurrir el plazo de prescripción, anulaban la resolución y declaraban el derecho del solicitante a la nacionalidad española por residencia. El alto Tribunal considera que no hay dato alguno que permita sustentar la conducta incívica, dada la jurisprudencia constante en ese sentido, por lo que la sentencia impugnada se ajusta a derecho. Se desestima la casación.

Los informes policiales negativos no pueden conducir automáticamente a descartar la buena conducta cívica

STS, Sala Tercera, de 24 de septiembre de 2010, ponente D. Juan Carlos Trillo Alonso. Nacionalidad. Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo plantea el recurso de casación, ante la sentencia estimatoria de la concesión de la nacionalidad española a una persona de origen marroquí, casado, con un hijo y residente en España. Se le negaba la nacionalidad porque no está justificada la buena conducta exigida en el artículo 22.4 CC, dado que los informes policiales negativos no pueden conducir automáticamente a descartar la buena conducta cívica, por carecer de la fiabilidad inherente a otros documentos elaborados con más garantías procedimentales. Su fuerza probatoria depende del nivel de coherencia y precisión de los hechos recogidos en ellos y de la corroboración por los medios de prueba. El alto Tribunal considera que debe ponderarse la conducta del solicitante y los factores positivos que muestren un buen comportamiento cívico. Se desestima el recurso de casación.

JAVIER GARCÍA ROCA
PABLO SANTOLAYA MACHETTI
ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA
MARÍA ISABEL PERELLÓ DOMENECH
RAFAEL BUSTOS GISBERT
MÓNICA ARENAS RAMIRO
JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO
MARÍA DÍAZ CREGO
YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS
MIGUEL PÉREZ MONEO AGAPITO
MARÍA ISABEL GONZÁLEZ

IV. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. ESTATUTO DE AUTONOMÍA.
 - A) **La regulación estatutaria en materia de archivos no vulnera la competencia estatal en esta materia, sino que añade una mayor protección.**
 - B) **Interpretación del Estatuto de Autonomía: la atribución por el Estatuto de competencias exclusivas sobre una materia en los términos del artículo 110 EAC no puede afectar a las competencias sobre materias o submaterias reservadas al Estado, aunque no se formule de forma expresa una cláusula de salvaguardia de la competencia estatal.**
3. BASES.
4. LEY.
 - A) **Principio de legalidad en materia penal y sancionadora.**
 - a) En el ámbito de la Administración pública no cabe imponer sanciones privativas de libertad.
 - b) La anulación de los preceptos que tipificaban las infracciones y sanciones deja sin cobertura legal las resoluciones sancionadoras impuestas al recurrente.
 - c) La extensión del tipo sancionador en su aplicación determina la vulneración del artículo 25.1 CE.
 - d) La ausencia de consideración de la prescripción de la falta por parte de los jueces determina la vulneración del artículo 25.1 CE.
 - e) El control del principio de legalidad penal en sede constitucional no abarca la revisión de la interpretación de la norma penal ni la subsunción de los hechos por la sentencia judicial.
 - f) El principio de legalidad penal: se infringe en los casos en los que se vulnera el principio *non bis in idem*.
5. REGLAMENTO.
 - A) **Potestad reglamentaria.**
 - a) Una Ley cuya eficacia se ha suspendido por el Tribunal Constitucional no puede desarrollarse por vía reglamentaria.
 - b) El desarrollo reglamentario autonómico de una Ley estatal no implica una transposición literal de sus disposiciones.

B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.

- a) Necesidad de recabar el dictamen del Consejo Consultivo autonómico correspondiente.

C) Ordenanzas municipales.

- a) Sometimiento a los mandatos legales.

6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

A) Principio de interdicción de la arbitrariedad y de seguridad jurídica: se ven vulnerados por una regulación retroactiva que no reúna condiciones especiales que la justifiquen.

B) Principio de igualdad en el ámbito de las medidas de protección integral contra la violencia de género.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Id Cendoj 28079130042010100377; y respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa de los Tribunales Superiores de Justicia hasta la referencia Id Cendoj 46250330052010100276. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la **STC 80/2010, de 26 de octubre**.

2. ESTATUTO DE AUTONOMÍA

A) La regulación estatutaria en materia de archivos no vulnera la competencia estatal en esta materia, sino que añade una mayor protección

En la **STC 46/2010, de 8 de septiembre**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo de Gobierno de la Diputación General de Aragón contra la disposición adicional decimotercera de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Sobre esta misma cuestión, y en los mismos términos, la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares interpone recurso de inconstitucionalidad contra el mismo precepto, fundamentado con los mismos argumentos, y que es resuelto en idénticos términos por la **STC 47/2010, de 8 de septiembre**.

La citada disposición adicional dispone que:

«Los fondos propios de Cataluña situados en el Archivo de la Corona de Aragón y en el Archivo Real de Barcelona se integran en el sistema de archivos de Cataluña. Para la gestión eficaz del resto de fondos comunes con otros territorios de la Corona de Aragón, la Generalitat debe colaborar con el Patronato del Archivo de la Corona de Aragón, con las demás Comunidades Autónomas que tienen fondos compartidos en el mismo y con el Estado a través de los mecanismos que se establezcan de mutuo acuerdo».

A juicio de los recurrentes, la disposición adicional impugnada vulnera el artículo 149.1.28 CE, que reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de archivos de titularidad estatal,

sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas, al atribuir a la Comunidad Autónoma de Cataluña competencias normativas (incluidas en las competencias exclusivas) sobre una parte indeterminada de un archivo de titularidad estatal. La competencia exclusiva sobre el sistema de archivos de Cataluña incluye de forma íntegra la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva.

Por otra parte, según los recurrentes, la integración en el sistema de archivos de Cataluña de los llamados fondos propios de esta Comunidad situados en el Archivo de la Corona de Aragón y en el Archivo Real de Barcelona, de titularidad estatal, lleva aparejada la afirmación de la competencia exclusiva de Cataluña sobre tales fondos y, consecuentemente, la exclusión de la competencia que en la gestión del Archivo de la Corona de Aragón se prevé en la disposición adicional primera del Estatuto de Aragón a través de la creación del Patronato del Archivo de la Corona de Aragón, que habría de crearse mediante ley estatal. De este modo se habría modificado el Estatuto de Autonomía de Aragón al margen del procedimiento estatutariamente previsto y, consecuentemente, se habría vulnerado el artículo 147.3 CE, según el cual «la reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos y requerirá, en todo caso, la aprobación de las Cortes Generales, mediante ley orgánica».

En relación con la cuestión relativa a la posible inconstitucionalidad derivada de la vulneración de la competencia estatal sobre archivos de titularidad estatal contemplada en el artículo 149.1.28 CE, el Tribunal declara que esta cuestión fue resuelta en la STC 31/2010, de 28 de junio, en la cual se estableció lo siguiente:

«[...] la integración en el sistema de archivos de Cataluña de sus fondos situados en el Archivo de la Corona de Aragón y en el Archivo Real de Barcelona no supone alteración del régimen unitario de éstos, ni conlleva afectación alguna de la competencia estatal, como expresamente reconoce la representación procesal del Parlamento de Cataluña, de manera que la prescripción estatutaria, que no puede significar la desaparición de la titularidad y libre disposición estatal de esos fondos, se limita a introducir una calificación que sólo puede añadir una sobreprotección a dichos fondos» (FJ 74.º).

En consecuencia, si la competencia estatal sobre el Archivo de la Corona de Aragón no resulta vulnerada por la disposición adicional impugnada, tampoco se ha visto afectada la disposición adicional primera del Estatuto de Autonomía de Aragón, que prevé que una norma estatal regule la participación de esa Comunidad Autónoma en la gestión del Archivo de la Corona de Aragón.

En virtud de los argumentos expuestos, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de inconstitucionalidad planteado.

Sobre estas mismas cuestiones y en los mismos términos se pronuncia la **STC 48/2010, de 9 de septiembre**, FJ 3.º, en relación con un recurso presentado por la Comunidad Valenciana también contra la Ley de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

B) Interpretación del Estatuto de Autonomía: la atribución por el Estatuto de competencias exclusivas sobre una materia en los términos del artículo 110 EAC no puede afectar a las competencias sobre materias o submaterias reservadas al Estado, aunque no se formule de forma expresa una cláusula de salvaguardia de la competencia estatal

En la **STC 49/2010, de 29 de septiembre**, se resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en

relación con los apartados 1.c), 2, 3.a) y c), 4 y 5 del artículo 117 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). El objeto de la impugnación son, por tanto, los preceptos que regulan las competencias en materia de aguas y obras hidráulicas en el Estatuto de Autonomía de Cataluña. En su resolución, el Tribunal Constitucional remite a la jurisprudencia establecida en la STC 31/2010, de 28 de junio, relativa al Estatuto de Autonomía de Cataluña.

La clave de la interpretación del Tribunal Constitucional sobre los preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña que fueron objeto de impugnación es la siguiente: la atribución por el Estatuto de competencias exclusivas sobre una materia en los términos del artículo 110 EAC no puede afectar a las competencias sobre materias o submaterias reservadas al Estado, que se proyectarán, cuando corresponda, sobre las competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya otorgado el legislador estatal con plena libertad de configuración, sin necesidad de que el Estatuto incluya cláusulas de salvaguarda de las competencias estatales.

En el artículo 117.1 EAC se atribuye a la Generalitat competencia exclusiva en materia de aguas que pertenezcan a cuencas hidrográficas intracomunitarias. Los recurrentes cuestionan la calificación como exclusiva de la competencia autonómica, al incidir sobre la materia, aunque se trate de cuencas intracomunitarias, competencias reservadas constitucionalmente al Estado, en particular la competencia planificadora sobre los recursos hidrológicos *ex* artículo 149.1.13 CE, lo que impide que la Comunidad Autónoma asuma en términos de exclusividad la competencia planificadora de los recursos de las cuencas intracomunitarias.

Aplicando el principio expuesto en el apartado anterior es preciso interpretar que la atribución de la citada competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma no excluye la competencia del Estado, aunque el Estatuto no haga referencia a ésta de forma expresa, o, en los términos en que se expresa la sentencia, no incluya cláusulas de salvaguarda a favor de las competencias estatales.

El artículo 117.2 EAC dispone que la Generalitat, «en los términos establecidos en la legislación estatal, asume competencias ejecutivas sobre el dominio público hidráulico y las obras de interés general. En estos mismos términos le corresponde la participación en la planificación y la programación de las obras de interés general». Los recurrentes estiman inconstitucional la asunción de competencias sobre obras de interés general, así como la participación en su planificación y programación por ser una materia que corresponde al Estado *ex* artículo 149.1.24 CE. El Tribunal entiende que esta regulación es conforme con la Constitución, ya que el propio precepto se refiere a que la atribución de la competencia en cuestión a la Comunidad Autónoma se produce «en los términos establecidos en la legislación estatal».

El artículo 117.3 EAC se impugna al disponer la participación de la Generalitat «en la planificación hidrológica y en los órganos de gestión estatales de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenezcan a cuencas hidrográficas intercomunitarias». En la misma línea, el artículo 117.5 EAC dispone que «[l]a Generalitat participa en la planificación hidrológica de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pasen o finalicen en Cataluña provenientes de territorios de fuera del ámbito estatal español, de acuerdo con los mecanismos que se establecen en el Título V y participará en su ejecución en los términos previstos por la legislación estatal».

En ambos apartados se prevé la participación de la Generalitat respecto a recursos y aprovechamientos hidráulicos que no pertenecen estrictamente a cuencas intracomunitarias. Los recurrentes consideran inconstitucional esta participación por estimar que su previsión no puede recogerse en un Estatuto de Autonomía, por condicionarse el ejercicio de una competencia estatal y, en fin, por no supeditar el contenido y alcance de la participación autonómica a lo que disponga el legislador estatal.

El Tribunal entiende que, en principio, el Estatuto de Autonomía, norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, no es sede normativa inadecuada, con una perspectiva constitucional, para contemplar, con la generalidad que se hace en el precepto recurrido, mecanismos o fórmulas cooperativas como las que en él se enuncian en asuntos en los que claramente resultan implicadas las competencias e intereses de la Comunidad Autónoma. De todas formas corresponde al legislador estatal determinar la participación de la Generalitat, su concreto alcance y su específico modo de articulación, que no podrá tener lugar en órganos de carácter decisorio.

En relación con el artículo 117.4 EAC, los Diputados recurrentes sostienen que la emisión por la Generalitat de un informe preceptivo para cualquier propuesta de trasvase de cuencas que implique la modificación de recursos hídricos de su ámbito territorial, en la medida en que no se refiere, únicamente, al trasvase de cuencas intracomunitarias, sino que abarca cualquier propuesta de trasvase de cuencas, incluidas las intercomunitarias, impone una intervención de la Generalitat en el ejercicio de una competencia estatal que carece de justificación constitucional y condiciona su ejercicio.

El Tribunal precisa que el informe que debe emitir la Generalitat es un informe, aunque preceptivo, no vinculante, por lo que no vulnera las competencias estatales y se encaja en el marco del principio de cooperación que debe regir las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma.

En este sentido se pronuncia también en relación con el artículo 117.4 EAC, la **STC 48/2010, de 9 de septiembre** (FJ 2.º).

3. BASES

La **STC 65/2010, de 18 de octubre**, resuelve el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de Aragón frente al 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 Nacionales. El Estado justifica su competencia para dictar este real decreto en las competencias estatales básicas sobre ordenación general de la economía (artículo 149.1. 13 CE) y protección del medio ambiente (artículo 149.1.23 CE).

El Gobierno aragonés basa su pretensión en que el real decreto impugnado «carece de los requisitos formales necesarios para la aprobación de la normativa básica estatal», esto es, su incorporación en normas con rango de Ley (STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5.º). Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha reconocido que, como excepción, el Gobierno pueda hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia, cuando resulten, por la naturaleza de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases. En este caso, a juicio del Tribunal, se dan las condiciones citadas que permiten atribuir carácter básico al real decreto en cuestión, cuyo objeto es la regulación de subvenciones públicas que son, por naturaleza, coyunturales.

Desde el punto de vista formal, se alega también la ausencia de un plan director o de desarrollo de la zona, que según el Gobierno aragonés vendría impuesto por la doctrina de este Tribunal y la legislación estatal. Sin embargo, el Tribunal estima que no es constitucionalmente necesario que las subvenciones estén vinculadas a la ejecución de un plan director o de desarrollo de la zona.

Los recurrentes también alegan que en este caso se produce el incumplimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la potestad de fomento del Estado en los supuestos de competencias básicas y en el excesivo detallismo del decreto impugnado. En relación con

la primera de estas cuestiones los recurrentes hacen referencia a la doctrina jurisprudencial expuesta en la STC 13/1992, de 6 de febrero [FJ 8.b)], según la cual,

«[...] el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus Presupuestos Generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de estos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas de manera, por regla general, que no pueden consignarse en favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta. Se trata de partidas que deben territorializarse en los propios Presupuestos Generales del Estado si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias».

El Tribunal aclara que en este caso se cumplen todos y cada uno de los requisitos exigidos en los supuestos en que el Estado ostente competencias sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia. El propio real decreto recurrido contempla la territorialización de las subvenciones entre las diversas Comunidades Autónomas (artículos 4 y disposición transitoria única), tal y como exige la Sentencia 13/1992, con carácter general.

El Gobierno aragonés considera que el real decreto impugnado incurre en un detallismo excesivo, que impide el desarrollo autonómico. Sin embargo, el Tribunal entiende que la regulación del destino y de las condiciones generales de otorgamiento de las subvenciones en el real decreto impugnado, 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. En este sentido, el real decreto atribuye a las Comunidades Autónomas la convocatoria y la tramitación de las ayudas (artículos 5 y 6) y establece unos criterios de valoración preferentes que pueden ser complementados por ellas (artículo 7), así como la regulación de los posibles beneficiarios de las subvenciones (artículo 2) y de las iniciativas subvencionables (artículo 3) y no cierra las puertas a su posible desarrollo por las Comunidades Autónomas.

4. LEY

A) Principio de legalidad en materia penal y sancionadora

- a) *En el ámbito de la Administración pública
no cabe imponer sanciones privativas de libertad*

En la **STC 73/2010, de 18 de octubre**, se resuelve la cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 9429-2008, planteada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en relación con el artículo 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, por posible vulneración del artículo 25.3 CE. Los preceptos citados permiten imponer sanciones privativas de libertad, lo cual prohíbe la Constitución en virtud del artículo 25.3, en el ámbito de la Administración.

Partiendo del doble carácter, civil y militar, de la Guardia Civil, el Tribunal concluye que el artículo 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la

Guardia Civil, 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 motiva en la resolución sancionadora.

- b) *La anulación de los preceptos que tipificaban las infracciones y sanciones deja sin cobertura legal las resoluciones sancionadoras impuestas al recurrente*

En la **STC 35/2010, de 19 de julio**, en materia de denominaciones de origen, el Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado, ante la constatación de la vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora operada por la Resolución de fecha 22 de febrero de 2002, de la Dirección General de Alimentación del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, confirmada posteriormente en alzada, El fundamento del otorgamiento del amparo radica en que:

«[...] los tipos infractores en base a los que se ha sancionado a la mercantil recurrente no sólo carecían de suficiente cobertura legal, sino que han sido declarados nulos por el Tribunal Supremo y, por tanto, inexistentes *ab origine*. De este modo la resolución (y los posteriores actos administrativos y judiciales que la han confirmado) resultan contrarios tanto a la garantía constitucional formal inherente al artículo 25.1 CE como a su garantía material, connatural también al principio de legalidad punitiva».

Además, el Tribunal añade que la inclusión con carácter accesorio, por la Resolución sancionadora impugnada, de las menciones a la Ley 25/1970 y a su Reglamento de desarrollo tampoco satisfacen las exigencias de dicho principio desde la perspectiva de la tipicidad, al no recoger con la debida exhaustividad y contenido material el catálogo de infracciones en la materia.

- c) *La extensión del tipo sancionador en su aplicación determina la vulneración del artículo 25.1 CE*

En la **STC 36/2010, de 19 de julio**, se resuelve una demanda de amparo contra la Resolución del Director General de Movilidad, del Área de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid, de 7 de marzo de 2005, por la que se sanciona a la demandante por la comisión de una infracción consistente en el incumplimiento de la obligación de identificar en tiempo y forma al conductor responsable, prevista en el artículo 72.3 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y la posterior resolución judicial dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid, de 19 de diciembre de 2005, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el citado acto administrativo.

En el recurso se alega la vulneración del artículo 25.1 CE, al no haberse respetado el principio de legalidad, ni en el procedimiento administrativo sancionador, ni en la resolución judicial cuestionada, al haberse extendido en ambos casos el tenor de la norma sancionadora subsumiendo indebidamente la conducta de la recurrente en el tipo que se recoge en ella.

El problema planteado se refiere a una denuncia por estacionamiento indebido, en la que se debe realizar la identificación del conductor infractor por parte del titular del vehículo denunciado. En este caso el infractor tenía la condición de extranjero y el titular del vehículo no acreditó la efectiva estancia del infractor en España en la fecha en que se produjo la denuncia y la

apertura por parte de la Administración de un expediente sancionador, al amparo de lo dispuesto en el artículo 72.3 LSV. Este expediente concluyó con la sanción del titular del vehículo por la comisión de una infracción consistente en el incumplimiento del deber de identificación.

A juicio del Tribunal Constitucional, la exigencia de que junto con la identificación del conductor infractor se acredite o pruebe su efectiva estancia en el lugar y fecha en la que se cometió la infracción, supone una extensión del contenido del precepto que debe reputarse contraria al principio de legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE). En consecuencia, el Tribunal estima el recurso de amparo presentado.

d) La ausencia de consideración de la prescripción de la falta por parte de los jueces determina la vulneración del artículo 25.1 CE

La **STC 37/2010, de 19 de julio**, resuelve un recurso de amparo que tiene por objeto la impugnación de la Sentencia de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de junio de 2006, que confirmó en apelación la Sentencia núm. 1409/2005, de 18 de octubre, del Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid, por la que se condenó al recurrente como autor de una falta de imprudencia médica de carácter leve con el resultado de lesiones y secuelas constitutivas de delito (artículo 621.3 del Código penal, en adelante CP). El demandante sostiene, en primer término, que la Sentencia recurrida infringe los artículos 24 y 25 CE, al no haber apreciado la prescripción de la falta por la que ha sido condenado, pues cuando se presentó la querella por los hechos enjuiciados ya había transcurrido con creces el plazo de seis meses que para la prescripción de las faltas establece el artículo 131.2 CP, cuyo cómputo ha de iniciarse desde el día en que se ha cometido la infracción punible (artículo 132 CP). El Tribunal acoge los argumentos del recurrente y considera vulnerado el artículo 25.1 CE, al no haber apreciado los órganos judiciales la prescripción de la falta por la que el demandante de amparo ha sido condenado, por lo que el restablecimiento en la integridad de sus derechos requiere la declaración de nulidad, no sólo de la Sentencia de la Audiencia Provincial, sino también la del Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid, que le condenó como autor de una falta de imprudencia médica de carácter leve (artículo 621.3 CP).

e) El control del principio de legalidad penal en sede constitucional no abarca la revisión de la interpretación de la norma penal ni la subsunción de los hechos por la sentencia judicial

En la **STC 57/2010, de 4 de octubre**, se resuelve un recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia de la Sección decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 72/2007, de 25 de enero, por la que se confirma parcialmente la Sentencia del titular del Juzgado de lo Penal núm. 21 de Madrid núm. 240/2004, de 12 de julio, por la que se condenaba al actor como autor de cuatro delitos contra la hacienda pública. El recurrente alega, entre otras, la vulneración del derecho a la legalidad penal.

Para analizar la posible vulneración del artículo 25.1 CE, el Tribunal se centra en analizar los límites que forzosamente se deben respetar a la hora de enjuiciar la revisión de la interpretación de la norma penal y la subsunción de los hechos por la sentencia que es objeto de impugnación, para determinar en cada caso si se ha producido una vulneración o no de la garantía de legalidad en materia penal. En este sentido, el Tribunal precisa que no forma parte de su competencia la determinación de la interpretación más correcta de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales.

La función del Tribunal Constitucional se limita a evaluar la conformidad con la Constitución de la interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales desde parámetros de razonabilidad semántica, metodológica y axiológica. Por ello forma parte del objeto del análisis de la jurisdicción constitucional, la motivación judicial de la interpretación y subsunción realizada, pero no la argumentación del recurrente en favor de una interpretación alternativa, cuya evaluación de razonabilidad no corresponde al Tribunal Constitucional.

- f) *El principio de legalidad penal: se infringe en los casos en los que se vulnera el principio non bis in idem*

Las SSTC 69/2010, de 18 de octubre, y 77/2010, de 19 de octubre, resuelven sendos recursos de amparo que se fundamentan, entre otros argumentos, en la posible vulneración del principio de legalidad penal por haber incurrido en la vulneración del principio *non bis in idem*.

En la primera de las sentencias, se plantea la infracción del principio *non bis in idem* al someterse a los demandantes de amparo a un proceso penal por la presunta comisión de un delito del que ya habían sido absueltos en otro proceso anterior. Para el Tribunal Constitucional, este principio comprende tanto la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como la proscripción de ulterior enjuiciamiento, cuando el mismo hecho ya ha sido enjuiciado en un primer procedimiento, en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada. En esta sentencia el Tribunal Constitucional remite la garantía del principio *non bis in idem* al artículo 24.1 CE.

En la segunda sentencia citada, el Tribunal precisa que este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para proscribir la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero esto no significa que sólo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos, sino que, en la medida en que el *ius puniendi* aparece compartido en nuestro país entre los órganos judiciales penales y la Administración, el principio *non bis in idem* opera también internamente dentro de cada uno de estos ordenamientos en sí mismos considerados, proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente.

5. REGLAMENTO

A) Potestad reglamentaria

- a) *Una Ley cuya eficacia se ha suspendido por el Tribunal Constitucional no puede desarrollarse por vía reglamentaria*

La STS de 2 de junio de 2010 (Sala de lo Cont.-Admvo., secc. 4.ª; ponente: Antonio Martí García) Id Cendoj 28079130042010100356, resuelve el recurso de casación 928/2009 interpuesto por la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Federación Vasca de Halterofilia contra la Sentencia de 9 de diciembre de 2008 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En dicha Sentencia, la Sala *a quo* estimó parcialmente el recurso cont.-admvo. interpuesto por la Administración General del Estado contra la Resolución de 25 de abril de 2007 del Director de Deportes de la Comunidad Autónoma del País Vasco por la que se aprueba e inscribe en el Registro de Entidades Deportivas del País Vasco la modificación de los Estatutos de la Federación

Vasca de Halterofilia, publicada en el Boletín Oficial del País Vasco núm. 111, de 11 de junio de 2007; e indirectamente contra los artículos 10 y 13.1.a) del Decreto 16/2006, de 31 de enero, de las Federaciones Deportivas del País Vasco. En concreto, el fallo declaró la nulidad de los preceptos de la Resolución y del Decreto que incluían la expresión «e internacional» para referirse a la capacidad de representación en el extranjero de las Federaciones Deportivas Vascas. En el recurso de casación, las recurrentes discuten esa interpretación del Tribunal de instancia. Para resolverlo el Tribunal se remite a los argumentos de la Sala de instancia.

Entre otras cuestiones —referidas a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativo y al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de deportes— se plantea la ausencia de cobertura legal suficiente para el Decreto mencionado. En concreto, señala la Sala que la mención «e internacional» se anula porque su previsión en la Ley Vasca 14/1998 está suspendida de vigencia por el Auto del Tribunal Constitucional 35/1999, de 9 de febrero, que afirmó que:

«Sin prejuzgar, pues, el fondo, ni pretender que el interés general sólo puede verse satisfecho con la garantía de disciplinas normativas unitarias, es preciso coincidir con el Abogado del Estado en la apreciación de que la vigencia y aplicabilidad de la norma aquí impugnada habría de perjudicar gravemente aquel interés, pues la imagen internacional de España se vería inevitablemente alterada en un foro de tanta y tan eficaz difusión como es el de las competiciones deportivas, con el riesgo de que, caso de prosperar el recurso de inconstitucionalidad, sería necesario rectificar de nuevo aquella pluralidad y volver al modelo de representación internacional hasta ahora existente».

Al respecto, señala la Sala que la suspensión de una norma no implica su derogación o anulación, pero sí se traduce en la pérdida de su eficacia y en la imposibilidad de reconocer derechos a su amparo. El desarrollo o la ejecución de una disposición legal que está sometida a suspensión por el Tribunal Constitucional suponen desconocer los efectos de esta medida adoptada por el intérprete de la Constitución (FJ 3.º).

Con base en estos y otros argumentos, el Tribunal desestima el recurso interpuesto y condena en costas a las partes recurrentes.

En idéntico sentido a esta sentencia se pronuncia el Tribunal Supremo en los siguientes casos (sin carácter exhaustivo): **SSTS** (Sala de lo Cont.-Admvo., secc. 4.ª; ponente: Antonio Martí García) **de 6 de julio de 2010**, núm. recurso 946/2009, Id Cendoj 28079130042010100353; núm. recurso 943/2009, Id Cendoj 28079130042010100348; núm. recurso 935/2009, Id Cendoj 28079130042010100352; núm. recurso 932/2009, Id Cendoj 28079130042010100349; núm. recurso 931/2009, Id Cendoj 28079130042010100351; **de 13 de julio de 2010**, núm. recurso 936/2009, Id Cendoj 28079130042010100363; núm. recurso 938/2009, Id Cendoj 28079130042010100408; núm. recurso 1096/2009, Id Cendoj 28079130042010100364, y núm. recurso 1261/2009, Id Cendoj 28079130042010100365; también, las **SSTS** (Sala de lo Cont.-Admvo., secc. 4.ª; ponente: Ricardo Enríquez Sancho) **de 20 de julio de 2010**, núm. recurso 1979/2009, Id Cendoj 28079130042010100375; núm. recurso 1130/2009, Id Cendoj 28079130042010100377, y núm. recurso 949/2009, Id Cendoj 28079130042010100376.

b) *El desarrollo reglamentario autonómico de una Ley estatal no implica una transposición literal de sus disposiciones*

La **STS de 5 de julio de 2010** (Sala de lo Cont.-Admvo., secc. 4.ª; ponente: Celsa Pico Lorenzo), Id Cendoj 28079130042010100415, resuelve el recurso de casación 5647/2008 interpuesto

por la Administración General del Estado contra la Sentencia de 6 de octubre de 2008 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En esta sentencia, el Tribunal desestimó el recurso cont.-admvo. interpuesto por el Ministerio de Educación y Ciencia contra el Decreto 22/2007, de 10 de mayo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, que establecía el currículo de educación primaria. Entendió que no se habían producido las infracciones procedimentales alegadas por la recurrente y que tampoco existían discordancias con la normativa estatal en materia de educación.

El recurso de casación se apoya, entre otros motivos, en la infracción por el decreto impugnado de determinados preceptos de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación (8/1985, de 3 de julio) y del Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, que establece las Enseñanzas Mínimas de la Educación Primaria. Entiende la parte recurrente que al desarrollar la normativa estatal, las Comunidades Autónomas no pueden omitir algunos de los objetivos predeterminados en ésta; ni suprimir parte de los contenidos fijados para las distintas áreas temáticas; ni sustituir algunos de ellos, por otros parecidos pero más genéricos.

Al respecto señala el Tribunal que los «términos utilizados por la disposición reglamentaria autonómica no constituyen una reproducción mimética de las normas estatales pero ello no impide entender, como hace la Sala de instancia, que la norma refleja los objetivos marcados por la normativa estatal». Lo importante es que se cumplan los objetivos prefijados por el Estado, con independencia de cómo se expresen (FJ 5.º). Con base en estos y otros argumentos se desestima el recurso interpuesto.

B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

a) *Necesidad de recabar el dictamen del Consejo Consultivo autonómico correspondiente*

La **STS de 1 de junio de 2010** (Sala de lo Cont.-Admvo., secc. 4.ª; ponente: Santiago Martínez-Vares García) Id Cendoj 28079130042010100289, resuelve el recurso de casación 3701/2008 interpuesto por la Comunidad Autónoma de La Rioja contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 26 de mayo de 2008. En dicho pronunciamiento el Tribunal *a quo* estimó el recurso cont.-admvo. interpuesto por la Administración General del Estado contra el Decreto del Gobierno de La Rioja 26/2007, de 4 de mayo, que establecía el currículum de educación primaria de La Rioja y declaró su nulidad. Entendió el Tribunal que en la tramitación del decreto no se recabó el informe preceptivo del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Al tratarse de un trámite esencial, su ausencia determinó la nulidad del decreto conforme al artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En el recurso de casación, la parte actora aduce que la sentencia de instancia es ilógica puesto que entiende que el decreto autonómico desarrollaba un grupo normativo estatal básico, lo que le lleva a afirmar la necesidad del dictamen del Consejo Consultivo. Al respecto, el Tribunal señala que:

«[...] el Decreto impugnado sólo hace un desarrollo meramente indirecto de la Ley Orgánica 2/2006, pues se limita a cumplir un mandato incluido en un simple artículo de ésta, el sexto, único que se refiere al Currículo, de desarrollar la norma reglamentaria estatal surgida de la previsión del número 2 de ese artículo 6, de suerte que lo que realmente desarrolla es sólo el Real Decreto 1513/2006, es una afirmación que no podemos aceptar con el solo soporte argumental que el motivo ofrece, pues en sí misma queda desautorizada por el tenor literal de

aquel párrafo primero del artículo 1 del Decreto, antes transcrito, que dispone con toda claridad que éste constituye el desarrollo para la Educación Primaria de lo dispuesto en el Título I, Capítulo II de aquella Ley Orgánica y, por tanto, de lo que establecen sus artículos 16 a 21, ambos inclusive».

Con base en esta argumentación, el Tribunal desestima el recurso y condena en costas a la Administración recurrente.

En la **STS de 24 de junio de 2010** (Sala de lo Cont.-Admvo., secc. 4.^a; ponente: Segundo Menéndez Pérez) Id Cendoj 28079130042010100331, se plantea un problema similar. Esta sentencia resuelve el recurso de casación 4541/2008 interpuesto por el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Málaga contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 26 de abril de 2007. En esta sentencia se desestimó el recurso interpuesto por el mencionado Colegio Oficial contra el Decreto 85/2004, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Comisiones Provinciales de Valoraciones. Estas Comisiones están llamadas a resolver los procedimientos de determinación del justiprecio de todas las expropiaciones forzosas realizadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía o los entes locales andaluces.

El recurso de casación se funda en la omisión del trámite de audiencia del Consejo Andaluz del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos en la tramitación del Decreto precitado, dado su carácter reglamentario y su incidencia en las condiciones generales del ejercicio profesional, que va más allá de un carácter meramente organizativo. Al respecto, afirma el Tribunal Supremo que el reglamento tiene un carácter fundamentalmente organizativo y que, además, la normativa aplicable no impone que la aprobación de un reglamento con ese contenido vaya precedida del informe o audiencia del Colegio Profesional referido (FJ 2.º). Con base en este y otros argumentos se desestima el recurso.

C) Ordenanzas municipales

a) *Sometimiento a los mandatos legales*

La **STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de junio de 2010** (Sala de lo Cont.-Admvo., secc. 5.^a; ponente: Fernando Nieto Marín) Id Cendoj 46250330052010100276, resuelve el recurso cont.-admvo. número 124/2009 interpuesto por Vodafone España S.A. contra varios preceptos de la ordenanza del Ayuntamiento de Xirivella reguladora de las condiciones urbanísticas, medioambientales, de seguridad y salubridad a que deben someterse las instalaciones para uso de radiocomunicación y para antenas radiantes susceptibles de generar campos electromagnéticos. La parte actora solicita la anulación de los preceptos impugnados.

Al respecto, la Sala se remite a su jurisprudencia anterior y estima la mayoría de los argumentos aducidos por la recurrente. En concreto, anula todos los preceptos que introducen referencias a aspectos técnicos. Señala el Tribunal que estas cuestiones deben fijarse por la norma estatal correspondiente. También anula la sumisión de la actividad al criterio técnico del Ayuntamiento. Entiende que atribuye un margen de discrecionalidad al Ayuntamiento cuando debería realizarse una remisión a la discrecionalidad técnica con una formulación similar a la de la «mejor tecnología disponible». Con base en estos y otros argumentos estima el recurso y anula los preceptos referidos.

6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de interdicción de la arbitrariedad y de seguridad jurídica: se ven vulnerados por una regulación retroactiva que no reúna condiciones especiales que la justifiquen

En la **STC 74/2010, de 18 de octubre**, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 996-2010, promovida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, respecto del apartado segundo de la disposición adicional trigésimo 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, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales y del sistema portuario y se aprueban medidas tributarias para la financiación sanitaria y para el sector del transporte por carretera, por posible vulneración del artículo 9.3 de la Constitución Española. El Tribunal Constitucional considera que la citada regulación infringe el artículo 9.3 CE, alegando que el precepto impugnado tiene indudable carácter retroactivo, en cuanto permite la práctica de nuevas liquidaciones que sustituyan a las anteriores anuladas, sin que concurran exigencias cualificadas de interés común que puedan resultar prevalentes y justifiquen su legitimidad constitucional. El Tribunal remite la exposición más detallada de su argumentación sobre esta cuestión a las SSTC 116/2009, de 18 de mayo; 146/2009, de 15 de junio y 161/2009, de 29 de junio.

B) Principio de igualdad en el ámbito de las medidas de protección integral contra la violencia de género

En la **STC 52/2010, de 4 de octubre**, se resuelve un recurso de amparo interpuesto por vulneración del principio de igualdad. El recurrente en amparo fue condenado por Sentencia de 15 de septiembre de 2005, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Oviedo, como autor de un delito de lesiones previsto en los artículos 147 y 148.4 del Código penal (CP), a la pena de cuatro años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio, prohibición de aproximarse a menos de cien metros de la víctima y de comunicar con ella durante cinco años.

El recurrente sostiene que se ha producido una vulneración del principio constitucional de igualdad (artículo 14 CE), ya que la pena impuesta produce una clara discriminación por razón de sexo, ya que si el mismo hecho lo hubiera cometido su esposa frente a él o a cualquier hombre, la pena hubiera sido sensiblemente inferior. La imposición de esta pena resulta de la aplicación del artículo 148.4 CP, en la redacción dada a éste por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, precepto que, a juicio del recurrente, establece un trato discriminatorio del hombre frente a la mujer, al agravar considerablemente las penas si el hecho es cometido por un hombre (de dos a cinco años de prisión) frente al hecho cometido por una mujer (de seis meses a tres años). Además se alega la vulneración del principio de igualdad por haber dado credibilidad al testimonio de la mujer por el mero hecho de ser mujer, negándosela al acusado desde el principio por el mero hecho de ser hombre.

En relación con la posible vulneración del principio de igualdad, el Tribunal ya ha rechazado la inconstitucionalidad del artículo 148.4 CP, por esta causa, en las SSTC 41/2010, de 22 de julio, y 45/2010, de 28 de julio, que desestiman cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con este precepto. En la primera de dichas sentencias, en relación con la duda de constitucionalidad referida a la posible vulneración del artículo 14 CE por dicho precepto, el

Tribunal precisó que el canon de enjuiciamiento a aplicar es el propio del principio general de igualdad y no el de prohibición de discriminación por razón de sexo, dado que el sexo no constituye:

«un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados», sino que «la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada» (STC 41/2010, de 22 de julio, FJ 5.º, citando las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7.º; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3.º y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3.º).

Y, añade el Tribunal, que, desde la perspectiva que se deriva del principio general de igualdad, la constitucionalidad de la norma que incorpora la diferencia exige constatar que ésta aparezca como fundada y razonable y que sus consecuencias no sean desproporcionadas, para lo que ha de verificarse sucesivamente que se persigue un fin legítimo, que el establecimiento de ese tratamiento diferenciado resulta adecuado para la satisfacción del citado fin y que las consecuencias que se derivan de la diferencia superan el control de proporcionalidad.

Por lo que se refiere a la aplicación de la norma al caso concreto, tampoco puede considerarse la pena impuesta desproporcionada, pues los órganos judiciales han tomado en consideración no sólo el hecho de que la víctima fuera la esposa del agresor, sino también la particular gravedad de la conducta.

En relación con la pretendida vulneración del principio de igualdad que, como segunda vertiente de su queja, la demanda atribuye al hecho de que se otorgase credibilidad al testimonio de la mujer —denuncia que por el mero hecho de ser mujer, pese a las múltiples fisuras y contradicciones del mismo, ante la alarma social que provocan estos casos— y se le negara al acusado —por el mero hecho de ser hombre— carece de fundamento para ser abordada con la perspectiva del artículo 14 CE, pues lo que se plantea es una cuestión de valoración probatoria, ajena en principio a las competencias de este Tribunal y que, a lo sumo, podría ser reconducible a la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE). Sobre esta cuestión, véanse las **SSTC 41/2010, de 22 de julio y 45/2020, de 28 de julio**, así como **79 y 80, ambas de 26 de octubre de 2010**.

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ
SILVIA DíEZ SASTRE

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

ACTOS Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVOS

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.
 - A) **Naturaleza normativa de las Relaciones de Puestos de Trabajo: no son actos consentidos inimpugnables.**
 - B) **Acto inimpugnable: comunicación meramente informativa del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.**
 - C) **Acto que no agota la vía administrativa: acto dictado por órgano con competencia propia y no por delegación.**
3. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.
 - A) **Recursos administrativos.**
 - a) Cómputo del plazo de interposición de los recursos administrativos.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de julio y septiembre de 2010, ambos incluidos, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.

En este período pueden destacarse las Sentencias del Tribunal Supremo relativas a la naturaleza normativa de las Relaciones de Puestos de Trabajo, descartándose su consideración de actos consentidos inimpugnables.

2. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Naturaleza normativa de las Relaciones de Puestos de Trabajo: no son actos consentidos inimpugnables

Las SSTs (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 7.^a), de 26 de mayo de 2010 (recurso de casación 620/2007), de 12 de julio de 2010 (recurso de casación 1543/2007), y de 19 de julio de 2010 (recurso de casación 1983/2008) conocen de la impugnación de unos Decretos autonómicos por los que se aprueba la relación de puestos de trabajo del personal funcionario autonómico. Las sentencias de instancia, confirmadas en casación, descartan la causa de inadmisibilidad opuesta por la Administración en estos casos, para la que no cabe impugnar los puestos que no han sido objeto de modificación en lo relativo al procedimiento de provisión, pues a estos efectos habrían de operar los efectos del acto consentido. Esta objeción es rechazada porque se ha de tener en cuenta la naturaleza normativa que la jurisprudencia reconoce a las Relaciones de Puestos de Trabajo. Además, los decretos impugnados son una norma nueva, que deroga la anterior Relación correspondiente y no cabe sostener que queda a salvo de posibles recursos la vulneración del principio de jerarquía normativa por el hecho de que la norma derogada incurriera también en infracción y no hubiese sido objeto de recurso. Por tanto, no puede considerarse que la nueva Relación de Puestos de Trabajo constituya un acto consentido y, por tanto, inimpugnable.

B) Acto inimpugnable: comunicación meramente informativa del Pleno del Consejo General del Poder Judicial

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 8.^a), de 7 de julio de 2010 (recurso de casación 348/2009) conoce de la impugnación de un acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se resuelve inadmitir el recurso de alzada interpuesto contra una comunicación de la Letrada-Jefe de la Unidad de Atención Ciudadana. La cuestión se centra en determinar si se trata de un acto administrativo o, por el contrario, como indica la resolución impugnada, de un mero acto de información, no decisorio y, por tanto, no susceptible de impugnación. Para resolver esto, debe tenerse en cuenta que una jurisprudencia elaborada fundamentalmente con relación a respuestas informativas de la Administración, viene considerando que no constituyen actividades administrativas susceptibles de residenciar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, aquellas en las que «ni hay acto de voluntad, que trate de imponer una conducta, ni se prevé una sanción jurídica, que es presupuesto de la existencia del acto administrativo». También ha declarado que el concepto de actos no susceptibles de impugnación es «aplicable a aquellos que se consideran de naturaleza puramente informativa, y que en consecuencia no contienen una decisión que ponga fin a la vía administrativa, no vinculan a la Administración, no otorgan o deniegan concretos derechos al administrado, ni, en fin, revisen carácter imperativo o sancionador».

De entrada, este carácter informativo es predicable de las actuaciones de la Unidad de Atención Ciudadana del Consejo General del Poder Judicial, según lo dispuesto en el artículo 3.3 del Reglamento 1/1998, de 2 de diciembre, de tramitación de quejas y denuncias relativas al funcionamiento de Juzgados y Tribunales, y en la Instrucción 1/1999.

A pesar de esto, en el caso analizado, el Tribunal concluye que la comunicación impugnada no puede ser considerada en su integridad como un acto de contenido meramente informativo. La decisión de no apreciar la existencia de una conducta merecedora de reproche disciplinario debe considerarse como un acto administrativo decisorio y, por tanto, impugnabile.

C) Acto que no agota la vía administrativa: acto dictado por órgano con competencia propia y no por delegación

La STSJ Murcia (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1.^a) de 26 de julio de 2010, Sentencia núm. 675/2010, confirma la sentencia recurrida en apelación que declara la inadmisibilidad del recurso interpuesto frente a una resolución sancionadora de la Dirección General de Consumo de la Consejería correspondiente de la Comunidad Autónoma de Murcia, dado que el acto impugnado no agota la vía administrativa y no se interpuso el recurso de alzada. Tras el análisis de la normativa vigente en el momento en que se dictó la resolución sancionadora, el TSJ determina que la competencia para dictar la resolución sancionadora venía atribuida a la Dirección General de Consumo y el acto administrativo fue dictado por dicho órgano con competencia propia y no por delegación, por lo que no agotaba la vía administrativa y el recurso contencioso administrativo era inadmisibile de conformidad con el artículo 25 LJCA.

3. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Recursos administrativos

a) Cómputo del plazo de interposición de los recursos administrativos

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5.^a), de 21 de julio de 2010 (recurso de casación 4822/2008) y la STS de 19 de julio de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4.^a) (recurso de casación 215/2009) hacen un repaso de la clásica jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo en relación con el cómputo de los plazos y la extemporaneidad de los recursos administrativos. Recuerda que la STS de 9 de enero de 1991 ya señaló que «En el umbral de este proceso se plantea una cuestión formal, consistente en determinar si el escrito de interposición que lo abre fue presentado dentro del plazo establecido para ello en la Ley reguladora de esta jurisdicción. Ante todo, conviene recordar que el cómputo de los plazos ha de hacerse, cuando se opera con meses, de fecha a fecha. Ello significa que el día inicial es el siguiente al de la notificación y el último coincide con el mismo ordinal de la práctica de aquélla, pero en el mes inmediatamente posterior. Tal es el sistema establecido de antiguo para estos casos por una doctrina legal plenamente consolidada, que el Tribunal Constitucional ha ratificado en la Sentencia núm. 32/1989, de 13 de febrero, y que esta Sala, a su vez, ha tenido ocasión de reiterar en la suya de 12 de junio de 1989».

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO

CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN.
 - A) **Recurso especial en materia de contratación.**
 - B) **Requisitos de los contratistas.**
 3. EJECUCIÓN DEL CONTRATO.
 - A) **Enriquecimiento injusto.**
 - B) **Intereses de demora.**
 - C) **Revisión de precios.**
 - D) **Daños y perjuicios por ampliación del plazo contractual.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de junio a noviembre de 2010, tanto por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Supremo, como en lo que concierne a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y la Audiencia Nacional.

2. PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

A) **Recurso especial en materia de contratación**

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de junio de 2010 [C-507/08]**; asunto *Symvoulío Apochetefseon Lefkosias* (Agencia de saneamiento de las aguas residuales de Nicosia) *contra* *Anatheoritiki Archi Prosforon* (Autoridad de revisión de las ofertas)] resuelve la cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación del artículo 2, apartado 8, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de

junio de 1992. En concreto, el tribunal remitente plantea la duda de si el artículo 2, apartado 8, de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de imponer a los Estados miembros la obligación de prever también en favor de las entidades adjudicadoras un medio de recurso de naturaleza jurisdiccional contra las decisiones de los organismos de base, de carácter no jurisdiccional, responsables de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

El Tribunal de Justicia, tras realizar una exégesis de los intereses en juego en la regulación de la Directiva, así como en la posterior Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, determina que el Ordenamiento Comunitario no impone a los Estados miembros la obligación de prever el acceso de los poderes adjudicadores a la jurisdicción competente frente a las decisiones de los órganos independientes que resuelvan los (en España) denominados recursos especiales en materia de contratación. Y ello porque el interés a tutelar es la garantía de la libre concurrencia en materia de contratación. Ahora bien, el Tribunal de Justicia precisa que el tenor de las Directivas no impide que cada Estado miembro decida ampliar el círculo de sujetos legitimados también a los poderes adjudicadores. La posibilidad de una regulación diversa entre los Estados miembros no supondría una aplicación no uniforme del Derecho de la Unión Europea, dado que la Directiva 89/665 no pretende una armonización completa de las reglas nacionales pertinentes.

A su vez, la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010 (C-314/09)**; asunto *Stadt Graz contra Strabag AG, Teerag-Asdag AG y Bauunternehmung Granit GesmbH* resuelve una cuestión prejudicial relativa a si la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que supedita el derecho a obtener una indemnización de daños y perjuicios, derivada de una infracción del Derecho en materia de contratación pública por parte de la entidad adjudicadora, al carácter culposo de esta infracción, cuando la aplicación de dicha normativa se base en la presunción de que dicha entidad ha actuado culposamente y en la imposibilidad de que ésta invoque la falta de competencia individual y, por lo tanto, una falta de imputabilidad subjetiva de la supuesta infracción. La respuesta del Tribunal de Justicia, tras afirmar que «[...] La Directiva 89/665 sólo establece, no obstante, los requisitos mínimos a los que deben responder los procedimientos de recurso establecidos en los ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de garantizar el respeto de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos (véanse, en particular, las Sentencias de 27 de febrero de 2003, y de 19 de junio de 2003). A falta de una norma específica en la materia, corresponde, por consiguiente, al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer las medidas necesarias para garantizar que los procedimientos de recurso permitan, efectivamente, conceder una indemnización de daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción del Derecho en materia de contratos públicos (...)», es positiva, considerando contraria al Derecho de la Unión la exigencia del carácter culposo de la infracción. Y ello porque el objetivo de la Directiva es garantizar la existencia de procedimientos de recurso eficaces y lo más rápidos posible contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras infringiendo el Derecho en materia de contratos públicos, otorgando una indemnización en caso de producirse daños si el recurso resulta ineficaz o limitado.

B) Requisitos de los contratistas

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de julio de 2010 (C-74/09)**; asunto *Bâtiments et Ponts Construction SA, WISAG Produktionsservice GmbH contra Berlay-*

mont 2000 SA) resuelve la cuestión prejudicial planteada relativa a si los principios generales del Derecho de la Unión en materia de contratación pública y el artículo 24, párrafo segundo, de la Directiva 93/37 deben ser interpretados en el sentido de que son contrarios a una normativa nacional que impone a un contratista establecido en otro Estado miembro la obligación de estar registrado en el Estado miembro del poder adjudicador para poder ser adjudicatario de contratos en este Estado miembro, pese a que dicho contratista haya presentado los certificados expedidos por las autoridades de su Estado miembro de establecimiento que prueban, en particular, que se halla al corriente, en este último Estado, en las obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de seguridad social y de los impuestos y gravámenes. La respuesta del Tribunal de Justicia es rotunda: no es contraria «[...] siempre que dicha obligación no obstaculice ni retrase la participación del contratista en la licitación pública en cuestión, ni genere cargas administrativas excesivas, y siempre que sólo tenga la finalidad de comprobar las aptitudes profesionales del interesado en el sentido de dicho artículo 24 [...]». Y ello, de una parte, porque la certificación emitida por las autoridades de su Estado no acredita que se encuentre al corriente del pago en el Estado del poder adjudicador. Y, de otra parte, porque su ausencia sólo debe suponer una causa de exclusión del contratista si se circunscribe a acreditar las cualidades profesionales del contratista. Igualmente la sentencia precisa, ante las dudas del órgano jurisdiccional nacional, que el Derecho de la Unión Europea no se opone a que el Derecho Nacional otorgue a un órgano distinto del poder adjudicador la competencia para comprobar el contenido de la certificación emitida por otro Estado miembro.

3. EJECUCIÓN DEL CONTRATO

A) Enriquecimiento injusto

La **SAN de 26 de julio de 2010** (Recurso de Apelación núm. 5/2010) reitera el criterio de la indemnizabilidad de las obras realmente ejecutadas por el contratista y no previstas en el contrato, siempre que respondan a órdenes del Director de la obra o resulten utilizadas por el órgano de contratación. Pero para ello se requiere una prueba cumplida de que éstas no forman parte del objeto previsto del contrato y, por tanto, contempladas en el Pliego. En consecuencia, si de una interpretación del Pliego adecuada a criterios razonables se deduce la inclusión de tales obras, no procederá indemnización alguna.

A su vez, y en esta misma línea, la **SAN de 15 de julio de 2010** (Recurso contencioso-administrativo núm. 11/2008) sí reconoce el derecho a resarcirse del contratista derivado de la acreditación de las obras de reparación efectuadas por el contratista sobre los bienes públicos de una tercera Administración afectada por la ejecución del contrato y que habían sido acordados por ésta y la Administración contratante, ante la prueba practicada.

B) Intereses de demora

La **STS de 10 de septiembre de 2010** (Recurso de Casación para la Unificación de la Doctrina núm. 477/2009), fija como doctrina correcta la que interpreta el artículo 99.4 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en el sentido de considerar suficiente para el inicio del devengo de intereses el transcurso del plazo de sesenta días a computar desde la fecha de la expedición de la certificación final de obra, sin necesidad de intimación por parte del contratista. La presentación al cobro puede exigirse cuando se trate de facturas, en cuanto que hasta que se presentan, por razones obvias, no pueden ser objeto de abono, pero carece su exigencia de toda justificación cuando el cobro pretendido se refiere a una certificación final de obra cuyo abono

también se previene en el artículo 166.9 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en el plazo de dos meses a partir de su expedición y a cuenta de la liquidación del contrato. Por ello resulta correcta la posición fijada por la **STSJ de La Rioja de 13 de julio de 2010** (Recurso Contencioso-Administrativo núm. 241/2009), que rechaza que el *dies a quo* sea el de entrada de la certificación en el Registro Municipal, debiendo computarse desde su fecha de emisión.

Por su parte, la **SAN de 20 de septiembre de 2010** (Recurso Contencioso-Administrativo núm. 443/2009) precisa, al interpretar los artículos 99.4, 103 y 108 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, que si el Pliego de Cláusulas Administrativas determina que el importe de las revisiones que procedan deba hacerse efectivo mediante el abono o descuento correspondientes, en las certificaciones de obras, o excepcionalmente, en la liquidación del contrato, cuando no haya podido incluirse en dichas certificaciones, el retraso en el pago de tales revisiones de precios generará los correspondientes intereses de demora computados conforme a las reglas generales. Y aquí considera que el *dies ad quem* es el mismo día en que se efectúa el pago, generando éste también los correspondientes intereses, ya que “[...] el día final del cómputo será el del cobro efectivo, en aplicación del sistema civil de plazos y en atención a la falta de cómputo del primer día (éste será el siguiente al cumplimiento del término de carencia correspondiente) [...]». En idéntico sentido se pronuncian la **SAN de 8 de julio de 2010** (Recurso Contencioso-Administrativo núm. 319/2010) y la **STSJ de Madrid de 5 de julio de 2010** (Recurso Contencioso-Administrativo núm. 4331/2008). Esta última precisa la procedencia de la exigencia de los intereses de demora derivados de los intereses vencidos, puntualizando que éstos deben computarse, no desde la fecha de presentación del escrito de demanda, sino desde la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo.

C) Revisión de precios

La **SAN de 14 de julio de 2010** (Recurso Contencioso-Administrativo núm. 842/2008), recogiendo la doctrina establecida en las SSTs de 18 y 25 de abril y 4 de junio de 2008 y 10 de noviembre de 2009, precisa que ante la solicitud de compensación por incrementos extraordinarios en los precios de los materiales necesarios durante la ejecución de las obras de un proyecto debe determinarse (i) si el desequilibrio económico es suficientemente importante y significativo para que no pueda ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación de obras; (ii) si resulta necesario, como consecuencia de lo anterior, aplicar los principios de equidad (artículo 3.2 CC) y de buena fe (artículo 7.1 CC) por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública; (iii) si atendiendo a las circunstancias de cada contrato puede concluirse si se ha alterado o no de modo irrazonable el equilibrio contractual, atendiendo a la globalidad del contrato, pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en él. Proyectados tales criterios sobre la reclamación derivada de un aumento de más del 10% del precio de contrato, la Audiencia Nacional considera que ésta sí supone un desequilibrio significativo que debe ser indemnizado.

D) Daños y perjuicios por ampliación del plazo contractual

Al configurarse el contrato de obra como un contrato a riesgo y ventura del contratista, la ampliación del plazo de ejecución de un contrato por un período superior a 29 meses, cuando

la modalidad de pago pactada es el abono total del precio una vez ejecutada y recepcionada la obra, no genera derecho a indemnización si tiene su origen en los daños ocasionados a la obra por un incendio cuyo origen se encuentra en los trabajos de soldadura realizados por el contratista, como precisa la **SAN de 15 de julio de 2010** (Recurso Contencioso-Administrativo núm. 173/2010). Y ello por un doble orden de consideraciones. En primer lugar, porque los perjuicios sufridos por el contratista ya le fueron resarcidos por la aseguradora por él contratada. Y, en segundo lugar, porque tales daños sólo serán indemnizables si tienen su origen en una acción u omisión de la Administración contratante, lo que se resuelve en una cuestión de prueba que, si no es suficiente, no desplaza la vigencia del principio de riesgo y ventura.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

- A) Organización de la AGE. Motivación en el nombramiento de Directores Generales que no sean funcionarios con titulación superior.**

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL.

- A) Autonomía Local. Requisitos para la interposición de un conflicto en defensa de la autonomía local.**

B) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales.

- a) No puede considerarse válida la renuncia al cargo de concejal antes de la elección del candidato y de que el Pleno la acepte.
- b) Vulneración del derecho a la participación política de un concejal por no tener éste acceso al libro de actas de la comisión especial de cuentas de la Administración local.
- c) Vincular la percepción de indemnizaciones a la participación activa en las sesiones de los órganos de gobierno limita el derecho al ejercicio del cargo público.
- d) El derecho a la obtención de copias de los miembros de las entidades locales no puede servir para acreditar la presunta falsificación de los documentos.

C) Impugnación de acuerdos de las entidades locales.

- a) Cómputo del plazo: la fecha determinante es la de recepción de la comunicación exigida en la legislación de régimen local, no la fecha de recepción prevista a otros efectos en la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma.
- b) Plazo para requerir la anulación de los actos y acuerdos de las entidades locales: es de 15 días y no de dos meses.
- c) Plazo para impugnación directa de los actos o acuerdos de las entidades locales. La autonomía municipal no permite a las entidades locales invadir ámbitos no atribuidos a su competencia.

3. CÁMARAS DE COMERCIO.

- A) Recurso cameral permanente. Alcance de la exclusión del artículo 6.2, párrafo segundo de la Ley 3/1993.**
-

1. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

A) Organización de la AGE. Motivación en el nombramiento de Directores Generales que no sean funcionarios con titulación superior

El TS estima parcialmente en su **Sentencia de 28 de septiembre de 2010** (recurso 49/2007) el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos contra el RD 1130/2008, de 4 de julio, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, por no ser conforme a derecho, la excepción a la regla general de la reserva funcionarial establecida en la disposición adicional tercera de dicho real decreto. Esta sentencia recoge los argumentos de la **STS de 3 de septiembre del mismo año** (recurso 528/2008).

Dicha asociación impugnaba la exclusión de la reserva funcionarial dispuesta en la disposición adicional tercera del RD 1130/2008, de 4 de julio, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, establecida en el artículo 18.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril (LOFAGE), para el nombramiento de los titulares de determinadas Direcciones Generales de dicho Departamento ministerial (Medio Natural y Política Forestal, de Desarrollo Sostenible del Medio Rural, del Agua y de Sostenibilidad de la Costa y del Mar).

Los argumentos principalmente esgrimidos recaen en que no se ha motivado suficientemente, o bien que se ha hecho un indebido uso de la discrecionalidad conferida por el artículo 18.2 de la LOFAGE que permite que los Directores Generales sean nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del titular del Departamento de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado 10 del artículo 6 entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, 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.

El TS en abundante jurisprudencia ha establecido una doctrina en relación con el mencionado artículo 18.2: SSTs de 21 de marzo de 2002 (recurso 1060/2000), 6 de marzo de 2007 (recurso 23/2006), 21 de enero de 2009 (recursos 23/2006 y 237/2006) y, recientemente, la de 3 de septiembre de 2010 (recurso 528/2008), entre otras, de la que cabe destacar las siguientes líneas maestras:

- La LOFAGE 1997 introdujo como garantía de objetividad en el servicio a los ciudadanos la profesionalización de los órganos directivos de la Administración General del Estado, incluidos los altos cargos con responsabilidad directiva en la estructura administrativa. Por aplicación de ese principio es por lo que la Ley dispone que los Subsecretarios y Secretarios Generales Técnicos, en todo caso (artículos 15.2 y 17.3), y los Directores Generales, con carácter general (artículo 18.3), habrán de ser nombrados entre funcionarios que ostenten la titulación superior y que el nombramiento además deberá ser acordado atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia.
- Esta regulación establece un riguroso régimen de profesionalización de los más altos cargos de la estructura administrativa estatal, por encima de los cuales sólo se encuentran los Secretarios de Estado y los Ministros quienes, dada su cualidad de miembros de Gobierno (Ministros) o de titulares de órganos directamente responsables de la ejecución de la acción de Gobierno (Secretarios de Estado), no están, obviamente, sujetos a aquellos condicionamientos.

- La excepción inserta en el artículo 18.2 permite al Consejo de Ministros excluir que una determinada Dirección General sea servida de modo obligado por funcionario de carrera de nivel superior, pero esta exclusión ha de venir contemplada precisamente en el Real Decreto de estructura del Departamento y ha de tener como causa las «características específicas» de las funciones atribuidas a la Dirección General. A partir de esta premisa, el Consejo de Ministros, como titular de la potestad de nombramiento, puede designar bien a un funcionario o bien a persona que no ostente dicho carácter, pero en el buen entendimiento de que la excepción se refiere tan sólo a la previa condición funcional pero no al resto de los criterios exigibles (profesionalidad y experiencia).

Por lo tanto, no es incondicionada esa atribución conferida por la Ley al Consejo de Ministros para sustraer una determinada Dirección General a su régimen de provisión ordinario entre funcionarios de carrera, sino que la decisión de aquel órgano exige para su validez, además del respeto a los elementos reglados, que la justificación sea objetiva y expuesta en términos que permitan comprender las razones por las cuales la decisión misma es adoptada.

Por lo tanto, como dice la STS de 3 de septiembre de 2010 y repite la STS de 28 de septiembre «cualquier excepción que sea establecida a la regla general de reserva funcional **exigirá, para poder ser considerada válida, que se apoye en hechos objetivos y concretos; y por dicha razón no bastarán consideraciones abstractas o genéricos juicios de valor.** Y esa objetividad y concreción habrá de ser constatada principalmente en las singulares funciones que tenga atribuidas la Dirección General de que en cada caso se trate, que habrán de exteriorizar unos concretos cometidos cuya extraordinaria naturaleza haga bien visible la conveniencia, en aras de un mejor desempeño de la Dirección General, de no limitar el ámbito de los posibles titulares solamente a los cuerpos de funcionarios y ampliarlo a personas que, a pesar de no tener la condición funcional, puedan ofrecer una superior idoneidad para esos cometidos extraordinarios».

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía Local. Requisitos para la interposición de un conflicto en defensa de la autonomía local

El **Auto del TC 108/2010, de 28 de septiembre de 2010**, inadmite a trámite el conflicto en defensa de la autonomía local presentado y que tenía por objeto diversos preceptos de la Ley 10/2009, de 22 de diciembre, de uso, protección y promoción de las lenguas propias de Aragón.

Entre las razones por las cuales el TC inadmite el conflicto, cabe destacar dos causas de forma. Por un lado, uno de los Ayuntamientos que plantea la cuestión no adoptó el acuerdo de presentación del conflicto con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, con lo que se incumple el requisito insubsanable exigido por el artículo 75.ter.2 LOTC, al mismo tiempo que otros Ayuntamientos implicados adoptaron los acuerdos necesarios para la iniciación del conflicto transcurrido el plazo de tres meses al que hace referencia el artículo 75.quáter.1 LOTC, por lo que la promoción del conflicto por los dos Ayuntamientos citados resulta, por tanto, extemporánea.

Sin embargo, el argumento más determinante para inadmitir el conflicto radica en la falta de legitimación exigible para plantear el conflicto en defensa de la autonomía local, legitimación que se encuentra regulada en el artículo 75.ter.1 de la propia LOTC, que la atribuye a los municipios y provincias en que la Ley resulte aplicable, pudiendo aquellos entes locales hacer-

lo aisladamente o en forma conjunta (en este último caso con exigencia, además, de que dichos municipios o provincias representen determinados porcentajes de la población correspondiente al ámbito de aplicación de la Ley).

El TC entiende que pese a la indeterminación de la Ley 10/2009 respecto a su ámbito de aplicación, es posible concluir que, aun cuando pudiera apreciarse que los ocho municipios promotores del conflicto se encuentran incluidos en la zona de utilización del catalán, en ningún caso pueden cumplir el mínimo requerido por el artículo 75.ter.1.b) LOTC, para la promoción de este proceso puesto que no se alcanza «un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de Ley y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente».

El conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto incurre según el TC en un defecto de procedibilidad insubsanable; lo que por otra parte no cierra el paso para que, si en el desarrollo de la Ley pudiera eventualmente vulnerarse la autonomía local de los municipios afectados, puedan éstos acudir a la tutela judicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que, a su vez, si tal hipotética vulneración pudiese, en su caso, ser imputable a la Ley, permitiría al órgano jurisdiccional que conociese del recurso contencioso-administrativo plantear ante este Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, de modo que la inadmisión de este conflicto no deja cerrada definitivamente la posibilidad de control constitucional de la Ley objeto del actual conflicto.

B) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales

- a) *No puede considerarse válida la renuncia al cargo de concejal antes de la elección del candidato y de que el Pleno la acepte*

La **STS de 21 de junio de 2010** (recurso 130/2009) estima el recurso contencioso-administrativo especial de protección de los derechos fundamentales, interpuesto contra la Resolución de la Junta Electoral Central de 28 de octubre de 2008, que expidió credencial de concejal del Ayuntamiento de Moraleja (Cáceres), al tener por renunciado el nombramiento conferido a otro candidato anteriormente designado, sin constar la ratificación personal de su renuncia.

El 10 de octubre de 2008 el Pleno del Ayuntamiento de Moraleja tomó conocimiento de la dimisión de un concejal. A petición de la Alcaldesa del municipio la Junta Electoral Central remitió al Ayuntamiento la credencial del concejal que debía sustituir al anterior. El 23 de octubre, la Alcaldesa del municipio informa a la Junta Electoral de la renuncia de las actas de concejal de varios integrantes de la candidatura que debía sustituir al concejal que inicialmente dimitió. Ante el otorgamiento de una nueva credencial a otro candidato tras haber hecho constar la Junta electoral la previa renuncia de quienes le precedían, dos de estos últimos niegan haber renunciado a su condición de concejal diciendo que no han firmado ningún documento de renuncia, aunque la Junta Electoral Central no procede a revocar la última credencial concedida, al considerar que los recurrentes no habían negado la autenticidad de la firma de los documentos de renuncia.

Una vez que los recurrentes llevan el asunto al Tribunal Supremo éste les da la razón, de acuerdo a lo manifestado en el fundamento jurídico tercero de la sentencia, cuyo tenor es el siguiente:

«Sostiene el representante de la Junta Electoral Central que se trata de renunciaciones anticipadas que voluntariamente aceptan los candidatos mediante su firma, sin que pueda invocarse la igno-

rancia de las consecuencias que puedan derivarse de una manifestación tan obvia. Pues bien, es evidente que no pueden considerarse válidas en derecho tales renunciaciones anticipadas antes de la elección del candidato, puesto que frustrarán el mandato y la confianza que depositan en él los electores, y porque en cualquier caso, como sostiene la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, de la que se hacen eco la resolución impugnada y las partes, es el Pleno del Ayuntamiento el que ha de aceptar la renuncia de un Concejal, expresada de forma clara e inequívoca y hasta dicho momento la renuncia es revocable.

Naturalmente, si se interpone la renuncia, previamente firmada y en poder del partido político o agrupación electoral, por éstos y no por los interesados, a los que nada se comunica, (no consta notificación alguna), y se lleva a un Pleno al día siguiente, donde sin que conste la presencia de los recurrentes, y sin que comparezcan renunciando ante el mismo, se nombra a otro candidato que está en un número de orden inferior al de los recurrentes para sustituir al primitivamente dimitido; y si se oculta, al no cumplir el deber de notificación al Sr. Mauricio, la emisión de la credencial a su favor, es evidente que dichos candidatos no han podido renunciar, ni revocar una renuncia anticipada contraria a derecho.

A ello ha de añadirse que el Juzgado número 1 de Cáceres en su Sentencia de 30 de junio de 2009, ratificada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 23 de noviembre de 2009, ha anulado el Pleno en el que se nombró Concejal al Sr. Gabriel».

- b) *Vulneración del derecho a la participación política de un concejal por no tener éste acceso al libro de actas de la comisión especial de cuentas de la Administración local*

El **TSJ de Madrid en Sentencia de 27 de julio de 2010** (recurso 4/2010) desestima el recurso de apelación interpuesto por un Ayuntamiento contra la Sentencia 252/2009 dictada, en procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid. La Sentencia apelada estimaba el recurso interpuesto por un concejal contra la negativa del Alcalde a poner a su disposición el Libro de Actas de la Comisión Especial de Cuentas del Ayuntamiento.

La Sentencia apelada declara que la contabilidad municipal se encontraba desorganizada y sin cerrar desde el ejercicio 2000 y no consta que, con anterioridad a junio de 2007, existiera un Libro de Actas de la Comisión Especial de Cuentas. Concluye que por parte del Ayuntamiento no se permitió el acceso a la información solicitada, impidiendo con ello el ejercicio legítimo del cargo público e implicando una negativa a facilitar información, situación que vulnera el derecho de participación política del artículo 23 CE, al no existir la debida justificación. La sentencia no podía considerar válida la postura del Ayuntamiento, que argumentaba no poder facilitar el Libro de actas, porque dicho libro no existía, reconociendo así «un palmario incumplimiento de la legalidad a la que dicha entidad local está sometida (artículos 198 y ss. RD 2568/1986). En la Comisión Especial de Cuentas de 30 de mayo de 2008 se constató únicamente que la obligada documentación contable ni estaba puesta al día ni estaba organizada ni documentada como legalmente se exige (artículo 116 Ley de Bases del Régimen Local, artículo 212 Real Decreto Legislativo 2/2004 y artículos 198 y ss. Real Decreto 2568/1986). En consecuencia, conmina el Juzgado al Ayuntamiento a proceder a su elaboración inmediata y a poner a disposición del concejal todas las actas a las que desee tener acceso (que existen, pero sin integrarse en el Libro de Actas correspondiente).

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera que se deja a la concejala apelada y al grupo municipal del que es portavoz «en la más absoluta desinformación sobre el estado de las cuentas del municipio, en clara vulneración de su derecho fundamental al ejercicio del cargo público representativo para el que ha sido elegida. Sin que pueda escudarse el Ayuntamiento

apelante en el argumento falaz del silencio positivo, pues lo constatado por el Juzgado, que esta Sala confirma, es que, hasta el momento, ni se ha elaborado por el Ayuntamiento la documentación sobre las cuentas del municipio que resulta legalmente exigible ni se ha informado de tal documentación, o de la hasta el momento existente... Son numerosas las sentencias que reconocen y protegen el derecho de los concejales a la información y documentación, y a otros medios instrumentales como elementos de su derecho fundamental a ejercer el cargo representativo que ostentan, derecho fundamental éste reconocido en el artículo 23.2 CE (SSTS de 12 y 2 de julio de 2007, 24 de septiembre de 2007, 6 de noviembre de 2006, 8 de marzo de 2006, 31 de enero de 2006, entre otras muchas). Y es claro que en este caso, como ha apreciado el Juzgado y sostiene también el Ministerio Fiscal, tal derecho fundamental ha sido infringido por el Ayuntamiento apelante».

- c) *Vincular la percepción de indemnizaciones a la participación activa en las sesiones de los órganos de gobierno limita el derecho al ejercicio del cargo público*

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de junio de 2010 (recurso 2423/2008) estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un acuerdo de un Ayuntamiento, sobre modificación del Reglamento Orgánico Municipal. Los recurrentes, que votaron en contra del mencionado acuerdo, lo impugnan aduciendo que con él se vulnera su derecho al ejercicio del cargo público reconocido por el artículo 23 CE, ya que introduce sanciones encubiertas y vulnera los principios de proporcionalidad y de interdicción de la arbitrariedad.

La modificación del Reglamento Orgánico se lleva a cabo para introducir en él ciertas previsiones derivadas de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de febrero de 2008, que anulaba algunos de sus aspectos.

En cumplimiento del artículo 75 LBRL la Corporación es competente para regular las retribuciones, indemnizaciones y asistencias derivadas de la asistencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de la Corporación de que formen parte, así como para fijar su cuantía. En el caso que nos ocupa, la regulación que realiza la Corporación de estos aspectos afecta restrictivamente, en opinión de los recurrentes, al derecho al desempeño del cargo público protegido por el artículo 23 CE.

El Tribunal resume cuál es la interpretación del artículo 23 CE:

«Es sabido que una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha destacado la existencia de una directa conexión entre el derecho de participación política de los cargos públicos representativos (artículo 23.2 CE) y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE), puesto que, como se afirma en STC núm. 169/2009, de 9/julio: “puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos. De suerte que el derecho del artículo 23.2 CE, así como, indirectamente, el que el artículo 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio” (SSTC 38/1999, de 22/marzo, 107/2001, de 23/abril, 203/201, de 15/octubre, 177/2002, de 14/octubre y 40/2003, de 27 /febrero).

Es también doctrina constitucional (por todas, STC 141/2007, de 18/junio), que este precepto garantiza no sólo el acceso a los cargos públicos, sino igualmente “[...] que quienes hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga...”; este carácter de derecho de configuración legal supone que corresponde a las leyes fijar y regular los derechos y atribuciones que corresponden a los representantes políticos, de manera que “una vez creados, quedan integrados en el status propio del cargo, con la con-

secuencia de que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren” (por todas, STC 208/2003, de 1/diciembre).

Pero la vulneración del derecho fundamental no se produce con cualquier acto que infrinja el status jurídico aplicable al representante, sino sólo cuando se afecta a facultades “que pertenezcan al núcleo de su función representativa” (SSTC 141/2007, de 18/junio, 38/1999, de 22/marzo, 107/2001, de 23 /abril), es decir, a aquellas facultades que son manifestación constitucionalmente relevante del *ius in officium* del representante (SSTC 64/2002, de 11/marzo, o 141/2007, de 18/junio), y se tutelan a través del mismo, en el sentido de que el ejercicio efectivo de las facultades del cargo no podrá quedar sometido al arbitrio de los órganos de gobierno del cuerpo al que pertenece el elegido. Y así, con relación a los miembros de las Corporaciones Locales “[...] entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde a los miembros de una Corporación provincial se encuentran la de participar en la actividad de control del gobierno provincial, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la Corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores”; habiéndose dictado numerosas resoluciones por parte del TS protegiendo el derecho del concejal a ejercer su cargo para hacer efectivo, mediante ese ejercicio, el derecho fundamental de los vecinos a participar a través de sus representantes en la política municipal (así SSTs 4/junio y 22/octubre/2007, 14/abril, 17 y 27/noviembre/2000, 30/noviembre/2001, 22/noviembre/2004 y 23/diciembre/2005)».

Partiendo de las anteriores consideraciones, el Tribunal entiende que el acuerdo recurrido va más allá de la estricta regulación de la cuantificación de las indemnizaciones que deben compensar los gastos que genere la asistencia a las sesiones, y entremezcla este concepto de asistencia con el de presencia activa. Por ello, al supeditar la percepción de la indemnización a la entidad de la convocatoria —que se desprende sin más del número de puntos que se aborden en su orden del día, o al número de ellos en los que se esté presente mediante la intervención en la votación y dación de cuentas—, al establecer un catálogo de supuestos en los que abandonar la sesión no conllevará la pérdida del derecho de indemnización, o, por último, al prever la no percepción de la indemnización en caso de expulsiones (que posteriormente son graciosamente condonables), la modificación del Reglamento Orgánico que se acuerda se está excediendo del ámbito que delimita la norma legal habilitante, y, en consecuencia, la Corporación está limitando y dificultando, sin suficiente razón que lo justifique y a través de decisiones que se ejercitan de plano y con criterios de pura discrecionalidad, el ejercicio de los cometidos del cargo representativo, por lo que la consecuencia no puede ser otra que la de concluir que los preceptos impugnados conllevan una infracción del derecho fundamental de participación política previsto en el artículo 23 CE, debiendo declararse su nulidad de pleno derecho conforme al apartado 1.º del artículo 62 de la Ley 30/1992, que declara que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

- d) *El derecho a la obtención de copias de los miembros de las entidades locales no puede servir para acreditar la presunta falsificación de los documentos*

La STSJ de Cantabria de 7 de julio de 2010 (recurso 4/2010) estima el recurso de apelación interpuesto por un Ayuntamiento cántabro frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander de 24 de septiembre de 2009, que estimaba el recurso in-

terpuesto por un concejal, haciendo uso del procedimiento especial de derechos fundamentales, contra la inactividad del Ayuntamiento ante la solicitud de una copia de un documento.

El citado concejal había solicitado la copia del documento a efectos de probar la presunta falsificación de la firma contenida en la documentación demandada. En el caso que nos ocupa, el mero acceso al expediente no satisface la demanda del concejal que pretende acreditar la falsificación documental.

A efectos de determinar la presunta vulneración del artículo 23 CE la Sala recuerda una sentencia suya anterior de 8 de mayo de 2009 que se refiere al contenido del artículo 77 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, que se desarrolla por los artículos 14 y 15 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales. En el presente caso resulta de interés lo dispuesto en el artículo 14.2 del citado Reglamento, en virtud del cual «la petición de acceso a las informaciones se entenderá concedida por silencio administrativo en caso de que el Presidente o la Comisión de Gobierno no dicten resolución o acuerdo denegatorio en el término de cinco días, a contar desde la fecha de solicitud». Este precepto es una plasmación del derecho a acceder a funciones y cargos públicos, reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución. La conexión inmediata de este derecho fundamental con el reconocido en el artículo 23.1 de la Constitución es tan patente que no precisa de ninguna explicación en profundidad. «Baste con indicar que si los representantes elegidos por sufragio universal encuentran cortapisas para el desarrollo ordinario de su función, no sólo se vulnera directamente el derecho de los mismos al ejercicio de sus misiones de representación política, sino que también, siquiera sea de manera indirecta, se elevan obstáculos improcedentes a la plena efectividad del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, piedra angular de nuestro sistema democrático». La doctrina jurisprudencial a este respecto la resume la STS de 20 de junio de 2003 (recurso 5191/2000), que reitera lo dispuesto por la STC 220/1991 y reproduce algunos extractos de las SSTs de 19 de julio de 1989, 5 de mayo de 1995 y 21 de abril de 1997.

Sin embargo, el TSJ entiende que en el presente caso no se vulnera lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución, en la medida en que, para acreditar la falsedad del acta en cuestión, no es necesario obtener copia del documento, dado que es un hecho notorio que la prueba pericial hábil para acreditar una falsedad requiere ineludiblemente «el original» del acta, careciendo de valor todo pronunciamiento que se lleve a cabo sobre una simple copia. Añade la Sala, además, que difícilmente un perito se avendrá a practicar en dichas condiciones una prueba pericial que acredite la invocada falsedad y siempre advertirá de la escasa fiabilidad de los resultados así obtenidos. En este sentido se pronuncia el TS en su Sentencia de 30 de junio de 2009, cuando afirma que la falta de los documentos originales impide realizar una pericia con garantías de obtener un resultado científicamente asumible, ya que las meras fotocopias generan notable incertidumbre en cuanto al resultado de la prueba. «De ahí que decaiga la necesidad que se apunta a efectos de acreditación, lo que en modo alguno obsta que, denunciados los hechos y en el seno de las diligencias penales que pudieran abrirse, se lleve a cabo la referida pericial sobre el original del acta cuestionada».

C) Impugnación de acuerdos de las entidades locales

- a) *Cómputo del plazo: la fecha determinante es la de recepción de la comunicación exigida en la legislación de régimen local, no la fecha de recepción prevista a otros efectos en la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma*

El Tribunal Supremo vuelve a casar una sentencia del TSJ de Canarias por las razones que ya fueron expresadas en la STS de 14 de diciembre de 2009 (recurso 3851/2005), la cual fue

objeto de comentario en el número 47 de esta Revista. Como entonces quedó claro, tanto para requerir la anulación como para impugnar directamente acuerdos de las entidades locales por el Estado o por las Comunidades Autónomas, hay que atender a la fecha prevista en la legislación de régimen local y no en otras normas sectoriales.

Ahora, la **STS de 21 de julio de 2010** (recurso 1428/2006) anula la Sentencia del TSJ de Canarias de fecha 5 de octubre de 2005, que había inadmitido por extemporáneo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Gobierno de Canarias contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Tegui de 2 de agosto de 2001 que aprobó definitivamente una modificación puntual en un Plan Especial de Ordenación de dicho municipio.

La sentencia recurrida fundamentó su pronunciamiento en que el cómputo del plazo de dos meses previsto en el artículo 46.1 LJCA es la fecha en que la Administración autonómica tuvo conocimiento efectivo de la adopción del acuerdo impugnado, lo que tuvo lugar, a su juicio, el día en que el Ayuntamiento dirigió a la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente la comunicación respectiva.

Sin embargo, la representación de la Comunidad Autónoma entiende que el inicio del cómputo del plazo de dos meses debe realizarse desde el momento en que la comunicación a la Administración autonómica se realiza de acuerdo con los cauces establecidos por la normativa de régimen local, tesis que acoge el Tribunal Supremo. En efecto, la comunicación que determina el inicio del cómputo del plazo de dos meses es la prevista en el artículo 56 de la Ley de Bases del Régimen Local, de acuerdo con la normativa autonómica sobre determinación del órgano competente para la impugnación de acuerdos de las entidades locales. Sólo esa comunicación es la que contiene la documentación precisa para que la Administración autonómica resuelva sobre la posible impugnación del acuerdo y, en este caso además, el órgano autonómico con competencia en la materia es la Dirección General de Administración Territorial y Gobernación, conforme al artículo 33 del Decreto 116/2001. La comunicación a la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente responde a una finalidad específica, la urbanística, y no a la posibilidad de impugnación «que constituye la razón de ser de la comunicación prevista en la normativa de régimen local».

Como ha declarado el TS en Sentencias de 11 de marzo de 2002 (recurso 1732/1998), 9 de diciembre de 2009 (recurso 3826/05), 14 de diciembre de 2009 (recurso 3851/2005), y 17 de diciembre de 2009 (recurso 3541/2005, comentario en el número 48 de esta Revista), a efectos de determinar el inicio del plazo para que la Administración autonómica pueda requerir de anulación al Ayuntamiento o impugnar directamente el acuerdo municipal en vía jurisdiccional, lo determinante es la fecha de recepción de esa comunicación exigida en la legislación de régimen local, no así la fecha de recepción de la comunicación prevista, a otros efectos, en la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma correspondiente. Por tanto, ha de entenderse que el recurso contencioso-administrativo se interpuso dentro de plazo y tal conclusión queda plenamente corroborada si atendemos al hecho de que, además, el acuerdo de aprobación definitiva de la modificación del Plan Especial a que se refiere la controversia fue objeto de publicación en el Boletín Oficial de Canarias de 4 de noviembre de 2002, lo que permite la impugnación en vía jurisdiccional dentro de los dos meses siguientes a dicha publicación. En este sentido pueden verse las SSTs de 18 de junio de 2007 (recurso 3081/2002), 25 de junio de 2008 (recurso 4524/2004), 14 de diciembre de 2009 (recurso 3851/2005), y 17 de diciembre de 2009 (recurso 3541/2005).

Estimado el recurso de casación, al tratarse de disposiciones de Derecho autonómico y de acuerdo con la doctrina establecida en la STS de 30 de noviembre de 2007 (recurso 7638/2002), el Tribunal ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de

la sentencia para que por la Sala de instancia se resuelva lo que proceda, sin que sea posible ya la declaración de inadmisibilidad del recurso por extemporáneo.

b) *Plazo para requerir la anulación de los actos y acuerdos de las entidades locales: es de 15 días y no de dos meses*

La STS de 19 de julio de 2010 (recurso 5202/2006) desestima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la STSJ de Andalucía de 20 de junio de 2006, que inadmitió, por interposición extemporánea, el recurso de la Comunidad Autónoma contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz) de 8 de junio de 2004, por el que se aprobaba definitivamente un plan parcial de urbanismo.

La Comunidad Autónoma pretendía aplicar directamente el artículo 44 de la LJCA, que, sin embargo, deja a salvo «lo dispuesto sobre esta materia en la legislación de régimen local». Como dice el Tribunal Supremo «deja extramuros de su ámbito de aplicación a un supuesto tradicional y singular que resulta, por tanto, ajeno, a las previsiones que, sobre los litigios entre Administraciones Públicas, establece el artículo 44 respecto de las diligencias preliminares al recurso contencioso administrativo. Obsérvese que el mentado artículo 44 no excluye los actos o acuerdos en materia de régimen local, sino que deja subsistente el régimen jurídico, que ya venía caracterizado antes de la entrada en vigor de la LJCA de 1998 y al amparo de la vieja LJCA de 1956, sobre el requerimiento e impugnación de los actos o acuerdos de las entidades locales».

La aplicación, por tanto, del régimen previsto en el artículo 44 de la LJCA al caso examinado se encuentra abocada al fracaso, o lo que es lo mismo, a la extemporaneidad del citado requerimiento, y luego del recurso contencioso administrativo. Y ello porque el plazo previsto en el apartado 2 del artículo 44 de la LJCA es de dos meses, mientras que el previsto en el artículo 65.2 de la LBRL es de 15 días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo. Y, en segundo lugar, porque el artículo 65 permite optar, entre acudir directamente a la vía jurisdiccional en el plazo ordinario de dos meses sin necesidad de formular requerimiento (artículo 65.4), o esperar que haya transcurrido el plazo de un mes para contestar el requerimiento o desde su rechazo si se produce en plazo (artículo 65.3).

En definitiva, dice el Tribunal Supremo, «no puede formularse por la Administración, de la Comunidad Autónoma en este caso, un requerimiento a una Entidad Local transcurridos 15 días desde la recepción del acuerdo local. Y ello es así porque la Administración autonómica, en virtud de lo dispuesto en el artículo 65 de la LBRL, podía impugnar, como acabamos de señalar, el acuerdo municipal mediante dos vías diferentes. La primera, haciendo un requerimiento a la Entidad local, en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo, para que procediera a su anulación. Y la segunda, impugnar el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa dentro del plazo de dos meses desde la recepción de aquella comunicación. Pues bien, sucede que en este caso la Administración realiza el requerimiento un mes después de la comunicación, e interpone el recurso contencioso administrativo más de cuatro meses después, según el detalle de las fechas que hemos relacionado el final del fundamento primero. De modo que el requerimiento se hace fuera del plazo previsto en el artículo 65.2 de tanta cita, y la interposición del recurso contencioso administrativo, que podría haber corregido tal desfase temporal, tampoco se realiza temporalmente».

La aplicación preferente del artículo 65 LBRL sobre lo dispuesto en el artículo 44 LJCA ha sido ya avalada por SSTs de 26 de septiembre de 2007 (recurso 5003/2002) y de 19 de octubre de 2009 (recurso 2720/2007, comentada en el número 46 de esta Revista).

- c) *Plazo para impugnación directa de los actos o acuerdos de las entidades locales. La autonomía municipal no permite a las entidades locales invadir ámbitos no atribuidos a su competencia*

Por **Sentencia de 9 de septiembre de 2010** (recurso 3565/2007), el **Tribunal Supremo** estima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado contra la Sentencia del TSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 2006, que inadmitía por extemporáneo el recurso interpuesto por la Administración del Estado contra algunos preceptos del Reglamento de Régimen Interno del Personal Funcionario del Ayuntamiento de Arahál, cuyo texto y aprobación definitiva fue publicada en el BOP de Sevilla de 16 de marzo de 2001.

En el presente caso, la Administración recurrente opta por la impugnación directa, sin que sean de aplicación los supuestos de interrupción del plazo previstos en los artículos 64 y 65 de la Ley de Bases del Régimen Local, que son los referidos a la solicitud de ampliación de información o al requerimiento de anulación.

El problema entonces se centra en determinar si la fecha de inicio del cómputo del plazo de dos meses a que se refiere el artículo 46.1 LJCA es la de la publicación de la disposición impugnada en el BOP —16 de marzo de 2001—, lo que daría lugar a la extemporaneidad del recurso, o la fecha en que se produce la comunicación de la aprobación definitiva de la disposición a la Delegación del Gobierno en Sevilla —7 de abril de 2001—, comunicación que se produce a instancias del requerimiento de la Delegación del Gobierno al Alcalde para que rectificase el tenor de determinados preceptos que habían sido provisionalmente aprobados.

La Sala Tercera reitera algunos pronunciamientos jurisprudenciales anteriores sobre el cómputo del plazo de dos meses al que se refieren los artículos 65 LBRL y 215 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales. Así, la STS de 27 de noviembre de 2001, dispone: «El plazo general de los dos meses para interponer el recurso contencioso administrativo quedaría notablemente reducido si el mismo se computase desde el momento de la “comunicación original” y no desde, como es lógico, la fecha de la recepción de la ampliación de la citada comunicación y de la información complementaria (que es cuando el Gobierno Civil dispone, ya, de los elementos de juicio suficientes y necesarios para poder tomar la decisión de formular o no el recurso contencioso administrativo). Además, si el plazo para efectuar el requerimiento (potestativo) de auto-anulación a que se hace referencia en el artículo 65.2 de la Ley 7/1985 se interrumpe en el caso de que se haya solicitado a la Corporación Local ampliación de la información o comunicación del acuerdo sospechoso de ilegalidad (según lo previsto en los artículos 65.1 y 56 de la citada Ley), no hay motivo normativo y lógico alguno que impida sacar la conclusión de que el plazo para deducir el recurso contencioso administrativo se interrumpe, asimismo, por el hecho de haberse instado la mencionada ampliación informativa (aunque, en realidad, no es que se interrumpa dicho plazo, sino que su *dies a quo* se pospone al momento de la recepción de la información complementaria y del expediente)». De igual forma, la STS de 11 de marzo de 2002, a la que expresamente se remite la STS de 29 de marzo de 2007, establece: «el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local atribuye a la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma la potestad de requerir a las entidades locales la anulación de los actos o acuerdos que infrinjan el ordenamiento jurídico o la de impugnarlos directamente ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Los apartados 1.º y 2.º del citado artículo se refieren a la posibilidad de requerimiento de anulación y precisan que el mismo “se formulará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo”, desarrollando la regulación de dicho plazo el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las entidades locales (Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre) que, en su artículo 215.2, establece que el plazo de quince días hábiles se contará a partir de la recepción de la

comunicación del acto o acuerdo y —con cobertura en lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley reguladora de las bases de régimen local— que, si se hubiera solicitado ampliación de la información, quedará interrumpido el cómputo del plazo, que se reanudará, no obstante, a partir de la recepción de la documentación interesada».

Como el Ayuntamiento no comunica, hasta el escrito recibido el 17 de abril de 2010 en la Delegación del Gobierno de Andalucía, la fecha de aprobación definitiva de la disposición y que su texto íntegro aparece publicado en el BOP de la Provincia de 16 de marzo de 2001, el Tribunal Supremo entiende que «el día de la recepción de la comunicación del acto o acuerdo, en los términos prevenidos por el artículo 215.5 del Real Decreto 2568/86 en relación con el artículo 56.1 de la Ley 7/1985, ha de ser el de la notificación del referido escrito del Alcalde del Ayuntamiento de Arahál de fecha 10 de abril de 2001, con entrada en la Delegación del Gobierno de Andalucía el 17 de abril de 2010, por lo que teniendo en cuenta que el recurso se interpuso por el Abogado del Estado el 25 de mayo de 2001, es evidente que se encontraba dentro del plazo legalmente establecido de dos meses. En efecto, el plazo para la impugnación de los actos locales por infracción del ordenamiento jurídico (artículo 65 Ley 7/1985) es el ordinario y si se opta por la no utilización del requerimiento, se puede impugnar directamente en los dos meses siguientes al día de la recepción de la comunicación del acto o acuerdo (artículo 215.5 RD 2568/86), que es lo que acontece en el presente caso, pues una vez comunicada la aprobación definitiva de la disposición general en cuestión por parte de la Corporación local a la Administración del Estado, ésta opta por la interposición del recurso contencioso-administrativo».

Al entender que la Administración del Estado interpuso el recurso jurisdiccional dentro de plazo, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación y declara la anulación de la sentencia recurrida. Al encontrarnos ante una presunta infracción del Derecho estatal la Sala entra en el fondo del asunto y resuelve en los términos en que aparece planteado el debate en la instancia —artículo 95.2.d) LJCA—. En síntesis, «según jurisprudencia reiterada de esta Sala, la autonomía municipal (artículo 140 CE) no permite a las Corporaciones locales invadir ámbitos no atribuidos a su competencia, por incidir en intereses de orden general atribuidos normativamente al Estado, aun concurrentes con los de la propia Entidad local y con sujeción al Decreto 315/1964, a las leyes 30/1984 y 7/1985 y al Real Decreto Legislativo 781/1986, así como a la legislación complementaria». En consecuencia, anula ciertos preceptos del referido Reglamento de Régimen Interno del Personal Funcionario del Ayuntamiento de Arahál, como el que establece una licencia de 25 días por matrimonio del funcionario.

3. CÁMARAS DE COMERCIO

A) **Recurso cameral permanente. Alcance de la exclusión del artículo 6.2, párrafo segundo de la Ley 3/1993**

La STSJ de Madrid de 27 de mayo de 2010 (recurso 668/2008) desestima el recurso contencioso administrativo de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo de Madrid de 16 de noviembre de 2007, que estimó la reclamación deducida por la Entidad EMSERSA CONSULTORES contra la liquidación del recurso cameral, declarando ajustada a derecho dicha resolución.

La Cámara Oficial reclama la anulación del acto impugnado y el mantenimiento de la liquidación por ella girada, alegando que la Entidad forma parte del censo de electores de las Cámaras en razón de las actividades comerciales que realiza, de donde deriva la obligación de pago

del recurso cameral, pretensión a la que se opone el Abogado del Estado reiterando en esencia los argumentos del TEAR, que considera que dicha sociedad realiza actividades propias de la profesión liberal de medicina, actividad excluida a tenor del artículo 6.2 de la Ley 3/1993.

Los Estatutos de la citada Entidad establecen que el objeto de la sociedad es «mediar, intermediar y coordinar la prestación de servicios y actividades sanitarias por medio de profesionales titulados», añadiendo que las citadas actividades podrán realizarse mediante la constitución y toma de participaciones en otras sociedades, tanto directa como indirectamente, con objeto idéntico o análogo, quedando excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por la sociedad.

El TSJ empieza argumentando sobre el supuesto de que en el pasado la Sala declaró en estos casos que la amplitud del objeto social supera el mero ejercicio de actividades profesionales a través de los socios, por lo que dicho objeto excede del límite de exclusión del artículo 6.2, párrafo segundo, de la Ley 3/1993, que sólo contempla las «profesiones liberales no incluidas expresamente en el párrafo anterior».

Sin embargo, en un supuesto prácticamente idéntico al que ahora nos ocupa, la STC 225/2006, de 17 de julio, estimó el recurso de amparo del particular al considerar que el órgano judicial había realizado una interpretación restrictiva del artículo 6.2, párrafo segundo, de la Ley 3/1993. El TC abordó la sujeción al recurso cameral del socio de dos entidades transparentes, teniendo por objeto la primera de ellas «la prestación, con medios propios o ajenos, de servicios profesionales de asesoramiento y apoyo a la gestión sobre materias tributarias, financieras, económicas y jurídicas, en forma directa o mediante la realización de investigaciones y publicaciones, así como las actividades comerciales y financieras derivadas directa o indirectamente de las anteriores; la participación en otras sociedades de idéntico o análogo objeto, para el desarrollo del propio de esta sociedad, mediante la suscripción de acciones o participaciones en la fundación o aumento de capital de las mismas, o la adquisición de las mismas por cualquier título», mientras que la segunda sociedad se dedicaba a «la prestación, con medios propios o ajenos, de servicios de auditoría de cuentas; la realización de cualquier otro trabajo de consultoría, análisis, revisión o verificación de documentación contable, económica, financiera o fiscal; actividades que podrán ser desarrolladas por la sociedad, total o parcialmente, de modo indirecto mediante la participación en otras sociedades de objeto idéntico o análogo».

A la vista de la amplitud del objeto de ambas sociedades y teniendo en cuenta que dichas actividades no se prestaban exclusivamente por los socios, sino también con medios ajenos y mediante la participación en otras sociedades, el TC declaró que tales sociedades no se dedicaban en exclusiva al ejercicio de profesiones liberales a través de sus socios, sino que también realizaban tareas de mediación, gestión y prestación de servicios, lo que comportaba la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la distribución de servicios, actividades que excedían de las que declaraba excluidas el artículo 6.2, párrafo segundo, de la Ley 3/1993, de modo que se ajustaba al artículo 12.2 de dicho texto legal la liquidación cameral girada al socio de esas entidades en relación con los beneficios imputados a él.

No obstante lo anterior, El TC entendió que «aunque es cierto que los fines de ambas sociedades están descritos en sus Estatutos de forma amplia, también lo es que su naturaleza es en forma preponderante profesional», naturaleza profesional de la actividad que llevó al TC a estimar que la sentencia de esta Sala había llevado a cabo una interpretación restrictiva del artículo 6.2, segundo párrafo, de la Ley 3/1993, respecto de las profesiones liberales no incluidas de manera expresa en el párrafo anterior, y que no había tenido en cuenta el carácter excepcional de la adscripción forzosa a las Cámaras de Comercio. En consecuencia, el TSJ desestima el recurso dada la sustancial identidad del proceso con la STC comentada.

En el momento en que se estaba cerrando esta crónica, el Gobierno ha dictado el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, en cuyo artículo 4 se resuelve definitivamente la cuestión planteada en la sentencia que acabamos de comentar. Este precepto modifica de forma importante la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, aclarando qué empresas se consideran o no electores de las Cámaras (excluyendo a las sociedades de profesionales, entre otras, —nuevo párrafo segundo del artículo 6.2—) y considerando, en todo caso, el llamado recurso cameral como una aportación voluntaria de las empresas y ya no obligatoria. En este sentido el nuevo artículo 13.1 de la Ley dispone: «Estarán obligados al pago de la cuota cameral quienes ejerzan las actividades del comercio, la industria o la navegación a que se refiere el artículo 6 y decidan *libremente* pertenecer a una Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación».

JESÚS DEL OLMO ALONSO
VANESA RODRÍGUEZ AYALA
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SUMARIO

1. CONCEPTO DE SANCIÓN.
 - A) Contenido afflictivo y finalidad retributiva de la sanción.
 - B) Actos que no constituyen sanción.
2. POTESTAD SANCIONADORA.
 - A) Límites constitucionales en la imposición de sanciones privativas de libertad a guardias civiles.
3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD.
 - A) Vulnera la reserva de Ley una sanción impuesta en aplicación de una norma reglamentaria que se apoya en una Ley derogada.
 - B) Distinción entre falta de tipicidad absoluta y falta de tipicidad relativa.
 - C) Vulneración del principio de tipicidad por anulación de un acto administrativo constitutivo de un elemento del tipo.
4. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE.
 - A) Base constitucional del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable.
 - B) La retroactividad debe aplicarse en cualquier instancia, administrativa o judicial, donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora.
5. ANTIJURIDICIDAD.
 - A) Elemento necesario de la infracción.
 - B) El derecho de asociación y la libertad de expresión como posibles causas que justifican la indisciplina de un guardia civil.
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 o una discrepancia interpretativa razonable de la norma tributaria aplicable.

B) Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad.

7. SUJETOS RESPONSABLES.

A) El principio de personalidad de la sanción impide sancionar a entes sin personalidad.

B) El principio de personalidad de la sanción impide que la entidad resultante de una fusión responda de las infracciones cometidas por una de las entidades fusionadas.

8. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*.

A) Hechos relacionados, aunque distintos, que impiden apreciar vulneración del *non bis in idem* tanto en su vertiente material como procedimental.

9. COMPETENCIA SANCIONADORA.

A) Interpretación restrictiva de las causas de abstención y recusación y momento en que deben hacerse valer.

B) La competencia territorial sancionadora viene determinada por el lugar de comisión de la infracción.

10. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

A) El mantenimiento de una suspensión provisional de funciones sin acto expreso que la fundamente constituye una vía de hecho que vulnera los artículos 24 y 25 CE.

B) Falta de legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia en materia de protección de datos.

C) Legitimación del denunciante: necesidad de relación clara e inequívoca entre sus intereses y el objeto de la actuación administrativa discutida.

D) Irregularidades procedimentales no invalidantes: abstención y recusación.

11. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

A) La presunción de inocencia es un derecho que asiste sólo al acusado y que no puede ser invocado por la Administración sancionadora (presunción de inocencia invertida).

B) No informar debidamente al expedientado del derecho que le asiste a solicitar un contraanálisis le produce indefensión e invalida la fuerza probatoria del análisis practicado.

C) Prueba ilícita obtenida con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas.

D) Un parte de un militar puede constituir prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia o no serlo, según las circunstancias concurrentes.

E) El valor probatorio de los hechos consignados por agente de la autoridad cede ante el informe preciso y coherente aportado por el imputado.

12. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- A) *Dies a quo* del cómputo del plazo. Regla general.
 - B) *Dies ad quem* del cómputo del plazo en las infracciones del orden social.
 - C) La caducidad del procedimiento sancionador implica la nulidad de las medidas no sancionadoras que en él se adopten.
 - D) No cabe declarar la caducidad de un procedimiento en el que ya haya recaído resolución.
 - E) Suspensión del plazo de caducidad en los expedientes disciplinarios contra jueces.
 - F) Suspensión del plazo de caducidad por la tramitación de cuestiones incidentales promovidas por los imputados.
13. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES.
- A) La determinación de la sanción tributaria requiere tratar separadamente cada infracción.
14. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN.
- A) La presentación de una denuncia no interrumpe la prescripción.
 - B) Prescripción de las infracciones continuadas.
15. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL.
- A) A las sanciones pecuniarias se aplican los mismos criterios de suspensión en vía judicial que a cualquier otro acto administrativo.
16. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA.
- A) Sustitución o modulación de la sanción.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Contenido aflictivo y finalidad retributiva de la sanción

Profundizando en el concepto de sanción, y con la intención de distinguirla claramente de las obligaciones tributarias, la **STS de 10 de febrero de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 2437/2004), sostiene que la sanción no sólo tiene un contenido aflictivo, sino que dicho contenido puede considerarse, además, exclusivo y excluyente de otras finalidades con las que se pretenda vincular a la sanción. Así, indica que «el distinto ámbito en que obligación tributaria y sanción tributaria operan obliga inexorablemente, de modo tan inexorable como una ley física, a que cuando se pretenden allegar recursos para hacer frente a las necesidades que la sociedad demanda, el legislador ha de actuar sobre los parámetros que inciden en la obligación tributaria. En ningún caso, sobre los que operan en el ámbito sancionador, pues las finalidades recaudatorias son ajenas a las sanciones. Por eso, la utilización de la sanción tributaria para fines recaudatorios es sencillamente repudiable».

B) Actos que no constituyen sanción

— De conformidad con la **STS de 3 de febrero de 2010**, Sección Quinta (recurso de casación 4709/2005), carece de naturaleza sancionadora la obligación, impuesta al autor de una tala de árboles realizada sin autorización administrativa y sancionado por ello, de «reparar los daños causados, mediante la restauración y repoblación de los terrenos, eliminado todo cultivo agrícola», así como la «práctica de la nota marginal en el Registro de la Propiedad sobre la finca o fincas afectadas por dicha obligación».

— Tampoco la tasa láctea, de conformidad con una reiterada jurisprudencia que recoge la **STS de 25 de febrero de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 10430/2004), es una sanción. Como a su vez recuerda la **STS de 4 de febrero de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 6151/2004), esta medida «posee la naturaleza propia de las exacciones reguladoras de precios (...), ya que su objeto dentro de la Política Agrícola Común es el de actuar como medio regulador en el mercado de los productos lácteos con la finalidad económica y de organización supranacional de reducir los excedentes de producción, que influirían en definitiva en el precio de tales productos».

2. POTESTAD SANCIONADORA

A) Límites constitucionales en la imposición de sanciones privativas de libertad a guardias civiles

La Sala Segunda del TC plantea cuestión interna de inconstitucionalidad con relación al artículo 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil por posible vulneración del artículo 25.3 CE. A este respecto, hay que tener en cuenta que la Ley Orgánica 11/1991 ha sido derogada por la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, en la que se suprime la sanción de arresto a los guardias civiles, salvo en los casos en que lleven a cabo misiones militares o cuando se integren en unidades militares. Por lo que se refiere al posible precepto vulnerado, el artículo 25.3 CE dispone que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». El cuestionado artículo 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991 preveía sanciones de distinta naturaleza para el mismo tipo de infracción. Así, el artículo 10.1 establece las sanciones que pueden imponerse por la comisión de las 27 conductas que se tipifican como faltas leves en el artículo 7, previendo, sin una correlación concreta, la posibilidad de imponer o una reprensión o una pérdida de haberes de uno a cuatro días o un arresto de uno a treinta días en el domicilio. Por su parte, el artículo 10.2 hace lo mismo: prevé para las 34 infracciones graves del artículo 8 la sanción o de pérdida de destino o de pérdida de cinco a veinte días de haberes o de arresto de un mes y un día a dos meses en establecimiento disciplinario militar.

La cuestión planteada es si los miembros de la guardia civil en el desempeño de funciones policiales, esto es, no militares, pueden ser sancionados con arresto. Pues bien, según la **STC 73/2010, de 18 de octubre** (Sala Segunda, cuestión interna de inconstitucionalidad), hay que interpretar el artículo 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991 en el sentido de que «el artículo 25.3 CE no permite a las autoridades o mandos de la Guardia Civil (...) imponer sanciones que impliquen privación de libertad cuando se trate de actuaciones desarrolladas dentro del ámbito de las funciones policiales que la ley les encomienda. O, dicho de otro modo, el artículo 25.3 CE no permite, (...) que, previendo el artículo 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991 para la misma categoría de infracciones sanciones de diferente naturaleza jurídica —que pueden ser de contenido económico, referidas a la carrera de los sancionados, y otras privativas de libertad—, se imponga

una sanción de arresto sin que haya quedado acreditado y motivado en la resolución sancionadora que la infracción ha sido cometida en el ejercicio de una función militar». Por tanto, concluye la sentencia, «el artículo 10.1 y 2 (...) sólo resulta acorde con la CE si se interpreta en el sentido de que la imposición de las sanciones privativas de libertad procede cuando la infracción ha sido cometida en una actuación estrictamente militar y así se motive en la resolución sancionadora». Se declara que el precepto no es inconstitucional interpretado en los términos establecidos en dicha sentencia.

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) **Vulnera la reserva de Ley una sanción impuesta en aplicación de una norma reglamentaria que se apoya en una Ley derogada**

Tanto el carácter excesivamente básico del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) como su insuficiente desarrollo normativo por las Comunidades Autónomas están provocando graves situaciones de anomia en materia de régimen disciplinario de los funcionarios públicos. De ello es buena muestra la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de julio de 2010** (recurso de apelación 403/2003). En el supuesto enjuiciado, un funcionario interino autonómico fue sancionado por infracción grave consistente en «falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento del servicio». Dicha falta se encontraba tipificada en el RD 33/1986, del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, cuya base legal estaba constituida por el artículo 89 de la Ley de Funcionarios de la Administración Civil del Estado de 1964. El problema es que el EBEP deroga expresamente el artículo 89 de la citada Ley de 1964, dejando sin apoyo legal al Reglamento de 1986, y exigiendo que la tipificación de las infracciones graves y leves, con sus respectivas sanciones, sea expresamente abordada por norma con rango de ley, ya sea estatal o autonómica, según el caso. En el supuesto, ello conduce a la anulación de la sanción impuesta sobre la base de dos consideraciones. En primer lugar, la sentencia estima que cabe considerar derogado el RD 33/1986, puesto que el EBEP «deroga expresa e individualizadamente el artículo 89 LFCE de 1964 [DD Única, ap. a)], y deroga, también expresamente, con carácter general ‘todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Estatuto’ [DD Única, ap. g)]. La conclusión que deriva de lo anterior no puede ser otra que la de considerar que a partir de la entrada en vigor del EBEP, ha quedado derogada la tipificación y sanción de las infracciones graves realizada por el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RD 33/1986), al ser, por su condición jerárquica de norma meramente reglamentaria, abierta y frontalmente incompatible con las exigencias de reserva de Ley en materia disciplinaria que se imponen por el citado EBEP, por lo que resulta directamente afectado por la derogación general prevista en la letra g) de su Disposición Derogatoria Única». En segundo lugar, razona la sentencia que, «aun en la hipótesis de admitir la subsistencia transitoria de los preceptos del Reglamento disciplinario que tipifican las faltas graves, hasta que se dicten las Leyes que desarrollen el EBEP, (...) debe asimismo concluirse que tal tipificación reglamentaria habría quedado carente de la cobertura legal habilitante que le proporcionaba el artículo 89 LFCE de 1964, que ha sido objeto de derogación expresa y singular por el EBEP, por lo que se habría igualmente vulnerado el derecho fundamental invocado por el recurrente [de reserva de Ley]».

B) **Distinción entre falta de tipicidad absoluta y falta de tipicidad relativa**

Con relación a las posibles vulneraciones de las que puede ser objeto el principio de tipicidad, la **STS de 11 de febrero de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-

disciplinario 102/2009), precisa que «el principio de legalidad, en su manifestación de tipicidad, viene a significar la posibilidad de revisión de los actos administrativos sancionadores contrarios a la legalidad ordinaria, distinguiéndose entre la falta de tipicidad absoluta o falta de ilicitud del acto sancionado en el momento de la comisión y la falta de tipicidad relativa, para el supuesto de que la acción sancionada no esté incardinada en el tipo disciplinario por el que se calificó, aunque pueda estarlo en otro distinto, supuesto este que no supone infracción de legalidad».

**C) Vulneración del principio de tipicidad por anulación
de un acto administrativo constitutivo de un elemento del tipo**

La entidad «Canal de Isabel II» fue sancionada con multa de 300.000 euros por una infracción muy grave en materia de aguas (vertido de aguas residuales), a lo que se sumó la obligación de indemnizar por daños al dominio público hidráulico en la cantidad de 60.507,00 euros. Aunque la realización de los hechos constitutivos de la infracción se encontraba suficientemente acreditada, la calificación de «muy grave» venía determinada por la cuantía de los daños al dominio público hidráulico. La entidad sancionada impugnó el procedimiento de cálculo empleado, al no haber sido establecido de conformidad con lo previsto en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico. La **STS de 1 de febrero de 2010**, Sección Quinta (recurso de casación 462/2007), admite la alegación y asume, en consecuencia, que «el informe de valoración de los daños está privado de sustento», por lo que anula la valoración de daños y la obligación de indemnizar. Sin embargo, la sentencia también deduce de esta situación la invalidez de la resolución sancionadora, pues «sucede que la ausencia de una valoración válida de los daños impide también el encuadramiento de la conducta en el tipo de infracción por el que Canal de Isabel II ha sido sancionada, ya que al no existir una valoración de los daños causados no cabe imputar a dicha entidad una infracción grave o muy grave (...) pues la tipificación de la infracción en uno u otro grado (...) presupone la causación de daños cuya valoración supere los 4.507,59 euros y los 45.075,91 euros». Ello, sin embargo, no impide el mantenimiento de la infracción, si bien calificándola como «menos grave».

4. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

**A) Base constitucional del principio de retroactividad
de la norma sancionadora más favorable**

Siguiendo la doctrina constitucional existente en la materia, la jurisprudencia ordinaria reconoce al principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable un verdadero anclaje constitucional, pero no en el derecho fundamental a la legalidad sancionadora del artículo 25 CE, sino deducido «*contrario sensu* del artículo 9.3 de la Constitución» (**SSTS de 8 y 15 de febrero de 2010**, Sección Segunda (recursos de casación 4235/2006 y 6422/2004)).

**B) La retroactividad debe aplicarse en cualquier instancia,
administrativa o judicial, donde se encuentre pendiente
de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora**

La **STS de 25 de febrero de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 5920/2004), confirma la posibilidad de aplicar retroactivamente la norma sancionadora más favorable, incluso en fase

de ejecución de sentencia. En el supuesto enjuiciado, la sentencia confirmó la sanción impuesta por la Administración tributaria a «Caja de Ahorros Castilla-La Mancha», pero advirtiéndole que ello se producía «sin perjuicio de que pueda la Administración tributaria valorar, al ejecutar la sentencia, la posible aplicación retroactiva de la LGT 58/2003, caso de considerarse más favorable para la entidad recurrente».

5. ANTIJURIDICIDAD

A) Elemento necesario de la infracción

Como parte de su argumentación para rechazar que la tasa láctea tenga naturaleza sancionadora, la **STS de 25 de febrero de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 10430/2004), aclara que la actuación del particular que produce leche por encima de la cuota asignada no resulta antijurídica. «La nota esencial de toda infracción es la antijuridicidad de la conducta sancionada. Esa nota, desde luego, no concurre en la tasa cuestionada, puesto que producir por encima de la tasa asignada no es una conducta “ilícita”, sino una conducta “gravada”, lo que es cosa bien distinta. No son, por tanto, aplicables las consideraciones derivadas del derecho sancionador».

B) El derecho de asociación y la libertad de expresión como posibles causas que justifican la indisciplina de un guardia civil

El guardia civil don Fausto, delegado de la asociación unificada de la guardia civil (AUGC) en Aragón, fue sancionado con pérdida de quince días de haberes por falta grave consistente en hacer manifestaciones contrarias a la disciplina del artículo 8.17 de la Ley Orgánica 11/1991. En concreto, porque en una entrevista que dio para la cadena televisiva «Antena Aragón» manifestó que los guardias civiles de Aragón iban a hacer la campaña de «enero en blanco», es decir, una huelga consistente en no denunciar las posibles infracciones de tráfico que detectaran durante ese mes. Alega el sancionado que su actuación ha quedado amparada por el ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión, del derecho fundamental de asociación y el de defensa de los derechos e intereses legítimos del colectivo al que representa. Pero, para la **STS de 3 de marzo de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación 201-104/2009), «resulta en todo caso indudable que la libertad de expresión del recurrente se encuentra sujeta a los límites derivados de la observancia de la disciplina, por lo que no ampara en ningún caso manifestaciones como las realizadas por el sancionado que afectan de modo manifiesto al servicio debido y, por ende, a la seguridad pública». Por otro lado, explica, «es cierto que al recurrente, como portavoz o representante de la Asociación Unificada de la Guardia Civil y contemplando su actuación con la nueva perspectiva aportada por la citada Ley Orgánica Reguladora de los Derechos y Deberes de los Miembros de la Guardia Civil, que reconoce el derecho de asociación, 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 (...) esta libertad no puede, en ningún caso, alcanzar al anuncio y justificación de actuaciones concertadas que manifiestamente alteran el normal funcionamiento del servicio o pueden generar un incremento relevante del riesgo para el conjunto de los ciudadanos». Se confirma la sanción impuesta.

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 o una discrepancia interpretativa razonable de la norma tributaria aplicable**

Vuelve a repetir esta jurisprudencia, acaso excesivamente formalista y, por ello, de discutible acierto, la **STS de 26 de abril de 2010** (recurso de casación 440/2005), una vez más de la Sección Segunda de la Sala Tercera y con relación a sanciones tributarias [*vid.* en los núms. 44, 45, 46, 48 y 49 de esta Revista, los apartados VII.9.B) y C); VII.12.B); VII.11.C); VII.5.A), y VII.5.C), respectivamente].

B) **Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue ofreciendo ejemplos de conductas constitutivas de infracción administrativa que no son sancionables, por ausencia de culpabilidad, al haber sido realizadas sobre la base de una interpretación razonable, aunque errónea, de la norma tributaria. En el caso de la **STS de 25 de enero de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 5821/2004), la entidad «Olivetti tecnost España, S.A.», fue sancionada por una infracción relativa al impuesto de sociedades de 1992, al considerar fiscalmente deducibles las dotaciones realizadas al «Fondo de indemnizaciones diferidas», que traía causa de un expediente de regulación de empleo. La sentencia estima que «si las prestaciones para las que Olivetti creó el “Fondo de indemnizaciones diferidas” podían asimilarse a las de jubilación, resultando pertinente la aplicación de las disposiciones tributarias previstas para los planes y fondos de pensiones y, en general, para las instituciones de previsión de personal, esa conclusión resultaba de un estudio profundo e integrador de la normativa a la sazón en vigor, que no hacía extravagante y desechable *prima facie* la tesis defendida por la compañía recurrente (...). La tesis mantenida por Olivetti respondía, pues, a una exégesis desacertada pero que dejaba traslucir un entendimiento razonable de la norma. Tan es así, que en la fecha de los hechos del litigio (1992) no existía aún una clara doctrina administrativa o jurisprudencial sobre el particular». Tales circunstancias, unidas al hecho de que la sancionada no ocultara los datos relevantes para la práctica de la liquidación cuestionada, permiten afirmar que «no existe culpabilidad en su comportamiento, ni siquiera a título de culpa leve», por lo que se anula la sanción impuesta.

7. SUJETOS RESPONSABLES

A) **El principio de personalidad de la sanción impide sancionar a entes sin personalidad**

El artículo 78.3 de la «Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y de Gestión de Residuos», aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid en sesión ordinaria de fecha 27 de febrero de 2009 disponía: «Cuando se trate de obligaciones colectivas [impuestas por la ordenanza], tales como uso, conservación y limpieza de recipientes normalizados, limpieza de zonas comunes, la responsabilidad será atribuida a la respectiva comunidad de propietarios o habitantes del inmueble cuando aquélla no esté constituida, y al efecto, las denuncias se formularán contra la misma o, en su caso la persona que ostenta la representación». La Ordenanza fue recurrida, y la **STSJ de Madrid de 17 de junio de 2010** (recurso contencioso-administrativo

372/2009) declara la nulidad de dicho precepto por vulnerar los principios de personalidad y culpabilidad de las sanciones, al considerar que «es contrario al artículo 130 de la Ley 30/1992 que señala que “1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”. El respeto al principio de culpabilidad exige que solamente las personas físicas o jurídicas puedan ser responsables de las infracciones, por lo que procede la anulación de dicho párrafo».

B) El principio de personalidad de la sanción impide que la entidad resultante de una fusión responda de las infracciones cometidas por una de las entidades fusionadas

Al momento de producirse la fusión entre varias entidades bancarias, los administradores de la nueva entidad resultante —el Banco Bilbao Vizcaya— se percataron de la existencia de unos fondos no incluidos en la contabilidad de una de las entidades fusionadas (el Banco de Vizcaya), de lo cual dieron inmediata cuenta al Banco de España para proceder a la regularización de la situación. Pese a ello, el Banco de España impuso a la nueva entidad una multa de 1.000.000 de euros por incumplimiento de las normas vigentes en materia de contabilización de operaciones y formulación de balances, cuentas de pérdidas y ganancias y estados financieros de obligatoria comunicación. La **SAN de 19 de mayo de 2010** (recurso contencioso-administrativo 399/2009) anula la sanción por vulneración de los principios de personalidad y culpabilidad, al considerar que «los hechos constitutivos de infracción no fueron realizados por la entidad actora sino por entidades bancarias cuya fusión dio origen a la entidad recurrente, pero cuyas personalidades jurídicas son distintas. Por ello, si bien una fusión provoca la subrogación en todo su patrimonio activo y pasivo de la entidad resultante de la fusión en relación a las fusionadas, porque se produce una sucesión en el mismo, no así la responsabilidad infractora, ya que la personalidad de las sanciones administrativas impide que las mismas sean traspasadas a los sucesores patrimoniales de los infractores. Quiere ello decir que no puede imputarse a la entidad resultante de la fusión, las infracciones cometidas por las fusionadas, pues sus personalidades jurídicas son distintas, con independencia de que se haya producido una sucesión en derechos y obligaciones». La sentencia, sin embargo, no descarta que la nueva entidad hubiera podido resultar responsable «si no hubiese tomado las medidas necesarias para enmendar la situación descrita y hubiese permitido su mantenimiento en el tiempo, porque en tal caso podría apreciarse negligencia en hechos propios», lo que, sin embargo, no ocurrió, dada la diligente actuación de la nueva entidad con relación a la regularización de la situación irregular.

**8. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS:
*NON BIS IN IDEM***

A) Hechos relacionados, aunque distintos, que impiden apreciar vulneración del *non bis in idem* tanto en su vertiente material como procedimental

Un magistrado fue sancionado por la infracción disciplinaria grave prevista en el artículo 418.11 LOPJ, consistente en el «retraso injustificado en la iniciación o tramitación de los procesos o causas de que conozca el juez o magistrado en el ejercicio de su función (...)». En el relato fáctico que sirvió para la imposición de dicha sanción se hacía referencia, entre otros muchos, a cuatro asuntos civiles. Con posterioridad, el magistrado volvió a ser sancionado, en esta ocasión por la persistencia en negarse a dictar sentencia en relación con los cuatro asuntos civiles

señalados, actuación que se consideró constitutiva de la infracción muy grave prevista en el art.417.9 LOPJ. Alegada la posible vulneración del *non bis in idem*, la **STS de 12 de febrero de 2010**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 359/2006), considera que las dos resoluciones «sancionan, a partir de una misma realidad fáctica, conductas distintas que, además, son perfectamente compatibles». De este modo, mientras la primera de ellas reprocha al sancionado «el retraso, general e injustificado, en la tramitación de los asuntos sometidos a su conocimiento», la segunda «hace lo propio en atención a la persistencia de aquél transcurrido un año desde la visita de inspección (...) que revela que la conducta viene referida a un período de tiempo distinto (...) con un plus de reproche derivado de la negativa consciente del Magistrado expedientado a dictar resolución (...) Y decimos que ambas sanciones son, además, perfectamente compatibles pues, en otro caso, se llegaría a un resultado que debemos calificar como inasumible, esto es, que sancionado el titular de un órgano judicial por retraso en la resolución de unos determinados asuntos, resultara imposible cualquier otro reproche disciplinario en caso de que persistiera en tal actitud en esos mismos procedimientos, con la consiguiente afectación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos parte en aquéllos».

Una situación similar, aunque vinculada a la vertiente procedimental del *non bis in idem*, puede apreciarse en la **STS de 15 de febrero de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 6422/2004). En el caso, la Audiencia Nacional autorizó a la Agencia tributaria a acceder a unas Diligencias Previas que se encontraban en tramitación, relativas a unos posibles delitos de falsedad en documento mercantil, maquinación para alterar el precio de las cosas, apropiación indebida y otros más, dadas las posibles consecuencias tributarias que podrían tener los hechos allí tratados. Como resultado del acceso a esta información, y tras la oportuna tramitación del expediente sancionador, se impusieron varias sanciones al encausado, quien alegó la vulneración del principio *non bis in idem* en su vertiente procedimental, al entender que la preeminencia del proceso penal sobre cualquier otro implicaba la obligada interrupción de las actuaciones administrativas de comprobación tributaria a results del proceso penal. La sentencia, sin embargo, considera que «no consta que la Inspección tributaria investigara hechos que constituyeran ilícito penal conforme a las normas entonces vigentes; ni que en el curso de las actuaciones de comprobación (limitadas) seguidas, los actuarios apreciaran que los obligados tributarios hubieren realizado un delito contra la Hacienda Pública o cualquier otro delito (...)». En este sentido, esta Sala no acierta a comprender en virtud de qué precepto legal, reglamentario o constitucional el Equipo (...) [de inspección tributaria] debió paralizar las actuaciones inspectoras hasta que concluyera con sentencia firme un proceso penal en el que se investigaban». Y, termina, «una cosa es que de los procesos judiciales pudieran llegar a derivarse, eventualmente, hechos con trascendencia tributaria que, por razones obvias, habrían de ser tenidos en cuenta por la Administración tributaria y otra muy distinta que en tales procesos se enjuicien los mismos hechos que en las actuaciones inspectoras (...), lo que, obviamente, hubiera debido determinar (...) que los actuarios de la Inspección paralizaran el procedimiento administrativo hasta que la autoridad judicial dictara sentencia firme».

9. COMPETENCIA SANCIONADORA

A) Interpretación restrictiva de las causas de abstención y recusación y momento en que deben hacerse valer

El señor Jenaro, sancionado por varias infracciones en materia tributaria, impugna la sanción alegando, entre otros motivos, que los funcionarios encargados de la tramitación de su expediente debían haberse abstenido de intervenir en él, dado que habían tenido cierta relación en un

proceso penal abierto también contra él por unos hechos relacionados. En particular, considera que debía entenderse que concurrían las causas de abstención del artículo 28.2.a) y d) LRJAP y PAC («tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro cuya resolución pudiera influir la de aquél» y «haber tenido intervención como perito o testigo en el procedimiento de que se trate», respectivamente). Pero la **STS de 15 de febrero de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 6422/2004), rechaza estas alegaciones afirmando la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de las causas de abstención: «el carácter taxativo de las causas de abstención y recusación que establecen los citados artículos 28 y 29 de la LRJAP y PAC no permiten su aplicación analógica y no puede asimilarse la condición de “actuuario” o miembros de un equipo de inspección (...) a la de “perito” (...), razón por la cual no puede apreciarse causa alguna de abstención o recusación en el instructor del expediente por el hecho de haber intervenido con anterioridad en el procedimiento de comprobación tributaria seguido». Del mismo modo, «tampoco puede afirmarse que dichos inspectores actuarios tengan un “interés particular” que colisione con el “interés general” perseguido en las actuaciones de comprobación e investigación desarrolladas cerca del Sr. Jenaro».

Además, la sentencia también sostiene que «las causas de abstención del artículo 28 de la LRJAP y PAC han de ser alegadas en todo caso durante la tramitación del procedimiento en que intervienen las personas en quienes las causas de abstención concurren, porque, en caso contrario (...), se habría privado a quienes se reprocha el dictar una resolución mediando causa de abstención del mecanismo de defensa legalmente previsto, así como de que resolviera la recusación invocada el órgano competente para ello».

B) La competencia territorial sancionadora viene determinada por el lugar de comisión de la infracción

La entidad «Catalysis, S.L.» puso en el mercado un producto denominado «Blue Cap Spray». Como consecuencia de los análisis realizados sobre unas muestras recogidas en la Comunidad de Madrid, la Agencia del Medicamento ordenó la prohibición de su fabricación y comercialización, así como la retirada de los productos ya colocados en el mercado. Por su parte, el Director General de Farmacia y Productos Sanitarios de la Comunidad de Madrid, tras la incoación y tramitación del correspondiente expediente sancionador, resolvió imponer a la citada empresa sendas sanciones administrativas por poner en el mercado productos con sustancias prohibidas y por hacer mención en la publicidad del producto a propiedades curativas que inducen a error. «Catalysis, S.L.» recurre dicha resolución alegando, entre otras cosas, su domicilio en la Comunidad Autónoma de Castilla y León como causa de la falta de competencia territorial de la Administración madrileña. Pero la **STSJ de Madrid de 19 mayo de 2010** (recurso contencioso-administrativo 60/2008), rechaza este óbice afirmando que «la competencia territorial viene definida por el lugar en que se comete la infracción, y si éste radica en el territorio de la CAM serán los órganos correspondientes de ésta quienes deban instruir el expediente correspondiente y, en su caso, sancionar la conducta (...). Los bienes jurídicos protegidos por las dos infracciones que se consideran cometidas por la actora son la salud y la seguridad de los consumidores, adquirentes últimos de los productos por ella comercializados, y su lesión se produce en el momento en que se ponen a su disposición en unas determinadas condiciones de comercialización. En el supuesto que examinamos, las muestras del producto cosmético analizadas que motivan la apertura del expediente se encontraban a disposición del público en comercios de Madrid, de donde resulta la competencia de esta Comunidad Autónoma para valorar si tal exposición a la venta constituía infracción alguna de las previstas en la normativa aplicable».

10. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) **El mantenimiento de una suspensión provisional de funciones sin acto expreso que la fundamente constituye una vía de hecho que vulnera los artículos 24 y 25 CE**

En el curso de la llamada «Operación Bloque», la policía detuvo a 23 policías locales del municipio madrileño de Coslada. Don Francisco —y 15 policías locales más de entre los detenidos— acabó en prisión provisional. Al día siguiente de la operación policial, el Ayuntamiento inició expediente administrativo sancionador contra don Francisco por falta disciplinaria muy grave, adoptando como medida provisional la de suspensión de funciones por una duración no superior a seis meses y que, en su caso, se debería mantener por el tiempo de duración de la prisión provisional. Siete meses más tarde, el 19 de diciembre de 2008, el Juzgado de Instrucción acordó la libertad provisional de don Francisco y el 3 de febrero de 2009, el levantamiento de la medida cautelar penal de suspensión de su actividad como policía local. Sobre la base de todo ello, y ante la ausencia de cualquier resolución administrativa y judicial en contrario, don Francisco solicitó del Ayuntamiento el 13 de febrero 2009 su reincorporación inmediata al servicio, solicitud a la que el Ayuntamiento no contesta negativamente hasta el 7 de mayo de 2009, un mes más tarde de que don Francisco hubiera recurrido el mutismo del Ayuntamiento como vía de hecho. La **STSJ de Madrid de 11 de mayo de 2009** (recurso de apelación 1453/2009), confirma la sentencia del juzgado que da la razón a don Francisco y ordena la readmisión de don Francisco desde su solicitud hasta que se dictó resolución expresa prorrogando la suspensión provisional de funciones:

«Hubiera sido deseable una mayor diligencia en el actuar de la Administración pues lo contrario ha supuesto que se esté ante una vía de hecho que ha supuesto para el interesado vulneración de las garantías constitucionales reconocidas en los artículos 24 y 25 de la CE por cuanto de hecho se ha adoptado una medida cautelar de suspensión de funciones de plano y ello supone privar al interesado del derecho de defensa en cuanto que desconoce las razones que justifican su mantenimiento así como la proporcionalidad en su adopción que exige analizar tanto los intereses públicos como los intereses privados que están en juego en cuanto se acuerda la medida cautelar de suspensión de funciones».

B) **Falta de legitimación del denunciante para recurrir el archivo de su denuncia en materia de protección de datos**

Las autoridades policiales conservaban unos antecedentes penales de don Nicolás que se remontan al año 1974, antecedentes policiales que —según el afectado— debieron ser en su día cancelados en aplicación de la Ley de Amnistía de 1977. Don Nicolás formula la correspondiente denuncia ante la Agencia de Protección de Datos que, tras realizar algunas actuaciones de comprobación, resuelve archivar el expediente. Don Nicolás recurre la resolución de archivo, y la **SAN de 28 de mayo de 2010** (recurso contencioso-administrativo 184/2009), inadmite el recurso por falta de legitimación activa aplicando la jurisprudencia existente al respecto.

C) **Legitimación del denunciante: necesidad de relación clara e inequívoca entre sus intereses y el objeto de la actuación administrativa discutida**

Don Gaspar denuncia que la calidad del hormigón utilizado por «Aldeasa Construcciones, S.A.» en las obras ejecutadas en el puerto de Torre Vieja, como contratista de la Consejería

de Infraestructuras y Transportes de la Comunidad Valenciana, es deficiente y vulnera la Instrucción de Hormigón Estructural, aprobada por RD 2661/1998, lo cual supone —a su juicio— un fraude y una alteración del objeto del contrato administrativo. Tras las pesquisas oportunas, la Administración autonómica resolvió desestimar la denuncia. Don Gaspar recurre dicha resolución, demandando la anulación del acto impugnado y la condena a la Administración autonómica a iniciar y seguir un expediente sancionador contra la concesionaria. La **STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de junio de 2010** (recurso contencioso-administrativo 1842/2008), tras repasar la doctrina sobre la legitimación y la necesidad de acción pública expresamente reconocida para actuar por un interés simple en la mera legalidad, dispone que el actor «incurre en una evidente falta de legitimación, puesto que no puede pretender cuestionar un procedimiento de contratación, su adecuada ejecución, sin tener nada que ver con ninguna de las relaciones contractuales, sin haber participado en la licitación ni obtener beneficio o perjuicio alguno con la resolución del proceso, sin tener que ver con la adjudicación de contratos de ejecución. No se da, pues, una relación clara e inequívoca entre los derechos e intereses de la actora y el objeto de este proceso».

D) Irregularidades procedimentales no invalidantes: abstención y recusación

La ya comentada **STS de 15 de febrero de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 6422/2004), recuerda que la no abstención cuando era debida es «una actuación siempre irregular sometida a sospecha de parcialidad que anuda responsabilidades de diversa índole, pero que no comporta siempre la ineficacia del acto de que se trate, salvo que el contenido de este resulte afectado ciertamente de esa falta de objetividad que se sospecha por razón de la incompatibilidad de su autor y que por ello incurra en una infracción del ordenamiento jurídico determinante de su nulidad o anulabilidad».

11. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) La presunción de inocencia es un derecho que asiste sólo al acusado y que no puede ser invocado por la Administración sancionadora (presunción de inocencia invertida)

Vuelve a hacerse eco de esta jurisprudencia la **STS de 23 de febrero de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario 116/2009), que rechaza la legitimación de la Abogacía del Estado para recurrir «en aquellos casos en que, directa o indirectamente, se invoque a favor de la Administración la infracción de la presunción de inocencia, que como tal derecho esencial está previsto para amparar al acusado y no a quien sostenga la acusación, en cuyo caso venimos hablando de inadmisibles presunción de inocencia al revés». En el caso, un cabo de la Guardia civil fue sancionado por la publicación en Internet de unas conversaciones mantenidas con sus superiores y que fueron grabadas y hechas públicas sin el conocimiento ni el consentimiento de éstos. El Tribunal *a quo* consideró que del hecho indubitado de la grabación no podía deducirse el de la publicación, dado que las grabaciones habían sido aportadas a varios expedientes por diversos motivos, lo que implicaba que el sancionado no siempre tuvo el control sobre lo se grabó y luego se difundió, por lo que anuló la sanción. La Abogacía del Estado impugna la sentencia por falta de lógica en el razonamiento, al considerar que del hecho admitido de la autoría y conservación de la grabación se seguiría a modo de razonable consecuencia la participación del encartado en la difusión de los contenidos, estimando que, al no seguir este razonamiento, la sentencia de instancia vulneró el principio de presunción de inocencia.

B) No informar debidamente al expedientado del derecho que le asiste a solicitar un contraanálisis le produce indefensión e invalida la fuerza probatoria del análisis practicado

A la soldado del Ejército de Tierra doña Carla se le impuso una sanción disciplinaria extraordinaria de separación del servicio por infracción del artículo 17.3 de la Ley Orgánica 8/1998 consistente en consumir drogas con habitualidad (tres o más veces). El resultado positivo en cannabis de los tres análisis de orina practicados fueron formalmente notificados a doña Carla, haciéndose constar en dichas comunicaciones, sin más, «la posibilidad de realizar un posible contraanálisis». La expedientada rechazó el segundo de los consumos atribuidos lo que determinó, según la **STS de 8 de marzo de 2010**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar ordinario 204/33/2009), que la Administración debiera de haberla informado, para ejercer el referido derecho al contraanálisis, sobre los siguientes extremos: «el plazo para el ejercicio; el órgano ante el que debe presentarse la solicitud; los requisitos de la solicitud, y la obligación de abonar el importe del contraanálisis si su resultado coincide con el de la prueba». Como no lo hizo, faltó la posibilidad de contradicción de la expedientada lo que produjo la pérdida de eficacia probatoria del segundo de los análisis realizados. Se estima el recurso y anula la sanción impuesta. En los mismos términos, **STS de 2 de marzo de 2010**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar ordinario 204/14/2009).

C) Prueba ilícita obtenida con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas

La entidad «Catalana de Electrodomésticos, S.A.» cuya actividad principal es el comercio al por menor de electrodomésticos, fue sancionada por infracciones tributarias relativas al impuesto sobre sociedades consistentes en anomalías sustanciales en su contabilidad. La sentencia de instancia anuló las sanciones impuestas porque se basaron en pruebas ilícitas obtenidas en un registro de las oficinas de la entidad sin mandato judicial y sin la autorización expresa de la persona responsable de tal empresa. El abogado del Estado interpone recurso de casación aduciendo que la entrada de los dos inspectores de tributos se produjo no en el domicilio privado de una persona jurídica, sino en el local de negocio de una persona jurídica. Pues bien, según la **STS de 24 de abril de 2010**, Sección Primera (recurso de casación 3791/2006), no cabe desconocer que la STC 137/1985 extendió el derecho constitucional de inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas, si bien, posteriormente, la STC 69/1999 aportó un matiz importante a su doctrina, al declarar que, «respecto al concepto de domicilio y a los titulares del derecho a su inviolabilidad, ha de tenerse presente que no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el artículo 18.2 CE garantiza. Y la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de terceros». Así pues, explica la sentencia, tienen la consideración de domicilio, a efectos de la protección constitucional otorgada por el artículo 18.2 CE respecto de las personas jurídicas, «los lugares utilizados por representantes de la persona jurídica para desarrollar sus actividades internas, bien porque en ellos se ejerza la habitual dirección y administración de la sociedad, bien porque sirvan de custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento y todo ello con independencia de que sea el domicilio fiscal, la sede principal o la sede secundaria, exigiéndose en estos casos la autorización judicial o el consentimiento del interesado. En cambio, no son objeto de protección los establecimientos abiertos al público o en que se lleve a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de la sociedad mercantil que no esté vinculada con la dirección de la sociedad ni sirva a la custodia de su documentación.

Tampoco, las oficinas donde únicamente se exhiben productos comerciales o los almacenes, tiendas, depósitos o similares». En el presente caso, dice la sentencia, es incuestionable que la entrada y registro tuvo lugar en el domicilio y oficinas de la entidad vinculadas con la dirección de la empresa y en las que se guardaba la documentación, por lo que habría hecho falta o mandamiento judicial o consentimiento del representante de la sociedad. Y no hubo ninguna de las dos cosas. En especial, con relación a lo segundo, «basta el examen de las diligencias para constatar que no hubo autorización por representante alguno de la empresa», pues los inspectores actuantes, Sr. Basilio y Sr. Santos, admitieron que se personaron en el domicilio social a las 9:30 horas acompañados de miembros de la Guardia Civil y que, al no encontrar a ningún representante de la empresa, se dirigieron a doña Eufrasia que dijo ser jefa de contabilidad, la cual les manifestó que no estaba autorizada por los representantes de la empresa, solicitándoles que esperaran a su llegada, no obstante lo cual los inspectores comenzaron el registro sin atender a dicha súplica. Se desestima el recurso de casación interpuesto.

No obstante, en un voto particular que se formula a dicha sentencia se disiente del criterio de la mayoría por dos razones. La primera es que, según los magistrados disidentes, sí existió consentimiento suficiente de quien podía otorgarlo para el acceso de la Inspección a los locales de la empresa. La segunda es que, atendida la naturaleza del local inspeccionado, ni siquiera habría sido necesaria la existencia de ese consentimiento. Con relación a lo primero, según diligencia levantada ese mismo día y que figura en el expediente, la Inspección fue recibida por doña Eufrasia, jefa de contabilidad, y por don Dimas, asesor externo de informática. Más tarde, sobre las 11:00 horas, hicieron acto de presencia don Laureano, apoderado, y don Urbano, abogado de la empresa. En esos momentos, la empresa no puso trabas a la actuación inspectora, sino que, al contrario, colaboró con ella facilitándole el acceso a todas sus dependencias, su documentación y sus archivos magnéticos. Por lo que respecta a lo segundo, el local al que accedieron los inspectores tributarios no merecía, según el voto particular, la consideración de domicilio constitucionalmente protegible de la persona jurídica, pues de las actuaciones procesales resulta que sólo albergaba la documentación contable y que en él se desarrollaba una cierta actividad laboral relacionada con aquélla, pero no que en él se adoptaran las decisiones fundamentales relacionadas con la actividad empresarial o con secretos comerciales o industriales que pertenecieran a la estricta reserva de la persona jurídica. En fin, termina el voto particular, «nos parece excesivo y arriesgado mediatizar dicha información contable de las empresas a la Inspección con la exigencia de un mandamiento judicial que, de seguirse la tesis mayoritaria, sería siempre preciso si se dan dos circunstancias presumiblemente generalizables: negativa a entregar la documentación necesaria y ubicación de ésta en un local de la empresa».

En idéntico sentido, y con el mismo voto particular, **STS de 23 de abril de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 6615/2003), y **SSTS de 23 de abril de 2010**, Sección Primera (recursos de casación 704/2004; 4888/2006; 4572/2004, y 5910/2006).

D) Un parte de un militar puede constituir prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia o no serlo, según las circunstancias concurrentes

Un guardia civil se dirigió de manera desconsiderada a su cabo 1.º, quien le había reprendido días antes ante otro compañero por un comportamiento irregular, diciéndole «demostraste poca educación cuando me llamaste la atención el otro día». Tales hechos fueron objeto de un parte, redactado por el mismo cabo 1.º, que sirvió como única prueba de cargo para sancionar al guardia civil como autor de una falta leve de «falta de respeto a los superiores». Alegada la falta de valor probatorio del parte y, en consecuencia, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por ausencia de prueba de cargo, la **STS de 11 de febrero de 2010**, Sala de lo Militar (recurso de

casación contencioso-disciplinario 102/2009), indica que «el parte es una declaración testifical incorporada a un documento y que la Autoridad valora y gradúa ateniéndose a las circunstancias concurrentes en el hecho y en el infractor», por lo que «el parte, que lleva dentro de sí el relato de un hecho, puede constituir por sí solo elemento probatorio suficiente». A ello no obsta el hecho de que el parte haya sido redactado por el superior jerárquico, si bien la sentencia aclara que «el parte no goza de presunción de veracidad y (...) no tiene prevalencia sobre ningún otro medio de prueba. [A pesar de ello], es apto para desvirtuar la presunción de inocencia, pero sometido siempre, como otro medio probatorio, a un análisis crítico de su fiabilidad (...) imprescindible para concluir si merece ser atendido, pues la versión que contiene puede no reflejar fielmente lo sucedido, bien por una defectuosa percepción de ello, bien por una mala conservación de lo percibido en la memoria, bien por una desajustada exposición, intencionada o no, de lo percibido y recordado. Y también es sabido que cuando el parte es emitido por el supuesto sujeto pasivo de la acción conviene extremar el rigor en el análisis mediante la valoración de elementos probatorios periféricos por cuanto pueden corroborar o no el contenido del parte».

E) El valor probatorio de los hechos consignados por agente de la autoridad cede ante el informe preciso y coherente aportado por el imputado

«Emisora Canaria, S.L.» es sancionada por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio por la producción de interferencias perjudiciales en los receptores de las aeronaves en zonas cercanas al aeropuerto de Tenerife-Sur. La entidad emisora recurrió la sanción aportando un informe técnico preciso y coherente que, según la **SAN de 9 de julio de 2010** (recurso contencioso-administrativo 336/2008), fue suficiente por sí mismo para desvirtuar los hechos consignados con excesiva parquedad por la Administración como justificación de la sanción. Así, explica la sentencia, el valor probatorio que pueda otorgarse a los hechos constatados por el agente «exige no sólo una completa descripción de tales hechos, sino la especificación de la forma en que se ha llegado a su conocimiento, no bastando con consignar el resultado final de la investigación», exigencias que en el supuesto considerado no se cumplen, cuando en el seno del expediente sancionador y en el propio trámite probatorio de estas actuaciones la entidad sancionada ha aportado un informe técnico que, aun siendo de parte, contrasta en su coherencia y precisión con la parquedad con la que la Administración pretende justificar la sanción por interferencias, sin incluso acotar debidamente las que le son atribuidas a la actora, cuando lo que consta es una circunstancia relativamente generalizada, en cuanto a la pluralidad de centros de emisión que en la zona se ubican. Se anula la sanción impuesta.

12. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) *Dies a quo* del cómputo del plazo. Regla general

La fecha en que se adopte el acuerdo de iniciación del procedimiento y no el día en que se notifique al interesado ni el día de la denuncia (**STS de 3 de febrero de 2010**, Sección Quinta, recurso de casación 4709/2005).

B) *Dies ad quem* del cómputo del plazo en las infracciones del orden social

Según la **STS de 23 de febrero de 2010**, Sección Cuarta (recurso de casación 243/2008), el día de la notificación de la resolución sancionadora, y no el de su adopción. Dicha solución supone una interpretación casi *contra legem*, en la medida en que la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1125/2001 vincula la caducidad de estos expedientes sancionadores a «la falta de

resolución» dictada en plazo. No obstante, la sentencia la sustenta en una aplicación «a efectos interpretativos» de los principios dimanantes de la LRJPAC, así como en el interés por evitar «el eventual abuso de intentar eludir las consecuencias de la falta de resolución en plazo mediante el procedimiento de señalar a la resolución extemporánea una fecha anterior a aquella en que realmente se adopta».

C) La caducidad del procedimiento sancionador implica la nulidad de las medidas no sancionadoras que en él se adopten

Como ya se indicó, la **STS de 3 de febrero de 2010**, Sección Quinta (recurso de casación 4709/2005), reconoce que carecen de naturaleza sancionadora la obligación de restauración y repoblación de los terrenos en los que se ha producido una tala ilegal y la de practicar una nota marginal en el Registro de la Propiedad sobre la finca afectada por dicha obligación. No obstante, la misma sentencia añade que «ello, sin embargo, no quiere decir que tal imposición [de obligaciones] quede al margen de —o no le afecte— la corrección jurídica del expediente o procedimiento en el que la misma ha sido impuesta; en consecuencia, en un supuesto como el de autos, en el que hemos declarado la caducidad del procedimiento [sancionador] en el que la obligación de repoblación forestal fue impuesta, la misma ha perdido su soporte procedimental y, por tanto, también su validez y eficacia. Esto es, al margen de que tal potestad no cuente con la naturaleza jurídica de potestad sancionadora, sin embargo, la misma, igual que esta potestad, también se ve afectada por la caducidad del procedimiento decretada, y carece de viabilidad jurídica en un marco procedimental que ha concluido de dicha forma dada su extemporaneidad (...) En definitiva (...), la caducidad del procedimiento sancionador determina junto a la improcedencia del ejercicio de la potestad sancionadora, la improcedencia de (...) todas las órdenes que la Administración imponga para llevar a cabo la restitución de las fincas a su situación forestal originaria, así como la inscripción de tal obligación en el Registro de la Propiedad».

D) No cabe declarar la caducidad de un procedimiento en el que ya haya recaído resolución

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) impuso una multa a la entidad «Preventiva Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.», que la impugnó en vía contencioso-administrativa aduciendo que en el momento en que se dictó la resolución sancionadora ya se había producido la caducidad del expediente sancionador. Antes de que recayese sentencia, la AEPD dictó nueva resolución por la que declaraba la caducidad del expediente en el que había recaído la sanción. La entidad sancionada impugna el acto de declaración de caducidad, impugnación que es acogida por la **STS de 23 de febrero de 2010**, Sección Sexta (recurso de casación 5538/2006). A juicio de la sentencia, resulta inaceptable que quepa declarar la caducidad de un procedimiento en el que ya ha recaído resolución expresa, pues entiende que ello supondría una revisión de oficio encubierta. De este modo, sostiene que «cuando un procedimiento administrativo ya ha concluido mediante resolución expresa, no cabe que vuelva a concluir mediante declaración de caducidad. Un mismo procedimiento administrativo no puede concluir dos veces». Asimismo, estima que «no cabe argüir (...) que la resolución expresa recurrida era un acto administrativo desfavorable al particular, por lo que la Administración podía revocarlo en cualquier momento con base en el artículo 105 LRJPA y PAC». Frente a dicha situación, señala que a la entidad sancionada le resultaba más favorable el mantenimiento de la sanción (que acabaría siendo anulada por los jueces por haber sido dictada en el seno de un procedimiento caducado), dado que «la declaración de caducidad del procedimiento administrativo deja abierta la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento administrativo con idéntica finalidad», procedimiento que,

previsiblemente, acabaría con la imposición de una nueva sanción que, en esta ocasión, no contendría vicio alguno.

E) Suspensión del plazo de caducidad en los expedientes disciplinarios contra jueces

De conformidad con el artículo 425.6 LOPJ, la duración de los procedimientos disciplinarios instruidos contra jueces no debe exceder de seis meses, salvo que concurran «razones excepcionales» que justifiquen su ampliación. La **STS de 8 de febrero de 2010**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 588/2007), analiza el concepto jurídico indeterminado «razones excepcionales» y, en concreto, si dentro de él tiene cabida la devolución de la propuesta de resolución al instructor para que incluya «otros hechos en el pliego de cargos, complete la instrucción o someta al interesado una propuesta de resolución que incluya una calificación jurídica de mayor gravedad» (artículo 425.5 LOPJ). A juicio de la sentencia, la respuesta debe ser negativa, aunque matizada, pues «si la mera devolución del expediente al instructor no constituye por sí sola una circunstancia excepcional a los efectos que estamos considerando, tampoco debe descartarse que, en unión de otros factores, sí lo sea». En el supuesto enjuiciado, sin embargo, no concurrían otras circunstancias que permitieran configurar esta situación como «excepcional», por lo que se anula la sanción impuesta por caducidad del procedimiento en que se dictó.

F) Suspensión del plazo de caducidad por la tramitación de cuestiones incidentales promovidas por los imputados

La entidad «Iberdrola Generación, S.A.» fue sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia por abuso de posición dominante en el mercado de generación de la electricidad. La duración del procedimiento en el que se impuso la sanción excedió del plazo de tiempo legalmente previsto para su tramitación, por lo que la sentencia de instancia entendió que se había producido su caducidad y declaró, consecuentemente, la nulidad de la sanción impuesta. La **STS de 27 de enero de 2010**, Sección Tercera (recurso de casación 1279/2007), considera, por el contrario, que se había producido la suspensión del plazo de caducidad, dado que, a raíz de un escrito presentado por Iberdrola durante la tramitación del procedimiento, en el que «suscitaba cuestiones de una cierta complejidad, relativas al carácter confidencial de determinados documentos», el Tribunal de Defensa de la Competencia había decidido su suspensión en tanto hubiese un pronunciamiento específico sobre la cuestión. Según la sentencia, «la caducidad de los procedimientos sancionadores es una institución jurídica con la que se trata de evitar la tardanza injustificada en resolver aquéllos, por entender el legislador que los sujetos expedientados se encuentran en una situación desfavorable que no ha de alargar indebidamente la Administración sancionante. Si la demora no obedece a la desidia administrativa, sino que viene propiciada por la necesidad de resolver cuestiones complejas suscitadas por los propios expedientados (...), debe entenderse en principio válida a dichos efectos temporales».

**13. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO.
PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES**

**A) La determinación de la sanción tributaria requiere
tratar separadamente cada infracción**

La **STS de 10 de febrero de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 2437/2004), anula la sanción impuesta por la Administración tributaria a «Centros Comerciales Carrefour, S.A.»

al considerar incorrecto el modo en que se produjo su determinación. Aunque sin entrar en grandes detalles con relación al supuesto de hecho sobre el que se dicta, la sentencia sí sostiene rotundamente que «es patente que en el expediente sancionador han de expresarse todas y cada una de las infracciones cometidas con la sanción que a cada una corresponde. [De modo que] es claramente improcedente hacer la suma de las distintas regularizaciones efectuadas (...) en el expediente de gestión porque cada una de ellas ha de ser objeto de una valoración distinta y separada, y ha de tratarse necesariamente de modo individualizado. Por eso, la imposición de una única sanción es una demostración de la falta de comprensión del sistema sancionador aplicado (...). En este orden de cosas, la general tendencia a identificar el importe de regularización con la “base” de la sanción es claramente errónea. Con independencia de los efectos que en una liquidación haya de tener la regularización que se aprecie, es indudable que el “importe dejado al ingresar” no puede identificarse con la base de la regularización de modo general». De este modo, la sentencia concluye que, en el caso enjuiciado, era necesario que se hiciese «una valoración individualizada y separada [de los distintos conceptos], pues es evidente que la ‘provisión’ por pago de vacaciones, “gastos sociales”, “gastos de cartera”, “gastos Centro Shopping” y “gastos de primer establecimiento” (...) requería un análisis culpabilístico específico y una delimitación cuidadosa del efectivo importe dejado de ingresar en cada caso».

14. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) La presentación de una denuncia no interrumpe la prescripción

El médico forense destinado en un juzgado de instrucción de Madrid presentó una denuncia ante la Comisión disciplinaria del CGPJ con relación a ciertas actuaciones realizadas por el Magistrado-Juez titular de dicho juzgado. La Comisión Disciplinaria adoptó acuerdo por el que se resolvió el archivo de las diligencias informativas, al considerar que la falta de la que podrían ser constitutivos los hechos denunciados se encontraría, en todo caso, prescrita. Frente a la pretensión del denunciante de que la simple interposición de su denuncia debería tener efecto interruptivo de la prescripción, la **STS de 28 de enero de 2010**, Sección Octava (recurso contencioso-administrativo 625/2007), considera que, con relación a los procedimientos disciplinarios contra jueces y magistrados, la interrupción de la prescripción sólo se produce con la notificación del inicio del procedimiento o, en su caso, de las diligencias informativas. A partir de aquí, la sentencia razona que «no cabe sostener (...) que desde el momento en que se presenta una denuncia al Consejo se deba entender iniciado el procedimiento disciplinario (...). Por ello, en el presente supuesto, no cabe entender que el cómputo del plazo de un año de prescripción quedó interrumpido el 22 de enero de 2007, fecha en la que el hoy recurrente presentó su denuncia ante el Consejo».

B) Prescripción de las infracciones continuadas

La Universidad Politécnica de Madrid es sancionada por la Confederación Hidrográfica del Tajo por alumbramiento de aguas subterráneas de un pozo en el campo de prácticas de la ETSI Agrónomos sin contar con la preceptiva autorización. La **STSJ Madrid de 7 de mayo de 2010** (recurso contencioso-administrativo 133/2008), anula la sanción, pero rechaza el argumento utilizado por la Universidad recurrente relativo a la prescripción de la infracción por el hecho de que el pozo/alumbramiento de aguas existiera desde 1960, «pues la infracción sería en cualquier caso una infracción continuada, siendo jurisprudencia reiterada la que advierte que en las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo prescriptivo será la de la finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consuma».

15. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL

A) A las sanciones pecuniarias se aplican los mismos criterios de suspensión en vía judicial que a cualquier otro acto administrativo

Así lo estima la **STS de 15 de febrero de 2010**, Sección Tercera (recurso de casación 2880/2007), con relación a la suspensión de una multa de 20 millones de euros impuesta a «Telefónica de España, SAU», por la comisión de una infracción muy grave en materia de telecomunicaciones. La sentencia deniega la solicitud de suspensión, argumentando que «el artículo 130 de la Ley Jurisdiccional condiciona en todo caso la adopción de medidas cautelares al riesgo de que la ejecución del acto pueda ocasionar la pérdida de su finalidad legítima al recurso. Y dicha pérdida sólo se produce cuando dicha ejecución ocasiona perjuicios irreversibles o de difícil reparación. Pues bien, en el caso de autos falta claramente dicho presupuesto esencial (...), puesto que la falta de disponibilidad de la cantidad a la que se le ha sancionado, aun siendo ciertamente muy elevada, no supone para la empresa sancionada una dificultad operativa grave».

16. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) Sustitución o modulación de la sanción

La **STS de 1 de marzo de 2010**, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario militar ordinario 204-97/2009), anula una sanción de separación del servicio impuesta a un militar por infracción muy grave del artículo 17.3 de la Ley Orgánica 8/1998 consistente en consumo de drogas con habitualidad (cuatro cannabis positivos) y la sustituye por otra de suspensión de empleo de un año, que es la que propuso el instructor en vía administrativa, por considerarla más proporcionada: «procede tener en cuenta que la droga consumida no causa grave daño a la salud (...). En segundo lugar, debe subrayarse que no ha quedado probado que los consumos de cannabis los realizara el demandante dentro del buque en que estaba destinado (...). Y, por último, (...) en los informes personales (del sancionado) (...) constan unas calificaciones referentes a su carácter profesional y personal cuya media, en una escala de 0 a 10, es de 8». Asimismo, la **STS de 1 de febrero de 2010**, Sección Quinta (recurso de casación 462/2007), anula también la sanción de 300.506,06 euros impuesta originariamente por la Administración y la sustituye por una sanción correspondiente a las infracciones «menos graves», «siendo procedente la imposición al Canal de Isabel II de una sanción de multa de 6.010,12 euros».

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
ANTONIO BUENO ARMIJO
MANUEL A. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. GARANTÍA PATRIMONIAL.
 - A) **La supresión legal del carácter de Corporación de Derecho Público de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y la regulación del régimen de destino de su personal y su patrimonio no es una expropiación en vía de hecho ni genera derecho a indemnización en el marco del artículo 33.3 CE.**
 - B) **Reclamación de indemnización resultante de una ocupación en vía de hecho: juego procedimental de la responsabilidad patrimonial y la expropiación forzosa.**
 3. CAUSA *EXPROPRIANDI*.
 - A) **Expropiación de bienes originariamente expropiados con destino a la reforma agraria para objetivos de desarrollo y expansión industrial.**
 4. GARANTÍAS JURISDICCIONALES.
 - A) **Nulidad de la causa *expropriandi*: posibilidad de esgrimirla al recurrir el justiprecio.**
 5. GARANTÍAS SUSTANCIALES.
 - A) **Procedencia de revertir bienes originariamente expropiados para instalaciones militares de naturaleza aeroportuaria actualmente destinados a la navegación aérea civil.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se han analizado una cincuentena de sentencias del Tribunal Supremo en el período considerado, que abarca del 31 de junio al 31 de octubre del 2010, de las que seguidamente se reseña la doctrina más novedosa o relevante. La presente Crónica hace la número 50 y con ella sigue creciendo el acervo doctrinal que ya quedó plasmado en la obra realizada por nosotros mismos *La expropiación forzosa*, dentro de la colección «El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia», de esta misma Editorial. La obra compendió ocho años de estas crónicas, esto es, la jurisprudencia aparecida entre los años 1997 y finales de 2005. Las crónicas publicadas desde

entonces, como la presente, complementan y enriquecen aquella obra, organizada internamente con análoga estructura a la de estas crónicas trimestrales.

2. GARANTÍA PATRIMONIAL

A) **La supresión legal del carácter de Corporación de Derecho Público de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y la regulación del régimen de destino de su personal y su patrimonio no es una expropiación en vía de hecho ni genera derecho a indemnización en el marco del artículo 33.3 CE**

La STS de 20 de septiembre de 2010 (rec. núm. 6007/2007) resuelve el recurso de casación deducido frente a la Sentencia del TSJ del País Vasco de 28 de septiembre de 2007 (rec. núm. 426/2006), que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto en vía directa contra el Decreto del Gobierno Vasco 15/2006, de 31 de enero, sobre régimen y destino del personal y patrimonio de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana (COPU).

Una de las alegaciones de fondo planteadas por los recurrentes contra dicho Decreto era que éste privaba a la Cámara de su patrimonio sin seguir el correspondiente procedimiento de expropiación. La argumentación del Tribunal de instancia para desestimar esta pretensión se basa en los antecedentes jurídicos del caso en lo referente a las COPU, que se remontan al Real Decreto-ley 8/1994, de 5 de agosto, por el que se suprimieron las aludidas Cámaras y su Consejo Superior como Corporaciones de Derecho Público y se regulaba el régimen y destino de su patrimonio (que se dictó al amparo de la disposición final décima de la Ley 4/1990 de Presupuestos Generales del Estado, que facultó al Gobierno para establecer el régimen y destino del patrimonio y del personal de las Cámaras sometidas a la tutela estatal), fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 11/2002, de 17 de enero, que ya negó que la citada medida entrañara una expropiación de bienes de titularidad privada. Según el Tribunal Constitucional, lo determinante para declarar la constitucionalidad de la medida es que

«[...] con independencia de su origen, el patrimonio generado por las Cámaras mientras éstas existieron era el patrimonio de una corporación de Derecho público; corporación a la que, obviamente, una vez suprimida, no era obligado indemnizar. Cosa distinta es que el origen del patrimonio cameral debiera ser utilizado como criterio relevante a la hora de ordenar el destino que había de darse al conjunto de su patrimonio. Y en este sentido es difícil hacer algún reproche al Decreto-ley impugnado, pues precisamente se sirve de ese dato para adscribir una parte del patrimonio (el generado por la cuota obligatoria) al cumplimiento o realización de fines o servicios públicos, destinando la masa patrimonial restante para su adscripción a asociaciones sin ánimo de lucro que tengan como finalidad esencial la defensa, promoción e información de los propietarios y usuarios de viviendas urbanas».

Este razonamiento sirve al Tribunal *a quo* para rechazar la pretensión de que el Decreto vasco haya materializado una expropiación en vía de hecho, puesto que

«No cabe aceptar que tras la supresión de la COPU por el RDL 8/1994, de 5 de agosto, recobrar la vida la asociación privada sobre cuya base asociativa se fundó la Corporación Pública, toda vez que como expresa el fundamento jurídico décimo de la STC 11/2002, recordando el tenor de la STC 132/1989, la COPU de Álava como corporación de derecho público es una de las “entidades cuya creación y disolución se producen como consecuencia de la decisión del poder público” y no de una asociación privada, puesto que, para que exista una asociación privada, es inexcusable un acto fundacional, un acuerdo constitutivo en el que se establezcan los fines que

se pretende conseguir en comunidad asociativa, y luego de ello, la adscripción voluntaria y libre de sus socios que, conocedores de los fines perseguidos, los comparten y deciden sumarse a la asociación, lo que no se produjo nunca en el supuesto de la COPU. A dicho acto asociativo no puede equipararse el mero hecho de permanecer adscrito a la COPU y pagar la cuota a partir del momento en que dejaron de ser obligatorias la adscripción y el pago, y ello porque la decisión voluntaria de continuar abonando la cuota cameral cuando ya había dejado de ser obligatoria no tiene otro significado que el de continuar siendo acreedor a los servicios que dicha corporación continuaba prestando mientras se hallaba en liquidación tras su extinción, sin que en modo alguno quepa equiparar dicha decisión a un acto asociativo, ya que la esencia del acto de asociación es la asunción voluntaria de unos fines asociativos previamente definidos en el acto fundacional y de acuerdo con los estatutos sociales».

Viene a considerarse, en suma, que en la actividad desarrollada por la COPU tras su extinción y mientras se hallaba en proceso de liquidación no puede apreciarse acto asociativo alguno que exprese los fines de la asociación ni que ordene básicamente su organización a través de la aprobación de los correspondientes estatutos, como pretendían los recurrentes para fundamentar su condición de expropiados frente al Decreto impugnado, sino la continuidad de una estructura administrativa cuya creación y extinción es obra del poder público, y la decisión voluntaria de continuar abonando la cuota con la exclusiva finalidad de obtener los servicios que dicha corporación venía prestando y hasta que se produjera su liquidación. Como certeramente afirma la sala de instancia,

«[...] dicho motivo de impugnación, al igual que los anteriores, tiene como presupuesto que estamos ante una asociación voluntaria, siendo así que como hemos razonado la COPU fue hasta su extinción por el RDL 8/1994 una corporación de derecho público, aun cuando desde el año 1988 no fuera obligatoria la cuota cameral, ni desde 1989 fuera obligatoria la adscripción a la misma de los propietarios urbanos de Vitoria-Gasteiz, y desde su extinción en el año 1994, tiene exclusivamente la naturaleza de corporación de derecho público en proceso de liquidación, situación transitoria en la que perviven los órganos de gobierno si bien sus actos se someten a un régimen de autorización por la Administración de tutela, sin cuya autorización serán nulos de pleno derecho, previéndose incluso que la Administración designe un representante en cada Cámara».

El recurso de casación interpuesto contra este pronunciamiento reiteraba la pretensión indemnizatoria basada en la vía de hecho expropiatoria fundando uno de sus motivos en la infracción del artículo 22 CE, de la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación por no reconocerse la base asociativa de las COPU, así como en la vulneración del derecho a tutela judicial efectiva del artículo 24 en relación con el derecho a la propiedad privada del artículo 33 CE.

Al denegar la casación interesada, la citada STS de 20 de septiembre de 2010 recuerda lo ya sostenido por la **STS de 23 de junio de 2009 (RJ 6776)** y reitera que es acertada la afirmación del TSJ del País Vasco de que la supresión legal de las Cámaras Oficiales operó del todo en lo único que eran: Corporaciones de Derecho público; y que tal supresión no supuso revivir o recuperar la vida jurídica de la asociación de propietarios previamente constituida. En consecuencia, el Tribunal Supremo considera igualmente acertado el rechazo que la Sala del País Vasco hace de la denunciada infracción del derecho de asociación del artículo 22 CE porque el ámbito de protección de este precepto constitucional está referido al asociacionismo privado. Por tanto,

«[...] no podemos compartir la tesis argumental que propugna la Asociación recurrente de que el Decreto del Gobierno Vasco 15/2006 impugnado suponga una negación de los derechos que

pueden corresponder en el proceso de liquidación, tanto a los antiguos asociados como a los miembros de la Junta de Gobierno, incidiendo lesivamente en el derecho de asociación, garantizado en el artículo 22 de la Constitución, puesto que este planteamiento elude que la disposición general del Gobierno Vasco recurrida tiene por objeto arbitrar las actuaciones necesarias para la efectiva liquidación del patrimonio e integración en la Administración de la Comunidad Autónoma del personal de las extintas Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de Álava, Bizkaia y Guipuzkoa, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo único del Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto, de supresión de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y su Consejo Superior como Corporaciones de derecho público y de regulación del régimen y destino de su patrimonio, poniendo fin a la situación de provisionalidad en que se encontraban, derivada de la pendencia de la aprobación de la norma reglamentaria a que se refiere la disposición transitoria del referido Real Decreto-Ley 8/1994, de modo que, en el período que transcurre hasta culminar el proceso de liquidación, no cabe reconocer que se produzca mutación o modificación de la naturaleza jurídica de las extintas Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana como Corporaciones de Derecho Público, pues su subsistencia como entes asociativos está condicionada a lo dispuesto en la disposición adicional trigésima de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con el alcance expuesto en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de 12 de abril de 2007.

A estos efectos, resulta significativo advertir que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 11/2002, de 17 de enero, en que se declara la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 8/1994, de 5 de agosto, de supresión de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y su Consejo Superior como Corporaciones de derecho público y de regulación del régimen y destino de su patrimonio, ofrece una interpretación de la prescripción contenida en la disposición transitoria de la citada norma de urgencia, que desvela que las Cámaras de Propiedad Urbana no pierden su condición jurídica de Corporaciones de Derecho Público durante el proceso de disolución y liquidación, pues subsiste su personalidad jurídica hasta que se produzca su efectiva desaparición, aunque se encuentren sometidas en este período transitorio a un régimen jurídico distinto, hasta la adopción de la norma reglamentaria prevista, que persigue evitar la realización de actuaciones que pudieran incidir en perjuicio del patrimonio y del personal durante este período transitorio, y que es precisamente la “existencia de las Cámaras como Corporaciones de Derecho Público” lo que podría presentar reparos de constitucionalidad “en la medida en que entrañaban un riesgo cierto para la libertad de asociación” en su vertiente negativa».

En cuanto a la denunciada infracción de los artículos 24 y 33 CE, el Tribunal Supremo tampoco la aprecia, y, con apoyo en la STC 11/2002, descarta que la decisión contenida en el Real Decreto-Ley 8/1994 que desarrolla el Decreto del Gobierno Vasco 15/2006 pueda tacharse de confiscatoria ni materialmente expiatoria,

«[...] pues no cabe desconocer que las Cámaras de la Propiedad Urbana eran Corporaciones de Derecho Público, por tanto, entidades cuya creación y disolución se producen como consecuencia de la decisión del poder público, de modo que lo determinante es que, con independencia a su origen, el patrimonio generado por las Cámaras, mientras éstas existieron, era el patrimonio de una Corporación de Derecho Público, Corporación a la que, obviamente, una vez suprimida, no era obligatorio indemnizar.

[...]

Por ello, no podemos compartir la tesis argumental que propugna la parte recurrente de que el Decreto “priva a la Cámara de todo su patrimonio sin haberse declarado en ningún momento la utilidad pública o el interés social de dicha Corporación”, pues no ha demostrado que a la Asociación CÁMARA DE LA PROPIEDAD URBANA DE ÁLAVA —constituida el 27 de enero de

2006, con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/1994— se le haya privado de sus bienes o derechos patrimoniales, infringiéndose la garantía expropiatoria».

B) Reclamación de indemnización resultante de una ocupación en vía de hecho: juego procedimental de la responsabilidad patrimonial y la expropiación forzosa

La STS de 27 de septiembre de 2010 (rec. núm. 6486/2008) resuelve el recurso de casación planteado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 22 de octubre de 2008 (rec. núm. 372/2006), que resuelve el recurso deducido contra la desestimación de una reclamación patrimonial por parte de la Ministra de Medio Ambiente. Dicha reclamación tiene su origen en la realización de unas obras para cuya ejecución se ocuparon terrenos de la reclamante que no habían sido previamente expropiados ni cedidos o puestos a disposición de la Administración actuante. La Audiencia Nacional estimó en primera instancia el derecho a indemnización de la reclamante por la vía de la responsabilidad patrimonial, pero rechazó la pretensión de la actora de que se acudiese a un procedimiento expropiatorio y de justiprecio para cifrar el alcance del montante indemnizatorio, que había sido la solución apuntada por el Consejo de Estado en el informe evacuado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Para resolver el dilema procedimental planteado en estos casos de expropiación en vía de hecho, en los que cabe reivindicar la indemnización patrimonial pero también la iniciación de un procedimiento expropiatorio, el Tribunal Supremo avala la solución seguida por la Sala *a quo* recordando su doctrina sobre el particular, establecida por

«La STS de 22 de septiembre de 2003, recurso de casación 8039/1999, resolviendo un recurso de casación en que se impugnaba una sentencia estimatoria de una pretensión de responsabilidad patrimonial de un ente local por ocupación de un terreno de un particular por vía de hecho. Afirma en su FJ 4.º “Pero resulta que ni los preceptos constitucional y legales que se citan ni la jurisprudencia de esta Sala avalan la indicada conclusión. Pues, desde luego, que frente a una vía de hecho se opte por formular una pretensión solicitando la aplicación de la normativa expropiatoria resulta posible; pero es sólo una posibilidad ya que, desde luego, en el proceso contencioso cabe la reivindicación mediante una solicitud de recuperación o de restitución *in natura* de los de los bienes o derechos objeto de la indebida ocupación o desposesión en que se materializa dicha vía de hecho y una indemnización sustitutoria que tenga en cuenta el precio justo de dichos bienes o derechos buscando, además, la plena indemnidad frente a los daños y perjuicios derivados de la ilegal ocupación”.

La Jurisprudencia de esta Sala no asimila la ocupación por la vía de hecho a un expediente expropiatorio formalmente tramitado (*cfr.* STS 17 de septiembre de 2002), como tampoco identifica las acciones de responsabilidad patrimonial con las que derivan de supuestos contemplados en la expropiación forzosa, aunque tengan una similitud básica derivada de su finalidad resarcitoria. Y, desde luego, en los supuestos de nulidad absoluta del expediente de expropiación por omisión de las garantías esenciales o, más aún, de mera inexistencia de tal expediente, esta Sala admite, especialmente cuando resulta imposible la restitución *in natura* de los bienes expropiados, la directa fijación de una indemnización en la propia sentencia, acudiendo, incluso, para cuantificarla a criterios que rebasan los establecidos en la LEF para la fijación del justiprecio, con lo que reconociendo implícitamente la existencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración, se trata de evitar, por razones de economía procesal, la tramitación de un incidente de imposibilidad de ejecución o, todavía más, una retroacción para la sustanciación de un procedimiento administrativo que la propia Administración ha omitido (*cfr.* SSTs de 19 de diciembre de 1996 y de 11 de noviembre de 1997).

Y en la también invocada Sentencia de 17 de septiembre de 2002, rec. casación 3413/1998, asimismo se acepta el instituto de la responsabilidad patrimonial de la administración para sol-

ventar la indemnidad procedente derivada de una actuación municipal que ocupó un terreno ilegalmente acudiendo a los criterios legalmente establecidos para definir el justo precio, pero sin identificar la ilegal ocupación con el instituto de la expropiación».

En suma, al no haber declaración de utilidad pública o interés social y sí haber reconocido la Administración, en cambio, la realidad de una actuación dañosa contra el patrimonio de la accionante en instancia, resulta procedente la vía ejercitada sin que quepa imponer al administrado acudir a un procedimiento expropiatorio respecto del cual no hay título jurídico que permita interesar su inicio (la declaración de utilidad pública o interés social).

No estamos, por tanto, ante un supuesto que permita el inicio de un expediente expropiatorio por ministerio de la ley, a instancia del propietario que puede presentar su hoja de aprecio ante la administración y luego dirigirse al órgano tasador, es decir, al Jurado de Expropiación, estatal o autonómico, que corresponda. Nos encontramos frente a una ocupación carente de título que la ampare, ante una vía de hecho expropiatoria. Por ello, iniciada la vía de reclamación de responsabilidad patrimonial por el afectado, sin que la administración —en paralelo— reaccione dictando los acuerdos oportunos para el inicio de un expediente de expropiación forzosa, la vía de la responsabilidad es la oportuna para resarcir los daños derivados de la vía de hecho.

3. CAUSA *EXPROPRIANDI*

A) Expropiación de bienes originariamente expropiados con destino a la reforma agraria para objetivos de desarrollo y expansión industrial

La Ley 9/2002, de 14 de noviembre, de Impulso a la Localización Industrial de Extremadura reguló las llamadas «industrias de interés prioritario». Con el propósito de promover el desarrollo y expansión del sector industrial, el artículo 3 de dicha Ley reserva la calificación de industrias de interés prioritario a aquellas empresas que contribuyan significativamente a la creación de empleo y a la dinamización y desarrollo de la economía regional, así como a los Proyectos de creación de Polígonos Industriales o Parques Empresariales, conforme al procedimiento establecido en esa Ley y sus normas de desarrollo. Según el artículo 9 de la Ley, la obtención de esta calificación lleva aparejada la declaración de interés social, a efectos de legitimar la expropiación de terrenos necesarios para ampliar las instalaciones de las mencionadas industrias.

En aplicación de este régimen, el Decreto 34/2004 del Consejo de Gobierno de Extremadura, otorgó la calificación de «industria de interés prioritario» a la entidad mercantil A.G. Siderúrgica Balboa S.A. Poco más tarde y con base en el referido Decreto 34/2004, el Decreto 115/2004 del Consejo de Gobierno de Extremadura declaró la necesidad de ocupación urgente de varias fincas situadas en el término municipal de Jerez de los Caballeros, a fin de que pudiesen ser utilizadas para la ampliación de las instalaciones de A.G. Siderúrgica Balboa S.A. Esta declaración de necesidad de la ocupación fue recurrida en sede contencioso-administrativa por los propietarios de las fincas afectadas, que entendían que se obraba en una vía de hecho expropiatoria ante la que solicitaban la restitución de las fincas y las correspondientes indemnizaciones. En este punto es preciso aclarar que las fincas de los recurrentes habían sido ya objeto de una anterior expropiación, llevada a cabo al amparo de la legislación de reforma y desarrollo agrario y a fin de transformar aquella zona en agricultura de regadío. Es decir, que los propietarios de las fincas incluidas en el Decreto 115/2004 eran los beneficiarios de la anterior expropiación. Esta circunstancia indujo a la Administración autonómica a pensar que la expropiación de las mencionadas fincas exigía su

previa desafectación a la finalidad de interés social —la transformación de la zona en agricultura de regadío— que había legitimado la anterior expropiación. A ello procedió una Resolución de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de 26 de mayo de 2004, dictada con posterioridad al Decreto 34/2004 (el que calificaba de «industria de interés prioritario» a A.G. Siderúrgica Balboa S.A.), pero antes del Decreto 115/2004 (declaración de necesidad de urgente ocupación de las fincas necesarias para ampliar las instalaciones de A.G. Siderúrgica Balboa S.A.).

La Sentencia del TSJ de Extremadura que resolvió el recurso de los propietarios agrícolas, de 31 de enero de 2007 (rec. núm. 1512/2004 no cuestiona la regularidad de la cadena de actos que, a efectos expropiatorios, va de la previsión legal de una causa expropiando al acto que identifica concretos bienes a expropiar y autoriza su ocupación. No obstante, habida cuenta que las fincas habían sido objeto de una previa expropiación para una finalidad de reforma agraria, la Sala entiende que la iniciación de un nuevo procedimiento expropiatorio sobre ellas supone una «mutación en la afectación»; y de aquí infiere que no basta que haya habido una desafectación de las fincas a la finalidad de interés social que legitimó la primera expropiación —Resolución de la Consejería de Agricultura y Medio ambiente de 26 de mayo de 2004— sino que es necesaria, además, una motivación adicional o reforzada, a fin de justificar por qué debe primar el nuevo interés social de la ampliación de ciertas industrias sobre el antiguo interés social de la transformación de la zona en agricultura de regadío. Dado que no se ha motivado este extremo, concluye que efectivamente debe anularse todo lo actuado, accediendo a las pretensiones de los recurrentes. Añade la Sala que a la misma conclusión se llegaría a partir del artículo 28 del Texto Refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973, que fue el fundamento adoptado por la Resolución de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de 26 de mayo de 2004 para desafectar las fincas al interés social que legitimó la primera expropiación. Ese precepto, entre otras cosas, dispone que «no se podrá sin autorización del Instituto que sólo se concederá mediante causa justificada [...] desafectar todos o algunos de los elementos inmobiliarios que integran una Explotación familiar constituida o completada por el Instituto». A juicio del TSJ de Extremadura, la correcta aplicación de esta norma habría exigido que las fincas hubieran sido puestas a la libre disponibilidad de sus propietarios; algo que no se hizo, precisamente, porque fueron objeto de un nuevo procedimiento expropiatorio.

Esta sentencia fue objeto de sendos recursos de casación interpuestos por el Letrado de la Junta de Extremadura y la mercantil A.G. Siderúrgica Balboa S.A., resueltos por la **STS de 8 de octubre de 2010** (rec. núm. 1293/2007). De los motivos formulados por el Letrado de la Junta, el Tribunal Supremo estima uno referido a la infracción de las normas reguladoras de la sentencia por incongruencia derivada de que la sentencia de instancia resuelve una cuestión no suscitada por las partes y de cuya resolución depende el fallo (es la misma *ratio decidendi* del litigio): que la subsistencia de una previa afectación impediría una nueva expropiación por «mutación». La anulación de la sentencia impugnada determina la resolución del litigio por el Tribunal Supremo. No obstante, y dado que la única razón para estimar el recurso contencioso-administrativo en instancia no fue planteada ni debatida por las partes, el Tribunal Supremo ha de omitir cualquier consideración sobre aquélla, por lo que ha de abstenerse de pronunciarse para resolver sobre los efectos de la previa afectación de las fincas al interés social tutelado por la legislación de reforma y desarrollo agrario. Dicho lo cual, el Tribunal Supremo constata la regularidad formal del Decreto 115/2004, que identifica las fincas a expropiar y autoriza su ocupación urgente, así como la de los actos anteriores, incluido el Decreto 34/2004, que le sirven de fundamento, por lo que no cabe hablar de vía de hecho expropiatoria. Así las cosas, el Tribunal Supremo no puede sino estimar la casación interesada y desestimar el recurso contencioso-administrativo originariamente planteado por los propietarios agrícolas.

No obstante, para reforzar la legitimidad sustancial de su fallo, el Tribunal Supremo no se resiste a añadir —y esta es la parte más reseñable de su sentencia— su parecer sobre lo que el Tribunal *a quo* llamó «mutación en la afectación», extrayendo de tal cosa (aunque lo hiciera *extra petitum*) la consecuencia invalidante de la actuación expropiatoria. A juicio del Tribunal Supremo,

«en el presente caso no se ha producido una “mutación en la afectación” en sentido propio, ni desde luego el hecho de que las fincas se hallaran destinadas a la finalidad de interés social que había legitimado la antigua expropiación impide que puedan ser de nuevo expropiadas para alcanzar otra finalidad de interés social. En efecto, tras su expropiación al amparo de la legislación de reforma y desarrollo agrario, las fincas estaban sujetas a determinadas prescripciones tendientes a asegurar que se cumpliera el objetivo perseguido; pero ello no significa que fuesen bienes de dominio público. Lo que en la legislación de reforma y desarrollo agrario se llama “afectación” es, en sustancia, un conjunto de restricciones que pesan sobre los propietarios de las fincas; y ello no es equiparable a la afectación a un uso general o a un servicio público, que es lo característico de los bienes de dominio público. Ciertamente los bienes de dominio público, en tanto en cuanto no se acuerde su desafectación y consecuentemente pierdan la condición de tales, no pueden ser objeto de expropiación forzosa. Pero esto no ocurre con los bienes que —aun estando sometidos a algún régimen jurídico especial, con vista a la consecución de un interés social— son de titularidad privada. Ello es lo que ocurre en el presente caso: la declaración por la Administración, con base en una previsión legal y mediante una secuencia procedimental perfectamente ajustada a derecho, de un nuevo interés social permite la expropiación de ciertas fincas, debiendo entenderse que el antiguo interés social que legitimó en su día la expropiación de esas mismas fincas ha perdido eficacia. Dicho brevemente, lo que puede impedir que un bien sea objeto de expropiación es que se trate de una cosa fuera del comercio, no que las facultades dominicales de su propietario privado estén sometidas a ciertas restricciones tendientes a garantizar determinados objetivos de interés social».

4. GARANTÍAS JURISDICCIONALES

A) Nulidad de la causa *expropriandi*: posibilidad de esgrimirla al recurrir el justiprecio

La STS de 26 de octubre de 2010 (rec. núm. 1632/2007) estima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del TSJ de Cantabria de 6 de febrero de 2007, que desestimaba el recurso deducido por la propietaria de unos terrenos expropiados para la instalación de una servidumbre de paso de un colector aguas.

La recurrente impugnó en la Sala de instancia el acuerdo del Jurado solicitando que se declarase la nulidad de todo el procedimiento expropiatorio por estar previsto que el colector se situase a menos de 2.000 metros de un núcleo de población, lo que contravendría lo dispuesto por el artículo 4 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961. El TSJ de Cantabria rechazó la posibilidad de basar la impugnación del justiprecio del Jurado en vicios anteriores del procedimiento expropiatorio.

Frente a esta postura, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación recordando su reiterada jurisprudencia según la cual

«[...] al impugnar el acuerdo del Jurado, el expropiado puede invocar la ilegalidad de lo actuado anteriormente y, en particular, puede solicitar que se declare la nulidad de todo el procedimiento expropiatorio por ausencia o invalidez de la declaración de utilidad pública o de la declaración de necesidad de ocupación. La nulidad de la denominada causa *expropriandi* puede, así, ser es-

grimida al recurrir la fijación del justiprecio por el acuerdo del Jurado, pues aquélla constituye la piedra angular de toda expropiación forzosa y, por consiguiente, ninguna fase del procedimiento expropiatorio puede sostenerse sin ella».

Sobre la aplicación del artículo 4 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas al caso, el Tribunal Supremo, en cambio, afirma que pese a que el colector se ubica a menos de 2.000 metros de distancia de un núcleo de población, el proyecto prevé su soterramiento, por lo que, de un lado, decaen las razones de prevención del peligro y salvaguardia de la salubridad que exigen aquella distancia mínima y, de otro, sería de aplicación la dispensa que de dicha prohibición contiene el artículo 15 del propio Reglamento.

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) **Procedencia de revertir bienes originariamente expropiados para instalaciones militares de naturaleza aeroportuaria actualmente destinados a la navegación aérea civil**

La **STS de 22 de septiembre de 2010** (rec. núm. 223/2007) resuelve el recurso de casación deducido contra la Sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2006 (rec. núm. 311/2002) que consideró improcedente la reversión de unos terrenos expropiados en el término municipal de Viladecans (Barcelona) por el Ministerio del Aire, en 1951, para la ejecución de un «edificio estación» y la «prolongación de la pista de vuelo sin visibilidad», por cuanto continúan afectas a la navegación aérea (actualmente al servicio del aeropuerto de El Prat) y, por tanto, a un fin de utilidad pública que fue causa de su expropiación.

A juicio de la recurrente, la no realización de la obra que motivó la expropiación haría procedente la reversión, lo que no se vería afectado por la circunstancia de que las fincas hubieran pasado, con inexecución de la obra, a otro destino relacionado con la navegación, en este caso civil, a través de su vinculación a AENA. Ello supone —a juicio de la recurrente—, que resulte aplicable lo dispuesto en el artículo 54, apartado 3.b) LEF, en la redacción que le dio la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación, que permite la reversión cuando hubieren transcurrido cinco años desde la toma de posesión del bien o derecho expropiado sin iniciarse la ejecución de la obra o la implantación del servicio; y que no resulte aplicable la excepción del artículo 54.2.a) (que simultáneamente a la desafectación del fin, se haya producido la afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social); dado que, de un lado, la petición reversional se formuló el 24 de octubre del año 2000, mientras que el convenio por el que las fincas se cedieron a AENA es dos años anterior, y, de otro lado, la clasificación de la finca efectuada por la modificación del PGOU de Viladecans tuvo lugar el 6 de marzo de 2001, de donde resulta que no existió simultaneidad de la desafectación exigida por el citado artículo 54.2.a).

El Tribunal Supremo declara que ha lugar al recurso de casación planteado apoyándose en sus recientes sentencias, comentadas por nosotros en esta Revista, en la que se declaraba que la transformación de los antiguos aeródromos militares de Logroño y Jerez de la Frontera en aeropuertos civiles suponía una desaparición del fin que en su día justificó la expropiación (las necesidades de la defensa nacional) y, como consecuencia de ello, se reconoció el derecho de reversión.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.
 - A) Daño hospitalario. Exigencia de acreditación de una culpa o negligencia en forma de desviación de la *lex artis*. Significado de la cláusula del estado de los conocimientos. Limitación de las facultades de revisión de la apreciación del nexo causal llevada a cabo en la instancia. Cuantificación del daño.
 - B) Daño hospitalario. Consentimiento informado. Cuantificación del daño.
 - C) Daños provocados por terceros y responsabilidad administrativa por omisión.
 - D) Daños imputables sólo a la víctima y no a una omisión culposa de la Administración.
 - E) Antijuridicidad. Daños derivados de la anulación de actos. Límites a la aplicación de la teoría del margen de tolerancia. Denegación ilegal de licencia de apertura de farmacia por apreciación errónea de elementos reglados.
3. DAÑO INDEMNIZABLE.
 - A) Alcance de la revisión en casación de la fijación de la cuantía de la indemnización por el tribunal de instancia.
 - B) Valor meramente orientativo de los baremos.
4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO.
 - A) Legitimación pasiva en casos de daños en relación con el patrimonio histórico.
 - B) Plazo. *Dies a quo*. Daños físicos.
 - C) Plazo. *Dies a quo*. Daños derivados de la aplicación de normas declaradas ilegales.
5. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. RESPONSABILIDAD POR LEYES CONSTITUCIONALES EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente Crónica hace la número 50 y con ella sigue creciendo el acervo doctrinal que ya quedó plasmado en la obra realizada por nosotros mismos, titulada *La responsabilidad pa-*

trimonial de los poderes públicos, dentro de la colección «El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia», de esta misma Editorial. La obra compendió los siete primeros años de estas crónicas, esto es, la jurisprudencia aparecida entre los años 1997 y finales de 2004. Las crónicas publicadas desde entonces, como la presente, complementan y enriquecen aquella obra, organizada internamente con análoga estructura a la de estas crónicas trimestrales. Si tuviéramos que destacar un rasgo caracterizador de lo que han sido estos breves estudios de jurisprudencia que hemos realizado durante estos doce años señalaríamos la abundancia de los pleitos relativos a la responsabilidad sanitaria, aunque este dato no debe eclipsar el hecho de que no es imaginable aspecto alguno de la responsabilidad de la Administración e incluso del Legislador y del Poder Judicial que no haya sido abordado en estos años y que no cuente con grandes pronunciamientos, reflejados puntualmente en estas crónicas.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) **Daño hospitalario. Exigencia de acreditación de una culpa o negligencia en forma de desviación de la *lex artis*. Significado de la cláusula del estado de los conocimientos. Limitación de las facultades de revisión de la apreciación del nexo causal llevada a cabo en la instancia. Cuantificación del daño**

Cincuenta números, más de doce años de seguimiento exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad, suponen un observatorio cualificado como para poder afirmar a las claras lo que tantas veces hemos apuntado en estas Crónicas. La responsabilidad administrativa, con carácter general, ni es objetiva ni podría nunca serlo, si entendemos por objetiva la responsabilidad que prescinde de la corrección o incorrección jurídica de la actuación causante del daño. Una objetividad tal, puede decirse, es incompatible por esencia con la propia noción de «responsabilidad», y se vincula más con el concepto de «aseguramiento». Y la Administración no es ni puede convertirse en una aseguradora universal. No es así en el resto del mundo, ni es así, tampoco, en España. Cuestiones distintas aunque conexas son que se prescinda de indagar si el titular del concreto órgano administrativo al que se imputa el daño actuó, habida cuenta de sus circunstancias, de forma negligente, eso es, que se prescinda de una valoración *ad personam* y se sustituya por una *ad rem*, esto es, al funcionamiento del servicio; que en determinados sectores pueda operar una inversión de la carga de la prueba habida cuenta la mayor facilidad probatoria de la Administración o la presunción de culpa derivada de la desproporción del daño; o, finalmente, que en supuestos *marginales* el legislador o, en su caso, la jurisprudencia, pueda entender que un principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas y de proporcionalidad pueden justificar una compensación por la vía indemnizatoria respecto de un tipo de daños cualificados por su naturaleza o entidad (p. ej., obras públicas que impiden el acceso a negocios obligándoles al cierre o provocando una disminución sensible en la cifra de negocios).

El ámbito de los daños sanitarios —con mucho, el que más reclamaciones genera— permite contemplar la verdad de estos planteamientos y la mentira, por así decirlo, de algunas aproximaciones simplistas a la presunta «objetividad» del sistema de responsabilidad.

Partamos de una declaración de principios, como la contenida en la **STS de 23 de febrero de 2010**, Ar. 3427, que enjuicia un caso de daños con ocasión de un parto, supuesto que puebla cada vez con más frecuencia los repertorios de jurisprudencia en esta materia. La menor sufría parálisis cerebral tetraparética que precisaba tratamiento con fisioterapia y estimulación, habiendo sido declarada minusválida en un porcentaje del 75% por sufrimiento fetal.

El Tribunal Supremo comienza con un categórico desmentido de la supuesta objetividad del sistema, para lo cual la jurisprudencia se apoya cada vez más en el sentido de la llamada «cláusula del estado de los conocimientos» que, en efecto, si bien se incorporó para dar solución a casos entonces en boga —el contagio del VIH y de la hepatitis C por transfusiones realizadas antes de aparecer en el mercado los instrumentos para testar las partidas de plasma— lleva ínsito en su formulación general el reconocimiento de que ninguna responsabilidad puede ser, con carácter general, objetiva:

«En el motivo segundo, se alega infracción de los artículos 106 CE y 139 y siguientes de la LRJ-PAC, así como de la correspondiente jurisprudencia. Sostienen los recurrentes que, al ser la responsabilidad patrimonial de la Administración de carácter objetivo, su pretensión indemnizatoria habría debido estimarse con la mera comprobación del nexo causal entre las circunstancias del parto y la parálisis cerebral de la niña.

[...] El motivo segundo no puede prosperar. El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como es bien sabido, significa que no es necesaria la presencia de un elemento de culpabilidad —o de incorrecto funcionamiento del servicio— para que la Administración pueda ser condenada a indemnizar los daños ocasionados por ella. Ahora bien, el artículo 141.1 LRJ-PAC es claro al establecer que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos”. Esto quiere decir que un servicio público que ajusta su funcionamiento al estado de los conocimientos científico-técnicos en el campo de que se trate —lo que suele condensarse en la fórmula *lex artis*— no responde de las lesiones que pueda ocasionar. A la Administración no le es exigible responder por lesiones cuya evitación está fuera de los conocimientos humanos. Pues bien, aun cuando en el presente caso ciertamente no se discute el nexo causal entre las circunstancias del parto y la parálisis cerebral de la niña, existe desacuerdo entre las partes acerca de si se respetó o no la *lex artis*. Este es el punto crucial, por lo que no basta invocar el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración para lograr que la sentencia impugnada sea casada».

El caso queda, pues, centrado en determinar si hubo o no una infracción de la *lex artis* (una culpa o negligencia, reconózcase en términos claros). Y aquí, pese a la limitación de sus facultades revisoras en casación, y la necesidad de respetar la valoración de la prueba salvo irrazonabilidad o arbitrariedad, corrige al tribunal de instancia y declara la responsabilidad:

«Es precisamente en el motivo tercero donde los recurrentes combaten la valoración de la prueba que conduce a la sentencia impugnada a concluir que se respetó la *lex artis*. Sostienen que, a la vista de las pruebas existentes, esa conclusión es ilógica o arbitraria.

Para examinar adecuadamente esta cuestión, conviene partir de algunos datos que aparecen como ciertos, bien directamente en la sentencia impugnada bien de las actuaciones remitidas a esta Sala, que pueden ser examinadas de conformidad con el artículo 88.3 LJCA: la madre, una mujer relativamente joven, ingresó en el Hospital de La Paz al final del período normal de gestación por haber roto aguas; en el momento del ingreso, tanto la madre como el feto estaban en buen estado; las dificultades para el parto surgieron de que el cuello del útero era demasiado estrecho para el feto; la decisión de realizar la cesárea se tomó ya de madrugada, cuando la madre llevaba ingresada desde primera hora de la mañana del día anterior; y para realizar dicha cesárea fue sometida a anestesia total, a pesar de que hacía tiempo que se le había suministrado una epidural.

La sentencia impugnada entiende que los servicios médico-sanitarios se ajustaron a la *lex artis*, porque intentaron que el parto tuviese lugar por medio natural y acudieron a la cesárea sólo

cuando comprobaron que no había otra alternativa. Observa, además, que la acidosis sufrida por el feto en ese tiempo —causante de la parálisis cerebral— puede deberse científicamente a diversas causas, no estando acreditado que fuese consecuencia de la tardanza en practicar la cesárea. La principal base para todo ello viene dada por el informe de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense, proveniente del expediente administrativo. También el informe de la inspección médica se orienta en ese sentido.

En contraposición con lo anterior, el informe del perito judicial concluye afirmando inequívocamente que “se debía haber actuado con anterioridad a la realización de la cesárea”. Este informe, que es particularmente detallado, goza de todas las garantías inherentes a la prueba pericial practicada en el proceso, a diferencia de lo que ocurre con los informes recogidos en el expediente administrativo. Este es ya un elemento de peso para considerarlo más atendible que esos otros informes. Además, el informe del perito judicial afirma que la decisión de someter a la madre a anestesia total se debió a una situación de urgencia, como se desprende de las anotaciones hechas por el servicio de reanimación, lo que corrobora que la larga espera a que el parto tuviera lugar por medio natural no fue acertada. A ello hay que añadir que el informe del Médico Forense para las diligencias penales abiertas en su día —informe que está recogido en los autos— se orienta en sentido similar al perito judicial, señalando además la existencia de contradicciones entre la versión de lo ocurrido dada por los tocólogos que asistieron al parto y la dada por los neonatólogos que asistieron a la niña. Los neonatólogos afirmaron que las crisis convulsivas de la recién nacida eran “consecuencia de un evidente sufrimiento fetal”. No hay que olvidar que el Médico Forense es, por su propia posición, un colaborador de la Administración de Justicia caracterizado por su imparcialidad y además, en el presente caso, se trataba de un especialista en Obstetricia y Ginecología. Todo ello hace que resulte muy cuestionable dar más crédito, como hace la sentencia impugnada, al informe de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense que a los informes, de signo contrario, del Médico Forense y del perito judicial.

Dicho esto, debe hacerse otra consideración, que termina de inclinar la balanza en el sentido de que la valoración de la prueba es ilógica o arbitraria: la Administración no ha proporcionado ninguna posible explicación de la acidosis sufrida por el feto en el período inmediatamente anterior al nacimiento, más allá de la afirmación de que científicamente puede deberse a diversas causas. Pues bien, si la madre y el feto estaban en buen estado en el momento del ingreso hospitalario y si la parturienta llevaba más de quince horas ingresada cuando se produjo el nacimiento, dos extremos son indiscutibles: lo que quiera que ocurriese para que el bienestar del feto se deteriorara ocurrió estando ya bajo la custodia de los servicios médico-sanitarios del Hospital de La Paz. De aquí que la Administración habría debido ofrecer alguna explicación plausible, distinta de la genérica referencia a las diversas causas posibles de la acidosis. En ausencia de dicha explicación, lo único razonable es concluir que la decisión de realizar una cesárea habría debido tomarse antes, máxime si se tiene presente que la insuficiente anchura del cuello del útero era ya conocida. Sobre el mencionado deber de la Administración de ofrecer alguna explicación plausible ya se ha pronunciado esta Sala, entre otras, en su reciente Sentencia de 27 de junio de 2008.

Por todo lo expuesto, la valoración de la prueba hecha por la sentencia impugnada en el sentido de que se respetó la *lex artis* es ilógica o arbitraria. Procede estimar el motivo tercero de este recurso de casación y anular la sentencia impugnada. Ello hace ya innecesario examinar el motivo cuarto».

Para determinar el monto de la indemnización adecuado al presente caso, esta Sala tiene presente la extremada gravedad de las secuelas padecidas por la niña, que la acompañarán toda la vida y supondrán una pesada carga —económica y también psíquica— para quienes deben hacerse cargo de ella. Fija una indemnización en seiscientos mil euros.

La lógica de esta sentencia, con su exigencia de desviación de la *lex artis*, que se anuda a la cláusula del estado de los conocimientos, es cada vez más frecuente en el razonar del Tribunal Supremo que ha encontrado en ella un asidero para descartar las reclamaciones que insisten en que la Administración debe responder del daño, tal y como proclama el artículo 139 de la Ley 30/1992. El artículo 141.1 de dicha Ley le ha provisto, pues, de un auxilio argumental para alcanzar el mismo resultado (condicionar la responsabilidad a una desviación de la *lex artis*, léase, a una culpa o negligencia) para el que antes se veía obligado a auténticas «piruetas» argumentales. Además, la sentencia hace hincapié en otro aspecto relevante: la limitación de la revisión de la prueba del nexo causal en sede casacional a lo irracional o arbitrario.

Pues bien, a este esquema responden multitud de sentencias dictadas en este período.

También en relación con daños sufridos por recién nacidos con ocasión del parto, la **STS de 2 de marzo de 2010**, Ar. 3455, descarta la responsabilidad sanitaria por las lesiones cerebrales que sufre un recién nacido, partiendo de un análisis con base en la cláusula del estado de los conocimientos del artículo 141.1 LRJ-PAC, que identifica con la *lex artis*. En la *lex artis*, sin más, se apoyan otras sentencias con igual presupuesto fáctico (daños derivados del parto), como la **STS de 23 de febrero de 2010**, Ar. 3424, otro caso más de responsabilidad por daños sufridos por un recién nacido con ocasión de parto. El tribunal de instancia la declaró, considerando que no se tomaron las medidas adecuadas que aconsejaba la patología respiratoria previa de la madre, y el Tribunal Supremo desestima el recurso, recordando que:

«[...] no basta con justificar que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser, a juicio de la parte recurrente, más acertado o ajustado al contenido real de la prueba, sino que es menester demostrar que dicha apreciación es arbitraria o irrazonable, o conduce a resultados inverosímiles [...]».

La **STS de 31 de marzo de 2010**, Ar. 2758, enjuicia el caso de un niño al que se le detecta una enfermedad epiléptica y se le aplica tratamiento farmacológico durante dos años sin éxito. El Tribunal casa la sentencia de instancia, al considerar que debió detectarse que la epilepsia padecida era refractaria o médico resistente, por lo que su tratamiento con medicación no proporcionaba mejoría alguna, sino agravación, habiéndose debido considerar la alternativa del tratamiento quirúrgico y haber informado de dicha posibilidad a los padres. Al final, los padres tuvieron que acudir a esa vía con sus medios, acudiendo a la sanidad privada, con resultado exitoso para la patología de su hijo. En definitiva, se trata de un supuesto de responsabilidad por infracción de la *lex artis*, que se traduce en la obligación de indemnizar a los padres el coste de la intervención y tratamiento en una clínica privada y demás daños y perjuicios ocasionados. Sobre estos últimos, el Tribunal Supremo considera que:

«Ahí, aunque no disponemos de un elemento de juicio de carácter pericial que mida o valore el agravamiento que en las funciones neurológicas del menor y en la entidad de sus secuelas hubo de producir la persistencia de aquellas crisis en los doce meses anteriores a la intervención quirúrgica, nuestra conclusión, obtenida al valorar y tomar en cuenta, entre otras y como circunstancias más relevantes, su corta edad, la mayor incidencia negativa que en ella produce la enfermedad de que se trata, la frecuencia e intensidad de las crisis padecidas en esos meses, el tiempo que estos representan, el sufrimiento del menor y de sus padres durante él, su estado tras ser intervenido y el coste de la intervención, cifra aquella indemnización, actualizada ya al día de hoy, en la suma de 200.000 euros, entendiendo excesiva la de 420.708 euros que solicitó la parte actora».

Las **SSTS de 9 de febrero de 2010**, Ar. 1391 y Ar. 3307; **de 16 de febrero de 2010**, Ar. 1522, y **de 26 de febrero de 2010**, Ar. 3445, insisten en la limitación de la revisión de la prueba del nexo causal en sede casacional y ratifican las sentencias de instancia. El género de razonamientos podemos verlo en la **STS de 3 de febrero de 2010**, Ar. 3225. Se trata de un paciente con problemas psíquicos (síndrome de Münchausen), que sufre daños al salir de ambulancia que lo trasladaba al domicilio, tras recibir el alta médica. La recurrente aduce que presentaba una patología psiquiátrica que llevaba a la necesidad de hacer dichas «recomendaciones especiales» para su traslado en ambulancia, y las instrucciones no se dieron en modo alguno a los conductores de la ambulancia.

El Tribunal acude una vez más a la limitación de sus facultades casacionales:

«Por ello, la posibilidad de revisar cuestiones relacionadas con la prueba en el ámbito casacional se encuentra absolutamente limitada. Este Tribunal insiste en que no corresponde al mismo en su labor casacional revisar la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia ante el mero alegato de la discrepancia en la valoración efectuado por la parte recurrente. Se admite la conculcación de las reglas de valoración de la prueba tasada cuando se alega un documento público (artículo 319 LEC 1/2000, de 7 de enero).

Solo es factible revisar la valoración de la prueba practicada en instancia cuando el resultado valorativo resulta arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad o se contravengan las reglas de la sana crítica. Reglas a las que debe sujetarse el juzgador en la actual regulación que efectúa la LEC 1/2000, de 7 de enero, al disciplinar los distintos medios de prueba: artículo 316.2 (interrogatorio de las partes), artículo 334 (documentos privados), artículo 348 (prueba pericial), artículo 376 (prueba testifical). También en el marco vigente el de justicia rogada en razón a las pruebas y pretensiones aportadas por las partes (artículo 216 LEC 2000).

E insiste el Tribunal Constitucional en declarar que para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente (SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, y 63/2004, de 19 de abril). Error notorio y patente que para tener relevancia constitucional, por la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24, nos recuerda la STC 63/2004, de 19 de abril, con cita de otras muchas, no solo ha de ser verificable de forma incontrovertible sino que ha de constituir el soporte básico de la decisión».

A partir de este parámetro de control, desestima la demanda, al estimar que

«No basta con aducir la existencia de una patología psiquiátrica para exigir la necesidad de recomendaciones especiales en el traslado en ambulancia cuando no existe prueba en contrario, así lo manifiesta el fundamento jurídico sexto de la sentencia, respecto a que las medidas sanitarias adoptadas fueran contrarias a la *lex artis* correspondiente.

La razón de decidir de la sentencia para rechazar la necesidad de que hubieran debido adoptarse otras medidas en el transporte en ambulancia es la falta de acreditación de la necesidad de esas medidas que, recalca, tampoco fueron adoptadas por razón de otros ingresos previos de la recurrente por razones psiquiátricas. Y tales razonamientos sólo son combatidos con generalidades mediante la reproducción parcial de la STS de 29 de abril de 2008.

Tampoco basta con lanzar un número mayor o menor de sentencias aducidas como infringidas sino que debe exponerse debidamente cuál es la doctrina sentada en las mismas y que, por tanto, se reputa vulnerada por la sentencia, siempre bajo la exigencia de que la jurisprudencia invocada guarde relación con el supuesto objeto de recurso.

Una sentencia no constituye jurisprudencia. Pero, además, tras la invocación de la mencionada sentencia se limita la parte a exponer que el Tribunal *a quo* no valora acertadamente el historial

médico de D.^a Agustina y sus numerosos intentos de autólisis por lo que entiende hay interpretación errónea del nexo causal que este Tribunal rechaza».

La limitación de la revisión casacional no excluye, claro está, que en no pocas ocasiones el Tribunal Supremo anule la sentencia de instancia. Al respecto, puede traerse a colación la **STS de 27 de enero de 2010**, Ar. 228, que reafirma la posibilidad del Tribunal Supremo de integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de Instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia.

El caso es el de una persona, de profesión comercial de material pesado, que había acudido al servicio de urgencias con lumbalgia aguda y contractura muscular, prescribiéndosele tratamiento con anti-inflamatorios y reposo. Al no experimentar mejoría, volvió al hospital un mes más tarde, donde se le volvió a prescribir medicación y reposo. Aún volvió una tercera vez, quince días más tarde, en la que se le derivó a consulta del traumatólogo para el día siguiente, que le diagnosticó lumbalgia aguda y posible cólico renal, solicitándose TAC lumbar para ser realizado de forma ambulatoria, y siendo remitido de nuevo a su domicilio con tratamiento médico y prescripción de reposo. Posteriormente, tras realizar un movimiento brusco, notó un dolor agudo de espalda irradiado hacia el costado derecho con calambres y pérdida de fuerza inmediata en las piernas (desde dicho momento ya no pudo volver a caminar ni mantenerse en bipedestación). Finalmente, y tras continuar su circuito hospitalario, tiene que ser sometido a intervención de urgencia, con secuelas de lesión medular con tratamiento permanente en el Centro Nacional de Paraplégicos de Toledo.

El tribunal de instancia concluye:

«En definitiva, y a modo de recapitulación, que: 1) El cuadro clínico que venía presentando el actor evidenciaba la existencia de una afectación del disco intervertebral en fase de profusión o de hernia franca. 2) Ello hacía imperativo, en buena praxis, la realización inmediata —lo que no se hizo— de un TAC o RNM. 3) Dicha prueba hubiera objetivado la existencia de hernia discal a nivel D10, D11 y 4) Tal lesión era anterior al “accidente” sufrido por el recurrente el 14.1.1997, de manera que cualquier carga sobre la columna dorsal —incluso un simple estornudo— podría haber provocado la extrusión del disco.

Con tales datos fácilmente puede concluirse, en el caso de autos, con la afirmación de la existencia del requisito de la relación de causalidad entre la actividad administrativa y el resultado antijurídico producido, toda vez que si se hubieran efectuado a tiempo las pruebas diagnósticas que exigía, en buena praxis, el cuadro clínico que presentaba el actor se hubiera detectado la lesión que presentaba, lo que hubiera posibilitado —lógicamente— la instauración del tratamiento adecuado (fuera éste ortopédico, quirúrgico, etc.) que hubiera permitido evitar el fatal desenlace producido y consistente en la extrusión de la hernia y consiguiente paraplejia».

Fijó la indemnización en 420.000 euros.

Impugnada la sentencia por la Administración sanitaria, el Tribunal Supremo estima la casación, integrando el relato fáctico y concluyendo que se produjo una ruptura del nexo causal, no acudió a la revisión médica prescrita, lo que impidió un correcto diagnóstico y tratamiento del padecimiento. En efecto, da relevancia al dato de que tras la tercera visita al hospital, se le prescribió reposo absoluto en cama durante quince días con medicación, y nueva revisión con práctica de nuevo TAC.

«Sin embargo esta Sala no comparte esa apreciación jurídica, y lejos de ello considera que si el paciente hubiera seguido las pautas establecidas por el facultativo que le atendió, hubiera acudido a la prueba diagnóstica del TAC lumbar que se le había pedido y con ella, hubiera acudido a la consulta prevista para el día 2 de enero para revisión por el traumatólogo, y de ese modo hubiera respetado la secuencia prevista para llegar a diagnosticar su padecimiento, posiblemente se hubiera determinado el mismo. De no haber sido así, y si no se hubiera diagnosticado la en ese momento hipotética dolencia de hernia discal dorsal que dio lugar a la posterior herniación con compromiso medular que llevó a la paraplejía que padece el recurrente, ocurrido a consecuencia de la visita que en su domicilio, refiere el informe pericial que efectuó a la perrera en que guardaba sus perros, y que dio lugar a que al salir por la puerta de la misma, y por la poca altura de aquella hubiera de inclinarse y al enderezarse de ese movimiento notó el dolor agudo que a partir de ese momento le impidió caminar y mantener la bipedestación, se hubiera podido llegar a la conclusión contraria, que es la que alcanzó la Sentencia recurrida».

B) Daño hospitalario. Consentimiento informado. Cuantificación del daño

Otro tema estrella en los asuntos de responsabilidad sanitaria es el relativo al consentimiento informado. Conforme al artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, el paciente tiene derecho «a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento». Dicho precepto fue derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, norma que ha regulado con mucha mayor amplitud el derecho a la información del paciente. Esta Ley parte de la necesidad general de consentimiento previo del paciente para toda actuación sanitaria, tras una información adecuada, y a decidir libremente con posterioridad entre las opciones clínicas disponibles. Define el consentimiento informado como «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud». Consagra el derecho a la información asistencial, que comprende como mínimo la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias, dejando constancia en la historia clínica. El médico responsable del paciente y los profesionales que le atienden son los responsables de informarle. Asimismo, regula el consentimiento informado, reiterando la regla general del consentimiento verbal, y la excepción del consentimiento escrito para intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Junto a la información básica, se establece la regla según la cual «el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente». El consentimiento es en todo caso libremente revocable por escrito. Igualmente, regula los supuestos excepcionales de riesgo en que es posible realizar intervenciones clínicas indispensables sin consentimiento, así como los casos de consentimiento por representación. La acreditación del consentimiento corresponde a la Administración, que debe poner pues los medios para que quede constancia de él, y que se encuentra en situación favorable para aportarla, y no, por el contrario, al interesado, al que se condenaría en estos casos a probar un hecho negativo.

En el período de esta crónica se han dictado múltiples sentencias sobre el particular, que no siempre guardan una coherencia evidente. Se plantea en muchas de ellas hasta dónde llega el deber de informar, esto es, si ha de informarse de cualquier posible incidencia, aunque sea muy general, y no relacionada con la intervención médica en concreto; si debe informarse de cual-

quier posible complicación incluso cuando el porcentaje de recurrencia es mínimo; o si debe darse una información adaptada a las particulares condiciones de salud de cada paciente.

La **STS de 26 de enero de 2010**, Ar. 3151, analiza si ha de informarse también, en el marco de una intervención quirúrgica, de la posible interrupción temporal del tratamiento anticoagulatorio para hacer frente a una hemorragia. La respuesta es negativa.

La **STS de 25 de marzo de 2010**, Ar. 4544, condena a indemnizar a la Administración por no haber informado al paciente adecuadamente de los posibles riesgos derivados de la intervención quirúrgica. Se trata de una indemnización a tanto alzado de daños morales por la privación de la capacidad del paciente de decidir sobre si someterse o no a dicha intervención quirúrgica. Una operación de hernia inguinal derecha. Persistiendo el dolor, tuvo que someterse a nueva intervención, diagnosticándosele neuralgia inguinal secundaria a hemorragia inguinal, y siendo declarada a consecuencia de ello en situación de incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo. La demanda, *ratione temporis*, se apoyaba en la definición general de la obligación de recabar el consentimiento informado de los artículos 10.5, 10.6 y 10.11 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, que se refieren a la necesidad de información sobre el proceso, diagnóstico y alternativas, a la libre elección entre las opciones que presente el médico, y a la exigencia de «constancia escrita de su proceso» (como puede verse, no dice «del consentimiento»). Como es sabido, el alcance de la obligación fue desarrollado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica que derogó estos preceptos. El Tribunal Supremo considera que:

«No obstante la inaplicación al supuesto presente de la antedicha norma, resulta claro que tanto la vigente regulación, más detallada y precisa, como la anterior coinciden en un punto esencial, esto es la exigencia del “consentimiento escrito del usuario” (artículo 10.6 Ley General de Sanidad, 14/1986, y artículo 8.2 Ley 41/2002) para la realización de intervenciones quirúrgicas. Si bien actualmente también se prevea respecto de procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Todo ello, a salvo claro está de situaciones en que deban adoptarse decisiones urgentes adecuadas para salvar la vida del paciente o cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones.

[...] Pero no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales. Así la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar.

Por ello, una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento».

No basta para eximir del deber de información, pues, que el riesgo sea bajo, con una recurrencia inferior en este caso al 1%:

«El contenido del consentimiento informado comprende transmitir al paciente (es decir la persona que requiere asistencia sanitaria) todos los riesgos a los que se expone en una intervención precisando de forma detallada las posibilidades, conocidas, de resultados con complicaciones».

Fija una cantidad indemnizatoria a tanto alzado de cuarenta mil euros.

En esta misma línea se sitúa la **STS de 9 de marzo de 2010**, Ar. 4211, en que se omitió informar, con carácter previo a una intervención quirúrgica, sobre un posible riesgo colateral

que la intervención podía ocasionar, que se materializó y provocó lesiones determinantes de muerte de la paciente.

El tribunal de instancia no estimó la demanda, al reputar que la complicación ocurrida era tan infrecuente que no exigía la puesta en conocimiento del paciente de su posible producción.

«[...] en primer lugar, respecto de que no se expresa en la información de la intervención quirúrgica el riesgo de rotura traqueal y sus consecuencias, atendido que ha quedado acreditado en el informe pericial de la codemandada que esta complicación es muy poco frecuente, aunque viene descrita en la literatura médica, por lo que su falta de mención expresa no constituye infracción del deber de informar de los riesgos, atendido el criterio jurisprudencial respecto de la proporción en la información a dar necesariamente al paciente, atendida la incidencia y relevancia de las complicaciones posibles, de tal modo que una información exhaustiva y excesiva impida precisamente lo que se pretende con la información médica, que no es otra cosa que el paciente conozca las posibles complicaciones más frecuentes de las intervenciones y actos médicos para tomar su decisión de aceptar o no el tratamiento propuesto [...]».

El Tribunal Supremo, por el contrario, considera que debió facilitarse dicha información:

«[...] pues, al omitirse en aquella información a la paciente aquel dato o elemento de un posible riesgo colateral que la operación podría ocasionar según los estudios médico-científicos o clínicos en esta materia, se le privó de la posibilidad de ponderar la conveniencia de someterse o no a aquella específica y singular operación quirúrgica; por ello, entendemos que, dentro de los angostos términos de este recurso casacional, que la omisión de aquel dato o circunstancia, no puede calificarse, como también sostienen las partes recurridas en aval de la sentencia impugnada, de irrelevante desde el punto de vista de la autonomía de la persona, dado que se le privó a la paciente de su facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses si debía someterse o no a aquella intervención quirúrgica, y, en caso contrastar el pronóstico con otros facultativos. Esta situación originada por la incompleta o insuficiente información de la Administración acerca de los riesgos que se califican de “poco frecuentes”, inherentes de la operación, supone un incumplimiento de la *lex artis ad hoc* que revela un anormal funcionamiento del servicio sanitario, que exige una indemnización siempre y cuando se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento, defectuosamente informado [...]».

Admite la cantidad de 180.000 euros solicitada, que considera en línea con la reconocida en casos similares.

— La **STS de 17 de febrero de 2010**, Ar. 1524, versa también sobre el consentimiento informado. Se alegaba que el documento en que constaba dicho consentimiento era un documento genérico, en el que no se recogen los riesgos personalizados de la paciente, que posteriormente fueron los que causaron las complicaciones post-operatorias (eventración, hernia gigante infra-umbilical, etc., en persona obesa, con escasa tonicidad muscular), y se traía a colación jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (de 21 de octubre de 2005, y 26 de junio y 15 de noviembre de 2006).

El Tribunal Supremo desestima el argumento:

«El motivo no puede prosperar. Como recuerda la Comunidad Autónoma demandada la intervención que se efectuó a la recurrente en el Hospital Central de la Cruz Roja de Madrid se llevó a cabo una vez que la enferma suscribió el documento de consentimiento informado que obra en los folios 91 y 92 del expediente administrativo. Documento que aparece firmado por la recurrente y por el Dr. que llevó a cabo la intervención quirúrgica correspondiente;

ese documento elaborado por el servicio de Ginecología del Hospital, se refiere en concreto a la intervención quirúrgica de Histerectomía Abdominal, a practicar a la paciente, recoge el apellido del médico que informa Dr. Juan Pablo que fue quien a la postre llevó a cabo la operación, y en él se describe el objeto de la misma, extracción del útero, acompañado o no de los anejos (ovario y/o trompas) así como las consecuencias seguras de la intervención, en este caso se conservaron los ovarios, y recoge cómo también en este supuesto se habían desechado para la paciente y por sus circunstancias la posible histerectomía vaginal y/o endoscópica. Además contiene una detallada enumeración de los riesgos y consecuencias del procedimiento de modo que no queda duda alguna de que ese documento se suscribió una vez que la paciente fue suficientemente informada de las razones de la intervención y de las consecuencias que de la misma podían derivar.

Por otra parte el documento citado se ajustaba a lo que exigía en el momento de su suscripción la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986, de 25 de abril, en el artículo 10.5 cuando disponía que: “Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”, exigencias que es obvio que el documento cumplió satisfactoriamente».

C) Daños provocados por terceros y responsabilidad administrativa por omisión

A lo largo de estos años hemos analizado supuestos en que es posible conectar un daño causado directamente por un tercero, a una acción o, más a menudo, omisión administrativa en orden a prevenirlo, que permite imputarle el daño a la Administración, habida cuenta que el requisito de la causalidad directa y exclusiva ha sido desterrado de la jurisprudencia.

En este sentido, son recurrentes los asuntos que guardan relación con los daños producidos en acontecimientos multitudinarios organizados o autorizados por la Administración (festejos taurinos o pirotécnicos; acontecimientos deportivos o musicales, etc.). Otros supuestos nada infrecuentes son los daños provocados por reclusos, bien lesionando a otros dentro de la prisión, bien a cualquier víctima en períodos de libertad condicional o de permisos carcelarios. Junto a estos supuestos «clásicos», del mayor interés son otros dos que reseñamos y que pueden considerarse punta de lanza de lo que puede llegar a constituir una asunción administrativa, por vía indemnizatoria, de los efectos de sus omisiones en deberes más genéricos de garantizar la efectividad de las disposiciones y actos administrativos. En este sentido, traemos a colación los supuestos de responsabilidad por inejecución subsidiaria de actos administrativos; y de responsabilidad por la omisión de poner fin a la producción de ruidos.

En todos estos casos, la obligación que pesa sobre la Administración de garantizar el respeto de las normas encaminadas a garantizar la seguridad y el orden público llevan a imputar la responsabilidad a la Administración si ésta omite sus deberes en tal sentido.

En el período de esta crónica, la **STS de 3 de marzo de 2010, Ar. 2441**, enjuicia un supuesto «clásico»: la muerte de un recluso por heridas de arma blanca producidas en el interior de centro penitenciario, sin que la Administración penitenciaria hubiera sido capaz de controlar eficazmente la situación de discusión y agresión, ni de evitar la existencia de armas en el interior del centro: incumplimiento por la administración de su deber de velar por los detenidos, presos y penados. En sintonía con la línea en esto uniforme de su jurisprudencia, estima la reclamación por funcionamiento anormal del servicio público.

D) Daños imputables sólo a la víctima y no a una omisión culposa de la Administración

La conducta de la propia víctima es uno de los factores que, según el grado de influencia en la producción del daño, puede llegar a romper el nexo de causalidad o, de considerarse concausas, a moderar la cuantía de la indemnización que habrá de satisfacer la Administración.

No son pocos los casos en que, en la producción del daño, concurre un funcionamiento anormal del servicio público y un comportamiento negligente de la víctima. Se trata, entonces, de ponderar si, en aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, el daño ha de imputarse por entero a la Administración (que deberá, entonces, reparar el daño en su integridad), si la concurrencia de causas impone un reparto de la carga indemnizatoria (la Administración abonará sólo la parte del daño asociada a su intervención, lo que lleva, generalmente, que asuma la satisfacción del cincuenta por ciento de su cuantía) o si la conducta negligente del dañado es tal que llega a romper el nexo de causalidad adecuada entre la actuación administrativa y el daño (en cuyo caso, la Administración no responde).

En la mayoría de las ocasiones, la responsabilidad administrativa se anuda a una omisión, lo que plantea cuestiones siempre complejas en torno a la determinación, en cada caso, de la existencia o no de un nexo causal. El juez administrativo viene a indagar en estos casos si concurre una obligación de evitar el daño y un elemento de anormalidad, pues, de otro modo, resulta conceptualmente imposible imputar el daño a la Administración. Todo ello conecta con la búsqueda de un «canon de diligencia» que no es sino un asidero de corte culpabilístico.

Tras un seguimiento exhaustivo de la jurisprudencia, nos atrevemos a apuntar (en línea de tendencia, desde luego, y no como regla sin excepciones), que los tribunales contencioso-administrativos son proclives a imputar la causalidad, por entero o, en ocasiones, compartida, a la Administración, siempre que haya un elemento de anormalidad en el servicio (a veces no muy evidente), y ello incluso en los casos en que el comportamiento de la víctima ha contribuido de forma manifiesta y decisiva a la producción del daño. En estos casos, se decreta el reparto de la obligación de indemnizar, en diversas proporciones, según el caso concreto, teniendo para ello una libertad estimativa muy amplia, como reconoce el propio Tribunal Supremo.

Una serie de supuestos son característicos de este tipo de daños, a menudo de carácter físico: la participación en festejos taurinos o pirotécnicos, tan arraigados en España; los accidentes en carreteras, ríos o playas; la participación en manifestaciones y algaradas disueltas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; los atropellamientos por ferrocarriles; el suicidio de reclusos o internos en psiquiátricos, los accidentes de escolares, etc., son algunos de los que con más frecuencia pueblan los repertorios de jurisprudencia.

Al «género» de los suicidios de reclusos pertenece la **STS de 10 de marzo de 2010, Ar: 4226**, que analiza la reclamación de los familiares de un recluso que fue hallado muerto por la mañana en su celda, que compartía con otros reclusos, certificándose que el fallecimiento se debió a una ingesta de sobredosis de metadona. Entre los antecedentes personales del interno constaba que padecía «trastorno esquizoide», «personalidad psicótica» y numerosas asistencias por el Servicio Médico penitenciario y de la Seguridad Social por ingesta de cuerpos extraños y consumo abusivo de estupefacientes. Estaba ingresado en la Enfermería del Centro, desde su ingreso y en tratamiento médico directamente observado. No estaba sometido a ningún tratamiento deshabitador de drogas. Estuvo en Programa de Prevención de Suicidios y continuaba en fase de seguimiento, acompañado durante horas de cierre de la celda.

El tribunal de instancia consideró que no había existido, o al menos no se había demostrado en grado suficiente, la concurrencia de un elemento de anormalidad en el servicio público prestado, porque por las autoridades penitenciarias se observó un riguroso cumplimiento de los deberes que se impone de adoptar las medidas de vigilancia y seguridad necesarias, tendentes

a proteger a los reclusos, y en concreto para evitar el consumo y tráfico de drogas en la prisión, manifestadas en el volumen de cacheos y requisas practicadas; y se habían adoptado medidas para evitar peligros por la situación psiquiátrica del recluso.

«No puede olvidarse que ese deber público que la Ley impone a la Administración de velar por la salud e integridad físicas de las personas internadas en centros penitenciarios, es una obligación de actividad no de resultado, es decir, no se impone una efectividad al cien por cien, porque ello es contrario a la propia razón de las cosas, sino que ha de ponerse en conexión con la supuesta infracción de los deberes de la Administración Penitenciaria, constituyendo un “no funcionamiento”, o la adopción de una actitud pasiva o inactiva de la Administración.

Pues bien, en el caso de autos, no puede hablarse de una falta de vigilancia, descuido, desentendimiento o despreocupación por impedir el consumo o tráfico de drogas en la prisión, con una población reclusa muy considerable, ni mucho menos, con respecto al fallecido, se advierte o se denuncia algún tipo de falta de atención al mismo.

Es por ello que no puede establecerse nexo causal entre e3 hecho lesivo y la actuación de la Administración penitenciaria [...].

De todo ello llegamos a la conclusión de que no existió anormalidad por parte de la Administración en la obligación de velar por la vida e integridad física del interno, obligación que como hemos dicho anteriormente es de actividad y no de resultado, de ahí que no deba imputarse al funcionamiento del servicio de prisiones el fallecimiento del hijo de la recurrente, sino a la propia y libre decisión del interno de ingerir metadona no prescrita, ni por ende controlada, que produjo una descompensación orgánica con fallecimiento súbito [...]».

El Tribunal Supremo da por bueno este razonamiento, que, no obstante, nos parece discutible, pues sin duda y por extendido que esté, la tenencia de drogas dentro de una prisión es reveladora de una anormalidad en el funcionamiento del servicio.

Descartan la indemnización la **STS de 26 de enero de 2010**, Ar. 3152, que considera que no puede imputarse a la Administración penitenciaria el daño consistente en las lesiones de un interno como consecuencia de una caída en un frontón del establecimiento penitenciario por estar reparando la red por iniciativa propia, y no a instancias de un funcionario, falta de acreditación de que estuviese llevando a cabo la reparación a instancias de un funcionario; la **STS de 23 de marzo de 2010**, Ar. 4459, en el caso de un accidente de circulación que considera originado por la distracción del conductor y el mal estado del vehículo, y no por el mal estado de la calzada, que estaba en obras pero convenientemente señalizada; y la **STS de 24 de marzo de 2010**, Ar. 4530, en el caso de una persona que sufre importantes lesiones al zambullirse en un río y chocar con su fondo, que trataba de anudar la responsabilidad administrativa a una falta o demora en la atención por parte de una patrulla de la Policía Nacional que estaba en las inmediaciones.

E) Antijuridicidad. Daños derivados de la anulación de actos. Límites a la aplicación de la teoría del margen de tolerancia. Denegación ilegal de licencia de apertura de farmacia por apreciación errónea de elementos reglados

Conforme a la doctrina del «margen de tolerancia» que tanto tratamiento ha tenido en los ya cincuenta números de estas Crónicas, la Administración queda exonerada de responsabilidad cuando se halla ante supuestos de interpretación dificultosa y la decisión se mueve dentro de los límites de lo razonable. El Tribunal Supremo ha desplegado, como bien sabemos, un gran esfuerzo dialéctico por tratar de justificar que a pesar de la aplicación de esa doctrina ello no

traiciona la naturaleza objetiva del sistema, con un éxito que cada cual ha de juzgar, pues ya es conocida por el lector nuestra propia opinión, y no se trata tampoco de reiterarnos en cada número.

En esta ocasión traemos a colación un pronunciamiento que ilustra cuál es, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el límite absoluto para su aplicación: el de la existencia de un auténtico margen de apreciación.

La **STS de 10 de febrero de 2010**, Ar. 3317, estudia la indemnizabilidad de los perjuicios sufridos por retraso en la apertura de oficina de farmacia imputable a la Administración. Considera que trata de un daño antijurídico, teniendo en cuenta que la denegación se basó en la incorrecta aplicación de criterios que no otorgaban margen de apreciación como el número de habitantes, o que, otorgándolos, en el caso concreto, se habían concretado de forma irrazonable:

«Pues bien, en este caso, la incongruencia interna que se denuncia por la Administración recurrente no es sino resultado de una lectura parcial de la sentencia y poco consecuente con sus argumentos, pues el hecho de que la Sala parta de la consideración del concepto de “núcleo de población” como indeterminado y, por lo tanto, sujeto a una valoración necesariamente subjetiva, de acuerdo con la jurisprudencia citada, no significa que no haya de examinarse en cada caso si tal integración resulta razonada y razonable y los márgenes de subjetividad que en cada caso presente la integración de tal concepto jurídico indeterminado, que evidentemente no son los mismos y dependen de las circunstancias concurrentes, que es lo que valora la Sala de instancia para concluir, por lo que se refiere a este supuesto, que atendidos los pronunciamientos de la sentencia que anuló la resolución administrativa denegatoria, los términos son tan concluyentes que en realidad sugieren que era un elemento objetivo en cuanto deriva de la simple observancia de un plano, lo que pone en cuestión la razonabilidad de la integración efectuada por la Administración. No puede sostenerse con éxito que tal planteamiento resulte incongruente o falto de lógica, por el contrario no es sino la recta aplicación de la doctrina jurisprudencial invocada al caso concreto».

Por tanto, no ha habido una incorrecta aplicación del artículo 142.4 de la Ley 30/1992, que niega el automatismo de la responsabilidad derivada de la anulación de actos administrativos:

«En el segundo motivo, formulado como el resto al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley procesal, se denuncia la vulneración del artículo 142.4 de la Ley 30/1992, alegando que pese a lo dispuesto en tal precepto la sentencia ha condenado a la Administración a pagar una indemnización por el simple hecho de haberse anulado el acto administrativo.

La falta de fundamento de este motivo resulta de su propio planteamiento, en el que viene a reproducir como infringida, precisamente, la doctrina jurisprudencial invocada en la sentencia de instancia y en cuya aplicación efectúa sus razonamientos y consiguientes pronunciamientos. Decir que la sentencia de instancia equipara la anulación del acto administrativo y la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración es desconocer totalmente el contenido de la misma y resulta, incluso, contradictorio con el planteamiento del tercer motivo de casación, en el que se denuncia la infracción del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, en cuanto la sentencia declara la responsabilidad patrimonial de la Administración a pesar de que no concurría el requisito de la antijuridicidad del daño, rechazando los argumentos que la Sala de instancia hace valer para concluir que el daño era antijurídico, lo que evidencia que la declaración de responsabilidad no se funda en la mera anulación del acto sino en el examen de la concurrencia de los demás requisitos exigibles al efecto, siendo significativa la expresión de la sentencia cuando señala en relación con los requisitos exigibles, que la anulación de la actuación administrativa “nada añade ni quita en el sentido de tal circunstancia, por sí sola, ni implica ni excluye la responsabilidad según la interpretación jurisprudencial”.

Todo ello lleva a la desestimación de este segundo motivo y también del tercero, en el que la parte niega la antijuridicidad del daño, manteniendo que la Administración actuó de forma razonable, invocando el criterio manifestado por distintos órganos e instituciones informantes en el sentido de denegar la apertura de la farmacia que se solicita, tras citar sentencias de esta Sala, alguna de las cuales ya se tuvo en cuenta por la Sala de instancia, pues la apreciación del Tribunal *a quo* resulta suficientemente fundada y es razonable el apoyo en lo ya resuelto por el mismo en sentencia firme de anulación de la denegación, acerca de la claridad con la que se apreciaba la existencia de núcleo diferenciado en el presente caso, además del dato objetivo de la población que fácilmente deduce de datos existentes sobre viviendas entregadas y contratos de energía. Ciertamente la denegación de la solicitud de apertura de oficina de farmacia para el núcleo de población en cuestión no aparece justificada por la dificultad de valoración de la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos al efecto, que se desprendería con facilidad de las circunstancias del caso, como se refleja en la Sentencia de la Sala de instancia de 23 de noviembre de 1999, por lo que no puede invocarse en este caso la actuación razonada y razonable de la Administración en la integración de dicho concepto jurídico indeterminado, para excluir la antijuridicidad del daño, respondiendo la apreciación de la Sala de instancia a una correcta inteligencia y aplicación de la jurisprudencia sobre la materia, que se invoca en dicha sentencia y también en este recurso de casación».

3. DAÑO INDEMNIZABLE

A) Alcance de la revisión en casación de la fijación de la cuantía de la indemnización por el tribunal de instancia

La **STS de 16 de marzo de 2010**, Ar. 4393, constituye un buen ejemplo del alcance de la revisión en casación de la cuantía del daño indemnizable. Se trataba de un caso de daños derivados del sometimiento de un paciente a una intervención quirúrgica inadecuada para la patología que presentaba. Se considera la indemnización otorgada como excesivamente baja, y se casa la sentencia:

«Por lo que se refiere al motivo segundo, según jurisprudencia constante, la cuantía de la indemnización fijada por el órgano judicial de instancia no es susceptible de ser controlada en sede casacional. La razón es que la cuantía de la indemnización depende de las concretas características de cada daño y, por ello mismo, es una cuestión de hecho, cuya solución depende de la valoración del material probatorio. La única excepción que se admite a esta regla general es la misma que vale, en términos generales, para la apreciación de la prueba: si es ilógica o arbitraria, puede ser revisada en casación.

Una vez sentada esta premisa, el problema en el presente caso consiste en dilucidar si la cuantía de la indemnización otorgada por la sentencia impugnada es ilógica o arbitraria, de manera que no satisface el imperativo de reparación íntegra del daño que se desprende del artículo 106 CE y de su desarrollo legislativo. Pues bien, a este respecto conviene distinguir los dos conceptos en que el recurrente desglosaba su pretensión indemnizatoria: días de incapacidad laboral; y secuelas, perjuicios económicos y daño moral.

El cómputo de los días de incapacidad laboral permite una respuesta absolutamente precisa. Haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 88.3 LJCA, cabe comprobar que en las actuaciones remitidas a esta Sala constan 426 días no tenidos en cuenta por el tribunal *a quo*, cuya valoración asciende a 20.448 euros.

En cuanto a secuelas, perjuicios económicos y daño moral, la sentencia impugnada rechaza la petición de que sean valorados en 163.000 euros, apoyándose en la parquedad de la argumenta-

ción del recurrente. Esto le lleva a reconocer, por este concepto, una cantidad alzada de 10.000 euros. Normalmente esta cifra, por las razones arriba indicadas, debería ser inatacable, ya que la apreciación de los hechos corresponde en exclusiva al órgano judicial de instancia. Sin embargo, en el presente caso, dicha cifra queda manifiestamente por debajo del límite mínimo de lo razonable. Hay que tener en cuenta que se trata de un diagnóstico equivocado, conducente a una operación quirúrgica, como resultas de la cual un hombre relativamente joven quedó permanentemente incapacitado para una vida normal. Dado que los baremos recogidos en las leyes citadas por el recurrente no son vinculantes en esta materia, teniendo sólo un carácter orientador, hay que estar al criterio indemnizatorio usualmente seguido por esta Sala en supuestos similares, que se situaría en torno a 120.000 euros.

La cantidad otorgada por la sentencia resulta, a la vista de todo lo anterior, exageradamente baja, por lo que puede decirse que se ha incurrido en una valoración arbitraria de los hechos y, por ende, atentatoria contra el artículo 106 CE y la legislación que lo desarrolla. El motivo segundo de este recurso de casación debe ser estimado, con la consiguiente anulación de la sentencia impugnada».

B) Valor meramente orientativo de los baremos

Los baremos aprobados a efectos de compensaciones en materia de seguros no vinculan a los tribunales al conocer de reclamaciones de responsabilidad administrativa, que han de resolver conforme al principio de reparación integral, como ha repetido hasta la saciedad la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La **STS de 9 de febrero de 2010**, Ar. 3307, en un nuevo caso de daños sanitarios, insiste en esta idea.

La **STS de 9 de marzo de 2010**, Ar. 4212, condena a la Administración a indemnizar las lesiones graves (retraso mental, autismo, microcefalia y epilepsia parcial) padecidas por un niño al nacer por no practicarse una cesárea urgente, pese a existir sufrimiento fetal antes del parto, detectado tardíamente, y tratándose de un embarazo de alto riesgo. Para la cuantificación del daño, recuerda el carácter meramente orientativo y no vinculante de los baremos. Los demandantes solicitaban una indemnización de un millón doscientos mil veinticuatro euros con veinte céntimos —1.200.024,20 €— (esto es, doscientos millones de pesetas) y el Tribunal Supremo lo reduce a la mitad, 600.000 euros, que considera acorde con la reconocida en supuestos semejantes.

La **STS de 23 de marzo de 2010**, Ar. 4468, enjuicia un recurso que tiene su origen en una intervención quirúrgica que provoca importantes secuelas. La propia Administración, en la vía administrativa, reconoció una indemnización por importe de unos cien mil euros, pero la perjudicada no se mostró conforme con el montante.

El Tribunal *a quo*, tras señalar que no es trasladable al caso el baremo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos de motor, consideró que:

«[...] resulta razonable el criterio tenido en cuenta en la resolución recurrida, indemnizando la traqueotomía con necesidad de cánula, la disfonía y el perjuicio estético, sin que quepa reconocer los demás daños alegados por la razón de que están superados por el tratamiento médico aplicado a la interesada o ser consecuencia inevitable de la intervención médica o ser presupuesto o parte integrante de los anteriores; habida cuenta, sin embargo, que no es de recibo limitar la indemnización por perjuicios estéticos con base en la edad de la paciente, a la sazón, 53 años de edad, lo procedente será incrementar la indemnización reconocida fijando la cantidad total a percibir, por todos los conceptos, la de 120.000 €, que descontando la cantidad ya reconocida de 99.648,87 €, resultan 20.351,13 €».

Tampoco conforme con ello, el reclamante interpuso recurso de casación, alegando que la sentencia de instancia se limitó a desechar el baremo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos de Motor, sin establecer baremo o criterio alternativo alguno, fijando un *quantum* indemnizatorio de forma totalmente arbitraria y consideró razonable el criterio tenido en cuenta por la resolución impugnada sobre los daños indemnizables, no respetando el principio de reparación integral al no reconocer indemnización alguna por 480 días de baja en exceso sobre proceso de intervención normal, trastorno depresivo reactivo del que todavía no se ha recuperado e incapacidad permanente absoluta en lugar de la total para su ocupación habitual a que se refiere la resolución impugnada. Solicitaba ochenta mil euros más.

El Tribunal Supremo recuerda que el baremo de la Ley de Seguros Privados no tiene más valor que el puramente orientativo, con la finalidad de introducir criterios de objetividad en la determinación del *quantum* indemnizatorio, pero sin que pueda invocarse como de obligado y exacto cumplimiento, por lo que no puede alegarse su infracción o inaplicación como fundamento de un motivo de casación. Por ende, su inaplicación no es constitutiva *per se* de arbitrariedad. Sin embargo, sí considera que en la medida en que el principio de reparación integral impone la indemnización de los conceptos no incluidos por el tribunal de instancia, a cuyo efecto y teniendo en cuenta la edad y demás circunstancias personales de la recurrente, actividad laboral que figura en las actuaciones, la indemnización ya reconocida en cuanto afecta a la incapacidad permanente para su ocupación habitual, el alcance del trastorno depresivo reactivo y el considerable número de días de baja más allá de los que normalmente conlleva la intervención a la que se sometió y que también se justifican en el referido informe médico pericial, que debe fijarse prudencialmente una indemnización por dichos conceptos en la cantidad de 40.000 euros, que se añaden a la ya reconocida en la instancia.

4. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO

A) Legitimación pasiva en casos de daños en relación con el patrimonio histórico

En la **STS de 17 de febrero de 2010**, Ar. 1525, el presupuesto es el de un fallecimiento causado por el impacto de piedra procedente del Castillo de Calatañazor, bien de interés cultural de titularidad estatal. Se discute en este caso a quién corresponde la legitimación pasiva. El recurrente imputaba el daño a la Administración del Estado, por el hecho de pertenecer el Castillo al Patrimonio del Estado; a la Junta de Castilla y León por tener atribuidas ésta competencias en materia de protección y conservación de bienes de interés cultural; y al Ayuntamiento de Calatañazor por ser el titular de la calzada por la que caminaba el accidentado, siendo el hecho que originaría la imputación la omisión por parte de dicha Corporación de las obligaciones de vigilancia y conservación, entendiendo que tales alcanzarían no sólo a la vía municipal, sino también a los elementos adyacentes a ella.

El tribunal de instancia declaró la responsabilidad solidaria de las dos primeras. Recurrió la Junta de Castilla y León, aduciendo básicamente que conforme al reparto constitucional de competencias derivado del artículo 149.1.28.^a de la Constitución y en los términos del artículo 36.1 de la Ley 16/1985, de 26 de junio, del Patrimonio Histórico Español, en los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, la obligación de conservación correspondía a la Administración del Estado y no a la Comunidad Autónoma; en su caso, solidariamente con el Ayuntamiento, en la medida en que de conformidad con los artículos 7 de la Ley de Patrimonio Histórico Español, 25.2.e) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y 22 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, le competen las funciones de cooperación en la conservación y mantenimiento de los bienes del Patrimonio Histórico.

El Tribunal Supremo desestima el recurso con la siguiente argumentación:

«Sin embargo tal planteamiento no puede compartirse, como resulta de los propios preceptos invocados por la Administración recurrente. Así, el artículo 6 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico, establece que “A los efectos de la presente ley se entenderá como Organismos competentes para su ejecución:

- a) Los que en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del patrimonio histórico.
- b) Los de la Administración del Estado, cuando así se indique de modo expreso o resulte necesaria su intervención para la defensa frente a la exportación ilícita y la expoliación de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español. Estos Organismos serán también los competentes respecto de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional.

Con lo que se identifican en primer lugar, con carácter general, y como órganos competentes a los efectos previstos por la Ley, los correspondientes a cada Comunidad Autónoma, de manera que los de la Administración del Estado sólo lo serán en los supuestos contemplados en el segundo lugar, que guardan sustancial relación con las previsiones del artículo 149.1.28.^a de la Constitución, que reserva como competencia exclusiva del Estado, la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español, contra la exportación y la expoliación y con el artículo 148.1.16.^a de la misma Constitución, que recoge entre las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas, las correspondientes en materia de Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma.

Y no debe olvidarse que a los organismos competentes para la ejecución de la Ley se les atribuyen las facultades esenciales para la conservación, mantenimiento y custodia de los bienes del Patrimonio Histórico, como se refleja, entre otros, en los artículos 16 (autorización de obras de carácter inaplazable), 19 (autorización de obras interiores o exteriores), 20 (control de autorizaciones y licencias concedidas por los Ayuntamientos) y 39 (autorización para el tratamiento de los bienes, que en el caso de inmuebles se dirige a la conservación, consolidación y rehabilitación). Concretamente y en el artículo 36 de la Ley, invocado como infringido por la recurrente, es cierto que se dispone que “los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios”, pero eso no excluye la actuación de los órganos de ejecución de la Ley, o Administración competente, que según el número 3 de dicho precepto, cuando los propietarios no lleven a cabo las actuaciones que se indican en el número 1, podrán ordenar su ejecución subsidiaria.

Se deduce de todo ello, que la simple invocación de la titularidad estatal del Castillo en cuestión, que no se discute por las partes ni en la sentencia de instancia, no permite excluir las competencias que corresponden a la Comunidad Autónoma a través de sus órganos competentes para la ejecución de la Ley y, por la misma razón, la imputación de la responsabilidad patrimonial al Estado, como propietario del bien, no excluye la responsabilidad de la Comunidad Autónoma en relación con el ejercicio de sus competencias por sus órganos de ejecución de la Ley. Todo lo cual conduce a la desestimación del primer motivo de casación [...].».

En cuanto a la posible responsabilidad del Ayuntamiento, entiende que:

«[...] resulta justificada la apreciación de la Sala de instancia, en cuanto no puede equipararse el deber de colaboración en la custodia y conservación de los bienes que resulte para el Ayuntamiento, de carácter general, con el ejercicio de las concretas competencias que la Ley atribuye a

la Comunidad Autónoma y a cuya deficiencia resulta imputable el resultado lesivo. Además de que la invocación de tal deber de los Ayuntamientos no supone la exclusión de la responsabilidad de la Comunidad Autónoma, que es lo que se plantea en este motivo de casación, que por todo ello también debe ser desestimado».

B) Plazo. *Dies a quo*. Daños físicos

La STS de 24 de febrero de 2010, Ar. 3430, enjuicia un nuevo supuesto de parto con resultado de daños cerebrales en el recién nacido. La Dirección Provincial de Madrid del Instituto Nacional de Servicios Sociales, resolvió en fecha 17 de septiembre de 1990, la solicitud de reconocimiento y calificación de su minusvalía, concretándose el diagnóstico de «Deficiencia mental de grado ligero y trastornos de la personalidad de tipo psicótico», estableciéndose un porcentaje de minusvalía del 65% y fijándose para la referida calificación de la minusvalía un plazo de validez «Definitivo». Posteriormente vino siendo atendido por el Servicio de Salud Mental de su Municipio, que fue adaptando la medicación en función de la evolución de las alteraciones de conducta. Se discute el *dies a quo*, y la clave está en determinar si se trata de un daño permanente o continuado.

El Tribunal Supremo considera que:

«[...] procede hacer una precisión en torno a la declaración que contiene la Sentencia que califica el supuesto como de daño continuado aun cuando a los efectos de este supuesto esa calificación no pueda influir sobre la declaración de la prescripción reconocida en la instancia.

Y es que es preciso distinguir como ha puesto de relieve la jurisprudencia de esta Sala entre los daños permanentes y los daños continuados. Como con reiteración ha manifestado la Sala, por todas la Sentencia de la Sección Sexta de 18 de enero de 2008, recurso de casación 4224/2002, existen determinadas enfermedades en las que no es posible una curación propiamente dicha, pues la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que entra en juego la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse, siguiendo el principio de la *actio nata*, desde la determinación del alcance de las secuelas, aun cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, por cuanto que el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación, y por tanto, cuantificable.

También es evidente que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque en el devenir de su desarrollo se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos este Tribunal ha venido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación a pesar de haberse producido la misma fuera del período del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido. Es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible como son las derivadas del contagio de la hepatitis C o del SIDA o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen.

En estos últimos casos ha afirmado, efectivamente, esta Sala que si del hecho originador de la responsabilidad se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento. Así lo hemos afirmado en Sentencia del 31 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9384). A tal efecto y como señala la Sentencia de 25 de

junio de 2002, esta Sala viene proclamando hasta la saciedad (Sentencias de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero y 26 de mayo de 1994, 26 de octubre de 2000 y 11 de mayo de 2001), que “el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto” (Sentencia de 31 de octubre de 2000), o, en otros términos “aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad” (Sentencia de 23 de julio de 1997).

Por el contrario en este supuesto nos encontramos ante la existencia de un daño permanente, dado que en el caso del recurrente el diagnóstico se realizó en el mismo momento del parto, así resulta del fundamento primero de la Sentencia de instancia en el que se afirma que como consecuencia del parto padeció una afectación cerebral difusa, del que derivaron las secuelas que sufrió el hermano de la ahora recurrente tutora del mismo. Y que quedaron perfectamente determinadas en 1990 cuando se determinó que experimentaba “una deficiencia mental de grado ligero y trastornos de la personalidad de tipo psicótico con carácter definitivo”.

Comparando por tanto el diagnóstico establecido en el momento del parto y el posterior determinado al declarar la minusvalía del recurrente y el grado de la misma, el contenido es el mismo de modo que se constata la coincidencia entre ambos en cuanto al diagnóstico y el alcance y determinación de las secuelas, por lo que no es posible afirmar que en el presente caso estemos ante un supuesto de daño continuado sino de un daño permanente de carácter irreversible e incurable cuyas secuelas quedaron perfectamente determinadas en 1990 al declararse la minusvalía por ser en dicha fecha perfectamente previsibles, sin que dichas secuelas puedan confundirse con los padecimientos que lamentablemente derivan de ellas y que, ciertamente, pueden evolucionar en el tiempo.

Por lo expuesto, y tras las consideraciones expresadas, esta Sala se reafirma en que en el presente caso nos encontramos ante un daño permanente, y en consecuencia, la formulación de la reclamación el 19 de agosto de 2004, tuvo lugar fuera del plazo de prescripción de un año indicado en el referido artículo 142.5 de la Ley 30/1992».

En la **STS de 2 de marzo de 2010**, Ar. 3454, también se analiza cuándo comienza a computar el plazo en el caso de los daños físicos.

«Se cuestiona en este motivo el cómputo del plazo en los supuestos de daños de carácter físico a que se refiere el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual, el plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, comenzará a computarse, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

[...] por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, mientras que los continuados “son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo”. Y por eso, para este tipo de daños, “el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos”, o [...] en estos casos, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial el *dies a quo* será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto [...].

Pero ello no supone que el plazo quede abierto de manera indefinida, sino que en todo caso y como indican tales sentencias ha de estarse al momento en el que se concreta el alcance de las secuelas, de manera que el carácter crónico o continuado de la enfermedad no impide conocer

en un determinado momento de su evolución su alcance y secuelas definitivas o al menos de aquellas cuya reparación se pretende.

Desde estas consideraciones no falta la razón a la parte recurrente en el sentido de que la tesis sostenida en la Sala de instancia, que viene a identificar el inicio del cómputo del plazo de prescripción con el cese de la incapacidad o de las secuelas, que en el presente caso no parece probable en el resto de vida de la lesionada, supone apartarse de las previsiones legales en los términos que se interpretan por la jurisprudencia, en cuanto el plazo no se mantiene abierto de manera indefinida y se inicia desde el momento en que queden concretadas las secuelas definitivas, aun cuando sus efectos continúen produciéndose y manifestándose en el tiempo.

Sin embargo, la incorrección del criterio de la instancia no supone la estimación del motivo, pues la parte identifica la determinación de las secuelas, sustancialmente, con el informe médico legal emitido por Médico Forense para el Juzgado de Instrucción n.º 8 de Almería el 13 de diciembre de 1996, computando el plazo de prescripción desde la notificación de auto de archivo del procedimiento penal, cuando lo cierto es que dicho informe se emite por el Médico Forense ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Purchena y a efectos “de determinar la capacidad para manejar su persona y sus bienes”, es decir, en el proceso judicial seguido a efectos de declaración de incapacidad de la afectada Dña. Eugenia, que terminó por sentencia estimatoria de dicho Juzgado de 21 de febrero de 1997, y no el proceso penal a que se refiere la recurrente, con lo que se pone de manifiesto que en ningún caso tal informe tenía como finalidad examinar y determinar las secuelas definitivas padecidas por la misma a consecuencia de la caída en cuestión y tan es así, que el Médico Forense se limita a describir los padecimientos físicos que presenta la misma a consecuencia de la caída, señalando que se aprecia inmovilidad en cadera izquierda y rodilla izquierda, que le impiden deambular con normalidad, sin efectuar ninguna valoración del carácter de tales padecimientos ni calificarlos expresamente como secuelas definitivas. No resulta, por ello, adecuado ni conforme con el criterio jurisprudencial expresado, tomar en consideración tal informe médico a unos efectos distintos a los que tenía, en perjuicio de los interesados que verían con ello limitado el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial sin que conste la existencia de un informe preciso dirigido a fijar el alcance definitivo de las secuelas padecidas por la interesada a consecuencia de la caída en cuestión, condición que tampoco concurre en los informes de 25 de marzo de 1996 y junio de 1996 que se citan genéricamente por la parte recurrente, que se limitan a describir el estado actual de la paciente y que incluso, en el primero, se dice que la incapacidad irá en aumento con el tiempo.

En definitiva, no se justifica la determinación de las secuelas definitivas de la perjudicada como consecuencia de la caída en cuestión, con la certeza necesaria para limitar en el tiempo el ejercicio de la acción de responsabilidad por los afectados, limitación que por su propia naturaleza debe interpretarse en sentido restrictivo».

C) Plazo. *Dies a quo*. Daños derivados de la aplicación de normas declaradas ilegales

En la **STS de 16 de febrero de 2010**, Ar. 3366, se plantea una cuestión de interés: si el plazo para reclamar por daños derivados de la aplicación de una norma anulada por los tribunales comienza a computar desde la fecha de publicación de la sentencia, o bien desde el momento posterior en que las autoridades públicas adoptan medidas compensatorias que permiten evaluar la medida del daño que queda sin compensar. El Tribunal Supremo opta por lo primero, en una interpretación que sigue una lógica clara —teóricamente, las medidas compensatorias podrían adoptarse en cualquier momento, por lo que el *dies a quo* permanecería de lo contrario permanentemente abierto— pero no exenta de cierta rigidez.

El asunto tiene como objeto una reclamación formulada por la Agrupación de Municipios Afectados por Centrales Nucleares de España, así como, a título individual, por diversos Ayuntamientos que la integran frente a la Administración del Estado por los ingresos dejados de percibir en concepto de Impuesto de Actividades Económicas entre 1992 y 1995. Esta pérdida de ingresos se anuda a la anulación del Real Decreto 902/1997, regulador de determinados aspectos del mencionado tributo, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2000, que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de 7 de agosto de 2000.

La sentencia de instancia entiende que la reclamación de responsabilidad patrimonial fue presentada cuando había transcurrido ya el plazo de un año desde que pudo ser ejercida, que comenzó a computar al día siguiente de la publicación de la sentencia en el BOE, por lo que el derecho de los recurrentes había prescrito.

Los recurrentes defendían que el *dies a quo* debía situarse en el 1 de enero de 2001, fecha en que entró en vigor la Ley 14/2000, «ley de acompañamiento» a los Presupuestos Generales del Estado para el año 2001, que recogía en su disposición adicional octava una norma destinada a hacer frente a determinadas consecuencias de la anulación del Real Decreto 902/1997. En concreto, preveía el derecho de la Administración del Estado a exigir, de determinados ayuntamientos, el reintegro de las cantidades por ella pagadas en ejecución de sentencias condenatorias por pagos indebidos del Impuesto de Actividades Económicas. Sostenían que sólo cuando, a raíz de la entrada en vigor de la citada norma, se comprobó que el legislador no había dado solución a la pérdida patrimonial por ellos sufrida como consecuencia de la anulación del Real Decreto 902/1997, fue claro que el daño era efectivo e ilegítimo y, por tanto, sólo entonces comenzó a correr el plazo para exigir indemnización. Sostienen los recurrentes, además, que la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2000 es una resolución aislada, que no crea jurisprudencia; y que no tenían un deber jurídico de conocerla, a diferencia de lo que ocurría con la Ley 14/2000:

«Conviene señalar, como punto de partida, que los recurrentes no tienen duda alguna acerca de que la disposición adicional 8.^a de la Ley 40/2000 no es aplicable a su caso. Tan es así que su argumentación, como se acaba de ver, es que el legislador no les dio una solución para el problema de los ingresos tributarios dejados de percibir. Pues bien, si la disposición adicional 8.^a de la Ley 40/2000 no es aplicable al presente caso, resulta irrelevante a efectos de determinar cuándo comenzó el plazo para presentar la reclamación de responsabilidad patrimonial. Y la idea de que el plazo no empiece a correr hasta que es claro que el legislador no tiene intención de resolver la situación de pérdida patrimonial no puede sostenerse, porque conduce a consecuencias absurdas: dado que el legislador puede siempre acordar alguna clase de reparación para las pérdidas patrimoniales sufridas como consecuencia de las acciones u omisiones de la Administración, habría que concluir que el plazo de la reclamación de responsabilidad patrimonial está indefinidamente abierto. Lo cierto en el presente caso es, más bien, que el evento lesivo quedó consumado y pudo ser conocido el día 7 de agosto de 2000, cuando la sentencia anulatoria del Real Decreto 902/1997 fue oficialmente publicada.

Frente a esto no es correcto argüir, como hacen los recurrentes, la inexistencia de un deber de conocer la mencionada sentencia, pues el artículo 72 LJCA es inequívoco cuando dispone que “las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada”. Además, como bien dice el Abogado del Estado en su escrito de oposición a este recurso de casación, los recurrentes son Administraciones públicas y estaban llamadas a aplicar la disposición anulada, por lo que sobre ellos pesaba un deber particularmente intenso de conocer la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2000. Y la afirmación de que ésta es una resolución aislada, que no crea jurisprudencia, es igualmente irrelevante: lo que cuenta no es si ayuda a formar una línea doctrinal, sino si decidió la

anulación de la disposición reglamentaria de la que derivó la pérdida de ingresos tributarios; es decir, lo crucial es que de dicha sentencia dimanó el evento lesivo, cuya indemnización pretendían los recurrentes».

5. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR. RESPONSABILIDAD POR LEYES CONSTITUCIONALES EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO

La **STS de 24 de febrero de 2010**, Ar. 4083, analiza el tema de la responsabilidad del Legislador por leyes constitucionales en el ámbito urbanístico.

Debemos partir de la existencia de una serie de Decretos y una Ley autonómica sobre el otorgamiento de autorizaciones turísticas previas y de licencias urbanísticas para edificios destinados a alojamientos turísticos hasta que se produjera la entrada en vigor de los Planes Territoriales Especiales que habían de ordenar y racionalizar la oferta turística alojativa. El demandante contaba con autorización turística previa expresa y con licencia de edificación obtenida por silencio administrativo, respecto de unas parcelas incluidas en un plan parcial destinadas a la construcción de un hotel.

La argumentación del Tribunal Supremo comienza con una aproximación general de la responsabilidad por leyes constitucionales, que por su carácter de síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre la materia reproducimos:

«Avanzando en los requisitos exigibles para que pueda prosperar una pretensión de responsabilidad patrimonial se ha de examinar la concurrencia o no de la antijuridicidad, afirmada por la Sala de instancia, mas rechazada por la parte recurrente en casación.

Partimos de que el artículo 139 LRJAPAC expresa en su apartado 3 que “Las administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

Sin perjuicio de que la norma no hubiere establecido nada, ni tampoco hubiere habido pronunciamiento del Tribunal Constitucional enjuiciando su eventual inconstitucionalidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2009, recurso de casación 634/2008) hemos de partir de que esta Sala desde su Sentencia de 29 de febrero de 2000, recurso de casación 49/1998 ha venido mantenido que aunque la ley no declare nada sobre dicha responsabilidad, los tribunales pueden indagar la voluntad tácita del legislador, en cuanto que el poder legislativo no está exento de sometimiento a la Constitución y sus actos quedan bajo el imperio de aquélla.

Un amplio repaso a la jurisprudencia sobre la materia se constata en la Sentencia de 16 de diciembre de 2008, recurso contencioso administrativo 453/2006.

La quiebra del principio de confianza legítima se muestra como el eje sobre el que gira el examen de las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si hay o no justificación para soportar el daño causado ilícitamente.

Principio el anterior, plenamente incorporado a nuestro ordenamiento y que debe ser respetado por las administraciones públicas (artículo 3.1 LRJAPAC) mas de amplia raigambre en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Y justamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea evidencia la responsabilidad patrimonial de un Estado miembro de la Unión europea por infracción del Derecho de la Unión basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional (Sentencia de 26 de enero de 2010, asunto 118/2008, *Transportes Generales y Servicios Generales SAL*).

Aquella regulación muestra de forma clara que un requisito ineludible para la prosperabilidad de la pretensión es que el particular “no tenga el deber jurídico de soportar” la lesión producida por la aplicación del acto legislativo. Tal condición vuelve a reproducirse como exigible en el artículo 141.1, al establecer que “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

Se insiste por la jurisprudencia en que “existe ese deber jurídico de soportar el daño cuando la medida de la administración constituye una carga de carácter general que todos los administrados incluidos en el ámbito de dicha medida están obligados a cumplir sin indemnización” (FJ 3.º Sentencia de 16 de diciembre de 2008, recurso 453/2006, con cita de otras anteriores)».

A continuación, pone de relieve que cuando se trata de leyes urbanísticas, hay que analizar la procedencia o no de indemnización a la luz de la normativa que regula la materia:

«Mas, como explicitamos al comienzo de la sentencia para subrayar la razón de la desestimación del alegato de inadmisibilidad del recurso de casación, al desenvolvemos en un ámbito urbanístico debe atenderse a las normas que regulan aquél.

Se puso de relieve en el fundamento tercero que la entrada en juego de responsabilidad patrimonial por actos legislativos en el ámbito urbanístico exige la previa existencia de derechos consolidados por aplicación de un criterio similar al establecido en la Ley del Suelo de 1976 respecto a responsabilidad por cambio de planeamiento. Así se ha insistido reiteradamente como en tal fundamento tercero se destacó respecto a distintas actuaciones legislativas acontecidas en las Islas Baleares».

Y a partir de aquí reproduce las principales normas urbanísticas aplicables *ratione temporis*: artículos 2.2 y 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, Ley Régimen del Suelo y Valoraciones, aplicable al supuesto de autos por razones temporales se decía, «la ordenación del uso de los terrenos y construcciones establecidas en el planeamiento no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes», cuyo contenido se retoma en el artículo 7 del vigente Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, Ley del Suelo. La conclusión es la siguiente:

«Nuestro sistema, pues, ha funcionado y funciona, bajo la exigencia de la patrimonialización o consolidación de los derechos urbanísticos para que pueda generarse alguna pretensión indemnizatoria derivada de responsabilidad patrimonial de la administración. El reclamante incumplió, pues, el deber de urbanizar en el plazo establecido por el Ayuntamiento, antes de la entrada en vigor del Decreto 4/2001, lo que conlleva que no se produjo consolidación de derechos urbanísticos, y, en consecuencia, no concurre un daño antijurídico».

EMILIO GUICHOT REINA
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA

SUMARIO

1. RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO.
 - A) **La modificación de una Relación de Puestos de Trabajo deroga y sustituye a la anterior Relación.**
 - B) **Debe establecer necesariamente los requisitos exigidos para el desempeño de cada puesto de trabajo.**
2. ACCESO.
 - A) **Necesidad de tener la condición de personal laboral fijo de la Administración General del Estado para participar en proceso de acceso a determinados Cuerpos o Escalas de dicha Administración. No concurre el requisito señalado en el personal laboral del Consejo Económico y Social.**
 - B) **Pruebas de acceso a la escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía. Falta de motivación debida de la medida en que la enfermedad apreciada impide o limita el ejercicio de las funciones policiales.**
 - C) **Motivos de abstención de los miembros de los órganos selectivos. La amistad íntima no deriva sin más de la relación profesional mantenida en el ámbito universitario. Concurso de acceso a una plaza de Profesor Titular.**
3. DERECHOS COLECTIVOS. DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL.
 - A) **Su ejercicio exige el deber de comunicar anticipadamente a la Administración el crédito de horas acumulado y la concreta manera de utilizarlo.**
 - B) **Las garantías y derechos de los delegados sindicales sólo se aplican a los sindicatos que tengan presencia en los órganos unitarios de representación.**
 - C) **La obtención de representatividad en las elecciones sindicales generales de un Ministerio da derecho a participar en las mesas descentralizadas.**
4. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
 - A) **La exigencia del permiso de conducir varía las condiciones de trabajo de los funcionarios y, en consecuencia, debe ser objeto de negociación.**
 - B) **La creación y configuración de un nuevo puesto debe ser negociada con los sindicatos.**

C) **Intentar forzar una negociación a través del ejercicio del derecho de petición supone desconocer el principio de buena fe negociadora.**

5. DERECHOS RETRIBUTIVOS. CUESTIONES GENERALES.

A) **No es procedente aprobar el presupuesto reenviando la determinación del incremento retributivo al resultado de una futura negociación colectiva.**

6. TRIENIOS.

A) **La normativa comunitaria obliga a la Administración a reconocer sus efectos retributivos antes incluso de la entrada en vigor del artículo 25 EBEP.**

7. FUNCIONARIOS COMUNITARIOS.

A) **El Consejo no puede adaptar las retribuciones funcionariales por razón de crisis económica sin utilizar el procedimiento específico previsto.**

8. DERECHOS FUNCIONALES. DERECHO AL DISFRUTE DE VACACIONES.

A) **Reconocimiento de días adicionales por antigüedad.**

9. PERMISO DE PATERNIDAD. A) CORRESPONDE A LA ADMINISTRACIÓN GARANTIZAR LA PLENITUD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS DEL FUNCIONARIO COMO SI ESTUVIERA EN SERVICIO ACTIVO.

10. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL.

A) **La única causa justificativa que puede excluir la prolongación de la permanencia de los médicos en el servicio activo más allá de los 65 años es la existencia de un plan de ordenación de recursos humanos.**

B) **La efectividad del derecho a solicitar la jubilación parcial requiere previo desarrollo reglamentario.**

C) **Condena de inhabilitación especial para el desempeño de la profesión por la comisión de un delito de falsedad en documento oficial en concurso con otro delito de apropiación indebida. Funcionario de carrera del Cuerpo de Auxiliares Postales y de Telecomunicación. Denegación de la rehabilitación.**

1. RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

A) **La modificación de una Relación de Puestos de Trabajo deroga y sustituye a la anterior Relación**

Así deriva de la naturaleza reglamentaria de las RRPPT, de modo que no es posible, alegando la doctrina de los actos administrativos firmes y consentidos, excluir la posibilidad de impugnar las cuestiones relativas a aspectos que no han sido objeto de modificación.

STS de 20 de septiembre de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, núm. de recurso 2165/2007, señala que no puede esgrimirse causa de inadmisibilidad cuando se impugnan extremos de una RPT que no han sido objeto de alteración por el Decreto que la aprueba sino que ya habían sido introducidos anteriormente. El Decreto que deroga y sustituye enteramente la anterior Relación supone una nueva clasificación y opera una total innovación de la Relación precedente.

B) Debe establecer necesariamente los requisitos exigidos para el desempeño de cada puesto de trabajo

No es ajustada a Derecho la modificación de una RPT que suprime la mención de los requisitos exigidos para el desempeño de los puestos cuyo modo de acceso sea el procedimiento de libre designación y de los puestos bases adscritos a Cuerpos generales de determinada Consejería, alegando que, con ello, únicamente se pretende eliminar el requisito de cualquier titulación específica para el ejercicio de puestos directivos de libre designación, como son los de los Jefes de Servicio.

La **STS de 18 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, núm. de recurso 2602/2007, señala que tanto la LMRFP [artículo 15.1.b)] como la legislación autonómica de referencia disponen sin lugar a dudas la necesidad de que las RRPPT establezcan los requisitos que deben reunir los funcionarios que aspiren a ocuparlos, y muy especialmente si tales puestos de trabajo han de ser provistos por el sistema de libre designación.

2. ACCESO

A) Necesidad de tener la condición de personal laboral fijo de la Administración General del Estado para participar en proceso de acceso a determinados Cuerpos o Escalas de dicha Administración. No concurre el requisito señalado en el personal laboral del Consejo Económico y Social

Así lo declara la **SAN de 16 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, núm. de recurso 01/282/2010, basándose en que la LOFAGE excluye a los organismos públicos (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) de la consideración de Administración Central. Dicho esto, la SAN de 16 de septiembre de 2010 concluye que el personal laboral del Consejo Económico y Social no lo es de la Administración General del Estado, pues el citado organismo tiene naturaleza de Ente de Derecho Público, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con la Ley Reguladora del Consejo Económico y Social (Ley 21/1991). Esta Ley otorga al Consejo personalidad jurídica propia y plena capacidad, autonomía orgánica y funcional para el cumplimiento de sus fines, y regula las condiciones de selección de su propio personal.

B) Pruebas de acceso a la escala Básica del Cuerpo Nacional de Policía. Falta de motivación debida de la medida en que la enfermedad apreciada impide o limita el ejercicio de las funciones policiales

La **STS de 23 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, núm. de recurso 2488/2007, declara que el Tribunal calificador del proceso selectivo de referencia no puede invocar la discrecionalidad técnica para justificar la exclusión de dicho proceso

de un aspirante, basándose para ello en el criterio del Tribunal médico según el cual el aspirante en cuestión padecía alteraciones del aparato locomotor que limitan o dificultan el desarrollo de la función policial.

Sin embargo, la STS de 23 de septiembre aprecia que el Tribunal calificador valoró incorrectamente el informe pericial que, sin negar la patología del aspirante, ponía de relieve que ésta no revestía entidad suficiente para limitar o dificultar el desarrollo de la función policial.

C) Motivos de abstención de los miembros de los órganos selectivos. La amistad íntima no deriva sin más de la relación profesional mantenida en el ámbito universitario. Concurso de acceso a una plaza de Profesor Titular

No incurre en causa de abstención el miembro del Tribunal que ha tenido relación profesional con uno de los aspirantes en el proceso selectivo. En concreto, no se da dicha causa en el caso de una Presidenta del Tribunal que había dirigido la tesis doctoral de uno de los aspirantes y había dirigido diversos másteres y proyectos en los que dicho aspirante había figurado como contratado.

La **STS de 4 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, núm. recurso 1227/2007, señala que para apreciar el motivo de abstención consistente en la amistad íntima [artículo 28.2.c) de la Ley 30/1992] no basta cualquier relación de conocimiento sino que «(...) es necesario que concurren (y se acrediten) unas circunstancias de hecho que revelen en el ámbito de la vida personal, ajeno al de la profesión, la proximidad y la estrecha vinculación que las actuales pautas sociales exigen para apreciar ese elevado nivel de amistad que resulta necesario para merecer la calificación de “íntima” (circunstancias como pueden ser, entre otras, la coincidencia de manera repetida o habitual en los tiempos y actividades de ocio, en celebraciones familiares, etc.)».

Además, según aprecia la Sala, «[...] en el actual modelo académico de la Universidad es práctica frecuente (y hasta difícilmente evitable) que las actividades de investigación o formación de postgrado (como puede ser un máster) se dirijan y realicen de manera colectiva y, por esta razón, la coincidencia en esas actividades tiene en principio un exclusivo significado de simple relación personal profesional y no necesariamente representa un elevado nivel de amistad personal».

3. DERECHOS COLECTIVOS. DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

A) Su ejercicio exige el deber de comunicar anticipadamente a la Administración el crédito de horas acumulado y la concreta manera de utilizarlo

La **STS de 19 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, ha estimado el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias contra la sentencia que había estimado el recurso del funcionario recurrente. Se trataba de un funcionario del Cuerpo Administrativo de dicha Comunidad, que era miembro de un sindicato y había sido elegido miembro de la Junta de Personal de los Servicios Centrales en las elecciones celebradas en 2001. Aunque había sido formalmente requerido para incorporarse a su puesto y la Administración solicitó información al sindicato en varias ocasiones, el funcionario no dirigió comunicación alguna a la Administración haciéndole saber cuál era su crédito horario como representante y en qué forma y términos lo utilizaría. Por todo ello, fue objeto de apertura de un expediente disciplinario que finalizó con el Decreto del Gobierno de Canarias por el que se

acordó declararlo autor de una falta muy grave de abandono del servicio, al no haber acudido a su puesto de trabajo y, en consecuencia, se le impuso la sanción de separación de servicio.

El funcionario interpuso un recurso a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, que fue estimado al considerar el TSJ que la Administración, al iniciar y resolver el expediente disciplinario, había vulnerado el derecho que le asistía como representante del personal con respecto al crédito de horas mensuales. Tras analizar detalladamente las circunstancias que concurrieron en este caso, el TS anula la sentencia. Reconoce, efectivamente, que las personas que resultan elegidas miembros de los órganos de representación de los funcionarios, como es la Junta de Personal, tienen reconocido el crédito de horas mensuales que actualmente dispone el artículo 41.1.d) EBEP hasta un máximo de cuarenta horas, pero esto no les dispensa de otras obligaciones: la de asistir a sus puestos de trabajo durante las horas restantes que excedan de ese crédito hasta el límite de la jornada aplicable; y la de comunicar anticipadamente a la Administración la concreta manera de utilizar ese crédito, con el fin de que puedan tomarse las medidas adecuadas para evitar perturbaciones o disfunciones en el funcionamiento de los servicios públicos. Asimismo, aclara que la Administración es ajena a cualquier pacto o acuerdo que sin su presencia o intervención haya sido establecido entre dos o más sindicatos para acumular el crédito horario correspondiente a sus miembros elegidos para los órganos de representación. En caso de que existan tales pactos y de resultar a causa de ellos liberado alguno de los representantes elegidos, son esos sindicatos y las personas que resulten liberadas quienes tienen la carga de comunicar y justificar esos hechos a la Administración.

B) Las garantías y derechos de los delegados sindicales sólo se aplican a los sindicatos que tengan presencia en los órganos unitarios de representación

En este caso se plantea la interpretación que ha de darse a lo dispuesto en el artículo 10.2 LOLS que, además de permitir la ampliación del número de delegados sindicales a través de la negociación colectiva, dispone que las secciones sindicales de aquellos sindicatos que no hayan obtenido el 10% de los votos estarán representadas por un solo delegado sindical. La **STS de 16 de junio de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, ha estimado el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid frente a la sentencia de instancia que había estimado el recurso planteado por la Unión Sindical Obrera (USO). En este caso, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid estableció la regulación de la jornada de trabajo y los derechos sindicales del personal que presta sus servicios en instituciones sanitarias transferidas a la Comunidad de Madrid dependientes del Instituto Madrileño de la Salud. Entre los derechos reconocidos a los sindicatos con mayor nivel de implantación (los que han obtenido al menos el 15% de los representantes elegidos en los procesos electorales celebrados en el Instituto Madrileño de la Salud) y a los sindicatos con especial audiencia (los que obtuvieron el 10% de los miembros del conjunto de las juntas de personal) se reguló el concerniente a la ampliación del número de delegados sindicales para las secciones de estos sindicatos, quedando excluido el sindicato recurrente.

Tras recordar la doctrina fijada sobre el principio de igualdad de trato entre los sindicatos y las excepciones basadas en el criterio de la mayor representatividad para evitar una excesiva atomización sindical, reconoce que, con independencia de lo que se dispone en el artículo 8.1 LOLS, de acuerdo con lo preceptuado en su artículo 10.1, sólo cabe reconocer dichas garantías y derechos a los delegados sindicales elegidos en las secciones que constituyan los trabajadores afiliados a los sindicatos que tengan presencia en los comités de empresa. No es éste el caso de

la sección sindical constituida en este supuesto por tres trabajadores afiliados a un sindicato que no tiene presencia en el comité de empresa demandada, cuya plantilla es de 451 empleados.

El párrafo final del apartado 2 de dicho artículo 10 en modo alguno tiene el significado que la sentencia le atribuye de que toda sección que se constituya, tengan o no los afiliados al correspondiente sindicato presencia en el comité, tiene derecho a elegir un delegado sindical con plenitud de derechos y garantías. Al hacerlo así desconoce los criterios interpretativos de las normas jurídicas sentadas en el artículo 3.1 CC, pues tanto en el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto y de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma, se llega a la conclusión de que está muy lejos del propósito de la LOLS, que cualquier grupo de trabajadores afiliados a un sindicato sin presencia en los órganos de representación en la empresa, pueda elegir delegados que alcancen los derechos, privilegios y garantías que el artículo 10.3 citado reconoce sólo a los que han justificado su implantación en la empresa en los términos requeridos. Lo que admite tal párrafo del apartado 2, es únicamente que aquellas secciones que tengan presencia en el Comité, por haber superado las correspondientes listas en las elecciones a éste el tope mínimo del 5% a que alude el artículo 71 ET, tienen derecho a nombrar un delegado sindical con plenitud de derechos, aunque no hayan superado el 10% de los votos».

C) La obtención de representatividad en las elecciones sindicales generales de un Ministerio da derecho a participar en las mesas descentralizadas

El sindicato FSAP-CC.OO. presentó recurso de casación contra la STSJ de Madrid, que había estimado el recurso presentado por el SINFAC (Sindicato Independiente de Funcionarios del Grupo C de la Administración General del Estado) frente a la desestimación de su solicitud de formar parte en la Mesa Descentralizada del Ministerio de Hacienda. El sindicato recurrente fundó su pretensión en el hecho de haber obtenido un 12,9% en las elecciones a la Junta de Personal del Ministerio de Hacienda celebradas en el proceso electoral, entendiéndolo que, con base en el artículo 31.2 de la Ley 9/1987, que para tener derecho a ello no es preciso tomar en consideración los resultados de esas elecciones en los servicios periféricos del Ministerio, en las que no participó.

Dicho precepto establece que «[...] en las Mesas sectoriales, además de las Organizaciones Sindicales más representativas a nivel estatal y las de Comunidad Autónoma, estarán presentes los sindicatos que hayan obtenido en el correspondiente sector el 10% o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal». Pues bien, en el supuesto de autos existe una Mesa sectorial específica, la Mesa descentralizada del Ministerio de Hacienda, compuesta por órganos centrales y periféricos y de dicha Mesa formarán parte los Sindicatos que «en el correspondiente sector» (Ministerio de Hacienda) hayan obtenido al menos el 10% de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal. A juicio de la Sala de instancia, como quiera que el precepto no exige que la representatividad haya de ostentarse en todas las posibles Juntas de Personal del sector y éstas pueden llegar a ser tres en función del número de electores —a) la del Departamento ministerial, incluidos los servicios provinciales de Madrid (en la que la recurrente obtuvo la representatividad del 12,9%); b) la de las ciudades de Ceuta y Melilla; c) la de los órganos provinciales de la Administración del Estado— habrá de adoptarse la interpretación que sea más conforme con el derecho fundamental de participación sindical.

En la medida que el Sindicato recurrente tiene esa representatividad superior al 10% en una de las Juntas de Personal ha de reconocérsele el derecho a participar en la Mesa sectorial específica del Ministerio de Hacienda y ello porque donde la Ley no distingue no cabe distinguir, máxime cuando esa distinción supone limitar la participación sindical.

La STS de 26 de mayo de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.^a, ha confirmado esta interpretación y ha declarado que para conocer la representación obtenida en cada sector sólo es posible determinar la correspondiente a cada departamento, en sus servicios centrales, pero no la que se tiene en cada departamento a nivel de junta provincial. Por ello la interpretación que hace la sentencia de lo que debe entenderse por sector es razonable, pues favorece la participación sindical de quien ha obtenido en el Ministerio de Hacienda el porcentaje necesario para participar en la correspondiente Mesa sectorial, teniendo en cuenta que su participación no impide la de los demás sindicatos con representación.

4. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A) **La exigencia del permiso de conducir varía las condiciones de trabajo de los funcionarios y, en consecuencia, debe ser objeto de negociación**

La STS de 19 de julio de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Administración aragonesa frente a la sentencia que estimó el recurso de la Federación Aragonesa de Sindicatos y Asociaciones de Médicos Titulares y de Atención Primaria (FASAMET). Dicha sentencia anuló la Orden por la que se modificaba la Relación de Puestos de Trabajo de uno de sus Departamentos por haber sido dictada en violación del derecho a la libertad sindical.

El litigio se suscitó porque en las RPT modificadas se exigía para la provisión de los puestos de trabajo reservados a los farmacéuticos de Administración Sanitaria y veterinarios estar en posesión del permiso de conducir. Entendían los recurrentes que ello supone una modificación de las condiciones de trabajo porque es el presupuesto lógico para exigir a los funcionarios que conduzcan vehículos oficiales o privados en el desempeño de su labor. Se trata, pues, de una innovación que altera las condiciones de trabajo por lo que debe ser objeto de negociación según el artículo 37.1.k) y el artículo 37.2.a) del Estatuto Básico del Empleado Público. Por el contrario, la Administración ahora recurrente entiende que la Orden recurrida no ha modificado las condiciones de trabajo de los actores y, por el otro, que el EBEP no exige que se negocie cualquier modificación. Sobre lo primero, recuerda que forma parte del contenido de los puestos de trabajo de estos funcionarios la obligación de desplazarse constantemente. En consecuencia, la exigencia del permiso de conducir no varía las condiciones de trabajo. Sobre lo segundo, señala que, según el mencionado artículo 37.1.k) EBEP, las modificaciones que han de negociarse son exclusivamente las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios cuya regulación exija norma con rango de ley, sin que la cuestión debatida exija, como es evidente, el rango legal.

El TS desestima estos argumentos al entender que la nueva exigencia del permiso de conducir incide directa y sustancialmente en las condiciones de trabajo de los funcionarios afectados pues añade un nuevo requerimiento profesional. En cuanto a si esta novedad tiene o no entidad suficiente para que conforme al EBEP hubiera debido ser objeto de negociación, considera la Sala que, efectivamente, las reglas que sienta el EBEP exigen que modificaciones como ésta vengan precedidas del correspondiente proceso negociador. No sólo porque afectan a las condiciones de trabajo y a la clasificación de los puestos de trabajo, apartados e) y k) del artículo 37.1 EBEP, sino, sobre todo, porque según su artículo 37.2.a), cuando el ejercicio por las Administraciones Públicas de sus potestades de autoorganización tenga repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, procederá la negociación de éstas. Por otra parte, recuerda la Sala la doctrina fijada al respecto en su Sentencia de 20 de mayo de 2009, en la que precisaba la negociación sobre qué tipo de condiciones de trabajo requieren negociación,

recordando que ello no puede entenderse en el sentido de que «sólo en el caso de que las RPT regulen cuestiones sometidas a reserva de ley, es exigible la negociación colectiva, pues en ese caso no cabría que tales materias fueran reguladas a través de este instrumento, sino que ha de interpretarse como que la negociación colectiva es exigible cuando resulten afectadas aquellas materias que la Administración regule en aplicación de la ley y cuya regulación general tenga reserva de ley, como pueda ser el sistema de acceso, de carrera administrativa, etc. Esto es, no puede confundirse el ámbito material reservado a las leyes, con el ámbito material de la regulación o simplemente ejecución de las citadas leyes».

B) La creación y configuración de un nuevo puesto debe ser negociada con los sindicatos

La STS de 7 de mayo de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, ha estimado el recurso de casación interpuesto por el funcionario de un Ayuntamiento frente a la sentencia del TSJ de Castilla y León que había desestimado su pretensión de anulación de la creación, dentro de la Escala de Administración Especial, de una Plaza de Jefe de Negociado de Personal tanto en la plantilla como en la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento. El litigio que motivó la primera sentencia se basa fundamentalmente en dos motivos. Por una parte, se cuestiona el encuadramiento de dicha plaza en la Escala de Administración Especial y, por otra, por haber sido aprobada simultáneamente en la plantilla y en la RPT a través de la aprobación del Presupuesto Municipal, sin observar respecto de ellas el requisito de negociación colectiva.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el funcionario recurrente por su encuadre en la Escala de Administración Especial. Se trata de un puesto de trabajo con funciones que son comunes al ejercicio de cualquier actividad administrativa y, además, no constituyen el objeto de una carrera, profesión arte u oficio. Por tanto, su encuadramiento necesariamente tiene que ser, como sostiene el recurrente, en la Escala de Administración General, por aplicación combinada de lo establecido en los artículos 169 y 170 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y la mención a las «*funciones comunes*» que estos preceptos utilizan. Asimismo, aunque nada impide que se apruebe la plantilla y la RPT de forma conjunta en el presupuesto anual del Ayuntamiento, al tratarse de la creación y configuración de un nuevo puesto de trabajo, resultaba obligatoria la negociación con los sindicatos [artículo 32.d) de la Ley 9/1987 y actual artículo 37.1.c) del EBEP]. Todo ello lleva a la estimación del recurso.

C) Intentar forzar una negociación a través del ejercicio del derecho de petición supone desconocer el principio de buena fe negociadora

La STS de 24 de mayo de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.^a, RJ 2010/3673, ha desestimado el recurso de casación planteado por la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores, contra la STSJ de la Comunidad Valenciana, en la que ha rechazado su petición para que se proceda, previa negociación sindical, a la adecuación de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) y de la plantilla del personal de SUMA (Gestión Tributaria de la Diputación de Alicante).

Se daba la circunstancia de que el proceso de negociación del IV Convenio Colectivo del Personal Laboral del organismo autónomo local recurrido ya había concluido y, si bien se abordó el estudio de la eventual iniciación de un proceso de funcionarización del personal laboral del citado organismo, se llegó finalmente a un compromiso mediante el que las representaciones sindicales (incluida la recurrente) abandonaban la funcionarización como reivindicación a cambio de mantener el modelo de relación contractual con mejoras retributivas y garantías de

estabilidad de empleo. Ello tuvo su correspondiente reflejo en la aprobación de la RPT y en la plantilla del citado organismo, que no fueron impugnadas por el sindicato recurrente, sino que posteriormente ejerció el derecho fundamental de petición para solicitar la apertura de un nuevo proceso de negociación. El TS confirma la sentencia, toda vez que la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, dispone de forma clara que «no son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico al regulado en la presente Ley». Dada la existencia de un Convenio firmado por el recurrente en el que se pospone la funcionarización del personal laboral a un momento posterior, intentar alterarlo a través del ejercicio del derecho de petición va contra el principio de buena fe que debe presidir la negociación colectiva, haciendo constar que en cualquier caso debió impugnar en su momento dicho convenio colectivo.

5. DERECHOS RETRIBUTIVOS. CUESTIONES GENERALES

A) **No es procedente aprobar el presupuesto reenviando la determinación del incremento retributivo al resultado de una futura negociación colectiva**

La **STS de 3 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, ha confirmado la anulación de varios preceptos del Decreto de la Diputación Foral de Bizkaia y de ciertos artículos de la Norma Foral de las Juntas Generales de Bizkaia de presupuestos generales del Territorio Histórico de Bizkaia para el año 2005. En lo que a nosotros nos interesa en estas crónicas, la sentencia de instancia había anulado lo dispuesto en su artículo 26 en lo relativo al incremento de las retribuciones del personal. La anulación se produce porque dicho precepto no recoge un incremento de retribuciones de personal que se haya aprobado en negociación colectiva y que haya sido asumido y aprobado por la Junta General, sino que establece más bien una «especie de reenvío» al incremento que se establezca en la negociación colectiva dentro de los límites legales establecidos, al igual que el reenvío que se realiza en este precepto a la Diputación Foral. Con ello se está invirtiendo el proceso en su orden legítimo en cuanto la Diputación Foral tiene competencia para enviar un proyecto a las Juntas Generales, de manera que primero se negocia, dicho acuerdo se recoge en el proyecto y, por fin y en último lugar, las Juntas Generales han de aprobar el incremento retributivo, al ser ellas las competentes para la aprobación, seguimiento y control de los presupuestos generales del Territorio Histórico de Bizkaia.

La sentencia no niega la facultad de negociación de la Administración Pública, sino la posibilidad de remitirse a la hora de fijar en los presupuestos la cuantía de las retribuciones a lo que resulte de una futura negociación colectiva, con independencia de que como no podría ser de otra forma se añada la frase «dentro de los límites legales», pues en definitiva no se pueden incluir en los presupuestos de gastos, aquellos que no estén comprometidos previamente mediante una negociación colectiva ya efectuada, y en este sentido, a juicio del TS, la sentencia es conforme a derecho y ha de desestimarse el motivo de casación.

6. TRIENIOS

A) **La normativa comunitaria obliga a la Administración a reconocer sus efectos retributivos antes incluso de la entrada en vigor del artículo 25 EBEP**

La **STSJ de la Comunidad Autónoma de Madrid de 2 de junio de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, *JUR* 2010\313274, ha estimado parcialmente la pretensión

de la funcionaria recurrente. Se trataba de una funcionaria interina que venía desempeñando el puesto de arquitecto de la Hacienda Pública desde el año 1990 y que en el año 2001 había solicitado el reconocimiento de los trienios perfeccionados hasta ese momento. Sus pretensiones fueron desestimadas en vía administrativa y ahora parcialmente reconocidas en esta sentencia.

La Sala constata que, efectivamente, el reconocimiento del derecho de los interinos a los trienios en igualdad de condiciones que los funcionarios de carrera ha sido reconocido con posterioridad a la fecha de interposición de este recurso, en el artículo 25 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, que establece que «se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto, que tendrán efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo». El tenor literal del precepto conduciría a la desestimación de la pretensión actora en cuanto pretende que se le abonen los trienios desde fecha anterior.

Sin embargo, el Tribunal aplica directamente la Directiva comunitaria 70/1999, cuya cláusula 4 establece el principio de no discriminación, al disponer que «los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contratos de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas». Ello significa que no puede hacerse discriminación a efectos de antigüedad entre los trabajadores fijos e interinos, sin que quepa distinguir entre sector público y sector privado a estos efectos. En este sentido, la Sala recurre a la STJCE de Luxemburgo de 15 de abril de 2008 (Gran Sala, caso *Becker*) y a la STSJ de la Rioja, de 11 de febrero de 2010, que, a la vista de la discordancia entre esta Directiva y el citado artículo 25 EBEP, concluye que la cuestión debe resolverse desde el prisma de la primacía del Derecho Comunitario una vez expirado el plazo para su transposición y ante la ausencia, insuficiencia o deficiencia en la adaptación.

Con base en esta argumentación, la sentencia estima parcialmente la demanda. Ante el límite que supone el plazo de prescripción, en principio tendría derecho al reconocimiento de los trienios correspondientes y al abono de las cantidades que debían habersele pagado por tal concepto desde cuatro años anteriores a la fecha de presentación de su solicitud ante la Administración, esto es, desde el 19 de abril de 2001. Ahora bien, como el plazo para introducir en nuestro Ordenamiento interno la citada cláusula 4 de la Directiva terminaba en fecha posterior, el 10 de julio de 2001, se limita su reconocimiento a esta fecha.

7. FUNCIONARIOS COMUNITARIOS

A) El Consejo no puede adaptar las retribuciones funcionariales por razón de crisis económica sin utilizar el procedimiento específico previsto

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2010 ha estimado el recurso planteado por la Comisión Europea y ha anulado las disposiciones del Reglamento del Consejo relativo a la adaptación de las remuneraciones de los funcionarios de la Unión Europea, a partir del mes de julio de 2009.

La Comisión propuso en el mes de noviembre de 2009 un aumento de las remuneraciones de 3,7%. A tenor de la coyuntura económica de la Unión Europea, en diciembre de 2009, el Consejo decidió sobre el aumento a través del Reglamento controvertido, considerando que la propuesta de adaptación de las remuneraciones de la Comisión debía modificarse para tener en cuenta la crisis económica y financiera, fijando las nuevas cuantías de las remuneraciones según un índice de adaptación del 1,8%. La Comisión interpuso un recurso de anulación contra las disposiciones

del Reglamento que establecían dichas cuantías, alegando que el Estatuto de los Funcionarios establecía un método de adaptación de las remuneraciones automático, que no dejaba un margen de apreciación al Consejo que le permitiese dejar de lado la propuesta de la Comisión.

El controvertido artículo 65 del reglamento atribuye al Consejo la competencia para realizar anualmente un examen del nivel retributivo de los funcionarios comunitarios. Dicho examen tendrá lugar en septiembre, con base en un informe general presentado por la Comisión y referido a la situación del primer día de julio en cada país de la Unión Europea, con base en un índice común establecido por la Oficina Estadística de la Unión Europea y por los servicios estadísticos nacionales de los Estados miembros. En virtud de dicho examen, el Consejo estudia si es apropiado proceder a una adaptación de las retribuciones en el marco de la política económica y social de la Unión. De esta manera, en caso de variación sensible del coste de la vida, el Consejo decide, en un plazo máximo de dos meses, las medidas de adaptación y los coeficientes correctores que, en su caso, podrán tener carácter retroactivo. Pues bien, considera el Tribunal que dicho precepto posibilita efectivamente el examen anual y la eventual adaptación de las remuneraciones de los funcionarios de la Unión, atribuyendo al Consejo cierto margen de apreciación. Sin embargo, el Estatuto de los Funcionarios conlleva, durante un período de 8 años, un anexo XI que define las modalidades de aplicación del mencionado artículo 65 y cuyo artículo 3 establece de forma exhaustiva los criterios que regulan la adaptación anual del nivel de las remuneraciones. Estos criterios se basan, esencialmente, en la idea de alinear, aunque con un cierto desfase, la evolución salarial al nivel de la Unión a la que se produce, entre el mes de julio del año anterior y el mes de julio del año en curso, en los ocho Estados miembros de referencia.

Con esta vinculación automática se pretende asegurar una cierta estabilidad a medio término y evitar discusiones y dificultades recurrentes, especialmente entre las Organizaciones Representativas del personal y las Instituciones interesadas, sobre la cuestión de saber en qué medida estaría justificada o sería necesaria una adaptación de las remuneraciones. Asimismo, por lo que se refiere a la posibilidad de tener en cuenta una crisis económica grave, el Tribunal de Justicia recuerda que el Anexo XI del Estatuto de los Funcionarios contiene, en el artículo 10, una cláusula de excepción que prevé un procedimiento específico de adaptación de las remuneraciones en caso de deterioro grave y repentino de la situación económica y social. Esta disposición constituye la única posibilidad prevista por el Estatuto que permite al Consejo tener en cuenta una crisis económica en el marco de la adaptación anual de las remuneraciones y no aplicar los criterios previstos en el artículo 3 de dicho Anexo. Sin embargo, ésta no ha sido la vía usada por el Consejo.

En virtud de todo ello, el Tribunal de Justicia ha considerado que el Consejo no dispone de un margen de apreciación que le permita, sin utilizar el procedimiento específico previsto en el artículo 10 del Anexo XI del Estatuto de los Funcionarios, fijar, en razón de una crisis económica, una adaptación de las remuneraciones distinta de la propuesta por la Comisión sobre la base exclusivamente de los criterios definidos en el artículo 3 de dicho Anexo. En consecuencia, anulan los artículos del Reglamento que fijan las nuevas cantidades de las remuneraciones.

8. DERECHOS FUNCIONALES. DERECHO AL DISFRUTE DE VACACIONES

A) Reconocimiento de días adicionales por antigüedad

La STS de 7 de junio de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, ha desestimado el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Comunidad Foral de Navarra. Dicho recurso se plantea contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Pamplona, que había estimado la pretensión deducida por el funcionario recurrente,

reconociéndole el derecho a disfrutar de los días vacacionales adicionales por razón de la antigüedad. El recurso solicita que se declare como doctrina legal que «La disposición derogatoria única del Estatuto Básico del Empleado Público ha derogado definitivamente el artículo 68.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de aplicación a los funcionarios de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia en virtud de la remisión efectuada por el artículo 502.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de manera que no cabe el reconocimiento a dichos funcionarios de días adicionales de vacaciones por razón de la antigüedad al amparo de dicho precepto, sin que tampoco quepa su concesión en aplicación del artículo 502.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial si no están previstos tales días adicionales de vacaciones en la normativa estatal de función pública».

La Sala, no obstante, ha desestimado el recurso por entender que no se cumple el requisito relativo al carácter dañoso de la sentencia recurrida que, dada la especial naturaleza de este tipo de recurso, resulta imprescindible para su estimación. El Tribunal no alcanza a entender en qué medida podría verse afectado el servicio público de la administración de Justicia por el mero hecho de que se reconozcan a algunos funcionarios días adicionales de vacaciones por antigüedad pues, dada la antigüedad requerida para su disfrute, no es fácil que concurra en un gran número de aquellos y menos aún de una manera simultánea. En cualquier caso, en la hipótesis de una posible concurrencia de todas las solicitudes, no hay que olvidar la prevalencia de las necesidades del servicio que condiciona el disfrute del período de vacaciones según la conveniencia del propio funcionario.

9. PERMISO DE PATERNIDAD

A) **Corresponde a la Administración garantizar la plenitud de los derechos económicos del funcionario como si estuviera en servicio activo**

La **STS de 8 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, ha desestimado el recurso de casación en interés de ley presentado por la Diputación Provincial de Palencia. La sentencia recurrida había estimado las pretensiones del funcionario recurrente y había condenado a la Administración a abonar al recurrente íntegramente las cantidades dejadas de percibir por el disfrute de su permiso de paternidad.

La sentencia que ahora se impugna funda su resolución en el artículo 49 EBEP, así como en el artículo 30.1.a) Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, razonando al efecto que «si desde un principio se ha retribuido por la Administración Pública el permiso por el nacimiento de un hijo (que evolutivamente fueron dos, tres, cuatro o cinco días, naturales o hábiles y según acaeciera dentro de la misma localidad o no) nada empece a estimar que también han de ser retribuidos los quince días actuales que por paternidad se conceden al padre funcionario (o mejor empleado público)».

La Diputación Provincial se basa en que los permisos del artículo 48 son retribuidos como trabajo efectivo con cargo a la Administración en la que el funcionario presta sus servicios, mientras que los incluidos en el artículo 49 lo son con cargo a la Seguridad Social. A raíz de ahí solicita que se fije la siguiente doctrina legal: «Que la garantía de la plenitud de los derechos económicos del funcionario que reconoce el artículo 49.c), párrafo tercero, EBEP para los supuestos contemplados en los apartados a), b) y c) de dicho precepto comporta la percepción de la prestación económica que establece el artículo 133.decies de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que habrá de ser complementada, en su caso, por la Administración a la que se halle vinculado el

respectivo funcionario, hasta garantizar la plenitud de los derechos económicos que le corresponden por el período de disfrute del subsidio abonado por la entidad gestora».

El TS desestima la casación al considerar que este permiso de paternidad es independiente del permiso de dieciséis semanas que pueden disfrutar el padre o la madre en los supuestos que contemplan los apartados a) y b) del artículo 49 EBEP (permiso por parto y permiso por adopción o acogimiento), caracterizados como períodos de descanso en las situaciones de maternidad y paternidad. El artículo 49.c) EBEP considera el disfrute del citado permiso como situación de «servicio activo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el período de duración del permiso, y, en su caso, durante los períodos posteriores al disfrute de éste, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del período de disfrute del permiso».

10. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

A) **La única causa justificativa que puede excluir la prolongación de la permanencia de los médicos en el servicio activo más allá de los 65 años es la existencia de un plan de ordenación de recursos humanos**

La **STSJ de Cataluña de 16 de abril de 2010**, núm. rec. 395/2004, afirma que conforme al Estatuto Marco del Personal sanitario, la prolongación de la permanencia de los médicos en el servicio activo, si éstos lo solicitan y reúnen los requisitos pertinentes, sólo puede denegarse cuando lo justifiquen necesidades del servicio u organizativas debidamente reflejadas en un plan de ordenación de recursos humanos. Es decir, «la elaboración, aprobación y publicación del Plan de Recursos Humanos, es obligatoria a efectos de que la denegación de la prórroga solicitada, en los términos expuestos anteriormente, pueda ser debidamente justificada y avalada normativamente». O dicho de otra forma, el interesado tiene derecho a la prolongación de la edad de jubilación, salvo que la denegación se justifique por necesidades del servicio debidamente reflejadas en un plan de ordenación de recursos humanos.

B) **La efectividad del derecho a solicitar la jubilación parcial requiere previo desarrollo reglamentario**

Las **SSTSJ de Madrid de 21 de abril de 2010**, núms. rec. 93/2010 y 188/2010, se pronuncian sobre los requisitos necesarios para ejercitar el derecho a la jubilación parcial. De acuerdo con el artículo 67.4 EBEP procederá la jubilación parcial, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable. Las sentencias afirman que la efectividad de este derecho «precisa un desarrollo reglamentario previo» puesto que el único Reglamento existente (RD 1131/2002) no regula la cuestión.

C) **Condena de inhabilitación especial para el desempeño de la profesión por la comisión de un delito de falsedad en documento oficial en concurso con otro delito de apropiación indebida. Funcionario de carrera del Cuerpo de Auxiliares Postales y de Telecomunicación. Denegación de la rehabilitación**

En aplicación de los criterios del RD 2669/1998, de 11 de diciembre, y, lógicamente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, la **STS de 14 de octubre de 2010**, Sala de lo

Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a, núm. de recurso 117/2009, desestima el recurso del interesado y ratifica el Acuerdo del Consejo de Ministros, denegando la rehabilitación solicitada por apreciar que se trató de un comportamiento que afecta a la propia esencia de la condición del funcionario y que lesiona claramente la especial confianza que los usuarios esperan recibir de Correos.

BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
EVA DESDENTADO DAROCA

XI. URBANISMO

SUMARIO

1. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO.

- A) **Agente urbanizador: necesidad de solicitar cuantas autorizaciones o licencias sean pertinentes.**
- B) **Proyecto de actuación específica de interés público en suelo no urbanizable.**

2. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS.

- A) **La ejecución de una infraestructura supramunicipal, bien sea la construcción de una vía férrea de alta velocidad o bien sea la construcción de una vía de circunvalación, no es un sistema general y no «crea ciudad». Por tanto, procede valorar el suelo de acuerdo a su clasificación. Tratándose de suelo no urbanizable, la construcción de vía férrea de alta velocidad o una vía de circunvalación no supone un supuesto de integración en el entramado urbano ni contribuye a crear ciudad.**
-

1. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

- A) **Agente urbanizador: necesidad de solicitar cuantas autorizaciones o licencias sean pertinentes**

El TS, en su **Sentencia de 4 de mayo de 2010** (Ar. 3578), tiene que resolver un asunto en el que se discute si un agente urbanizador, al realizar las obras para las cuales tiene el título urbanístico habilitante, debe también poseer otros títulos o licencias que le exijan otras normativas no urbanísticas.

En concreto, y por lo que a nosotros interesa, el conflicto se produce porque el agente urbanizador, al ejecutar el Programa de Actuación Urbanística Integrado y el Proyecto de Urbanización de éste, para lo cual contaba con el título habilitante, va a realizar obras en un cauce y en la zona sujeta a limitación hidrográfica, por lo cual la Confederación Hidrográfica le impone una sanción por carecer de la autorización para ello otorgada por dicho organismo así como las medidas de reposición del medio a su estado anterior a la realización de las obras.

A este respecto, la recurrente —la entidad constructora— entiende que las obras realizadas corresponden a las aprobadas previamente en el Proyecto de Urbanización ejecutado, y que

por ello no precisan licencia posterior puesto que no se trata de actos de edificación sino de urbanización.

El TS va a entender que no se ha acreditado en momento alguno que las obras realizadas por la recurrente estén amparadas por algún tipo de autorización del Organismo de Cuenca, pues en este punto no ha de tenerse en cuenta la autorización urbanística, «sino la específica y concreta atribuida a la Administración sectorial hidráulica» (FJ 3.º), pues el artículo 77 del actual Texto Refundido de la Ley de Aguas exige que «la utilización o aprovechamientos por los particulares de los cauces o de los bienes situados en ellos requerirá la previa concesión o autorización administrativa». Y no exime de ese requisito ni que la obra haya sido ejecutada por una Administración, ni siquiera la previa intervención de la Confederación Hidrográfica competente para tal autorización en la elaboración del Proyecto de Urbanización en el que las obras estén previstas.

El TS continúa indicando que la relación jurídica que exista entre el Ayuntamiento adjudicatario de la obra y la recurrente —como agente urbanizador— no excede del marco urbanístico, y en dicho marco produce sus efectos, de manera que no afecta al ámbito material de otra normativa sectorial, que en modo alguno puede verse afectada por dicha relación urbanística. Además, la condición de agente urbanizador no supone para la recurrente ningún título que le sitúe en el ámbito de la gestión pública, pues es una mera forma de participación privada en la gestión urbanística.

Y ni siquiera modifica esta situación el hecho de que «el instrumento municipal que se ejecuta sea un Proyecto de Urbanización, que pueden ser —cierto es— verdaderos actos de ejecución de obras que hacen innecesaria la licencia que ampara las mismas; más, se insiste, es la particular eficacia del Proyecto de Urbanización en el interno y municipal ámbito urbanístico la que debe tomarse en consideración» (FJ 3.º).

En conclusión, el TS indica que el agente urbanizador debe solicitar y estar en posesión de los títulos necesarios, además del estrictamente urbanístico, que le habiliten para la realización de las obras y que puedan ser exigidos por la legislación sectorial.

B) Proyecto de actuación específica de interés público en suelo no urbanizable

En su **Sentencia de 21 de abril de 2010** (Ar. 641), el TS tiene que dilucidar el problema que se plantea como consecuencia de la aprobación por parte de la comisión territorial de urbanismo de Girona de un proyecto de actuación específica para la construcción en suelo no urbanizable de una subestación eléctrica. El ayuntamiento afectado aprobó igualmente tal proyecto y concedió la correspondiente licencia de obras, acto este que es recurrido. Con todo ello, resulta de aplicación la Ley 2/2002, de urbanismo, de Cataluña.

El asunto a discutir es si la construcción de tal subestación eléctrica tiene la consideración de sistema general, incluido por tanto en el artículo 34.1 y concordantes de la Ley citada, o un mero proyecto de actuación específica de interés público en suelo no urbanizable, previsto en el artículo 48 de la misma ley.

La Administración autonómica sostenía que no se puede considerar un sistema general, sin embargo, para el TS queda probado que dicha subestación eléctrica tiene un nivel de servicio de alcance supramunicipal, en cuanto daría servicio a otros municipios incluidos en la misma comarca y, por tanto, el TS lo configura como estructura general del territorio, dentro de ámbito de aplicación del artículo 34.1 de la Ley catalana de urbanismo.

Sentado lo anterior, el TS indica que la aprobación definitiva del proyecto de subestación eléctrica concedida por la Generalitat carece de cobertura normativa pues, como sistema general, no cabe dentro de los supuestos de los artículos 47.4.d) y 48 de aquella Ley, y por ser considerado una estructura general del territorio, requiere el respaldo de un instrumento de planeamiento general, según los artículos 57 y 58 de la misma Ley.

El problema, según el TS, no es discutir si en la clase del suelo previsto puede instalarse la subestación eléctrica que, a la vista del planeamiento municipal, sí sería posible. La cuestión a resolver es si puede construirse tal subestación sin estar previsto en el planeamiento urbanístico general del municipio.

Y a este respecto, el TS indica que es el Plan General el llamado a «vertebrar, estructurar, distribuir y organizar la estructura general y orgánica del territorio y, por ende, los correspondientes Sistemas Generales» (FJ 4.º), y si dichos sistemas generales configuran la estructura general del territorio y determinan el desarrollo urbano, según el artículo 34.1 de la Ley catalana de urbanismo, y la función de los Planes de Ordenación Urbanística es definir esa estructura general y orgánica del territorio, «tratar de hurtar esa vertebración, estructuración, distribución y organización del planeamiento general y redirigir el caso meramente al régimen jurídico de las autorizaciones o licencias ya se puede comprender que dista mucho de poder aceptarse» (FJ 4.º), siendo en el planeamiento donde se deben plantear alternativas y justificar debidamente el emplazamiento de los sistemas generales en cada clase de suelo.

Para concluir, la subestación eléctrica propuesta no aparece recogida en el planeamiento, de manera que la vía utilizada —la aprobación definitiva del proyecto de actuación específica de interés público en suelo no urbanizable— carece de la cobertura normativa necesaria, al ser aquella un sistema general, pues, en caso contrario, conduciría «al absurdo de admitir la aparición de un sistema urbanístico general fuera de la visión de conjunto y ordenada, orgánica, del planeamiento general del municipio» (FJ 4.º).

2. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

- A) La ejecución de una infraestructura supramunicipal, bien sea la construcción de una vía férrea de alta velocidad o bien sea la construcción de una vía de circunvalación, no es un sistema general y no «crea ciudad». Por tanto, procede valorar el suelo de acuerdo a su clasificación. Tratándose de suelo no urbanizable, la construcción de vía férrea de alta velocidad o una vía de circunvalación no supone un supuesto de integración en el entramado urbano ni contribuye a crear ciudad**

En esta crónica recogemos una importante matización que realiza el Tribunal Supremo a una consolidada jurisprudencia (que ya plasmábamos en el número 48 de nuestras crónicas) que considera que «la valoración del terreno expropiado con destino a sistemas generales, a pesar de estar clasificado como no urbanizable, debe hacerse como si de suelo urbanizable se tratase».

En este sentido, la matización de la que hablamos la contempla la **STS de 22 de diciembre de 2009** (RJ 2010\2937), en su fundamento jurídico tercero que manifiesta lo siguiente:

«[...] en nuestro ordenamiento jurídico los terrenos se tasan conforme a su clasificación urbanística. [...]

Ahora bien, como excepción, [...] en los casos en los que unos terrenos destinados a sistemas generales se encuentren clasificados como no urbanizables o carezcan de clasificación específi-

ca, procede valorarlos como urbanizables siempre y cuando se destinen a “crear ciudad”, salvo que, por reunir los requisitos señalados por el legislador, su clasificación como urbanos resulte obligada (recuérdese el carácter reglado de la potestad del planificador en este punto).

Por ello, nuestra jurisprudencia, en lo que a las vías de comunicación se refiere, ha tenido mucho cuidado de comprobar que se encontraban al servicio de la ciudad, incorporadas al entramado urbano, negando la aplicación sin más de aquella tesis a las calzadas interurbanas, pues de otro modo se llegaría al absurdo de considerar urbanizable todo suelo sobre el que se proyecte establecer una vía de comunicación, incluidas las autopistas, las carreteras nacionales en toda su extensión y las redes ferroviarias [véanse las sentencias de 29 de abril de 2004, ya aludida, y la más reciente de 16 de junio de 2008 (RJ 2008, 6392) (casación 429/05, FJ 1.º)]. Para que esta clase de infraestructuras puedan beneficiarse de la aplicación de nuestra doctrina hemos exigido que estén integradas en la red viaria local o como tal clasificadas en el plan de ordenación del municipio [Sentencias de 14 de febrero de 2003 (casación 8303/98, FJ 3.º) y de 18 de julio de 2008 (RJ 2008, 4433) (casación 5259/07, FJ 2.º)].

Pues bien, como hemos enfatizado en otras ocasiones [Sentencias de 3 de octubre de 2006 (casación 4599/03, FJ 2.º); 19 de junio de 2008 (casación 1447/06, FJ 8.º); y 2 de julio de 2008 (RJ 2008, 4314) (casación 292/05, FJ 2.º)], una línea ferroviaria de alta velocidad, de proyección europea, no puede considerarse integrada en el entramado urbano, ya que no forma parte de los viales municipales ni contribuye a crear ciudad. Aún más, persigue, precisamente, alejarse de ella para alcanzar su objetivo de alta velocidad.

A tal efecto en la citada Sentencia de 19 de junio de 2008 se indicaba que: “La Variante Ferroviaria Madrid-Hendaya Tramo II, es una obra de infraestructura interurbana incluida en el Programa de Infraestructuras Ferroviarias 2000-2007 que según queda documentado ‘persigue la mejora de los servicios de viajeros de larga distancia y regionales con el fin de aumentar la participación del ferrocarril en la demanda global de transporte interurbano’ y que, por tanto, por esa finalidad y consiguiente diseño de su trazado, ni se integra en la red viaria de los municipios por los que discurre, ni es utilizable como medio de comunicación interna de éstos, sino que se trata de una actuación integrada dentro del sistema general de transportes de carácter supramunicipal, siendo precisamente el objetivo de permitir la circulación de los trenes de altas velocidades, para mejorar comunicaciones interurbanas, la que determina que se aleje de las ciudades, habiéndose proyectado por esta razón su trazado al norte de Burgos, fuera de su casco urbano, al margen de su malla urbana, no estando integrado en ésta, pese a lo que alega el actor.

Remitiéndonos a la jurisprudencia que hemos citado, la valoración como suelo urbanizable de terrenos destinados a sistemas generales, ya vengán clasificadas como no urbanizables, ya carezcan de clasificación específica, sólo procede cuando nos encontremos ante sistemas generales que sirvan para crear ciudad, lo que no es aplicable de las vías de comunicación interurbanas, como sin duda es la vía ferroviaria que nos ocupa, por las razones expuestas”.

No obstante, en este caso, el Tribunal Supremo va incluso más allá en cuanto a que destaca que lo esencial no es que la infraestructura se incorpore al planeamiento, sino que esté destinada a crear ciudad, tal y como puede leerse en el mismo FJ 3.º *in fine* que reproducimos:

«[...] carece de relevancia la circunstancia de que la obra en cuestión estuviese prevista en el Plan General de Ordenación Urbana de Burgos, pues, como hemos señalado en la citada Sentencia de 3 de octubre de 2006 (RJ 2006, 7587), lo esencial no es que la infraestructura se incorpore al planeamiento, sino que esté destinada a crear ciudad, lo que, como ya hemos indicado, no puede predicarse de la línea férrea en cuestión. La previsión de una infraestructura en el planeamiento general no lo convierte automáticamente en una dotación local, que contribuya a articular la población. Esa previsión responde, como hemos indicado no hace mucho tiempo

[Sentencias de 1 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 7025) (casación 5033/05, FJ 1.º), 9 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 7332) (casación 4994/05, FJ 3.º) y 23 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2503) (casación 342/06, FJ 4.º)], a las exigencias de un principio de gran calado en nuestro sistema jurídico, el de coordinación, que exige acomodar el planeamiento municipal a las determinaciones de los instrumentos de ordenación de superior alcance territorial, en cuanto prevean dotaciones e infraestructuras supralocales que hayan de implantarse o discurrir por el término municipal. Dicho principio emana de nuestra Constitución como pauta de actuación de las administraciones públicas (artículo 103, apartado 1) o de relación entre ellas (por ejemplo, artículo 149, apartado 1, materias 13.ª, 15.ª, 16.ª) y está presente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre), en particular, en los artículos 3 y 4, y a su servicio se encuentran los artículos 9, apartado 2, del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, 13, apartado 2, y 15, apartado 2, del Reglamento de Planeamiento Urbanístico (RCL 1978, 1965), así como, en lo que se refiere a la Comunidad de Castilla y León, el artículo 41, letra a), de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo (BOE de 5 de junio), vigente cuando se aprobó la revisión del Plan General de Burgos».

En idéntica dirección se pronuncia el FJ 3.º de la **STS de 17 de mayo de 2010** (RJ 2010\3646) que recuerda:

«[...] nuestra jurisprudencia, en lo que a las vías de comunicación se refiere, ha insistido especialmente, para la aplicación de la anterior doctrina, en que dichas vías se encuentren al servicio de la ciudad, incorporadas al entramado urbano, integradas en la red viaria local o así calificadas en el plan de ordenación del municipio [Sentencias de 14 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3076), Rec. 8303/98, FJ 3.º, y de 18 de julio de 2008 (RJ 2008, 4433), Rec. 5259/07, FJ 2.º], pues es indudable que determinadas grandes infraestructuras como las carreteras o las vías de ferrocarril con dimensión autonómica o supraautonómica, aunque figuren como sistemas generales en el planeamiento debido al carácter integral de los Planes de Urbanismo, no tienen naturaleza urbanística en sentido estricto, ya que su aprobación y ejecución no es municipal al traer causa de planes o programas sectoriales, o de naturaleza territorial o de infraestructuras. En consecuencia se niega la aplicación sin más de aquella doctrina a las calzadas o vías interurbanas y a sus enlaces con la trama urbana, pues de otro modo se llegaría al absurdo de considerar urbanizable todo suelo sobre el que se proyecte establecer una vía de comunicación, incluidas las autopistas, las carreteras nacionales y vías de ferrocarril en toda su extensión [véase a estos efectos la Sentencia de esta Sala de 16 de junio de 2008 (RJ 2008, 6392), Rec. 429/05, FJ 1.º].».

Finalmente, en términos similares lo reitera el FJ 3.º de la **STS de 9 de junio de 2010** (RJ 2010\236399).

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) Competencias de Cataluña sobre patrimonio local.**
- B) Utilización de los bienes de dominio público y patrimoniales: utilización de los bienes de dominio necesarios para la efectividad de una concesión de explotación de un servicio.**
- C) Protección del patrimonio local: Inventario de bienes municipales y procedimiento para su inscripción en él.**

2. AGUAS CONTINENTALES.

- A) Recurso de Inconstitucionalidad Estatuto de Autonomía Cataluña: competencias exclusivas en materia de aguas de la Generalitat de Cataluña. Artículo 117 «Aguas y obras hidráulicas» del Estatuto de Autonomía de Cataluña.**

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 existencia de deslindes previos no impide la realización de otros posteriores.
 - b') No cabe indefensión si se ha garantizado el principio de audiencia a lo largo del procedimiento de deslinde.
 - c') La falta de práctica de un nuevo acto de apeo tras la modificación de la delimitación provisional no determina la nulidad del procedimiento.
 - d') La resolución de los procedimientos de deslinde debe estar motivada.
 - e') El plazo para notificar la resolución sobre el deslinde es diferente en función de la fecha de incoación del procedimiento: nueva doctrina del Tribunal Supremo.

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes.

- a) 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.
- b) Obras legalizadas realizadas en la zona de servidumbre de protección con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas: Disposición transitoria cuarta.

C) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre.

- a) No cabe otorgar concesión para actividades o instalaciones que pueden ubicarse fuera del demanio.
- b) Caducidad de la concesión.
- c) Concesión de desecación de marismas otorgada al amparo de la Ley de Puertos de 1880.

D) Recuperación de oficio.

E) Infracciones.

- a) Actuaciones no autorizadas en zona de dominio público marítimo-terrestre.
- b) Construcciones no autorizadas en zonas de servidumbre, particularmente en zona de servidumbre de protección.

F) Puertos.

- a) La ocupación sin título de superficie portuaria constituye una infracción que ha de notificarse en un plazo máximo de doce meses.
- b) Procede la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando el accidente deriva del deficiente funcionamiento de los servicios portuarios.

G) Navegación marítima: adaptación de las autorizaciones de gobierno de embarcaciones a las nuevas realidades.

H) Pesca y cultivos marítimos.

- a) Interpretación de la normativa aplicable a las compensaciones por paradas técnicas de la actividad pesquera.
- b) Infracciones: las sanciones a los buques que faenen en zona NAFO corresponden al Estado del desembarque, no al del pabellón.
- c) Cultivos marinos: no existe un derecho subjetivo a la reubicación de los viveros, sin que el aumento de la productividad sea razón suficiente al efecto.

4. PATRIMONIO HISTÓRICO.

5. MONTES.

A) Amplitud del concepto de monte. La degradación de un Monte catalogado no implica por sí misma que deba acordarse su descatalogación, en la medida en que el concepto básico de Monte contenido en el artículo 5.1.a) de la Ley 42/2003, de Montes, permite que se incluyan en esta categoría los terrenos yermos, roquedos y arenales.

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO.

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua.

- a) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación.
- b) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa.
- c) Imposición y ordenación.

B) Aguas continentales: otras exacciones por abastecimiento en alta.

C) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja.

- a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídica financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas.
 - b) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: Cuantía de la tasa.
 - c) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: revisión, reclamaciones y recursos.
-

1. BIENES LOCALES

A) Competencias de Cataluña sobre patrimonio local

Se ha dictado la **STC 31/2010, de 28 de junio de 2010**, pleno, que se ha pronunciado sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. En ella existe un pronunciamiento relativo a las competencias autonómicas sobre el patrimonio local. Tales pronunciamientos se encuentran en el apartado 100 de la sentencia y no alteran la jurisprudencia del mismo Tribunal comentada en números anteriores de esta Revista y referida al sistema de distribución de competencias en cada uno de los títulos competenciales que afectan al patrimonio local.

En concreto, en la sentencia se parte de que en el artículo 160.1.c) del Estatuto se asignan a la Generalitat competencias sobre el régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales, lo que, según la demanda, niega la competencia del Estado para idear las bases sobre los bienes locales.

En relación con el citado precepto en la sentencia se afirma que el artículo 132 CE, tras establecer una reserva de ley para regular el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, se refiere a los bienes de dominio público estatal, por lo que no impide que las Comunidades Autónomas puedan ser también titulares tanto de bienes de dominio público como de bienes patrimoniales, no existiendo obstáculo constitucional para que la Comunidad Autónoma establezca el régimen de dichos bienes en las distintas áreas de competencia autonómica en las que haya atribuido competencias a los Entes locales.

**B) Utilización de los bienes de dominio público y patrimoniales:
utilización de los bienes de dominio necesarios para la efectividad
de una concesión de explotación de un servicio**

En la **STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, núm. 1217/2010, de 17 de junio**, se plantea la cuestión de si el concesionario para la construcción y explotación de un aparcamiento municipal debe solicitar una autorización independiente por aprovechamiento especial de las aceras de acceso al aparcamiento y una licencia de obras y actividad independiente. Cuestión que resuelve negativamente el Tribunal, dada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita.

En concreto, en la sentencia mencionada se dice que la obtención de las licencias anteriormente descritas por parte de un concesionario municipal cuyo contrato tenía por objeto la construcción del aparcamiento de residentes y su posterior explotación, hemos de entender, como sostiene el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (**Sentencia dictada en interés de ley en fecha 25 de septiembre de 2000**, Ar. 7616; y **Sentencia en interés de ley de fecha 12 de julio de 2006**, Ar. 7252) que «la concesión comprende no sólo las licencias de obra e ins-

talación sino, además, la autorización de acceso de vehículos en lo relativo a la explotación, en cuanto que tales licencias y autorizaciones son requisitos necesarios *sine qua non* para alcanzar la finalidad típica del convenio concesional que las abarca implícitamente, ya que al establecerse la obligación de abonar a la Corporación concedente el correspondiente canon por la entidad concesionaria debe tenerse en cuenta, al fijarse la cuantía, el conjunto de facultades y derechos objeto de la concesión». Resulta indubitado que para la explotación de un aparcamiento de vehículos es imprescindible la correspondiente licencia de paso de vehículos por ser inherente a la propia actividad a desarrollar en el aparcamiento, ya que la entrada al subterráneo forma parte integrante de la concesión misma, pues sin aquella no puede existir el propio aparcamiento.

Por tanto, el aprovechamiento especial del dominio público sujeto a licencia o autorización, ha de entenderse concedido en el propio contrato de concesión; y en el peor de los casos el requerimiento para la solicitud de la licencia previa de «paso de vehículos» habría que hacerse al concesionario de la explotación, que es la persona que lo construyó y explota pero nunca a la comunidad de usuarios de ese aparcamiento que carece de título alguno, salvo para el uso, como su propio nombre indica.

C) Protección del patrimonio local: Inventario de bienes municipales y procedimiento para su inscripción en él

La STSJ de Andalucía, Granada, de 15 de marzo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, núm. 590/2010, se pronuncia sobre el procedimiento que debe seguirse para incluir un bien en el inventario de bienes municipales y, en particular, la obligación de dar audiencia a los posibles interesados que se consideren titulares de esos bienes que se pretenden inscribir.

En concreto, en la sentencia se afirma que antes de la inscripción en el Inventario municipal de bienes debe darse audiencia a los interesados afectados, que en este caso era una comunidad vecinal que se consideraba titular de un censo otorgado en el siglo XVI a favor de ella, frente a la posición del Ayuntamiento que le atribuía naturaleza comunal y, por tanto, de su propiedad con aprovechamientos vecinales de esa comunidad. En la sentencia se dice que dar audiencia al interesado en el expediente seguido respecto de los bienes en los que estuviere implicado algún particular está previsto incluso en el apartado a) del artículo 71 de la Ley 7/1999 de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía. Artículo en el que se dice que se acordará por el órgano, en todo caso, previa audiencia del interesado la extinción de los derechos de los particulares sobre bienes de dominio público o comunales. Y se consideran interesados, los que sin haber iniciado procedimiento tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en él se adopte; y aquellos cuyos intereses legítimos individuales o colectivos puedan resultar afectados por la decisión que en él se adopte. Si eso es así cuando se trata de bienes comunales o de dominio público, más aún habrá de serlo cuando los bienes no sean de dominio público, ni comunales.

Y sigue diciendo la sentencia, que la falta de audiencia produce indudablemente una indefensión, que invalida el acto por incurrir en la causa de nulidad establecida en el artículo 62, párrafo primero, supuesto e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece la nulidad de pleno derecho, de los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado. En el caso, el Ayuntamiento omitió el trámite esencial para que el acto administrativo tenga plenos efectos jurídicos, dado que los bienes no tienen, en principio, el carácter de comunales.

Es cierto, afirma la sentencia, que la doctrina admite la posibilidad de la concurrencia de titularidad simultánea, respecto de los bienes comunales, por parte del Municipio y vecinos, al poder ser contemplados como titulares concurrentes en una titularidad simultánea que los define como tipos de propiedad corporativa, en los que las facultades correspondientes a los vecinos o habitantes son compatibles con los derechos dominicales del Municipio. Sin embargo, no es el caso, puesto que en la enfiteusis las facultades correspondientes a los vecinos habitantes del Pro-Común de Canales, son distintas de los derechos dominicales, que no corresponden al Municipio sino al Marquesado de Santa Cruz, admitiendo que el aprovechamiento o disfrute de los bienes, sea por cuenta de los miembros de una comunidad, de modo que el derecho de participar de los aprovechamientos puede considerarse como un derecho real de goce. Sin que hubiere dificultad alguna para que el aprovechamiento del dominio útil, pueda conceptuarse de un bien o derecho de aprovechamiento comunal, realizable de forma especial tradicional o consuetudinaria. Sin embargo no tiene cabida en el Inventario municipal de bienes, sobre la base de la correspondiente certificación administrativa, ni la inmatriculación en el Registro de la Propiedad al no ser común y aún menos en perjuicio de la pervivencia, la costumbre y reglamentaciones locales que legitiman o postulan la subsistencia del «Pro-Común de Canales».

2. AGUAS CONTINENTALES

A) **Recurso de Inconstitucionalidad Estatuto de Autonomía Cataluña: competencias exclusivas en materia de aguas de la Generalitat de Cataluña. Artículo 117 «Aguas y obras hidráulicas» del Estatuto de Autonomía de Cataluña**

En la **STC 31/2010, de 8 de julio** (núm. de rec. de inconstitucionalidad 8045/2006), se discute, en lo que a esta crónica interesa, la constitucionalidad del artículo 117 «Aguas y obras hidráulicas» del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio). En el antecedente núm. 58 de la STC se consignan los motivos de inconstitucionalidad argumentados por el recurrente en su recurso, así como las consideraciones generales del Abogado del Estado, la Generalitat de Cataluña y el Parlamento autonómico en oposición al recurso y solicitando su desestimación.

El principal planteamiento del recurso de inconstitucionalidad interpuesto consiste en cuestionar la calificación de «exclusiva» de las competencias autonómicas en materia de aguas a que se refiere el artículo 117 del EC, al incidir sobre una materia, que según el recurrente (Grupo Parlamentario del Partido Popular en el Congreso de los Diputados), con independencia de que se trate de cuencas intracomunitarias o cuencas internas de Cataluña, existen competencias reservadas constitucionalmente al Estado, en particular la competencia planificadora sobre recursos hídricos (artículo 149.1.13 CE), ello impide que la Comunidad Autónoma de Cataluña pueda asumir en términos de exclusividad, la competencia planificadora de los recursos de las cuencas intracomunitarias o cuencas internas de Cataluña.

Una vez estudiados los motivos de inconstitucionalidad esgrimidos por el recurrente, el TC en su FJ 65.º determina sobre la presunta inconstitucionalidad del artículo 117.1 del EC. En tal sentido, el TC afirma que «la atribución por el Estatuto de competencias exclusivas sobre una materia en los términos ya vistos para el artículo 110 del EC. no puede afectar a las competencias sobre materias o submaterias reservadas al Estado que se proyectan sobre las competencias exclusivas autonómicas con el alcance que les haya otorgado el legislador estatal con plena libertad de configuración... Ello así, la competencia autonómica sobre cuencas hidrográficas

intracomunitarias ha de cohonestarse con el legítimo ejercicio por parte del Estado de los títulos competenciales que puedan concurrir o proyectarse sobre dicha materia, en particular con el ejercicio de la competencia estatal sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13 CE), que opera como límite a la competencia planificadora autonómica».

A continuación, en el análisis de los apartados 2 y 3 del artículo 117 EC, afirma el TC que las competencias ejecutivas y de participación contempladas en dichos apartados, tienen lugar según se dispone expresamente en el precepto impugnado, «en los términos establecidos por la legislación estatal», por lo que el TC no encuentra en dichos apartados óbice para una adecuada interpretación y entendimiento constitucional de cómo se configuran en ellos las competencias.

En relación con el apartado 4.º del artículo 117 EC relativo a la emisión de informe preceptivo por parte de la Generalitat de Cataluña para cualquier propuesta de trasvase de cuencas que implique la modificación de recursos hídricos de su ámbito territorial, el TC afirma que: «el apartado impugnado establece un razonable mecanismo de colaboración entre la Comunidad Autónoma y el Estado en una materia en la que es evidente que resultan afectadas e implicadas las competencias e intereses de una y otro, sin que en modo alguno se desplace o enerve, lo que sería constitucionalmente inaceptable, la competencia estatal *ex* artículo 149.1.22 CE cuando se trate de trasvases entre cuencas intercomunitarias (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 22.º), pues el informe —aunque preceptivo, no vinculante— que se compadece con el principio de cooperación que ha de presidir las relaciones entre Estado y la Comunidad Autónoma».

Finalmente, con relación al apartado 5.º del artículo 117 del EA Cat., relativo a la participación de la Generalitat de Cataluña en la planificación hidrológica de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pasen o finalicen en Cataluña, el TC afirma que basta para desestimar la impugnación de este apartado con reiterar que el Estatuto de Autonomía como norma institucional básica de las CC.AA. es la sede normativa adecuada, con una perspectiva constitucional, para contemplar con la generalidad que se hace en el precepto recurrido, mecanismos y fórmulas cooperativas como las que en él se enuncian en asuntos en los que resultan implicadas las competencias e intereses de la Comunidad Autónoma.

Por todas las anteriores razones expuestas, el TC determina en su fallo que ha de ser desestimada la impugnación del artículo 117 del EC en su conjunto. En el voto particular emitido por el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, se manifiesta su discrepancia con el tratamiento dado por el pleno del TC y en el que se incluye el artículo 117 EC como uno de los preceptos sobre los que se afirma por este Magistrado, se debería haber declarado la inconstitucionalidad del mismo en relación con las reiteradas participaciones de la Generalitat de Cataluña en competencias que constitucionalmente se consideran atribuidas al Estado como competencias exclusivas.

En similar sentido se manifiesta la **STC 48/2010, de 9 de septiembre** (núm. de rec. de inconstitucionalidad 9501/2006), interpuesto por la Generalitat de la Comunitat Valenciana contra el apartado 4.º del artículo 117 del EC.

En dicho recurso, el Abogado de la Generalitat de la Comunitat Valenciana fundamenta la inconstitucionalidad del artículo 117.4 EA Cataluña, por el que se establece que «la Generalitat debe emitir un informe preceptivo para cualquier propuesta de trasvase de cuencas que implique la modificación de los recursos hídricos de su ámbito territorial», en que dicha previsión contenida en el artículo 117.4 resulta contraria a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma (artículo 149.1.22 CE). Así, argumenta

que, con esta previsión legal, se puede impedir el ejercicio de las competencias estatales en el caso en que, simplemente, no se emitiera el informe preceptivo, lo que también resulta contrario a la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

Del mismo modo, la Generalitat de Valencia incide en su recurso en que este precepto implica un menoscabo de las competencias de las Confederaciones Hidrográficas y del Consejo Nacional del Agua, que es el cauce de participación de las Comunidades Autónomas en la gestión de las cuencas supracomunitarias, al exigir el informe respecto de cualquier propuesta de trasvase intercomunitario que pueda afectar a otras Comunidades. A estos efectos señala que la introducción excluyente de la participación, preceptiva y exclusiva, de la Generalitat de Cataluña supone un tratamiento discriminatorio, contrario al principio de lealtad institucional y solidaridad interterritorial.

Una vez analizados los motivos de impugnación, el TC considera que el informe preceptivo que se configura en el artículo 117.4 del EC relativo al trasvase de cuencas, no es de carácter vinculante y por lo tanto el Tribunal considera que ninguna competencia estatal en materia de recursos hidráulicos intracomunitarios es invadida por el EC, por lo que se considera que no existe vulneración, ni menoscabo de derechos de otras regiones.

En concreto, el Tribunal Constitucional reitera la doctrina sentada por su misma sala en la STS 31/2010, de 28 de julio, en la que se concluyó que el artículo 117 EAC no vulnera el artículo 149.1.22 CE, destacando que «establece un razonable mecanismo de colaboración entre la Comunidad Autónoma y el Estado en una materia en la que es evidente que resultan afectadas e implicadas las competencias y los intereses de una y otro, sin que en modo alguno se desplace o enerve, lo que sería constitucionalmente inaceptable, la competencia estatal *ex* artículo 149.1.22 CE cuando se trate de trasvases entre cuencas intercomunitarias (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 22.º), pues el informe que ha de emitir la Generalitat, como expresamente reconocen los recurrentes, es un informe, aunque preceptivo, no vinculante, que se compadece con el principio de cooperación que ha de presidir las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma» (FJ 65.º).

El TC afirma también que si la competencia estatal en materia de recursos hidráulicos supracomunitarios no resulta desconocida ni invadida por el precepto impugnado, no cabe concluir tampoco que se produzca una vulneración de los principios de coordinación y participación de las CCAA en régimen de igualdad y, por tanto, no hay menoscabo de las competencias de las Confederaciones Hidrográficas y del Consejo Nacional del Agua, ni de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ya que, al tratarse de un informe no vinculante, no se impide ni obstaculiza el ejercicio de las competencias estatales, ni, por último, de la reserva de ley ordinaria, ya que se trata de una mera previsión que responde al principio de cooperación de las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma, con un natural encaje en un Estatuto de Autonomía.

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*

Nuevamente se reflejan en estas crónicas pronunciamientos judiciales que constatan el carácter demanial de bienes costeros que, por naturaleza, se acomodan a las consecuentes determina-

ciones normativas (**SSAN de 9 y 17 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 482/2009 y 601/2007). Y ello con independencia de sus características urbanísticas, que no alteran dicha naturaleza (**STS de 19 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4165/2006, **SSAN de 1 y 8 de julio y 10, 23 y 24 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 302/2008, 204/2008, 310/2009, 153/2008 y 304/2008).

Así sucede con la zona marítimo-terrestre (**SSAN de 2, 16 y 29 de julio, 10 y 16 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 228/2009, 290/2007, 634/2008, 130/2008 y 487/2008), con los acantilados sensiblemente verticales que estén en contacto con el mar o con espacios de dominio público marítimo-terrestre, hasta su coronación (**SAN de 2 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 316/2008), con los terrenos deslindados como dominio público que por cualquier causa han perdido sus características naturales de playa, acantilado, o zona marítimo-terrestre, salvo lo previsto en el artículo 18 (desafectación previo informe preceptivo de Ayuntamiento y Comunidad Autónoma afectados y previa declaración de innecesariedad, **SAN de 10 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 80/2009), y con las playas [**STS de 19 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4165/2006, **SSAN de 1 (dos), 8 y 15 de julio y 17 (dos) y 24 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 302/2008, 802/2008, 300/2008, FF.JJ. 7.º y 8.º, 800/2008, 601/2007, 31/2008 y 304/2008, FF.JJ. 4.º a 7.º].

b) Procedimiento

a') La existencia de deslindes previos no impide la realización de otros posteriores

La potestad de deslinde de costas puede ejercitarse en cualquier momento, aunque no hayan cambiado las características morfológicas de los terrenos. En ningún caso la existencia de deslindes previos imposibilita la realización de otros posteriores, si aquellos resultan incorrectos, incompletos o inexactos (**SSAN de 8 de julio y 24 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 300/2008, FJ 2.º y 304/2008, FJ 2.º). De igual forma, el hecho de que un deslinde no incluya entre los límites del dominio público marítimo terrenos con características demaniales no justifica su exclusión de otros análogos, puesto que la igualdad sólo puede operar dentro de la legalidad [**SSAN de 2 de julio (dos), 9 y 24 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 228/2009, FJ 5.º; 316/2008, FJ 6.º; 482/2009, FJ 4.º y 304/2008, FJ 8.º].

b') No cabe indefensión si se ha garantizado el principio de audiencia a lo largo del procedimiento de deslinde

El artículo 12 de la Ley de Costas, en relación con el 25 del Reglamento que la desarrolla, garantiza la participación de los interesados en el procedimiento de deslinde, produciéndose indefensión sólo cuando los posibles defectos en su tramitación ocasionen un menoscabo real del derecho de defensa de aquellos, causándoles perjuicios reales y efectivos. Esto no sucede en los supuestos analizados por las **SSAN de 10 y 23 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 80/2009 y 153/2008. Igualmente, los mismos preceptos ordenan la apertura de un nuevo período de información pública y de audiencia a los afectados cuando el proyecto de deslinde modifique sustancialmente la delimitación provisional efectuada. Así se hizo en los casos enjuiciados por las **SSAN de 8 de julio y 17 y 24 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 300/2008, 31/2008 y 304/2008, por lo que tampoco se aprecia la indefensión alegada por los recurrentes.

- c') La falta de práctica de un nuevo acto de apeo tras la modificación de la delimitación provisional no determina la nulidad del procedimiento

Asimismo, estos artículos no establecen en ningún momento la obligación de practicar un nuevo apeo, por lo que la necesidad en este sentido invocada por los recurrentes —determinante a su juicio de la nulidad de los procedimientos *ex* artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992— es rechazada por las mismas **SSAN de 8 de julio y 24 de septiembre de 2010**.

- d') La resolución de los procedimientos de deslinde debe estar motivada

Como recuerda la **SAN de 17 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 601/2007, las resoluciones de los procedimientos de deslinde deberán estar motivadas, explicando las circunstancias fácticas y los preceptos jurídicos que justifican el trazado de una línea determinada. Sin embargo, esto no significa que en ellas deba darse respuesta puntual y determinada a cada uno de los argumentos expuestos por los interesados en su escrito de alegaciones, o a los criterios alternativos y críticas que se formulen en los informes técnicos aportados por las partes. El deber de motivación se entiende cumplido teniendo en cuenta sus alegaciones y resolviendo todas las cuestiones planteadas; exigencia cumplida sin duda en este supuesto (FJ 2.º).

- e') El plazo para notificar la resolución sobre el deslinde es diferente en función de la fecha de incoación del procedimiento: nueva doctrina del Tribunal Supremo

De conformidad con la redacción dada por la Ley 53/2002 al artículo 12.1 de la Ley de Costas, el plazo para resolver y notificar los procedimientos de deslinde iniciados con posterioridad al 1 de enero de 2003 es de veinticuatro meses (**SSAN de 15 y 16 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 26/2008 y 27/2008). Sin embargo, la **SAN de 29 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 634/2008, señala que nada impide a la Administración ampliar el plazo normativamente establecido al amparo de artículo 42.6 de la Ley 30/1992, justificando debidamente las circunstancias concurrentes. Que en este supuesto fueron el volumen de las solicitudes presentadas, la complejidad del expediente y la falta de los medios personales necesarios para llevar a cabo los actos de instrucción requeridos para la resolución del deslinde.

Por su parte, los deslindes que se hubiesen incoado con anterioridad a esa fecha carecían de plazo de caducidad, sin que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, les resultase de aplicación el plazo supletorio de tres meses que establecía la redacción original del artículo 42.2 de la Ley 30/1992 para los casos en que la legislación sectorial aplicable no fijase un plazo máximo de resolución, como ocurría antes de la reforma de la Ley de Costas de 2002: se trataba, entendía el TS, de procedimientos iniciados de oficio que no pueden calificarse de limitadores o restrictivos de derechos. No obstante, un pronunciamiento reciente del Alto Tribunal (**STS de 26 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 2842/2006) ha modificado el criterio sostenido hasta ese momento, considerando la aplicación del plazo de caducidad de seis meses que contempla la actual redacción del artículo 44 de la Ley 30/1992 a los deslindes iniciados después de la entrada en vigor de la Ley 4/1999, modificatoria de la anterior —14 de abril de 1999— y antes de la vigencia de la Ley 53/2002. Se reproducen, por su interés, las partes más relevantes del razonamiento del TS:

«Esta Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene ya declarado (...) que el plazo de caducidad establecido en el artículo 42 de la Ley 30/1992 es aplicable a los procedimientos de deslinde de

vías pecuarias porque el artículo 44.2, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, contempla la caducidad de los procedimientos en que la Administración ejercita potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, lo que hace referencia a cualquier persona concreta afectada y no como en la redacción anterior que aludía a la ciudadanía en general. También en nuestra Sentencia de 25 de mayo de 2009 hemos declarado, en relación con un procedimiento de recuperación posesoria de oficio del dominio público marítimo-terrestre iniciado después de la entrada en vigor de la Ley 4/1999, que resulta aplicable el plazo de caducidad establecido en la nueva redacción del artículo 42.3 de la Ley 30/1992, al no haber norma alguna reguladora de ese procedimiento que establezca un plazo superior al de tres meses que fija este precepto. Hasta ahora esta Sala (...) no se había pronunciado acerca de la aplicación de los plazos de caducidad establecidos por la modificación de los artículos 42, 43 y 44 de la Ley 30/1992 llevada a cabo por Ley 4/1999, a los procedimientos de deslinde marítimo-terrestre iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley 4/1999 y antes de la vigencia de la Ley 53/2002, que fijó un plazo de veinticuatro meses para notificar la resolución en los procedimientos de deslinde marítimo-terrestre. Pues bien, en armonía con el indicado criterio que hemos establecido para los deslindes de vías pecuarias y para la recuperación posesoria de oficio del dominio público marítimo-terrestre, debido a que, a partir de la vigencia de la Ley 4/1999, al regular los efectos de la falta de resolución expresa en los procedimientos incoados de oficio ya no se refiere a la ciudadanía en general sino que se limita a sancionar con la caducidad los procedimientos de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen (...) tenemos que entender que, de no dictarse resolución expresa en el plazo establecido en el artículo 42 de la Ley 30/1992, en la nueva redacción dada por Ley 4/1999, el procedimiento de deslinde marítimo-terrestre debe declararse caducado con el consiguiente archivo de las actuaciones, lo que no implica que no sea posible iniciar otro al amparo de los correspondientes preceptos de la Ley de Costas (...)» (FJ 5.º).

Y añada el FJ 6.º:

«De esta ausencia de fijación de un plazo podríamos deducir, como hicimos en nuestra citada Sentencia de 25 de mayo de 2009 respecto del procedimiento de recuperación posesoria de oficio del dominio público marítimo-terrestre, que ese plazo es el de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, según redacción dada por Ley 4/1999, debido a que las normas reguladoras del procedimiento de deslinde marítimo-terrestre no fijan un plazo máximo. No obstante, si analizamos el procedimiento de deslinde de dominio público marítimo terrestre desarrollado minuciosamente en el mencionado Reglamento de la Ley de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, comprobamos que contiene una serie de trámites obligados desde su incoación para los que se señalan unos plazos que, sumados, superan el de tres meses, de manera que hemos de entender que las normas reguladoras del procedimiento (artículos 20 a 27 del Reglamento en ejecución de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Costas) fijan un plazo superior a tres meses para dictar resolución expresa. Ahora bien, al estar este plazo establecido por una norma reglamentaria es aplicable lo dispuesto en el apartado 2 del mismo artículo 42 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por Ley 4/1999, según el cual el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora sin que pueda exceder de seis meses, salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor (como ahora sucede con la redacción dada al artículo 12.1 de la Ley de Costas por Ley 53/2002) o así venga previsto en la normativa comunitaria europea. Como en los procedimientos de deslinde marítimo-terrestre iniciados a partir del 14 de abril de 1999 en que entró en vigor la Ley 4/1999, y antes de la vigencia de la Ley 53/2002 ocurrida el 1 de enero de 2003, no existía norma con rango de Ley ni norma comunitaria europea que fijase un plazo específico para notificar las resoluciones de los procedimientos de deslinde de dominio público marítimo terrestre y el Reglamento de la Ley de Costas establecía un plazo superior a tres meses, el plazo máximo para notificar la resolución expresa en un procedimiento de deslinde marítimo-terrestre era el de seis

meses, de manera que, transcurrido dicho plazo sin haberse notificado tal resolución expresa, procedía declarar la caducidad del procedimiento y ordenar el archivo de las actuaciones. Esta interpretación es la que consideramos más acorde con los objetivos que inspiraron la reforma introducida por Ley 4/1999, de 13 de enero, en el procedimiento administrativo común, al señalar en su Exposición de Motivos que “respecto al procedimiento para hacer efectiva la resolución, se parte de la premisa de que un procedimiento administrativo que no sea ágil y breve es difícil que pueda ser una institución al verdadero servicio a los ciudadanos”, y más adelante se refiere a los casos en que la Administración ejercita potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, “en los que los interesados podrán entender caducado el procedimiento”».

Al socaire de esta nueva doctrina, la **SAN de 16 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 481/2007, declara la caducidad de un procedimiento de deslinde iniciado el 31 de mayo de 1999 y aún no resuelto. Por el contrario, ésta no resulta de aplicación a los supuestos enjuiciados por la **STS de 19 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4165/2006 y por las **SSAN de 8 y 10 (dos) de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 300/2008, FJ 2.º; 130/2008, FJ 3.º y 310/2009, FJ 3.º, ya que las fechas de incoación de los respectivos deslindes (18 de noviembre de 1998, noviembre 1995 y 26 de enero de 1994) la impiden.

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes

- a) *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 sucede en los supuestos sobre los que se pronuncian las **SSAN de 15 de julio, 30 de septiembre y 1 de octubre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 800/2008, 310/2008 y 233/2008, pero no en los analizados por las **SSAN de 1 de julio, 10 (dos), 16 y 24 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 802/2008, FJ 3.º; 130/2008, FJ 6.º; 310/2009, FJ 6.º; 487/2008, FFFJ 3.º y 4.º y 298/2009.

- b) *Obras legalizadas realizadas en la zona de servidumbre de protección con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas: Disposición transitoria cuarta*

La disposición transitoria cuarta.2.c) de la Ley de Costas establece, en relación con las obras legalizadas llevadas a cabo en zona de servidumbre de protección con anterioridad a su entrada en vigor y que resulten contrarias a ella, que «podrán realizarse obras de reparación y mejora siempre que no impliquen aumento de volumen de las construcciones existentes, y sin que el

incremento de valor que aquéllas comporten puedan ser tenidos en cuenta a efectos expropiatorios...». Precisamente éste es el caso referido en la **STSJ de Asturias de 2 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 1462/2009, por lo que se confirma el archivo del expediente sancionador abierto como consecuencia de la construcción de un muro sobre ella al comprobar que se trata de una reparación.

C) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre

a) *No cabe otorgar concesión para actividades o instalaciones que pueden ubicarse fuera del demanio*

La utilización privativa del demanio costero requiere la previa obtención de una concesión administrativa considerando, no obstante, que únicamente se podrá permitir su ocupación para aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación (artículo 32 de la Ley de Costas). Por esa razón, la **SAN de 17 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 489/2007 ratifica la denegación del uso privativo de terrenos de dominio público al objeto de instalar piscina, solarium y embarcadero para disfrute de los clientes de un hotel.

b) *Caducidad de la concesión*

Como recuerda la **STS de 7 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 3700/2006, el RD 1778/1994, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos administrativos para el otorgamiento, modificación o extinción de autorizaciones a la Ley 30/1992 no resulta de aplicación a las concesiones de costas. En concreto, su artículo 3, referido al plazo máximo para dichos otorgamiento, modificación o extinción. Y ello porque la concesión carece de la naturaleza contractual propia de las autorizaciones. Por eso, dado que la redacción original de la Ley 30/1992 no preveía plazo para declarar la caducidad de una concesión, se desestima la pretensión del recurrente en ese sentido.

c) *Concesión de desecación de marismas otorgada al amparo de la Ley de Puertos de 1880*

Por su parte, esta misma STS vuelve a referirse, como otros pronunciamientos previos, a las concesiones a perpetuidad otorgadas al amparo de la Ley de Puertos de 1880; en concreto, a las concesiones para la desecación de marismas con la finalidad de destinar los terrenos desecados a la acción urbanizadora. La concesión que revisa la sentencia se encuentra, efectivamente, en ese caso, por lo que resulta de aplicación el régimen previsto al efecto: transmutación en propiedad privada

D) Recuperación de oficio

Frente a usurpaciones sin título del dominio público marítimo-terrestre, la Administración de costas podrá ejercer en cualquier tiempo la potestad de recuperación de oficio (**STSJ de Galicia de 29 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4578). En el procedimiento que se siga con este fin deberá respetarse el trámite de audiencia; condición que no detenta el usurpador que, sin embargo, y en el caso tratado por la **STSJ de Baleares de 14 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 573/2010, tuvo la oportunidad de ser oído pese a no habersele notificado su inicio, por lo que se rechaza la pretendida indefensión que alega.

E) Infracciones

a) *Actuaciones no autorizadas en zona de dominio público marítimo-terrestre*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 91.2.b) de la Ley de Costas, la ejecución no autorizada de obras e instalaciones en el dominio público marítimo-terrestre constituye una infracción grave. Y como tal debe considerarse la construcción de un muro y contención de terreno sin autorización (**STSJ de Galicia de 15 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4054/2009), la construcción, también sin título, de un espigón y el posterior vertido de arena y su explanación en la playa (**STSJ de Murcia de 16 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 190/2007), y la impermeabilización de una terraza en zona demanial (**STSJ de Baleares de 6 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 289/2007).

Sin embargo, en la línea de lo expuesto en pronunciamientos anteriores, la **STSJ Baleares 6 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 69/2008, entiende que cuando la ocupación consiste en la colocación de sillas y mesas, además de un toldo, no se subsume totalmente en el tipo grave referido. Sí en lo que respecta a la colocación del segundo, instalación desmontable conforme a la definición del concepto fijada por el artículo 51 de la Ley de Costas (elementos que requieren cierta permanencia o estabilidad, sin elaboración de materiales de obra o soldaduras pero que se monten y desmonten mediante procesos secuenciales, pudiendo levantarse sin demolición y transportarse el conjunto de sus elementos fácilmente), que no está autorizada. Pero no en el caso de las primeras que, al no configurarse como instalaciones sino como bienes muebles (sin fijación alguna al terreno), no se ajustan al tipo descrito. En estos casos nos encontraríamos ante una infracción leve a tenor los artículos 90.d) y 91.3 de la Ley de Costas.

b) *Construcciones no autorizadas en zonas de servidumbre, particularmente en zona de servidumbre de protección*

Por su parte, el mismo artículo 91.2, apartado i), también tipifica como grave «la realización, sin título administrativo exigible conforme a esta Ley, de cualquier tipo de obras o instalaciones en las zonas de servidumbre establecidas en esta Ley, siempre que se hubiera desatendido el requerimiento expreso de la Administración para la cesación de la conducta abusiva o que, habiéndose notificado la incoación de expediente sancionador, se hubiese persistido en tal conducta». En el caso enjuiciado por la **STSJ de Baleares de 6 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 289/2007, no consta que la Administración hubiese formulado ese requerimiento en relación con la construcción de una caseta y un muro en la zona de servidumbre de tránsito, ni tampoco que la recurrente hubiese persistido en la conducta infractora. Por eso, resulta de aplicación el apartado 3 del artículo 91, que tipifica como leves las acciones previstas en el artículo 90 (entre ellas la descrita) no comprendidas en la enumeración del apartado anterior.

De manera más concreta, el apartado e) del mismo precepto establece que la realización de construcciones no autorizadas en la zona de servidumbre de protección constituye una infracción grave que lleva acarreada la correspondiente sanción. Así lo confirman las **SSTSJ de Asturias de 21 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 427/2009 y **TSJ de Galicia de 15 de julio de 2010 (dos)**, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 4150/2009 y 4350/2009. Esta última rechaza además la invocación de la recurrente en apelación al principio de proporcionalidad, que a su juicio quedaría satisfecho con la debida restauración de la situación anterior. Sin embargo, en el supuesto sobre el que se pronuncia la **STSJ de Asturias de**

28 de julio de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 681/2009, no considera acreditada la comisión de la infracción por la sencilla razón de que no ha sido posible demostrar que la edificación litigiosa se encuentra en zona de servidumbre de protección: la falta de publicación del deslinde, requisito de eficacia, impide concluir en este hecho determinante.

Relacionadas con estas cuestiones, la **STS de 5 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 3263/2006 y la antecitada **STSJ de Asturias de 21 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 427/2009 insisten en la competencia estatal para imponer las sanciones correspondientes a esta infracción, recordando en este sentido la doctrina que se desprende de la STC 149/1991 sobre la Ley de Costas, conforme a la cual el Estado puede perseguir y sancionar las faltas cometidas en esta zona cuando la conducta infractora atente contra la integridad del demanio y el mantenimiento de las servidumbres de tránsito y acceso que garantizan su libre uso. Estos atentados y mantenimiento, sin embargo, no han quedado acreditados a juicio de la Sala de lo Contencioso del **STSJ de Murcia de 8 de julio de 2010**, recurso núm. 65/2006, en el supuesto analizado, por lo que la competencia sancionadora se anuda en este caso a las facultades de disciplina urbanística municipales.

F) Puertos

- a) *La ocupación sin título de superficie portuaria constituye una infracción que ha de notificarse en un plazo máximo de doce meses*

El artículo 102 de la Ley de Costas establece un plazo de doce meses para notificar la resolución de los procedimientos sancionadores en materia de dominio público costero, so pena de caducidad y archivo de las actuaciones. Este plazo se incumplió en los supuestos sobre los que se pronuncia la **STSJ de Baleares de 22 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 212/2008, por lo que se estima el recurso presentado frente a las sanciones impuestas por la ocupación sin título del demanio portuario [infracción leve *ex* artículo 114.2.e) LPMM].

- b) *Procede la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando el accidente deriva del deficiente funcionamiento de los servicios portuarios*

En otro orden de cosas, la **STS de 23 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 5366/2008, confirma la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica por el deficiente funcionamiento de los servicios públicos en un puerto gestionado por ella. Como considera probado por los diversos elementos aportados, la avería sufrida por un buque al entrar en puerto fue causada por un error humano en la maniobra del Capitán (que se aproximó en exceso a uno de los diques), y por la deficiente señalización de la línea de enfilación del puerto. Juzga muy posible el TS que el error en la maniobra viniese causado precisamente por el conocimiento por el Capitán del defectuoso señalamiento de la entrada del puerto, y queriendo evitar los problemas derivados de ello, viró en exceso. Esto no hubiese ocurrido si la señalización del puerto fuera correcta, eximiendo de maniobras adicionales al mero seguimiento de las luces de señalización. No considera sin embargo, contra lo pretendido por la demandante, que la ausencia de servicio de remolque haya incidido en el resultado del accidente: ni el servicio está pensado para condiciones de bonanza como las existentes el día de autos (sólo para casos de barcos ya averiados o de condiciones climatológicas adversas), ni un accidente de las características del acontecido —muy rápido— puede ser impedido por un remolcador al que no hubiese dado tiempo a llegar.

G) Navegación marítima: adaptación de las autorizaciones de gobierno de embarcaciones a las nuevas realidades

La Orden FOM/3200/2007, de 26 de octubre, procedió a regular las condiciones para el gobierno de embarcaciones de recreo, estableciendo, entre otras cuestiones, que los poseedores de titulaciones extranjeras que gocen de autorización para gobernar embarcaciones españolas podrán disfrutar de ésta por un período improrrogable de 4 años; tiempo en el que deberán obtener la titulación española previa superación del correspondiente examen práctico. La actora sobre cuyo recurso se pronuncia la **SAN de 19 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 9/2008, considera que este régimen transitorio supone un cambio normativo no justificado que vulnera los principios constitucionales y los derechos consolidados. Esta consideración no es compartida por la Sala, que rechaza la incorporación permanente e inalterable de un derecho en este sentido al patrimonio del recurrente, tratándose de una mera habilitación temporal concedida en atención a unas circunstancias y condiciones determinadas. El cambio de estas condiciones (en el supuesto del caso, los avances producidos en materia de seguridad marítima, que llevan a exigir a quienes deseen gobernar las embarcaciones de recreo un conocimiento fehaciente de éstos) justifica plenamente la caducidad de los títulos y la adaptación de los nuevos a las realidades y exigencias del presente.

H) Pesca y cultivos marítimos

a) *Interpretación de la normativa aplicable a las compensaciones por paradas técnicas de la actividad pesquera*

Las **SSAN de 22 de julio y 17 de septiembre de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos núm. 857/2009 y 600/2009, realizan 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 en ambos casos 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) *Infracciones: las sanciones a los buques que faenen en zona NAFO corresponden al Estado del desembarque, no al del pabellón*

Por su parte, la **SAN de 8 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 27/2010, también ofrece una completa labor interpretativa del Reglamento CEE 2847/1993, de 12 de octubre, por el que se establece un régimen de control aplicable a la política pesquera común. En concreto, en lo que se refiere a la autoridad competente para sancionar a los buques que pesquen en aguas NAFO (zona de regulación de la Organización de Pesca del Atlántico Noroccidental). Como determinan los artículos 31 y 32 de la citada norma comunitaria, son las autoridades del Estado donde se produce el desembarque las que tienen atribuida esta potestad, configurándose la actuación de las autoridades del Estado del pabellón del buque como subsidiaria en defecto de la anterior. Esta previsión normativa lleva a desestimar el recurso de apelación planteado por la recurrente, que se fundamentaba precisamente en la falta de competencia de la

Administración española para sancionar a un buque portugués. También desestima la sentencia los argumentos de los apelantes acerca de errores materiales de los inspectores actuantes a la hora de contabilizar las especies capturadas y de una presunta vulneración de los principios de proporcionalidad e igualdad propios del Derecho administrativo sancionador. En ningún caso, como recuerda la Sala, se han aportado datos concretos y precisos que desvirtúen la presunción de veracidad de las actas de los inspectores, como tampoco se ha demostrado la incorrección de la explicación dada por la Administración acerca de las razones en las que se fundamenta el cálculo concreto de las sanciones (establecido en función de los porcentajes de exceso sobre los topes de las capturas permitidas).

- c) *Cultivos marinos: no existe un derecho subjetivo a la reubicación de los viveros, sin que el aumento de la productividad sea razón suficiente al efecto*

En ejercicio de sus competencias en la materia, la Comunidad Autónoma de Galicia ha aprobado diversa normativa sobre cultivos marinos en aguas interiores. Y en ella, entre muchas otras cuestiones, se establece la exigencia de autorización administrativa para explotar viveros en una determinada cuadrícula; autorización que, una vez otorgada, no impide el cambio de ubicación de la batea si se solicita y la Administración conviene en ello. No obstante, como recuerda la **STSJ de Galicia 1 de julio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 4360/2008, es la adecuada ordenación de los viveros la que condicionará el otorgamiento de esta nueva autorización, sin que el mero aumento de la productividad para el solicitante sea una razón que la justifique. No existe un derecho subjetivo del titular de la autorización de explotación al cambio de ubicación, siendo las diferencias de calidad de las aguas de una cuadrícula a otra consecuencia normal de su diversa situación dentro de las rías. Si a ello se suman los informes disconformes de las organizaciones más representativas del sector, concluye la sentencia con la desestimación del recurso interpuesto contra la denegación de solicitud de cambio de ubicación objeto del recurso.

4. PATRIMONIO HISTÓRICO

El **Auto 104/2010 del TC, de 20 de julio de 2010**, dictado en el marco de los recursos de inconstitucionalidad núm. 803/2010 y 2977/2010, que se resuelven de forma acumulada, establece un criterio de vocación general según el cual la protección del patrimonio histórico está por encima del interés general que también subyace en la ejecución del planeamiento urbanístico.

El Auto del TC se dicta en el marco del conocimiento de sendos recursos de inconstitucionalidad planteados por el Presidente del Gobierno contra el Decreto-Ley 1/2010, de 7 de enero, del Consell de la Generalidad Valenciana, de medidas de protección y revitalización del conjunto histórico de la ciudad de Valencia y contra los artículos 1, 2 y 3, el apartado 2 de la disposición derogatoria y el párrafo segundo de la disposición final segunda de la Ley 2/2010, de 31 de marzo, de medidas de protección y revitalización del conjunto histórico de la ciudad de Valencia. Al interponerlos, el Abogado del Estado invocó el artículo 161.2 CE-78, a fin de que se acordase la suspensión de los preceptos impugnados, en tanto no recayese sentencia definitiva sobre el particular.

Los preceptos impugnados en el recurso y afectados de suspensión declaran expresamente que el Plan Especial de Protección y de Reforma Interior del Cabanyal-Canyamelar (en adelante, Pepri Cabanyal) no perjudica la protección del conjunto histórico de la ciudad de Valencia y declaran plenamente compatible la total ejecución del referido Plan Especial y las razones

que dieron a la inclusión del núcleo original del ensanche del Cabanyal dentro de las áreas afectadas por la declaración de bien de interés cultural del conjunto histórico de Valencia. En tal sentido, autorizan expresamente las actuaciones e intervenciones sobre la estructura urbana y arquitectónica del conjunto histórico de Valencia que prevé el Pepri Cabanyal y disponen que los órganos y personal al servicio de las Administraciones públicas competentes para la ejecución del Pepri Cabanyal, realizarán todos los actos que sean necesarios para la total ejecución del citado Plan, sin que tales actos de ejecución puedan verse menoscabados de cualquier modo por los actos o acuerdos de otras Administraciones públicas.

A tales artículos el Abogado del Estado les reprocha la vulneración de diversos preceptos constitucionales por infringir competencias estatales derivadas del artículo 149.1.28 CE, ejercidas mediante la Orden CUL/3631/2009, de 29 de diciembre, por la que se resuelve el procedimiento por expoliación del conjunto histórico del Cabanyal y en la que se concluye que el acto de expoliación del conjunto histórico del Cabanyal viene constituido por la ejecución del Pepri Cabanyal y se fija la obligación de la Administración responsable de tal ejecución (el Ayuntamiento de Valencia) de suspender inmediatamente la ejecución del referido Pepri Cabanyal hasta que no sea adaptado a fin de garantizar la protección de los valores histórico-artísticos de la zona y se requiere a la Generalidad valenciana para suspender cuantas actuaciones administrativas se relacionen con el citado Plan.

Pues bien, el objeto del Auto radicaba en determinar si, próximo a transcurrir el plazo de cinco meses que establece el artículo 161.2 CE-78, procede levantar o mantener la suspensión de los preceptos a los que aquélla afectaba como consecuencia de la invocación por el Presidente del Gobierno del citado precepto de la Constitución.

Para resolver el problema, el TC parte de la que ya es su doctrina reiterada aplicable a este tipo de incidentes de suspensión, según la cual, para decidir acerca del mantenimiento o levantamiento de suspensiones como la que ahora se plantea, es necesario ponderar, de un lado, los intereses concernidos, tanto el general y público como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Igualmente, la valoración ha de efectuarse mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas, esto es, dejando al margen consideraciones sobre la viabilidad de las pretensiones que se formulen en la demanda, recordando que el mantenimiento de la suspensión requiere que el Gobierno de la Nación, a quien se debe la iniciativa para acordarlo, aporte y razone con detalle los argumentos que la justifiquen, pues debe partirse en principio de la presunción de constitucionalidad de las normas objeto de recurso.

En el caso concreto de que ahora conoce, considera el TC que los preceptos suspendidos persiguen la inmediata ejecución del plan Pepri Cabanyal; esto es, se trata de un Plan que afecta a una zona especialmente protegida por haberse declarado bien de interés cultural, de ahí que estime que la ejecución del Pepri conlleva un riesgo para la integridad del conjunto histórico de Valencia y por extensión para el interés público. Ante ello, considera que debe prevalecer la preservación de los valores histórico-artísticos que definen los inmuebles afectados ante el riesgo de degradación, destrucción o pérdida e irreparabilidad de los perjuicios que podría suponer la ejecución del Pepri Cabanyal en caso de perturbación de éstos.

Es así que el TC decide pronunciarse aplicando el criterio que ya había tenido ocasión de sostener en su Auto 336/2005, de 15 de septiembre. En dicho Auto había resuelto mantener la suspensión del artículo único de la Ley castellano leonesa 8/2004, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 12/2001, de 11 de julio, del patrimonio cultural de Castilla y León, al apreciar que la capacidad de bloqueo de esa norma autonómica respecto del ejercicio de competencias atribuidas al Estado por el bloque de constitucionalidad excedía de las situa-

ciones normales de controversia competencial, por cuanto incluso podría poner en cuestión, hasta eliminarla o desvirtuarla, una competencia estatal claramente reconocida por la Norma Fundamental con el consiguiente perjuicio actual y directo al interés general. Pues bien, en el caso que ahora se presentaba estima que debe llegar a la misma conclusión. Aun sin anticipar la resolución de fondo que en su día resulte procedente, razona que es innegable que los preceptos suspendidos de la Ley 2/2010 persiguen, tal como ellos mismos declaran, la total ejecución del Pepri Cabanyal, autorizando expresamente la totalidad de las actuaciones sobre la estructura urbana del conjunto histórico de Valencia y, por tanto, del Cabanyal en tanto que parte integrante de él y afirmando la imposibilidad de que tales actuaciones puedan ser menoscabadas por los actos o acuerdos de otras administraciones públicas. Decisiones todas ellas que, como también se deduce de la propia exposición de motivos de la Ley 2/2010, pueden obstaculizar, más allá de la controversia trabada en cuanto al fondo del asunto, el desenvolvimiento de las competencias estatales ejercidas al dictarse la Orden CUL/3631/2009, de 29 de diciembre, impidiendo la plena efectividad de la decisión estatal en relación con la eventual expoliación que sufriría el conjunto histórico del Cabanyal, razón por la cual es posible apreciar la existencia en este caso de un perjuicio actual y directo al interés general que resultaría del bloqueo de las competencias estatales a que conducen las normas cuestionadas en este proceso.

En cuanto a las alegaciones relacionadas con el perjuicio que, en este caso concreto, sufriría el interés público de la protección del patrimonio histórico, cultural y artístico el TC tiene muy presente en su ponderación que, por imperativo del artículo 46 CE-78, es indudable que los intereses públicos que están presentes en los recursos histórico-artísticos deben ser protegidos por los poderes públicos como garantía del derecho que a su conservación y disfrute ostenta la comunidad en tanto que se trata de bienes portadores de valores significativos que los hacen merecedores de un especial reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico, reconocimiento al que también ha aludido el TC en conocidas sentencias anteriores como la 17/1991, de 31 de enero.

La aplicación de este tipo de razonamientos al caso concreto lleva al TC a considerar que los preceptos legales suspendidos afectan a una zona, la del Ensanche del Cabanyal, cuyo núcleo original y central tiene la consideración legal de bien de interés cultural al estar integrado en el conjunto histórico de Valencia tal como éste se delimita en el artículo 1 y anexos II y III del Decreto autonómico 57/1993, de 3 de mayo, de declaración de bien de interés cultural del conjunto histórico de Valencia. Conforme resulta del Anexo I de la norma citada los valores a proteger en esta zona son la peculiar trama en retícula derivada de la alineación de las antiguas barracas sobre la que se desarrolla una arquitectura popular de clara raigambre ecléctica. Así pues, se trata de una zona que, conforme al propio ordenamiento autonómico, es portadora de valores dignos de protección integrándose, por esa razón, en el conjunto histórico de la ciudad de Valencia.

Por tales razones, y en tanto que los preceptos suspendidos de la Ley 2/2010 persiguen la inmediata ejecución del meritado Pepri Cabanyal, el TC estima que la ejecución del referido Plan Especial comportará actuaciones que afectarían a una zona que se encuentra especialmente protegida, lo que, desde la perspectiva cautelar que debe adoptar, implica, cuanto menos, un riesgo para la integridad de dicho conjunto histórico y, por extensión, para el interés público subyacente en proteger el barrio Cabanyal-Canyamelar. Por ello declara que los valores asociados a la preservación del patrimonio histórico no pueden resultar enervados por el interés en ejecutar inmediatamente un Plan Especial de Reforma Interior de dicha zona, tal como expresan los preceptos legales cuya vigencia se encuentra suspendida, pues aquellos valores pudieran resultar seriamente afectados con las actuaciones necesarias para la ejecución de dicho plan y, ante el riesgo de degradación, destrucción o pérdida, el interés en la preservación

de los valores que definen los inmuebles afectados por la ejecución del plan como integrantes del patrimonio histórico artístico ha de ser considerado prevalente, desde la perspectiva cautelar desde la que actúa el TC.

Con esta forma de razonar, el TC otorga primacía a los valores del patrimonio histórico artístico sobre los urbanísticos. Aunque es de sobra conocida la doctrina jurisprudencial sentada por el TS que reconoce el interés general que subyace a la ejecución de los distintos tipos de planes urbanísticos que existen, resoluciones del TC como la que ahora se comenta, evidencian que éstos pueden ceder ante la defensa de otros intereses también generales, como en este caso la preservación de valores histórico-artísticos.

5. MONTES

- A) Amplitud del concepto de monte. La degradación de un Monte catalogado no implica por sí misma que deba acordarse su descatalogación, en la medida en que el concepto básico de Monte contenido en el artículo 5.1.a) de la Ley 42/2003, de Montes, permite que se incluyan en esta categoría los terrenos yermos, roquedos y arenales**

La STS de 13 de julio de 2010 (Rec. 3363/2006) contiene un pronunciamiento interesante que pone de manifiesto la amplitud del concepto de monte recogido en la legislación básica estatal sobre la materia.

El punto de partida se basa en que en el Catálogo de Montes de Andalucía está incluido un monte —el monte Cábula número 3-CA del Catálogo de Utilidad Pública y número de Elenco GR-7001— respecto del que, al menos en parte, se pretendió su descatalogación por las autoridades municipales con la intención de desarrollar esa zona urbanísticamente. Las pretensiones de descatalogación fueron desatendidas por la Junta de Andalucía, pese a lo cual en la revisión de las NNSS del Ayuntamiento de Cájar se prevé el desarrollo urbanístico de una parte del Monte, en concreto de una zona de éste de 112.255 metros cuadrados que forma parte de un gran espacio que tiene una fisonomía diferenciada del resto y no homogénea, que prevén destinarse a sistema general con un uso de zona verde.

La sentencia de instancia, casada en este punto por el Tribunal Supremo, entendió que pese a la desestimación de las pretensiones de descatalogación sí procedía entender descatalogada la zona referida por cuanto toda la documentación gráfica y fotográfica obrante tanto en los expedientes administrativos como en los recursos jurisdiccionales, arrojaba sin ningún esfuerzo interpretativo, que esa parte del monte Cábula sobre la que se preveía actuar urbanísticamente, efectivamente había quedado huérfana de los atributos y valores forestales precisos que deben exigirse para que un espacio pueda mantener su carácter de monte público. La sentencia entiende que la parte del Monte más próxima al término municipal de Cájar, aquella a la que la revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento diseñada por el Ayuntamiento, le había asignado el carácter de sistema general con un uso de zona verde, y que tiene una superficie de 112.225 metros cuadrados carece de tales atributos y, por tanto, respecto de esa porción de terreno sí que se muestra desprovisto de los valores que describe, en consonancia con la Ley básica estatal, la Ley Forestal de Andalucía.

El Tribunal Supremo casa la sentencia en este punto, pues estima que la única razón fáctica por la que, al parecer, parte de la superficie del Monte catalogado debería, a juicio del Tribunal de instancia, descatalogarse es por haber perdido, a causa de haber estado sometida a una inten-

sa actividad extractiva de arena, los que entiende atributos y valores imprescindibles para que un espacio pueda ser considerado monte público.

A pesar de que la Sala sentenciadora de instancia reprocha a la Administración municipal demandante que no haya propuesto la práctica de prueba pericial alguna a través de la cual confirmar sus asertos, llega por sí misma a la conclusión de que debe descatalogarse la parte indicada del Monte. En realidad la sentencia de instancia llega a tal conclusión sin expresar concreta y descriptivamente las características del terreno de dicho Monte, pues se limita a indicar que a la vista de las imágenes gráficas de que dispone, una zona —112.225 metros cuadrados— aparece completamente degradada por la actividad extractiva de arena. Ahora bien, tal apreciación no la entiende suficiente el TS pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley estatal de montes tal circunstancia no es incompatible con la condición de monte público, dado que dicho precepto permite conferir la consideración de monte a los arenales.

Por ello, la degradación por sí sola no hace desmerecer a un espacio, en los autos el monte Cábula, de quedar bajo el amparo que supone la normativa forestal porque sus atributos aun como arenal pueden servir para cumplir cualquiera de las finalidades forestales a las que está destinado un Monte, en este caso el Cábula como Espacio Forestal de Interés Recreativo desde su inclusión en el Plan Especial de Protección del Medio Físico de la Provincia de Granada.

6. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

a) *Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación*

Un tema de absoluta actualidad es 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. la **Sentencia de 28 de junio de 2010 (NR 655/2007)**. Dice la Audiencia Nacional respecto de las tarifas por la obra de ampliación de una estación potabilizadora financiadas en parte con el Fondo de Cohesión: «De lo anterior resulta que las aportaciones que realiza la Unión Europea al Estado español por alguno de los conceptos descritos se integran en el Presupuesto de Ingresos del mismo y se otorgan al beneficiario, cuando se trata de un órgano de la Administración, a través de la Dirección General del Tesoro, que canaliza y adjudica tales aportaciones; por lo que, en definitiva, la ayuda se aporta por el Estado, ya que ha pasado a formar parte de su Presupuesto de Ingresos, sin que a ello obste que proceda en su origen del Fondo de Cohesión de la Unión Europea, al igual que ocurre con otras muchas aportaciones que se efectúan por dicho Fondo tanto al Estado español como a cualquier otro de la Comunidad Europea para muy diversos fines, y que pasan a formar parte de sus respectivos Presupuestos». En sentido contrario se pronuncia el **STSJ de Madrid de 18 de marzo de 2010 (NR 463/2008)**, siguiendo la doctrina que viene marcando esta sala, en el entendimiento de que no son inversiones efectuadas con cargo al Estado.

La **SAN de 3 de mayo de 2010 (NR 259/2008)**, se encuentra con un recurso que discute la cuantía de los cánones y tarifas, sin demasiadas precisiones, pero con una argumentación poco frecuente: se impugnan de manera indirecta las tablas de equivalencias según usos, que afectan a la zona en cuestión. El tribunal pone de manifiesto que estas tablas son aprobadas por

el Ministerio con competencias en Medio Ambiente y que su impugnación no puede efectuarse por la vía de alegaciones a la información pública de los cánones y tarifas, ni reclamando los propios cánones y tarifas.

La **SAN de 28 de junio de 2010** (NR 81/2009), resuelve el recurso deducido por una empresa municipal de abastecimiento y saneamiento de agua, beneficiaria principalísima de una obra hidráulica que tiene como fin esencial la alimentación de la potabilizadora municipal desde el pie de una presa (aunque también permite algunos usos de regadío). El caso es que se le imputa a la demandante el 80 por 100 del coste de la obra propiamente dicho y algo más de un tercio del estudio de seguridad e higiene, con destino a la llamada base imponible de la tarifa de utilización del agua. La impugnación será desestimada, sobre la base de la adecuada justificación de esa imputación, calculada en función de un reparto proporcional a los volúmenes medios anuales a utilizar por los beneficiarios. La sentencia va rechazando todos y cada uno de los argumentos esgrimidos y da explicación de por qué se ha sustraído del gravamen a algún colectivo de regantes (compensación por la supresión de su toma histórica, a costa de la empresa municipal).

Tampoco resultaban aceptables por el tribunal que había de resolver el recurso las alegaciones efectuadas por los reclamantes (regantes) respecto del trato presuntamente favorable a los usuarios hidroeléctricos. Se advierte la dificultad de considerar una discriminación atentatoria contra el principio de igualdad, dada la diferente caracterización de unos y otros usuarios cfr. **STSJ de Madrid de 18 de marzo de 2010**, (NR 463/2008).

En el caso resuelto por la **SAN de 28 de junio de 2010** (NR 111/2009), la demandante impugna la cuantía aduciendo que, habiendo sido calculada en función del volumen de agua concedida, sin embargo, el caudal real suministrado fue mucho menor. La sentencia es desestimatoria, si bien la sala avanza que aplicando el apartado 6 del artículo 114 del Texto Refundido de la Ley de Aguas podía haberse llevado a cabo una disminución del importe de la liquidación: pero ello hubiera requerido una previa petición por parte del beneficiario y el otorgamiento o no de dicha reducción, ya que ésta no es automática, sino que debe probarse la disminución de suministro. Se equivoca a nuestro entender el tribunal: ese apartado 6 necesita para poder ser aplicado de la intervención de los planes de cuenca (y no lo han hecho) y, en cualquier caso, piensa en otras situaciones. Estamos ante un tributo financiador de una obra, que tiene un coste determinado con independencia de que haya años en que no pueda servirse toda el agua concedida. Si se ha empleado el módulo volumétrico (pero según los datos formales del título) a ese módulo habrá que estar.

A nuestro parecer, sí entiende correctamente lo que se deduce del apartado 6 del artículo 114 de la Ley de Aguas el **STSJ de Andalucía, Sevilla de 19 de marzo de 2010** (NR 575/2008).

b) 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 sentencias como varias de fecha **21 de junio de 2010**, sobre recursos deducidos por la empresa Hidro-Nitro (NR 383/2007, 446/2007 o 212/2009) o GER GENERACIÓN (NR 660/2007). Se sigue afirmando la falta de cobertura legal de la exención recogida en el artículo 135.c) del Reglamento de Dominio Público Hidráulico (que sigue sin ser revisado, no obstante ello). Y también se niega cualquier efecto derivado de los instrumentos

contractuales de los que arranca la concesión. En el mismo sentido, **SAN de 28 de junio de 2010** (NR 551/2009).

Otra sentencia también de **21 de junio de 2010** (NR 430/2008), resuelve el recurso deducido por la Compañía Hidroeléctrica de los Regantes del Canal de Aragón y Cataluña, planteando la actora algunos argumentos novedosos. En particular, se trata de reforzar la posición de la exención antes señalada con la convalidación como tasa que la Ley 25/1998 dispone para el canon de saltos de pie de presa y, con carácter más general, de enganchar la doble imposición con la confiscatoriedad, aportando datos económicos de la actividad. Sorprende que una sentencia con tanta paginación reproduzca tantos cortes de otras resoluciones, sin terminar de dar una respuesta congruente a los fundamentos del recurso. No obstante, el recurso se estima en parte, pero sólo en cuanto la Administración no es capaz de demostrar el beneficio que producen las obras en el demandante, criterio ya adoptado por los tribunales con alguna frecuencia.

En otras jurisdicciones, como la andaluza, los tribunales económico-administrativos han rechazado la inclusión en los padrones de cánones y tarifas de las compañías hidroeléctricas que pagan el canon de saltos de pie de presa, que ha sido, en definitiva, la espoleta que ha activado la polémica (se deduce de la **Sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 19 de marzo de 2010**, NR 575/2008).

c) Imposición y ordenación

Uno de los asuntos que con más frecuencia plantea 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 28 de junio de 2010** (NR 111/2009). En igual sentido, el **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 19 de marzo de 2010** (NR 575/2008). Este tribunal entiende, de otra parte, que impugnando la liquidación del tributo no pueden emplearse argumentos que debieron utilizarse reclamando contra la aprobación de los cánones y tarifas.

Sobre el precepto señalado, sí se anulan los acuerdos adoptados en los casos resueltos por el **STSJ de Andalucía, Málaga, de 20 de abril de 2009** (NR 1770/2002); la **STSJ de Cataluña, de 11 de febrero de 2010** (NR 214/2008) o la **STSJ de Madrid, de 17 de marzo de 2010** (NR 555/2008) y varias más de contenido análogo dictadas en la primavera de 2010. 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.

B) Aguas continentales: otras exacciones por abastecimiento en alta

La **STSJ de Valencia de 17 de mayo de 2010** (NR 2965/2007), trata de una peculiar tarifa girada por una empresa municipal a dos ayuntamientos vecinos. Según se deduce de los hechos de la sentencia, desde un municipio se servía agua a otros dos, con el fin de que éstos pudieran abastecer a su población. Dicho de otra manera, se les prestaba el servicio de abastecimiento en alta, servicio que, con alguna frecuencia, se presta por sujetos que de inicio no estarían llamados a ello (regantes, otros usuarios, etc.). Dado que la gestión del agua estaba encargada a una empresa concesionaria, era esta empresa la que realizaba la actividad, exigiendo a los otros dos ayuntamientos una tarifa sometida al Derecho privado, aunque con la intervención de la comisión de precios de la Comunidad Autónoma.

El TSJ de Valencia vendrá a estimar el recurso deducido por los dos ayuntamientos prestatarios del servicio, en el entendimiento de que la naturaleza jurídico-financiera del cobro tiene que ser el de una tasa, ello, según dice la sala, a la vista del artículo 2 de la Ley General Tributaria y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Entiende el TSJ que si el servicio lo hubiese prestado directamente el ayuntamiento, la remuneración tendría que haber adoptado el formato de tasa; y que, en esas condiciones, la naturaleza de la prestación no puede mutar porque se haya instrumentado una concesión, tal y como dice la Ley General Tributaria.

Nosotros defendemos esos mismos planteamientos —que si la prestación hubiera debido ser una tasa de realizarse directamente por la corporación, tiene que ser una tasa aunque se emplee una sociedad pública, mixta o privada— y celebramos que los tribunales se vayan sumando a esta tesis. Lo defendemos en general y lo particularizamos en relación con determinados servicios relacionados con el agua, principalmente el abastecimiento en baja, el alcantarillado y la depuración.

Lo que sucede es que compartiendo las bases teóricas, no estamos tan seguros de que puedan predicarse del caso concreto al que se refiere la sentencia. Tratándose de abastecimiento en alta, ponemos en duda que sea imprescindible implementar una tasa en caso de prestación directa por un ente público y creo que perfectamente podía sustituirse por un precio público. Ello porque la esencialidad para la vida del destinatario del servicio o actividad, tratándose de un usuario y no de un ciudadano, no nos parece tal. Si estamos en lo cierto y no era necesaria la tasa en este caso, decae la regla prevista en la Ley General Tributaria.

Hay otros dos puntos del caso que me han chocado. De una parte, que intervenga la comisión de precios de la Comunidad Autónoma, lo que nos parece necesario en el caso de abastecimiento en baja, pero no en el de abastecimiento en alta (¿o es que los cánones de regulación y las tarifas de utilización del agua también las vamos a tener que someter a este expediente?). De otra parte, un aspecto que suele aparecer en los frecuentes casos en los que unos ayuntamientos prestan servicios a otros «límitrofes» (parques de bomberos, policía local, aguas...): la circunscripción al término. Dice la Ley de Haciendas Locales que los tributos locales no someterán a gravamen actividades desarrolladas fuera del territorio de la respectiva entidad. Desconocemos, pues es imposible deducirlo de la sentencia, el elemento físico de la actividad, pero suponemos que, al menos en parte, discurre por el territorio de los municipios prestatarios. La jurisprudencia normalmente prefiere otros instrumentos de financiación distintos de los tributos para sostener estas situaciones.

Engancha con esto último el caso resuelto por la **STS de 14 de junio de 2010** (NR 4144/2005). La sentencia declara no haber lugar al recurso de casación deducido por el Ayuntamiento de Pontevedra, al cual se le habían anulado en la sentencia de instancia las tasas por abastecimiento de agua a municipios limítrofes, las que, expresado en otras palabras, también eran tasas por abastecimiento en alta, de las que eran sujetos pasivos los respectivos ayuntamientos limítrofes. Aunque el Alto Tribunal no coincide en su argumentación con la referida sentencia de instancia, mantiene la anulación de la Ordenanza. ¿Por qué considera pues improcedente la tasa? Ni más ni menos, porque no se dan los presupuestos que exigen la imposición de una tasa: la índole local del servicio y su carácter de obligatorio. Dice el Tribunal Supremo que «no es competencia de dicha corporación el suministro de agua al Ayuntamiento de Marín ni a sus vecinos, para quienes, por consiguiente, su recepción resulta voluntaria». El Tribunal Supremo está diciendo, ni más ni menos, que las corporaciones locales sólo pueden establecer tasas en los supuestos en los que necesariamente deben imponerse tasas. Esta idea, presente en la jurisprudencia de algunos tribunales, como el TSJ de Asturias o el de Cataluña, se ha venido deslizado al Tribunal Supremo en los últimos tiempos. Y, francamente, nos parece errónea y muy perjudicial para la hacienda local. A nuestro entender, de la lectura del artículo 20 de la Ley de Haciendas Locales

se deduce que las corporaciones locales podrán imponer tasas por cualquier servicio público o actividad administrativa de competencia local. Y que necesariamente tendrán que ser tasas si se da la circunstancia de monopolio u obligatoriedad. Con esta jurisprudencia se está diciendo que miles de tasas locales están fuera de ordenación. Se nos podrá contestar que también están fuera de ordenación las tarifas de Derecho privado que se siguen exigiendo en muchos municipios por servicios prestados mediante empresa pública, mixta o privada y no empleamos el argumento del mantenimiento del *statu quo* para protegerlas. Diríamos a ello, primero, que en el caso que ahora se comenta hay justificación jurídica sólida, y en el otro no; y, segundo, que apriorísticamente, la tasa presenta lo que podríamos llamar una «superioridad moral» sobre los precios en cuanto a sus características, y no cifraremos esto tanto en aspectos de cuantía como en la transparencia de su imposición y ordenación.

También pensamos que estaba mal formulada la tasa del Ayuntamiento de Pontevedra, pero por otras razones: en el entendimiento de que las relaciones interadministrativas deben canalizarse de otro modo y volviendo a recordar el principio de circunscripción al término en la exacción de tributos.

Finalmente, comentaremos la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 19 de marzo de 2010** (NR 783/2008). El caso de autos parte de la reorganización del abastecimiento en alta en la zona gaditana, creándose un Consorcio que servirá el agua en alta fundamentalmente a los municipios. Para financiar el servicio, se aprueba una tasa, de la que serían sujetos pasivos los Ayuntamientos respectivos. Pues bien, el Ayuntamiento de San Fernando se opone a que se incluya como sujetos pasivos de la tasa por la prestación del servicio de abastecimiento de agua a «personas públicas o privadas, que cuenten con título jurídico suficiente para recibir el abastecimiento en alta del Consorcio». Consideraba el Ayuntamiento que ello invadía sus competencias (de abastecimiento en baja), entendiendo al parecer que el Consorcio querría competir con el Ayuntamiento en lo que se refiere a industrias y grandes consumidores. La sala busca, creo, una interpretación para salvar el precepto y la halla en cierta vieja legislación sobre abastecimiento de agua en la zona, con significativas especialidades por la actividad militar que allí se desarrolla: centra esos otros sujetos pasivos en aquella realidad.

C) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja

a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídica financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas

Damos noticia en este apartado de la **STS de 20 de julio de 2009** (NR 4089/2003), de fecha ya algo lejana, cuyos contenidos se han reiterado en otra posterior que sí fue objeto de comentario, pero cuya tardía publicación ha conducido a que su relevancia (que es mucha) la imputásemos a esa otra posterior, ciertamente más acabada y perfilada. Fue en esta sentencia en la que el Alto Tribunal afirmó por vez primera que, debiendo cobrarse por el abastecimiento en baja una tasa y no otra cosa (esto no era tan novedoso), también debe exigirse una tasa cuando el servicio se presta a través de una empresa pública, mixta o privada. Lo mismo en relación con el saneamiento.

Parece ir en contra de este criterio la **STSJ de Valencia de 30 de marzo de 2010** (NR 104/2009), aunque la impugnación no se efectuaba propiamente respecto del instrumento económico, sino del Reglamento de Abastecimiento (que preveía una concesión). En todo caso, la sala de Valencia no sólo tendrá que adecuarse a la jurisprudencia del Supremo, sino además, armonizar su propia doctrina, pues es contraria a la de otra sentencia comentada en este mismo número.

b) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: Cuantía de la tasa

La **STS de 6 de mayo de 2010** (NR 4429/2009) declara ajustadas a derecho las cuantías de la tasa por abastecimiento de agua del Ayuntamiento de Zaragoza. Estas tasas introducen un cierto elemento de progresividad, gravando más los consumos más elevados. Ello generó una reacción por parte de colectivos de familias numerosas, que entendían resultaban discriminadas. Las demandas se concretaron en algunos éxitos judiciales, lo que determinó algunas correcciones en el planteamiento inicial. No obstante ello, estas asociaciones continuaron recurriendo ordenanzas posteriores, aunque, tras las correcciones efectuadas, sus recursos han sido desestimados.

c) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: revisión, reclamaciones y recursos

La **SSTSJ de Castilla y León, Valladolid, de 10 de mayo de 2010** (NR 462/2008), aborda un tema de mucha actualidad, cual es el del cuestionamiento por parte de las organizaciones de consumidores de las cuantías de los tributos. El TSJ, al igual que ya hizo el Juzgado, les reconocería legitimación para promover un recurso directo contra una Ordenanza Fiscal, pero no ya para impugnar las liquidaciones giradas a sus asociados. Aunque a veces puedan aparecer algunas sombras, parece correcto distinguir al contribuyente del consumidor, dado que en muchos casos este tipo de asociaciones se están desviando de sus funciones propias (por ejemplo, ¿les corresponde estudiar y comparar la situación del Impuesto de Sucesiones y Donaciones en los diversos territorios? —creemos que no—).

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) **Remisión prejudicial. Limitación del uso de aditivos metálicos en el combustible. La existencia de base científica de la decisión y la incertidumbre. La aplicación del principio de cautela (precaución).**
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
 - A) **Derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento. Posibilidad de condicionar la puesta en libertad a una garantía que asegure la comparecencia del acusado en el juicio. Gravedad de la infracción y entorno profesional del acusado como circunstancias a tener en cuenta para la fijación de la fianza. Preocupación respecto a los delitos medioambientales y recurso al Derecho penal para la ejecución de las obligaciones medioambientales.**
3. AGUAS CONTINENTALES.
 - A) **Suspensión cautelar de instrumento urbanístico al no haberse acreditado la suficiencia de los recursos hídricos. Exigencia de informe de la Confederación Hidrográfica previsto en el artículo 25.4 del TR. Ley de Aguas.**
4. PLAN INSULAR DE ORDENACIÓN TERRITORIAL.
 - A) **La anulación de un Plan Insular de Ordenación Territorial no conlleva automáticamente la de las Normas Subsidiarias municipales. La incongruencia omisiva determina la nulidad de la sentencia impugnada.**
5. CAZA.
 - A) **La montería sin autorización constituye una infracción muy grave de la Ley de Caza. Imposibilidad de efectuar una nueva valoración de las pruebas salvo en caso de infracción de las reglas de la sana crítica o apreciación de la prueba de modo arbitrario, ilógico o irracional.**
6. CONTAMINACIÓN ACÚSTICA.
 - A) **El uso de la técnica de la mejor tecnología disponible para la minimización del ruido en determinadas zonas o áreas acústicas conduce a una indeterminación de los niveles permitidos de ruido e imposibilita el control de los valores límite aplicables, siendo contraria al artículo 8 de la Ley del Ruido.**

- B) **La zonificación acústica no constituye una privación singular de la propiedad privada y no puede asimilarse a la expropiación forzosa.**

7. **RADIACIÓN NO IONIZANTE.**

- A) **Los Municipios pueden fijar una regulación más estricta para las infraestructuras de telecomunicaciones. Es desproporcionada y, por tanto, ilícita, la prohibición total de instalación de antenas de telefonía móvil en suelo urbano y urbanizable con obligación de mantener una distancia mínima de 1.000 metros respecto a estos tipos de suelo. Las operadoras mantienen un derecho a la prestación del servicio.**

8. **FISCALIDAD AMBIENTAL.**

A) **Tributos estatales en materia de aguas.**

- a) Canon de control de vertido: relaciones con los tributos autonómicos sobre depuración.
- b) Canon de control de vertido: hecho imponible.
- c) Canon de control de vertido: cuantificación.
- d) Canon de control de vertidos: aplicación del tributo.

B) **Tributos autonómicos en materia de aguas.**

- a) Cuantificación de los tributos.
- b) Aplicación de los tributos.
- c) Revisión, reclamaciones y recursos.

C) **Tributos locales en materia de aguas.**

- a) Tasa municipal de alcantarillado.
- b) Tasas municipales por depuración.

D) **Fiscalidad sobre la actividad nuclear.**

- a) Tasas por inspección y control de instalaciones radiactivas.

E) **Otros tributos autonómicos ambientales.**

- a) Impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente.
- b) Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente.

1. **JURISPRUDENCIA COMUNITARIA**

- A) **Remisión prejudicial. Limitación del uso de aditivos metálicos en el combustible. La existencia de base científica de la decisión y la incertidumbre. La aplicación del principio de cautela (precaución)**

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 8 de julio de 2010, recaída en el asunto C-343/09 (*Afton Chemical Limited/Secretary of State for Transport*), resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (England and Wales),

Queen's Bench Division (Administrative Court) (Reino Unido), mediante Resolución de 2 de julio de 2009 recibida en el Tribunal de Justicia el 26 de agosto de 2009. El asunto planteado en sus orígenes tiene unos ciertos rasgos de originalidad, pues la empresa privada (Afton Chemical Limited) que está en el origen de los problemas jurídicos de los que damos noticia presentó una petición al objeto de que se le autorizara a interponer un recurso de control de legalidad en relación con la «intención y/o la obligación» del Gobierno de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de adaptar el Derecho interno a la Directiva 2009/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por la que se modifica la Directiva 98/70/CE en relación con las especificaciones de la gasolina, el diésel y el gasóleo, se introduce un mecanismo para controlar y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, se modifica la Directiva 1999/32/CE del Consejo en relación con las especificaciones del combustible utilizado por los buques de navegación interior y se deroga la Directiva 93/12/CEE, en la medida en que se inserta un nuevo artículo 8 bis, apartados 2 y 4 a 6, en la Directiva 98/70/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, relativa a la calidad de la gasolina y el gasóleo y por la que se modifica la Directiva 93/12/CEE del Consejo.

Complejo objeto de la directiva mencionada, por tanto, y problemática jurídico-procesal bien peculiar, también, la que plantea la empresa y, de soslayo, llega al Tribunal de Justicia que, simplificando, declarará admisible el planteamiento de la cuestión prejudicial realizada por el Tribunal del Reino Unido. Lo más notable de la sentencia que comentamos es lo relativo a la funcionalidad del principio de cautela (precaución entre nosotros), cuestión que sólo raramente aparece en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y sobre la que, por tanto, creemos preferente centrar nuestras reflexiones.

La problemática se centra en el nuevo artículo 8 bis inserto en la Directiva 98/70/CE que ordena que la Comisión lleve a cabo una evaluación de los riesgos para la salud y el medio ambiente derivados de la utilización de aditivos metálicos en los combustibles y que, para este fin, desarrolle un método de ensayo. En tanto en cuanto dicho método de ensayo no exista, la presencia del aditivo metálico tricarbonilo metilciclopentadienilo de manganeso (MMT) en los combustibles se limitará a 6 mg de manganeso por litro a partir del 1 de enero de 2011 siendo el límite de 2 mg de manganeso por litro a partir del 1 de enero de 2014.

Para la empresa Afton, no está justificada la reducción de MMT (indica que con anterioridad no existían límites) que prevé esta Directiva sino que se ha producido un «error manifiesto de apreciación de los hechos» por el Consejo y el Parlamento; la empresa indica que no hay base científica para esa limitación y que ésta es inviable y arbitraria (punto 29).

Frente a lo indicado, el Tribunal resaltará la existencia de estudios y de, incluso, la voluntad de la Comisión parlamentaria que tramitó el tema de prohibir radicalmente la existencia de este aditivo por ser muy perjudicial para el medio ambiente. La sentencia constata la organización de talleres por parte del Parlamento sobre dicho problema durante el tiempo de elaboración de la Directiva dándose audiencia en ellos a Afton (puntos 35 y 36). Ha habido, por tanto, documentos científicos que han sido tenidos en cuenta al adoptar la directiva citada y sus decisiones no son arbitrarias.

Dicho eso se va a dilucidar si se ha violentado el principio de cautela (precaución) como afirma la empresa. A los efectos, nada mejor que reproducir aquí los puntos 59-69 de la sentencia:

«59. Se deduce de lo anterior que se le presentaron al legislador de la Unión serias dudas, a falta de datos científicos fiables y suficientes, en cuanto a la inocuidad del MMT para la salud y el medio ambiente.

60. Una aplicación correcta del principio de cautela presupone, en primer lugar, la identificación de las consecuencias negativas que puede tener para la salud el uso propuesto del MMT y, en segundo lugar, un análisis completo del riesgo para la salud basado en los datos científicos más fiables de que se disponga y en los resultados más recientes de la investigación internacional (véase la Sentencia de 28 de enero de 2010, *Comisión/Francia*, C-333/08, Rec. p. I-0000, apartado 92 y jurisprudencia citada).

61. Cuando resulta imposible determinar con certeza la existencia o el alcance del riesgo alegado por razón de la naturaleza insuficiente, no concluyente o imprecisa de los resultados de los estudios realizados y, sin embargo, persiste la probabilidad de un perjuicio real para la salud pública, en el supuesto en que ocurra el riesgo, el principio de cautela justifica la adopción de medidas restrictivas, siempre y cuando sean objetivas y no discriminatorias (véase la Sentencia *Comisión/Francia*, antes citada, apartado 93 y jurisprudencia citada).

62. En esas circunstancias debe admitirse que el legislador de la Unión, en virtud del principio de cautela, podía adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demostraran plenamente la realidad y la gravedad de tales riesgos (véase la Sentencia *Comisión/Francia*, antes citada, apartado 91).

63. En un asunto como el del litigio principal, el límite para el contenido de MMT en el carburante no es discriminatorio, ya que se aplica en toda la Unión y a todos los productores e importadores de MMT.

64. Por otra parte, el legislador de la Unión pudo, fundadamente, considerar que la forma adecuada de hacer compatible un elevado nivel de protección de la salud y del medio ambiente con los intereses económicos de los productores de MMT consistía en limitar el contenido máximo de esta sustancia en el combustible de manera regresiva previendo al mismo tiempo, en el artículo 8 bis, apartado 3, de la Directiva 98/70, la posibilidad de revisar esos límites a la luz de los resultados de evaluación.

65. Por último, Afton impugna el nivel de los límites por considerar que carece de toda base científica y presenta determinados inconvenientes en relación con vehículos antiguos que el legislador de la Unión no ha analizado. Afton sostiene, igualmente, que estos límites equivalen a una prohibición *de facto* del MMT.

66. No obstante, puesto que sigue habiendo incertidumbres en cuanto a los daños que pueda causar el MMT, no es posible disponer de datos más precisos que permitan determinar cuál es el contenido máximo de MMT en el combustible que pudiera prevenir adecuadamente tales daños.

67. Por otra parte, Afton ha comercializado en la Unión, en algunos de sus Estados miembros, menos del 0,5% del total de ventas de MMT a nivel mundial en 2008. Al mismo tiempo, otros Estados miembros como la República Federal de Alemania han prohibido el MMT en el combustible.

68. Por lo tanto, habida cuenta de las incertidumbres en cuanto a los daños que pueda causar el uso del MMT y de los riesgos que se derivan para quienes utilizan este producto, la fijación de límites para el contenido de MMT en el carburante con el fin de mantener un elevado nivel de protección de la salud y del medio ambiente no parece manifestamente desproporcionada respecto de los intereses económicos de los productores de MMT.

69. De las anteriores consideraciones se desprende que el artículo 1, apartado 8 de la Directiva 2009/30, en la medida en que inserta un artículo 8 bis, apartado 2, en la Directiva 98/70, no es inválido por vulnerar el principio de precaución y el principio de proporcionalidad».

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- A) Derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento. Posibilidad de condicionar la puesta en libertad a una garantía que asegure la comparecencia del acusado en el juicio. Gravedad de la infracción y entorno profesional del acusado como circunstancias a tener en cuenta para la fijación de la fianza. Preocupación respecto a los delitos medioambientales y recurso al Derecho penal para la ejecución de las obligaciones medioambientales**

El 8 de enero de 2009 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvía la demanda presentada por el capitán del buque *Prestige*, el ciudadano griego Apostolos Iannis Mangouras, al considerar que la fianza que le había sido impuesta por los tribunales españoles (3.000.000 €) para su puesta en libertad, resultaba excesivamente elevada y había sido fijada sin tener en cuenta su situación personal. En esa ocasión el Tribunal consideraba que no se había producido violación del derecho del demandante a ser juzgado en un plazo razonable o a su puesta en libertad durante el procedimiento, conforme al artículo 5.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El 7 de abril de 2009 el demandante solicitaba el reenvío del asunto a la **Gran Sala del Tribunal que el 28 de septiembre de 2010 emitía la correspondiente sentencia.**

El Tribunal recuerda que el objetivo del artículo 5.3 es asegurar la comparecencia del acusado a juicio y no la reparación del perjuicio. Por ello los criterios para la fijación de la fianza son principalmente los recursos del acusado, sus lazos con personas llamadas a depositar la fianza o la confianza de que la ejecución de ésta en caso de no comparecencia actuará como freno para descartar toda intención de fuga. No obstante, califica como no irracional que, en ciertas circunstancias, se tenga en cuenta la gravedad del perjuicio causado, recordando su propia jurisprudencia en el sentido de considerar el riesgo de fuga como un elemento esencial para la fijación de la fianza.

El Tribunal examina la conformidad con el artículo 5.3 de la toma en consideración por parte de los tribunales nacionales de la gravedad del delito y del *entorno profesional* del demandante, que se consideran por éstos como elementos que confieren a este asunto un carácter *excepcional*. La sentencia recuerda en primer lugar que entre los criterios a tener en cuenta para fijar la fianza se incluye el de los lazos que el interesado pudiera tener con personas llamadas a hacerla efectiva. En cuanto a la legitimidad de la toma en consideración del *entorno profesional* del demandante, advierte de la mejor situación de los jueces nacionales a este respecto, al estar en contacto con las realidades locales, y señala que éstos han atribuido un carácter esencial a la garantía de la comparecencia en juicio del acusado, dada su responsabilidad como capitán del buque, la gravedad del delito y su repercusión en la opinión pública.

El Tribunal afirma que la interpretación del citado artículo 5.3 no puede ignorar la preocupación creciente y legítima existente a nivel europeo e internacional respecto a los delitos contra el medio ambiente, así como la tendencia al recurso al Derecho penal para la ejecución de las obligaciones medioambientales impuestas por el Derecho europeo e internacional. Paralelamente la exigencia creciente en cuanto a la protección de los derechos humanos implica, de forma inevitable, una mayor firmeza en la apreciación del menoscabo de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Por todo ello no puede excluirse que, en una situación como la del presente asunto, el *entorno profesional* de la actividad en causa deba tenerse en cuenta en la determinación de la fianza con el fin de que ésta conserve su eficacia.

Los enormes daños provocados en este caso confieren al asunto un carácter excepcional y tienen importantes consecuencias en el plano de la responsabilidad penal y civil. Por ello no

puede calificarse como sorprendente que las autoridades judiciales adapten la fianza al nivel de la responsabilidad en juego, de manera que los responsables no tengan deseos de librarse de la justicia perdiendo la fianza. Dicho de otra forma, hay que preguntarse si, en el contexto del presente asunto, en el que están en causa importantes compromisos financieros, una fianza fijada teniendo en cuenta exclusivamente los recursos del demandante hubiera bastado para asegurar su comparecencia en el juicio. Además, el depósito de la fianza por el asegurador del armador del buque confirma, en opinión del Tribunal, lo justo de la toma en consideración del *entorno profesional* del demandante por los tribunales españoles. La sentencia establece que el asegurador ha depositado la fianza, a pesar de que ni de la Convención sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, de 1992, ni de los usos o de un contrato resulta obligación alguna para él o para el armador en ese sentido.

El Tribunal concluye que al fijar la fianza los tribunales internos han tenido en cuenta suficientemente la situación personal del demandante, en particular su estatuto de empleado del armador, sus lazos profesionales con personas llamadas a depositar la fianza, su nacionalidad y su domicilio, así como la ausencia de lazos con España y su edad. Además, teniendo en cuenta el contexto particular del asunto y las consecuencias medioambientales y económicas catastróficas del vertido de la carga del navío, se considera justa la manera en que los tribunales nacionales han tenido en cuenta la gravedad de las infracciones y el alcance del perjuicio imputado al interesado, por lo que no hay violación del artículo 5.3 de la Convención.

A la sentencia se opone la Opinión disidente de ocho jueces que afirman que la toma en consideración de la extensión de las pérdidas imputadas al acusado para fijar la fianza más elevada posible se ha referido generalmente a casos de estafa o abuso de confianza, en los que había elementos que indicaban que el acusado podía tener sustanciales recursos ocultos. A eso se añade que la gravedad de la infracción no puede ser el elemento determinante, y mucho menos exclusivo, de la cuantía de la fianza. Asimismo, el riesgo de fuga no puede apreciarse sólo sobre la base de la gravedad de la pena, sino que han de tenerse en cuenta circunstancias como el carácter del interesado, su moralidad, domicilio, profesión, recursos o lazos con el país en el que es imputado. E igualmente deben contemplarse otras medidas preventivas que, por sí solas o combinadas con la fianza, reduzcan el riesgo de huida y aseguren la comparecencia del acusado en el proceso.

Para los jueces que suscriben la Opinión disidente los tribunales españoles no han tomado en consideración los recursos personales del demandante para fijar la fianza. Dado que nadie se había presentado como fiador del demandante y que nada indicaba que éste pudiese por sí mismo garantizar el pago de la fianza, no parece justificada la toma en consideración de las pérdidas resultantes de los actos imputados al demandante, que, a diferencia de otros supuestos, no se referían a infracciones en las que éste fuese sospechoso de estafa o abuso de confianza. Además, las circunstancias por las que se considera que este asunto tiene un carácter excepcional (relación del demandante con personas que depositen la fianza y gravedad de las infracciones) no justifican el montante de la fianza desde el punto de vista del artículo 5.3 de la Convención.

Por otra parte, el único elemento relacionado con un posible apoyo financiero del armador o el asegurador es la declaración, que se califica de sibilina, del Tribunal Constitucional de que se había tenido en cuenta el *entorno profesional* del demandante, en el que se engloban los lazos de éste con el armador del buque. En ningún momento se ha intentado determinar la existencia de algún tipo de obligación del armador o el asegurador respecto al depósito de la fianza, que por otra parte no resulta ni de la Convención ni de la costumbre, la práctica o de arreglo contractual ninguno. El que el asegurador haya depositado la fianza reviste para los jueces concernidos una importancia limitada respecto al artículo 5.3 de la Convención, en contra de lo que señala la mayoría. Más importante es que al fijar la fianza los tribunales nacionales se han fundado en lo que, en el mejor de los casos, era una suposición gratuita de que el armador o el asegurador se sen-

tirían moralmente obligados a venir en rescate del demandante. Además, cuando el asegurador deposita la fianza el demandante ya había pasado dos meses y medio de detención provisional. Por todo ello, la aproximación a la fijación de la fianza es inconciliable con las responsabilidades que el artículo 5.3 de la Convención hace caer sobre los tribunales nacionales.

Por otra parte, aunque están de acuerdo en que las preocupaciones crecientes y legítimas en relación con los daños medioambientales y el recurso al Derecho penal para asegurar el respeto de las obligaciones en materia ambiental, deben ser tenidos en cuenta al interpretar el artículo 5.3 de la Convención, consideran que la gravedad de la infracción no puede ser un factor determinante en la determinación de la fianza, y el daño medioambiental todavía menos puede justificar la fijación de una fianza exorbitante que convierta en ilusoria la posibilidad para el justiciable de obtener su puesta en libertad. Incluso admitiendo que, como dice la sentencia, no debe sorprender que las autoridades judiciales adapten la fianza al nivel de la responsabilidad en juego, de manera que los responsables no tengan interés en librarse de la justicia abandonando la fianza, esta forma de proceder no es compatible con las exigencias del artículo 5.3, particularmente en un asunto en el que los lazos jurídicos entre las personas concernidas no han sido examinados por los tribunales. Tampoco es compatible con esa cláusula fijar una fianza que sobrepase ampliamente los recursos del acusado teniendo en cuenta el nivel de indignación pública suscitado por la gravedad del daño causado por los actos u omisiones imputados al interesado.

Además, los jueces concernidos observan que el demandante se había declarado dispuesto a depositar una fianza de 60.000 €, suma sustancial para un individuo en su situación. Consideran chocante que, al fijar o confirmar la fianza, los tribunales nacionales no hayan tenido en cuenta aparentemente la situación personal del demandante, más allá de su nacionalidad griega y de que no tenía lazos con España. No han evocado sus recursos, su edad, su buena moralidad, que fuese ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o su situación familiar, elementos pertinentes para apreciar el riesgo de fuga. Incluso no parece haberse tenido en cuenta que era cuando menos improbable que fuese condenado a una pena privativa de libertad si era juzgado y declarado culpable de las infracciones de las que era sospechoso. Asimismo, aparentemente tampoco ha sido contemplada la posibilidad de combinar la fianza con otras medidas que permitiesen asegurar la comparecencia del demandante en el proceso, como las que se le impusieron al ser puesto en libertad y autorizado a volver a Grecia.

En definitiva, muestran su desacuerdo con la afirmación de la mayoría de que los tribunales internos han tenido en cuenta suficientemente la situación personal del demandante y que, sobre la base de las consecuencias medioambientales y económicas desastrosas, los tribunales españoles han tenido en cuenta de manera justa la gravedad de las infracciones en causa y del perjuicio imputado al demandante. En opinión de estos jueces el modo en que los tribunales españoles han fijado la fianza no es compatible con los principios establecidos por el Tribunal en relación con el artículo 5.3 de la Convención, cuyo fin fundamental es asegurar que nadie sea arbitrariamente privado de su libertad.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) **Suspensión cautelar de instrumento urbanístico al no haberse acreditado la suficiencia de los recursos hídricos. Exigencia de informe de la Confederación Hidrográfica previsto en el artículo 25.4 del TR. Ley de Aguas**

Se discute en la **STS de 25 de junio de 2010** (Rec. núm. 4513/2009), el auto de fecha 8 de abril de 2009, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia

de la Comunidad Valenciana —confirmado en súplica por el de 2 de julio de 2009—, por el que se declara la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo interpuesto por el Abogado del Estado contra el Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia de 26 de marzo de 2008 por el que se aprobó el Plan General del municipio de Rotglà i Corbera (Valencia), al estimar la alegación aducida por la Generalitat Valenciana, por considerar que se había impugnado un acto de trámite no cualificado.

Ante dicha circunstancia el Abogado del Estado (Delegación del Gobierno de Valencia) interpone recurso de casación que se fundamenta a través del cauce procesal del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso Administrativo, argumentando vulneración de la normativa aplicable en materia de aguas así como infracción de la abundante jurisprudencia del TS sobre idénticas cuestiones planteadas ante la misma Sala.

Estudiadas por el TS las causas de inadmisión invocadas por la Generalitat de la Comunidad Autónoma de Valencia a modo de objeciones procesales, el TS razona y afirma en su FJ 3 que dichas causas de inadmisión no pueden ser estimadas por la Sala. Si bien la Sala acepta el motivo de casación del Abogado del Estado declarando haber lugar a la casación, pero no se postula sobre la nulidad del Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo, debiendo continuarse la tramitación del recurso contencioso administrativo hasta su terminación, dado que en aplicación de la teoría general de los actos administrativos el TS considera que el contenido del Acuerdo impugnado revela que ante la aprobación definitiva «supeditada» de un plan general que ha sido aprobado sin la incorporación de un informe hidrológico (artículo 25.4 del TR de la Ley de Aguas) en relación con la disponibilidad de recursos hídricos suficientes para satisfacer las demandas de agua que comportan el nuevo plan (FJ 5), no estamos ante un acto de aprobación inicial o provisional del plan general (FJ 7).

Finalmente afirma el TS, que aun no declarando expresamente la nulidad del Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia, sí es conveniente recordar y traer a colación los abundantes pronunciamientos que el TS ha expresado sobre casos similares (SSTS de 30 de marzo de 2009; y de 6 de julio de 2009) en los que se declaraba que:

«... Es un hecho no controvertido que la aprobación del instrumento de planeamiento se produjo con el informe desfavorable de la Confederación Hidrográfica previsto en el artículo 25.4 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, redactado por la disposición final primera de la Ley 11/2005, de 22 de junio. No cabe examinar ahora, para resolver el incidente cautelar, la controversia de fondo que se suscita sobre si puede o no entenderse que tal exigencia de informe de la Confederación Hidrográfica se solapa o queda sustituida por la previsión contenida en el artículo 19.2 de la Ley valenciana 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y de Protección del Paisaje, que alude a un “informe del organismo de cuenca competente, o entidad colaboradora autorizada para el suministro”. Pero, sin prejuzgar aquí esa cuestión que corresponde a la controversia de fondo, es indudable que la emisión de dos informes negativos por la Confederación Hidrográfica constituye un indicio a favor de quien sostiene la ilegalidad del acuerdo impugnado; y de ello parece estar persuadida la propia Comisión Territorial de Urbanismo autora del acuerdo impugnado, pues ella misma decide supeditar la efectividad de la aprobación otorgada a que se emita otro informe por la Confederación Hidrográfica del Júcar».

Por todo lo anterior, el TS declara que ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra el Auto de 8 de abril de 2009, confirmado en súplica el 2 de julio, y en consecuencia casa y anula los autos citados debiendo continuarse con la sustanciación del recurso contencioso administrativo.

En similar sentido la **STS de 8 de octubre de 2010** (Rec. núm. 4073/2009), interpuesto por la Generalitat de la Comunidad Valenciana contra los Autos de 18 de febrero y 12 de mayo

de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por la que se acordaba y ratificaba la suspensión cautelar solicitada por la Administración General de Estado de suspensión cautelar del Acuerdo de 25 de septiembre de 2008 de la Comisión Territorial de Urbanismo de la Consejería de Territorio y Vivienda por el que se aprobaba el Plan Parcial de mejora del Sector de Tossalet en el término municipal de Rótova (Valencia).

La Abogada de la Generalitat Valenciana interpone recurso de casación contra los citados autos sobre un único motivo de casación, solicitando que mediante su estimación se revoquen los autos citados y anule la medida de suspensión cautelar.

A continuación, el TS, en su FJ 1, afirma que el auto que acuerda la medida cautelar de suspensión recurrido en casación, se fundamenta en que concurren en el caso enjuiciado todos los requisitos para que se procediese a la suspensión cautelar del instrumento de planificación. Concretamente el TS reproduce el fundamento segundo de la resolución impugnada que a continuación se extracta:

«En este caso, el Organismo de cuenca emite informe negativo manifestando que con los datos que le han aportado es imposible emitir informe. En el mismo informe se subraya que la demanda adicional de recursos hídricos prevista para el sector asciende a 104.000 metros cúbicos/año, los cuales deberían atenderse con los caudales del pozo de suministro “El Murter”, según informa la empresa gestora EGEVASA, razonado la Confederación que el derecho inscrito sobre este pozo no permite, en principio, atender demandas adicionales como la que nos ocupa, siendo necesario disponer de título concesional habilitante. Asimismo, se indica que no se puede determinar la posible incidencia de la actuación en el régimen de corrientes de los cauces próximos. (...) Por su parte en el informe emitido por la empresa EGEVASA se indica que el pozo en cuestión abastece a las localidades de Rótova y Alfauir, sin que se disponga de información acerca del sondeo ni del caudal de aforo, concluyendo que se dispone de suficientes recursos hídricos para atender la demanda estimada de 163 metros cuadrados día. (...) Valorando provisoriamente dichos informes contradictorios entendemos que el informe emitido por la empresa es manifiestamente insuficiente y no permite mínimamente analizar la perspectiva de la urbanización que se pretende, puesto que no se dispone de información sobre el aforo, para saber la cantidad de agua y la previsión del artículo 52.2 del TR de la ley de aguas y 84 del Reglamento según se sobrepasen o no los 7.000 metros cúbicos de volumen anual, se omite la concurrencia de otros usos del agua registrados, como es el de satisfacer la demanda de riego de la titular registral (SAT número 2140) y los cálculos estimados de consumo de agua, significativamente menor en el informe de la empresa, aparecen en principio como de menor fiabilidad que los realizados por la Confederación en su informe, dado que éstos se adaptan en mayor medida a las características del instrumento que se pretende desarrollar. (...) En definitiva, la Sala entiende como principio que quien propone un instrumento de planeamiento debe acreditar *prima facie* que cuenta con recursos hídricos para dicho Plan y, no habiendo llevado mínimamente a cabo esta acreditación podemos encontrarnos en un futuro que se haga una urbanización y no cuente con agua suficiente, ante esta tesitura procede decretar la suspensión solicitada por la Abogacía del Estado».

Valorado por el TS el auto objeto del presente recurso de casación que nos ocupa y consignados los motivos de casación planteados por la Generalitat Valenciana, advierte el Tribunal en sus FFJJ 2 y 3 que no merece la pena entrar a abundar en lo obvio, pues la cuestión de fondo que se suscita en el presente recurso de casación ha sido ya resuelta por la Sala en Sentencias de 12 de febrero de 2010 (recurso de casación núm. 2109/2009), de 25 de febrero de 2009 (recurso de casación núm. 872/2008), de 30 de marzo de 2009 (recurso de casación núm. 790/2008), de 6 de julio de 2009 (recurso de casación núm. 658/2008), y de 6 de noviembre de 2009 (recurso de casación no 2771/2008). Sentencias todas ellas comentadas en la *Revista Justicia*

Administrativa (núms. 46, 47 y 48) y dictadas con motivo de la impugnación en casación, también por la Generalidad Valenciana, de las resoluciones dictadas por la misma Sala de instancia que igualmente acordaron la suspensión de acuerdos similares, sobre la disponibilidad de recursos hídricos para hacer frente a las nuevas demandas derivadas de un instrumento de planeamiento.

Por todo lo anterior y por motivo de que en el presente caso que nos ocupa (aprobación del Plan Parcial de mejora del Sector de Tossalet) consta en el expediente el Informe de la Confederación Hidrográfica del Júcar de carácter negativo —y al que se refiere la resolución impugnada— en el que se alerta de los peligros derivados de la inexistencia de recursos hídricos suficientes para satisfacer las nuevas necesidades de consumo de agua que comportará la ejecución del Plan. El TS determina, en aplicación de la doctrina ya expuesta, que no ha lugar al recurso de casación planteado por la Abogada de la Generalitat de Valencia contra el Auto de 18 de febrero de 2009 por el que se acuerda la medida cautelar de suspensión del Acuerdo de 25 de septiembre de 2008, dictado por la Comisión Territorial de Urbanismo de la Consejería de Territorio y Vivienda de la Comunidad Autónoma de Valencia, imponiendo a la Generalitat Valenciana la condena a costas.

4. PLAN INSULAR DE ORDENACIÓN TERRITORIAL

A) La anulación de un Plan Insular de Ordenación Territorial no conlleva automáticamente la de las Normas Subsidiarias municipales. La incongruencia omisiva determina la nulidad de la sentencia impugnada

En la **STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), de 22 de julio de 2010** (rec. núm. 4324/2009), se resuelve un recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil ANFI TAURO, S.A. contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 20 de febrero de 2009, que estimaba un anterior recurso contencioso administrativo contra la Orden del Consejero de Política Territorial del Gobierno de Canarias de 5 de julio de 1999 por la que se aprobaba definitivamente la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Mogán en el Valle del Tauro (Gran Canaria).

El TS constata que dicha sentencia trae causa de la dictada en los mismos autos por la misma sala el 24 de enero de 2003, y que fue casada y anulada por la STS de 26 de junio de 2008. Es una reproducción literal de ésta (FJ 1.º).

El 26 de marzo de 1999, la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente de Canarias decidió suspender la citada modificación puntual en tanto se aprobase definitivamente la previa modificación del Plan Insular de Ordenación Territorial de Gran Canaria (PIOT), que había sido recurrido y anulado por la STS de 6 de mayo de 2002. Se procedió a la modificación del PIOT por Orden Departamental núm. 579 para los Barrancos de Tauro y el Lechugal (Mogán), y el TSJ de Canarias anuló dicha modificación al juzgar que cualquier modificación puntual de una disposición general que ha sido anulada con efectos *erga omnes* ha de ser igualmente nula. La consecuencia es que la modificación de las Normas Subsidiarias de Mogán (Orden de 5 de julio de 1999), al traer causa de esta modificación del PIOT, debía ser también nula (FJ 2.º).

Contra esta sentencia de instancia, recurre ANFI TAURO, S.A. en casación alegando quebrantamiento de las formas esenciales del juicio (artículo 24.1 CE), infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales.

Respecto a la infracción del artículo 24.1 CE, se alega falta de motivación, al haberse prescindido de forma total y absoluta de las alegaciones de la recurrente, copiándose los mismos fundamentos jurídicos de la anterior sentencia. Entiende la recurrente, también, que la sentencia incurre en contradicción insuperable, porque al no existir el PIOT (por haber sido anulado por sentencia firme), no había limitación alguna por motivos de protección a la que tuviera que ajustarse el planeamiento impugnado (FJ 3.º).

El TS reconoce que la sentencia impugnada no contiene pronunciamiento alguno sobre las alegaciones de la parte recurrente en el sentido de que la anulación del PIOT no podía arrastrar la nulidad de las Normas Subsidiarias, por lo que considera que infringió el deber de motivación del artículo 120.3 CE. Cita jurisprudencia del TC relativa al hecho de que la motivación se exige «siempre» (STC 57/2003, de 24 de marzo) como garantía de racionalidad y de la interdicción de la arbitrariedad (FJ 4.º).

A continuación se pronuncia sobre la naturaleza de los Planes Insulares, configurados por la Ley canaria 1/1987, de 13 de marzo, como instrumentos de superior rango jerárquico al planeamiento municipal; vinculantes, por tanto, para éste.

Indica que en el caso particular, la anulación del PIOT de 1995 y de su modificación puntual de 1999 se debió a motivos formales, sin que existiera pronunciamiento sobre la legalidad de su contenido, pero que aun así, las Normas Subsidiarias perdieron el límite físico al que, en principio, se ajustaban, pero ello no tenía por qué implicar su nulidad. El TS indica, además, que no resulta posible la existencia de planeamiento municipal de desarrollo (Plan Parcial) sin el anterior planeamiento municipal general (PGOU o Normas Subsidiarias), y que además no se ha constatado en este caso la contradicción entre estas Normas Subsidiarias y la delimitación previamente establecida por la modificación del PIOT.

A continuación, el TS descarta por infundadas las alegaciones de que la modificación de las Normas Subsidiarias afectaba al medio ambiente y al paisaje (FJ 6.º). Finalmente, declara que, conforme al artículo 139.2 LJCA, no procede condenar en costas.

Así, basándose en los anteriores razonamientos, el TS rechaza la nulidad de la Orden de 5 de julio de 1999, por la que se aprueba la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Mogán (FJ 5.º), revocando por lo tanto la sentencia de instancia.

5. CAZA

A) La montería sin autorización constituye una infracción muy grave de la Ley de Caza. Imposibilidad de efectuar una nueva valoración de las pruebas salvo en caso de infracción de las reglas de la sana crítica o apreciación de la prueba de modo arbitrario, ilógico o irracional

En la STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.ª), de 14 de julio de 2010 (rec. núm. 4317/2006), se resuelve un recurso de casación interpuesto por D. Fulgencio contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 22 de mayo de 2006, por la que se resolvía un recurso contencioso-administrativo contra la Orden de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de 8 de marzo de 2004 que confirmaba en alzada la resolución del Director General de Medio Ambiente de 17 de octubre de 2003 que sancionaba a D. Fulgencio con multa de 8.000 €, inhabilitación para la tenencia y obtención de la licencia de caza por un período de 5 años por la comisión de una infracción muy grave. La sentencia de instancia redujo la multa a 6.010 € y la inhabilitación a tres años.

El TS comienza por señalar que ya dictó una sentencia prácticamente idéntica (la STS de 29 de abril de 2009), sobre la misma Orden de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente y con las mismas características en cuanto a la sanción y la posterior reducción por el TSJ de Extremadura. Ambas sanciones traían causa de los mismos hechos, acaecidos el 16 de febrero de 2003, día en que la Guardia Civil interceptó a ambos recurrentes y dos personas más habiendo abatido una pieza de caza mayor sin autorización. En consecuencia, el TS reproduce las consideraciones que efectuó en la anterior sentencia (FJ 2.º).

El recurrente intenta combatir la apreciación de las pruebas que han llevado a cabo tanto la Administración como la Sala del TSJ, señalando que la imputación fue insuficiente, al no haber observado los agentes directamente los hechos, lo cual no sería suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, como exigen los artículos 137.3.º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 17.5 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

El TS señala que existían en el expediente administrativo pruebas más que suficientes para dar cobertura a la actuación sancionadora, de modo que la convicción del Tribunal de instancia no era irrazonable ni arbitraria. Además, recuerda que el recurso de casación no es el instrumento procesal adecuado para repetir el debate sobre la existencia de unos hechos, sino para suscitar cuestiones de derecho sobre su calificación jurídica. Respecto a la prueba, el TS reproduce lo dicho en la anterior Sentencia de abril de 2009: «El material probatorio que se aporta, armas intervenidas, restos decomisados de la pieza de caza cobrada, fotografías captadas en el lugar en que acontecieron los hechos, y la nula actividad probatoria de descargo aportada por el denunciado, que no va más allá de meras conjeturas acerca de la falta de inmediatez en los hechos de los agentes de la autoridad y el intento de desacreditar el posterior informe (...), nos llevan a la desestimación del motivo» (FJ 3.º).

Por ello, el TS procede a la desestimación del recurso de casación condenando al demandante en costas (las del recurso) conforme al artículo 139.2 LJCA (FJ 4.º).

6. CONTAMINACIÓN ACÚSTICA

A) El uso de la técnica de la mejor tecnología disponible para la minimización del ruido en determinadas zonas o áreas acústicas conduce a una indeterminación de los niveles permitidos de ruido e imposibilita el control de los valores límite aplicables, siendo contraria al artículo 8 de la Ley del Ruido

En la STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5.ª), de 20 de julio de 2010 (rec. núm. 202/2007), se resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la «Asociación de propietarios de Chalets y Parcelas» contra el Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas.

Se impugna en primer lugar la Tabla A2 del Anexo III del Reglamento, que se ocupa de los valores límite de inmisión máximos de ruido aplicables a infraestructuras ferroviarias y aeroportuarias. Esta tabla incluye cinco tipos de área acústica, adjudicando a cada tipo un índice de ruido en decibelios. La asociación demandante argumenta que estos niveles de ruido causan daño a la salud de acuerdo con toda la literatura científica, siendo por lo tanto contrarios al artículo 15 CE, al constituir un atentado contra la integridad física de quienes han de soportarlos.

El TS rechaza en principio este argumento, indicando que para lo que el Tribunal se haya habilitado es para comprobar el ejercicio de la potestad reglamentaria desde la perspectiva de su legalidad. Sin embargo, entra a analizar la posible infracción del artículo 15 CE, comenzando por resaltar que no ha habido solicitud de prueba y que por tanto el Tribunal no ha contado con datos concretos sobre los que articular dicha alegada vulneración. Cita para ello jurisprudencia constitucional en relación con el derecho fundamental a la integridad física y moral, acreditando que éste puede verse vulnerado por inmisiones acústicas (STC 119/2001, de 29 de mayo, y otras), y conectándolo asimismo con el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18 CE) y con la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE). Cita también la jurisprudencia del TEDH sobre ruido (SSTEDH *López Ostra contra España*, de 9 de diciembre de 1994 y *Guerra y otros contra Italia*, de 19 de febrero de 1998), acreditando que «el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos». Pero recuerda en todo caso que no dispone de datos para resolver esta cuestión en el caso particular (FJ 2.º).

En segundo lugar, se impugnaban, dentro del Anexo II del citado Reglamento, los Objetivos de calidad acústica para ruido aplicables a áreas urbanizadas existentes, en concreto seis tipos de áreas acústicas en relación con sectores del territorio afectados a sistemas generales de infraestructuras de transporte u otros equipamientos públicos que los reclamen. La recurrente impugna el hecho de que no se concreten para estas áreas niveles determinados de decibelios, sino que simplemente se fije una obligación de aplicación de las tecnologías de menor incidencia acústica (cláusula técnica). Ello contravendría, según la recurrente, el artículo 8.1 de la Ley del Ruido, según el cual «El Gobierno definirá los objetivos de calidad acústica aplicables a los distintos tipos de áreas acústicas, referidos tanto a situaciones existentes como nuevas».

El TS estima el recurso en este punto, valorando que la técnica de la mejor tecnología disponible conduce a una indeterminación de los niveles permitidos de ruido, cuando la Ley del Ruido pretendía, en su artículo 8, establecer un nivel de concreción de los objetivos de calidad para cada una de las zonas o áreas expresadas. Ello implica una exclusión de la posibilidad de control de los valores límite aplicables, y por lo tanto, el TS procede a anular el apartado f) del Anexo II del citado Reglamento (FJ 3.º).

B) La zonificación acústica no constituye una privación singular de la propiedad privada y no puede asimilarse a la expropiación forzosa

También se impugnan la Tabla A y A2 del Anexo II del Reglamento en su totalidad, alegándose que vulneran los artículos 33.3 y 106.2 CE (expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas). Se dice que dichas Tablas constituyen expropiaciones forzosas encubiertas sin la correspondiente indemnización, ya que establecen cargas para unos ciudadanos en beneficio de otros, ya que a los que habitan en ellas se les impone una privación singular de la propiedad privada o de sus derechos e intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente sin incluirse la obligación de indemnizar o constituir una servidumbre acústica.

El TS niega que exista tal vulneración, indicando que tanto la existencia del ruido como la de infraestructuras ferroviarias y aeroportuarias constituyen un fenómeno ajeno y anterior al Reglamento impugnado, no existiendo una privación singular de la propiedad o de derecho patrimonial alguno (FJ 5.º). Lo mismo concluye el TS respecto de la misma alegación que la demandante sustancia en relación con el artículo 10.3 del Reglamento y su disposición transitoria 1.ª (FJ 6.º).

Por lo tanto, el TS procede a una estimación parcial del recurso, anulando la expresión «sin determinar» que figura en relación con el tipo de Área Acústica f), dentro de la Tabla A del Anexo II y desestima el resto de pretensiones. No impone costas, al no concurrir los requisitos del artículo 139 LJCA (FJ 13.º).

7. RADIACIÓN NO IONIZANTE

- A) Los Municipios pueden fijar una regulación más estricta para las infraestructuras de telecomunicaciones. Es desproporcionada y, por tanto, ilícita, la prohibición total de instalación de antenas de telefonía móvil en suelo urbano y urbanizable con obligación de mantener una distancia mínima de 1.000 metros respecto a estos tipos de suelo. Las operadoras mantienen un derecho a la prestación del servicio**

En la STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4.ª), de 14 de septiembre de 2010 (rec. núm. 5475/2005), se resuelve un recurso de casación interpuesto por «FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.» contra la Sentencia del TSJ de Valencia de 8 de junio de 2005, que estimaba parcialmente un anterior recurso contencioso-administrativo interpuesto por «RETEVISIÓN MÓVIL, S.A.» contra la Ordenanza Municipal Reguladora de la instalación, modificación y funcionamiento de los elementos y equipos de telecomunicación que utilicen espacio radioeléctrico, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Utiel de 29 de enero de 2003.

La demandante impugna los artículos 1.3 y 12.1.2 de la Ordenanza, que fijan valores límite de exposición electromagnética más restrictivos que los fijados en la normativa estatal. Alega que esto supone la vulneración del artículo 149.1.21.º CE, en relación con los artículos 62 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y 18, 19, 24 y 40 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, así como el RD 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas y la Orden CTE/23/2002, de 11 de enero, por la que se establecen condiciones para la presentación de determinados estudios y certificaciones por operadores de servicios de radiocomunicaciones. También impugna la prohibición a las operadoras de la ubicación de sus instalaciones a 1.000 metros de suelo urbano o urbanizable y la obligación de presentar un Plan técnico de Implantación, indicando que ello supone asimismo una vulneración de las normas anteriormente citadas.

Para analizar el resto de cuestiones, el TS comienza por invocar su propia jurisprudencia (SSTS de 15 de diciembre de 2003 y de 4 de julio de 2006), que establece que:

«La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales».

«Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de “calas y canalizaciones” o instalaciones en edificios, tendentes a preservar los intereses municipales recogidos en el artículo 25.2 de la Ley de Bases del Régimen Local».

«El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas» (FJ 3.º).

Entrando a analizar las cuestiones planteadas por el recurso de casación, el TS distingue tres, todas ellas relacionadas con el alcance y límites de las competencias municipales sobre ordenación de las instalaciones de radiocomunicación. Cita su propia jurisprudencia (STS de 17 de noviembre de 2009) para acreditar el carácter abierto del riesgo para la salud de la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas y con ello desestima el motivo de casación relativo a la fijación de valores límite más estrictos que los de la normativa estatal.

Respecto a la obligación de implantar las antenas en suelo no urbanizable de propiedad municipal con una distancia de, al menos, 1.000 metros lineales de suelo calificado como urbano o urbanizable, el TS considera dicha exigencia desproporcionada, al suponer una restricción absoluta al derecho de los operadores a suscitar la ubicación de la instalación en terrenos privados (artículo 46 LGTel 1998).

Respecto a la exigencia de un Plan previo de Implantación de Red, el TS cita la STS de 28 de marzo de 2006, para indicar que dicha previsión no contradice el Derecho estatal o autonómico. Invoca la doctrina sentada por la STS de 15 de diciembre de 2003, que considera dicha obligación proporcionada, al estar la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas estrechamente relacionada con la protección de los intereses municipales, que el Ayuntamiento no sólo puede sino que «debe» proteger (FJ 4.º).

De modo que el TS estima parcialmente el recurso de «FRANCE TELECOM, S.A.», anulando los artículos de la Ordenanza relativos a la prohibición de instalación de antenas en suelo urbano y urbanizable (artículos 4.6 y 12.1.1) y decide la no imposición de costas, conforme al artículo 139 LJCA (FJ 5.º).

8. FISCALIDAD AMBIENTAL

A) Tributos estatales en materia de aguas

a) *Canon de control de vertido: relaciones con los tributos autonómicos sobre depuración*

Cuando en sede judicial se cuestiona la realidad presente sobre la base de la duplicidad canon de vertidos/canon de saneamiento, se suele impugnar el tributo autonómico. En el caso resuelto por la **STSJ de Valencia de 6 de abril de 2010** (NR 970/2008), en cambio, se cuestiona la constitucionalidad de la tasa estatal, por la falta de deducciones que permitieran minorar su cuantía en el importe de lo pagado a la Comunidad Autónoma. La sala no acoge la pretensión y recuerda la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la compatibilidad entre ambas figuras.

b) *Canon de control de vertido: hecho imponible*

El hecho imponible de este tributo es controvertido, y, por ende, su naturaleza. La **STSJ de Valencia de 14 de abril de 2010** (NR 1085/2006) trata de ello. Siendo en apariencia el hecho imponible el control del vertido, el Ayuntamiento reclamante reprocha que no se realiza la

actividad. Para el tribunal valenciano, la propia denominación de la tasa y su desvinculación de la autorización para efectuarlo ponen claramente de manifiesto que no debe confundirse su destino, en tanto se afecta a la realización por la Administración del estudio, control, protección y mejora del medio receptor de cada cuenca hidrográfica, con su hecho imponible, consistente en la realización del vertido en dominio público hidráulico.

En los casos que a continuación se comentan se plantea la realización o no del hecho imponible en el caso concreto.

En la **STSJ de Valencia de 1 de febrero de 2010** (NR 1498/2007) se discute la realización del hecho imponible en el caso de autos, manifestando el recurrente que el vertido de aguas residuales pasaba por una depuradora (tipo tanque de decantación) y se depositaba en un depósito impermeable, el cual se vaciaba periódicamente por camiones cisternas (este vertido era, según el sujeto pasivo, de los aseos de la empresa y del lavado de envases en los cuales se introduce el alcohol que producen). En suma, señalaba la actora que al dominio público hidráulico no se realizaba otro vertido que no fuera de pluviales. La prueba practicada en sede judicial justifica que el sistema previene el vertido de aguas y que estaba dispuesto en el momento del devengo del tributo, por lo que se da la razón a la recurrente.

Por su parte, en el caso resuelto por la **STSJ de Valencia de 15 de abril de 2010** (NR 3187/2007), el Ayuntamiento reclamante alega que no ha realizado el hecho imponible, al canalizarse las aguas residuales del municipio mediante colector a la EDAR cuya titularidad es de una Mancomunidad de municipios. El TSJ dará la razón al Ayuntamiento, recalando que ni se trata de un vertido directo, ni tampoco de un vertido indirecto, que es lo que señalaba la Administración. Dice el TSJ que aunque el Ayuntamiento utilice un colector para evacuar las aguas residuales producidas, éste no las vierte en el dominio público hidráulico, sino que las canaliza hasta otro sujeto pasivo, titular de personalidad jurídica, que, previo tratamiento, las vierte, asumiendo la condición de sujeto pasivo del canon de control de vertido.

c) Canon de control de vertido: cuantificación

Para tratar cuestiones propias de la cuantificación de este tributo siempre conviene introducir una explicación mínima acerca de las reglas de cálculo de éste. El importe se alcanza multiplicando el volumen de vertido autorizado por el precio unitario de control de vertido. Este precio unitario se calcula multiplicando el precio básico por metro cúbico por un coeficiente de mayoración o minoración. Así pues, los elementos a considerar son tres: el volumen de vertido; el precio básico de control de vertido por metro cúbico; y el coeficiente de mayoración o minoración.

El precio básico por metro cúbico se fija en 0,01202 euros para el agua residual urbana y en 0,03005 euros para el agua residual industrial. Estos precios básicos podrán revisarse periódicamente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

El coeficiente de mayoración o minoración se establece en función de la naturaleza, características y grado de contaminación del vertido, así como por la mayor calidad ambiental del medio físico en que se vierte. El coeficiente de mayoración del precio básico, que no podrá ser superior a 4, queda determinado en el anexo IV del RDPH. El cálculo se obtiene, para cada uno de los dos tipos de vertido previstos (agua residual urbana o industrial), del resultado de multiplicar tres factores correspondientes a los tres datos siguientes: características del vertido (de 1 a 1,28); grado de contaminación del vertido (de 0,5 a 2,5) y calidad ambiental del medio receptor (de 1 a 1,25). En el propio anexo se incluyen una serie de instrucciones operativas.

Visto esto, nos referiremos en primer lugar al caso resuelto por la **STSJ de Valencia de 6 de abril de 2010** (NR 970/2008), en el que el recurrente (un Ayuntamiento) reprocha a la regulación de esta figura la falta de adecuación al principio de equivalencia o ecuación coste rendimiento, desconociendo qué costes le son en realidad imputados. La sala le responde que, en realidad, su hecho imponible consiste en la utilización del dominio público hidráulico por el vertido autorizado realizado, apelando a la doctrina del Tribunal Supremo (por lo que las bases de cuantificación deben ser otras).

La **SAN de 24 de mayo de 2010** (NR 689/2007) aborda una vez más cómo liquidar el tributo cuando se haya demostrado que hay interrupciones en la actividad del sujeto pasivo y, por lo tanto, se deduce fácilmente que el vertido real es inferior al autorizado. Estima el recurso deducido ordenando la práctica de una nueva liquidación en la que el volumen se calcule de acuerdo con el porcentaje que resulte de restar al 100% del volumen de vertido autorizado —en la participación que en él tenga cada una de las fábricas o líneas de producción del sujeto pasivo—, el porcentaje de vertido que suponga la interrupción de la actividad productiva de cada una de ellas. Este criterio debe expandirse al cálculo del factor K.

En el caso resuelto por el **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 25 de marzo de 2010** (NR 628/2005), la recurrente, titular de una piscifactoría, impugna la liquidación, en la que la Administración no había aplicado ciertas medidas beneficiosas propias del sector, con una enjundiosa justificación acerca de las características de la empresa. El TSJ estima el recurso, señalando que la normativa impone la aplicación de coeficientes de minoración a todas las piscifactorías «sin tener en cuenta la variedad de peces que crían ni la frecuencia con que se renueva su agua», sin que los parámetros contaminantes del vertido puedan excluir su aplicación.

Es estimatorio el sentido de las **STSJ de Murcia de 23 de abril de 2010** (NR 791/2005); **21 de mayo de 2010** (NR 792/2005) y **dos de 31 de mayo de 2010** (NR 688/2005 y 765/2005). 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 los análisis de éstas que sirvieron de base para calcular dichos datos.

La **STSJ de Valencia de 23 de febrero de 2010** (NR 3910/2007) trata de la cuantificación del tributo en dos aspectos: el volumen de agua y el coeficiente K. La sala anula, en primer lugar, el volumen de agua computado mediante estimación indirecta, que resulta ser el séxtuplo de la concesión solicitada, sin que conste en el expediente prueba alguna que lo justifique. Más importante será el planteamiento realizado en cuanto al coeficiente K, imputado al máximo (4), dado que todavía no se había recibido la autorización del vertido. La sala comienza diciendo que esto es lo que se deduce del texto reglamentario; ahora bien, atendiendo a lo previsto por la Ley que le da cobertura, según la cual el coeficiente K se establecerá en función de la naturaleza, características y grado de contaminación del vertido, teniendo en cuenta además la mayor calidad ambiental del medio físico en que se vierte, manifiesta sus dudas sobre lo ajustado a la ley de esa prevención reglamentaria. Resulta que la empresa en cuestión había solicitado con mucho tiempo la autorización y no la había recibido; era una empresa con vertidos limpios con una muy baja tasa contaminante, realizando sus vertidos en un barranco sin valor ambiental. Eso le lleva a concluir que la imputación obligatoria del coeficiente 4 es de dudosa legalidad y por ello opta por plantear cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Supremo. Existe un voto particular. En sentido parecido, las **Sentencias de este mismo tribunal de 24 de marzo de 2010** (NR 878/2008) y **de 14 de abril de 2010** (NR 1085/2006).

d) Canon de control de vertidos: aplicación del tributo

La **SAN de 24 de mayo de 2010** (NR 689/2007) pone de manifiesto que aunque se dé trámite de alegaciones previo a la liquidación tributaria, no es necesario que la Administración conteste a todas y cada una de las aducidas por el sujeto pasivo.

El **STSJ de Asturias, de 16 y 30 de abril de 2010** (NR 657/2008 y 656/2008), explica los efectos de la inobservancia de los plazos por la Administración gestora a la hora de liquidar el tributo, declarando caducados dichos procedimientos.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas

a) Cuantificación de los tributos

La **STSJ de Aragón de 17 de marzo de 2010** (NR 403/2008) considera procedente acudir a los datos de la concesión, en vez de a consumos reales, tal y como manifiesta la normativa, cuando el sujeto pasivo del canon de saneamiento carece de los aparatos de medición adecuados.

Más compleja es la **STSJ de las Islas Baleares de 15 de junio de 2010** (NR 495/2007), referida al canon de saneamiento correspondiente a un sujeto pasivo titular de una fábrica de compuestos para la construcción, para cuyo proceso precisa agua que extrae de dos pozos subterráneos que carecían de contador para evaluar el consumo real de dicha agua. La sentencia estimará el recurso deducido por la actora, ordenando la práctica de una nueva liquidación. El caso es que la normativa reguladora prevé una regla general de cuantificación en estimación objetiva singular que emplea una fórmula muy común para el caso de falta de aparatos de medición: el volumen de caudal concedido. Pero a continuación figuran una serie de regímenes «especiales» que podrían resultar más favorables para el recurrente, siendo lo dificultoso encajar a los diversos abonados en la regla general, en las especiales y, en su caso, en qué reglas especiales. El TSJ entiende que la actora tiene derecho a que se le aplique una regla especial residual prevista para otras actividades comerciales, industriales, profesionales o económicas en las que concurren ciertas características, para las cuales el consumo de agua se estima en 12,5 metros cúbicos mensuales (lo que le es mucho más favorable).

La **STSJ de Galicia de 31 de marzo de 2010** (NR 15683/2008) trata de una cuestión específica de la cuantificación del canon de saneamiento de Galicia, cual era si el índice corrector (reductor) de volumen era aplicable sobre todas las modalidades o sólo sobre la de carga contaminante. La sala entiende que es aplicable con carácter general y estima el recurso. Por el contrario, es desestimatoria la Sentencia de este tribunal de 14 de abril de 2010 (NR 16715/2008), que rechaza la aplicación al caso de autos del tipo de gravamen específico previsto en la legislación gallega para los vertidos al mar mediante instalaciones de saneamiento privadas, titularidad que no se acredita como tal.

b) Aplicación de los tributos

Cuando los tributos de la familia de los cánones de saneamiento se refieren a contribuyentes que presentan alguna complejidad, las liquidaciones tienen que partir de ciertos datos que, generalmente, aportan los propios contribuyentes mediante sus declaraciones. El caso resuelto por la **STSJ de Cataluña de 18 de febrero de 2010** (NR 221/2008) trata de las posibilidades de revisar liquidaciones cuando la Administración constata incorrecciones en aquellos datos (verificaciones de datos o comprobaciones limitadas; revisiones de oficio...). La sentencia no

lo va a permitir en el caso de autos, dado que la Agencia Catalana no empleó el procedimiento correcto, pensado para otro tipo de situaciones.

La **STSJ de Cataluña de 8 de abril de 2010** (NR 64/2009) trata, de una parte, de los efectos de las declaraciones. De otra, y es la parte más interesante, de lo que debe hacer el contribuyente que ha sido objeto de una inspección y que no está de acuerdo con las valoraciones resultantes de las analíticas realizadas por la administración. Ha de tenerse en cuenta que gozan de presunción de veracidad y que debe ser el contribuyente el que ponga los medios para realizar la enervación.

También trata de la comprobación de la carga contaminante la **STSJ de La Rioja de 13 de julio de 2010** (NR 378/2009), desestimatoria de la demanda interpuesta por el sujeto pasivo del canon de saneamiento riojano. La sentencia aborda entre otras cuestiones cómo realizar las medias en el caso de que existan varias analíticas.

c) Revisión, reclamaciones y recursos

La **STSJ de Aragón de 17 de marzo de 2010** (NR 403/2008), en el ámbito del canon de saneamiento aragonés, interpreta el precepto que dice que tratándose de deudas de vencimiento periódico y notificación colectiva, el plazo para la interposición se computará a partir del día siguiente al de finalización del período voluntario de pago, en el sentido de que si se interpone antes no puede declararse extemporáneo. Ello buscando una interpretación conforme a la Constitución que evite soluciones más drásticas.

En el caso resuelto por la **STSJ de Asturias de 26 de abril de 2010** (NR 1899/2007) se explica al recurrente, contribuyente del canon de saneamiento del Principado, que, dado el sistema de gestión típico mediante empresa suministradora, no se precisa de nuevas liquidaciones con indicación de recursos y períodos de pago voluntario, pues la obligación de pagar nace con la facturación expedida por estas entidades y su falta de pago determina la vía de apremio previa comunicación a la Administración regional.

C) Tributos locales en materia de aguas

a) Tasa municipal de alcantarillado

El TSJ de la Rioja anula la imposición de tasas de alcantarillado sobre varias empresas conserveras. De una parte, dichas empresas conserveras depuran la totalidad de sus aguas residuales con sus propios conductos y sistemas de canalización desde sus instalaciones hasta la Estación Depuradora de Aguas Residuales privada y desde ésta hasta su vertido a cauce público; se pone pues en evidencia que el Ayuntamiento no da servicio de saneamiento y alcantarillado municipal para la mercantil recurrente ni podría darlo. De otra parte, se constatan las irregularidades en los estudios económico-financieros, que no permiten contrastar si las cuantías (fijas) superan el coste del servicio. Son las **Sentencias de 18, 19 y dos de 24 de mayo de 2010** (NR 134 a 137/2009).

b) Tasas municipales por depuración

La **STS de 31 de mayo de 2010** (NR 6361/2005) considera que por la vía de aprobación de una Ordenanza Fiscal no puede dejarse sin efecto el convenio suscrito por la sociedad recurrente con la entidad local gestora del servicio, en el que se establecía una fórmula tarifaria específica

por los servicios que se le prestaban a la sociedad. Entiende el Alto Tribunal que debió recurrir al procedimiento de revisión oportuno, nunca modificar unilateralmente lo pactado, a través de la Ordenanza. Discrepan del fallo dos magistrados (Fernández Montalvo y Aguillo Avilés), que señalan que la Administración, a través de la disposición general, podía modificar el sistema de prestación del servicio público de que se trata, incidiendo, incluso, en las consecuencias jurídicas el convenio existente, aunque, con la obligación de indemnizar eventuales perjuicios si existieran derechos derivados del referido convenio.

D) Fiscalidad sobre la actividad nuclear

a) Tasas por inspección y control de instalaciones radiactivas

La **Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de junio de 2010 (NR 359/2008)** resuelve si las tasas por inspección y control de instalaciones radiactivas se siguen devengando o no una vez clausurada una central nuclear, mientras las instalaciones no hayan sido autorizadas a ser desmanteladas (la demandante sostenía que en su caso sería aplicable otra modalidad de tasa, vinculada al desmantelamiento, y de cuantía inferior). El recurso será desestimado, considerando la sala que se produce el hecho imponible y que no se vulnera el principio de equivalencia.

E) Otros tributos autonómicos ambientales

a) Impuesto extremeño sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente

Tres **Sentencias del TSJ de Extremadura** desestiman las demandas interpuestas por compañías eléctricas en relación con las liquidaciones giradas por este impuesto de azarosa vida. Todas ellas son de fecha **27 de julio de 2010** (NR 983/2008; 1051/2008 y 1425/2008). Como recordará el lector, el impuesto fue declarado inconstitucional en su redacción original, pero mantiene su vigencia, dado que fue objeto de una rehabilitación de carácter integral. Precisamente la demanda gira alrededor de la inconstitucionalidad del impuesto, pero en cuanto a la nueva redacción aprobada en el año 2005. La sala de Cáceres entiende que con la reforma se corrigieron en profundidad las cuestiones que entraban en conflicto constitucional (en concreto con el artículo 6.3 de la LOFCA) o, dicho de otra manera, que la reforma se ha realizado siguiendo la doctrina del propio Tribunal Constitucional, despejando las dudas sobre su carácter medioambiental. Dice el TSJ que el legislador autonómico incide en las actividades que considera más perturbadoras para el medio natural de Extremadura, y con relación a ello, establece un tributo que estimula la realización de actividades de producción, almacenaje, transformación o transporte de energía menos perjudicial para el medio ambiente en una apuesta por las denominadas energías renovables que no están sujetas al tributo. Por todo ello, concluye, responde a una finalidad distinta a la del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y el Impuesto sobre Actividades Económicas, resaltando su carácter extra fiscal. Asimismo, se rechaza la posible vulneración del artículo 6.2 de la LOFCA (prohibición de establecer tributos sobre hechos imponibles gravados por el Estado). Los demandantes habían confrontado el impuesto extremeño con el Impuesto estatal sobre la Electricidad. El TSJ explica que los hechos imponibles de ambos tributos son distintos, por lo que no se da la pretendida vulneración.

Finalmente, los recurrentes habían aducido la subversión del reparto competencial, por invasión de las competencias exclusivas del Estado en el sector eléctrico. Dice el tribunal «que el Legislador autonómico no ha tratado aquí de organizar, dirigir u ordenar, ni de incidir directamente en el proceso de producción o transporte de energía, sino tan sólo de gravar la peligrosidad que dichas actividades tienen para el entorno natural». Añadiendo que la propia normativa

sectorial del Estado prevé expresamente la posibilidad de incluir un suplemento territorial al precio de la electricidad para el caso de que las actividades eléctricas fueran gravadas con tributos de carácter autonómico o local, cuya cuota se obtuviera mediante reglas no uniformes para el conjunto del territorio nacional.

b) Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente

Mediante un **Auto de fecha 20 de abril de 2010**, el **Tribunal Supremo** declara no haber lugar al incidente de ejecución de actuaciones relativo al recurso núm. 2574/2003, promovido por un sujeto pasivo del impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente de la Comunidad balear, que, como se sabe, fue declarado inconstitucional hará diez años. El Alto Tribunal había desestimado mediante Sentencia de fecha 30 de octubre de 2009, el recurso de casación, sobre apremio de liquidación practicada por dicho impuesto. El incidente se formula por vulneración del principio de tutela judicial efectiva, interesando que se declare la nulidad de dicha sentencia y se dicte en su lugar otra en la que se tenga en cuenta la nulidad y, por tanto, la improcedencia de cualquier acto administrativo, incluidos los dictados al amparo de la autotutela ejecutiva, tendente a la aplicación del tributo declarado inconstitucional, aunque se trate de un acto anterior a la declaración de inconstitucional, siempre que no hubiera adquirido firmeza, como era el caso de la providencia de apremio. La sala no aceptará esta pretensión.

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. CÓDIGO ADUANERO COMUNITARIO.
 3. ENERGÍA ELÉCTRICA.
 - A) **Puntos de medida del sistema eléctrico. Límites formales al ejercicio de la potestad reglamentaria. Funciones de los ingenieros industriales.**
 - B) **Consumo y facturación eléctricos. Tarifa horaria de potencia.**
 - C) **Retribución de la actividad de distribución eléctrica en caso de empresas sometidas a régimen especial.**
 - D) **Retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica. Motivación de la potestad reglamentaria del Gobierno.**
 - E) **Condiciones técnicas y garantías de seguridad en líneas eléctricas de alta tensión.**
 - F) **Cumplimiento de las formalidades medioambientales por los proyectos de ejecución.**
 - G) **Tramitación simultánea de diversas solicitudes relacionadas con un mismo proyecto.**
 4. FOMENTO.
 - A) **Ayudas. Incentivos regionales. Revocación parcial o total de la subvención por incumplimiento de condiciones.**
 - B) **Solicitud de incremento de la subvención otorgada.**
-

1. NOTA PRELIMINAR

En este número se recogen las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos Aranzadi números 8 a 12.

2. CÓDIGO ADUANERO COMUNITARIO

Personas que pueden presentar declaraciones de aduana.

En la **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2010** se resuelve el recurso de casación núm. 219/2004 (RJ 2010/2454). El proceso judicial tiene su origen en la Resolución del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, de 12 de julio de 2000, por la que se pretendía asegurar la homogeneización de las normas contenidas en la Orden de 9 de junio de 2000, que a su vez desarrollaba el Real Decreto 1889/1999, de 13 de diciembre, que reguló, con carácter general, el derecho a efectuar declaraciones de aduana así como otras actuaciones, en obligado cumplimiento del Derecho comunitario, contenido básicamente en el Código Aduanero Comunitario.

Contra dicha Resolución de 12 de julio de 2000, el Colegio de Agentes y Comisionistas de Aduanas de Santa Cruz de Tenerife interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que fue desestimado por Sentencia de 13 de noviembre de 2003. Frente a dicha resolución judicial, la misma entidad interpuso el presente recurso de casación, que fundamentó en tres motivos, que son todos ellos rechazados por el Tribunal Supremo.

En cuanto al primer motivo, la entidad actora alega que el legislador, y no la Administración del Estado, fue quien expresamente reguló y reservó a los Agentes de Aduanas tanto la representación directa como la indirecta para el despacho ante las Aduanas. Para dicha entidad, el Ejecutivo habría vulnerado el principio de reserva de ley, al aprobar el Real Decreto 1889/1999, de 13 de diciembre, que habría reconocido el derecho a la representación indirecta, junto a los Agentes de Aduanas, a cualquier persona que reúna los requisitos que reglamentariamente determine el Ministerio de Economía y Hacienda. El Tribunal Supremo rechaza esta alegación, ante todo porque el primer motivo de casación no hace referencia ni a la sentencia impugnada, ni a la Resolución de 12 de julio de 2000, que constituye el objeto del recurso. Además, prosigue el Alto Tribunal, esta cuestión ya ha sido resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2002, que desestimó el recurso presentado por el mismo Colegio Oficial recurrente, con los mismos argumentos. Por ello, en aplicación del efecto de cosa juzgada, la Sala desestima el primer motivo de casación.

En relación con el segundo motivo de casación, el Colegio recurrente señala que la Orden de 9 de junio de 2000 habría infringido la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza de la profesión del Agente de Aduanas, al crear *ex novo* la nueva profesión del mediador profesional, con unos requisitos menos exigentes. El Tribunal Supremo vuelve a destacar que la parte recurrente no centra su crítica en la Resolución impugnada, sino en la Orden de 9 de junio de 2000 y en el Real Decreto 1889/1999, cuya legalidad fue refrendada por la Sentencia antes citada de 11 de marzo de 2002. En cuanto a la cuestión de fondo, la Sala rechaza el alegato de la recurrente acerca de una supuesta discriminación contraria a la igualdad que protege la Constitución. El Alto Tribunal pone de manifiesto las diferencias entre el Agente de Aduanas y los terceros autorizados, y concluye que recabar el amparo del principio de igualdad cuando viene a aplicarse a situaciones claramente desiguales, carece de fundamento. En particular, la Sala considera evidente que el Agente de Aduanas es el único profesional que puede ejercer ante las aduanas como representante de un importador o exportador en las dos modalidades de representación, tanto la directa como la indirecta. En cambio, el tercero autorizado por el Departamento de Aduanas sólo puede presentar declaraciones como representante indirecto, nunca como representante directo. Por ello los requisitos que se exigen al Agente de Aduanas (colegiación obligatoria, fianzas, dependencia del Departamento de Aduanas, etc.) son distintos a los terceros autorizados. Por otra parte, la Sala señala que la Resolución impugnada precisamente se limita a establecer los requisitos reglamentarios, que pueden y deben cumplir las personas, físicas o

jurídicas, para solicitar y obtener la autorización administrativa para presentar declaraciones de Aduana, como representante indirecto. Dicha Resolución, concluye el Tribunal Supremo, no crea una nueva profesión.

En el tercer y último motivo de casación, el Colegio se centra finalmente en la Resolución recurrida, de 12 de julio de 2000. Destaca dicha entidad recurrente que tal Resolución contradice la Orden de 9 de junio de 2000, que debía desarrollar. El Tribunal Supremo desestima también esta alegación, puesto que no comparte la interpretación del Colegio recurrente de que el artículo 18 de la Orden contemple habilitaciones singulares para cada caso y que la Resolución de 12 de julio de 2000 prevea, por el contrario, un procedimiento general de habilitación. La Sala entiende que la entidad recurrente confunde lo que es la habilitación administrativa, que se otorga con carácter general para el ejercicio de la actividad de intermediario de aduanas, y el concreto poder de representación otorgado por el mandante, que es la designación que el sujeto pasivo realiza al profesional para que, por su cuenta, efectúe la declaración en relación con los actos de comercio de que se trate. Además, la Sala indica que el poder de representación puede conferirse caso por caso, o de manera global.

Por otra parte, la Sala reitera que ni la Orden Ministerial de 9 de junio de 2000, ni la Resolución recurrida, han creado ninguna profesión, sino que desarrollan el Real Decreto 1889/1999, que a su vez es consecuencia directa y necesaria de la transposición al Derecho interno de la normativa comunitaria y, especialmente, del artículo 5.2 del Código Aduanero Comunitario. En este sentido, la Sala recuerda que la disposición final única del citado real decreto autoriza al Ministerio para adoptar cuantas disposiciones sean necesarias para su aplicación y ejecución.

3. ENERGÍA ELÉCTRICA

A) **Puntos de medida del sistema eléctrico. Límites formales al ejercicio de la potestad reglamentaria. Funciones de los ingenieros industriales**

La **STS de 9 de febrero de 2010** (rec. núm. 186/2007) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales contra el Real Decreto 1110/2007, de 24 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento unificado de puntos de medida del sistema eléctrico.

La impugnación se basa tanto en motivos de forma como de fondo. Con carácter previo, se alega, no obstante, la falta de legitimación del Colegio para recurrir el citado Reglamento. El Tribunal, aplicando su propia doctrina y la jurisprudencia constitucional (SSTC 65/1994 y 45/2004), declara improcedente restringir en este caso el derecho de acceso del recurrente a la jurisdicción contenciosa, en la medida en que tiene legitimación *ad processum*, en su condición de persona jurídica pública, y también *ad causam*, puesto que se trata de un reglamento que ordena un ámbito material que afecta a los intereses de carácter corporativo cuya defensa ostenta.

En cuanto a los motivos de forma, se invoca la falta de memoria económica y la inexistencia de diferentes informes previos de carácter preceptivo. En cuanto a la memoria económica, el Tribunal concluye que no se trata de un defecto formal de suficiente entidad como para subsumirse en causa de nulidad de pleno derecho y que, en todo caso, dicho defecto formal quedó subsanado en la tramitación reglamentaria al constar la evacuación de «una nota complementaria del Ministerio competente sobre el impacto económico de la implantación de equipos de medida que permitan la discriminación horaria de medidas así como la telegestión». Con ello se respeta la doctrina de la Sala al respecto, puesto que se logra la finalidad querida por el

legislador que no es otra que la de que «se valoren los costes económicos que son consecuencia de la ejecución de la medida». En relación con los informes preceptivos exigidos, el Tribunal no observa vulneración de trámite procedimental alguno, al no considerar exigible la concurrencia de todas las organizaciones profesionales de Ingenieros industriales enumeradas por la recurrente, ya que el específico objeto de la norma no les afecta de forma directa. Reiterando su jurisprudencia habitual sobre el trámite de audiencia, recuerda que la audiencia preceptiva se limita únicamente a asociaciones que ostenten «por ley» la representación a que se refiere el artículo 105.a) de la Constitución y no se extiende imperativamente a asociaciones voluntarias de naturaleza privada (STS de 24 de noviembre de 2009, entre otras).

En relación con los motivos de fondo, la disposición impugnada es el artículo 8.2.b) del Real Decreto citado, relativo a la memoria técnica que deberá ser firmada por un ingeniero y visada por el colegio correspondiente. En primer lugar, el recurso aduce la vulneración del principio de reserva de ley del artículo 36 de la Constitución, por no atribuir esta competencia a los ingenieros industriales, especialmente cualificados para ello. Con fundamento en su propia doctrina y en la jurisprudencia constitucional (SSTC 83/1984, 42/1986, 93/1992 y 111/1993), el Tribunal niega que se haya producido tal infracción, puesto que precisamente dicha cuestión forma parte del ámbito material reservado a la ley. En efecto, debe ser precisamente el legislador, «como máximo representante de los ciudadanos, quien determine cuándo el interés público y las razones técnicas justifican que una determinada actividad sólo sea ejercida por una determinada profesión», quedándole al ámbito reglamentario sólo la posibilidad de modificar o actualizar aspectos secundarios que no se refieran a la regulación general del ejercicio de una profesión titulada ni a sus aspectos esenciales. En segundo término, la sentencia rechaza también la infracción del principio de especialidad en el ejercicio de la profesión y de los principios de idoneidad y capacitación técnica, ya que de la norma no se infiere que la competencia para redactar la memoria técnica se haya atribuido a cualquier ingeniero sin más, sino que, por el contrario, cabe entender que deberá tratarse de «aquellos ingenieros que, de acuerdo con su formación, poseen la capacidad técnica, atendida la naturaleza industrial del aparato de medición de suministro de energía eléctrica». Finalmente, se niega, aunque sin más argumentos, que la disposición reglamentaria enjuiciada comporte cualquier vulneración del principio de igualdad, en cuanto que no produce una equiparación arbitraria entre profesionales que tienen distinta formación y capacidad técnica.

B) Consumo y facturación eléctricos. Tarifa horaria de potencia

La STS de 9 de febrero de 2010 (rec. núm. 4161/2003) declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por «Intercontinental Química, SA» (Interquisa) contra la correspondiente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso, de 26 de marzo de 2003), que desestimó a su vez el recurso contra la denegación administrativa de la tarifa horaria de potencia para la temporada 1999-2000.

La principal cuestión en la que se centra el recurso es el derecho o no de la recurrente a la aplicación de dicho régimen tarifario, de acuerdo con la normativa vigente. El Tribunal Supremo niega, como había hecho la sentencia de instancia, tal posibilidad, desestimando los argumentos de fondo de la recurrente. De entrada, se señala la irrelevancia que tiene en sede jurisdiccional el hecho de que el expediente administrativo se hubiera cerrado o no irregularmente. En segundo lugar, el Tribunal afirma que, a diferencia de lo querido por la recurrente, al tratarse de un recurso de casación, no puede entrar a revisar la apreciación de un hecho que la sentencia de instancia declaró probado, como es la condición de que las instalaciones de la recurrente Interquisa y las de Getesa constituyan un conjunto productor-consumidor en

los términos recogidos por la normativa aplicable, lo que supone que las segundas producían energía eléctrica y térmica y las primeras las consumían. De acuerdo con todo ello, sólo cabe confirmar la aplicación del artículo 9 del Real Decreto 2366/1994 y de la Orden de 12 de enero de 1995, que, interpretados sistemáticamente, conducen a la conclusión de que la conjunción productor-consumidor basada en la transferencia de energía térmica excluye la posibilidad de obtener la tarifa horaria de potencia si la unidad productora está, como es el caso (de acuerdo con el artículo 2.1 de dicho real decreto), acogida al régimen especial. Finalmente, el Tribunal Supremo recuerda que, de todos modos, la Administración tiene «una considerable libertad» para la concesión de dicha tarifa, en la medida en que se establece además que se podrá denegar su aplicación «si se estimara que no se deriva un beneficio para el sistema eléctrico nacional».

C) Retribución de la actividad de distribución eléctrica en caso de empresas sometidas a régimen especial

La «Asociación Española de la Industria Eléctrica» interpuso un recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución eléctrica, reclamando la nulidad del apartado 4.º de su disposición transitoria quinta. Dicho precepto faculta a las empresas distribuidoras de energía eléctrica, sometidas a normativas específicas sobre redes de distribución que establezcan unos niveles de calidad superiores a los fijados por la normativa estatal y que supongan unos mayores costes, a establecer convenios con las Comunidades Autónomas. La **STS de 17 de febrero de 2010** (rec. núm. 33/2008) ha resuelto dicho recurso de forma desestimatoria.

Desde un punto de vista formal, la recurrente alega la vulneración de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en la medida en que no se ha dado suficiente intervención a la Comisión Nacional de la Energía en el procedimiento de elaboración de la norma, prevista en el apartado 3.º de la disposición adicional de dicha ley. El Tribunal Supremo desestima este motivo, puesto que, aunque reconoce que el proyecto reglamentario se modificó posteriormente a la emisión del informe preceptivo de la Comisión Nacional de la Energía, la concreta disposición impugnada no revestía una importancia tal que, por sí sola, obligara a reiniciar el procedimiento reglamentario a fin de recabar un nuevo informe de aquel órgano.

Tampoco acoge el Tribunal la argumentación de la recurrente en cuanto al fondo del asunto, que defendía que la disposición impugnada debió haber incluido, de acuerdo con reiterada doctrina aportada, la obligación de las Comunidades Autónomas de asumir los costes o compensar a las empresas distribuidoras por aplicar unos índices de calidad superiores a los previstos en la normativa básica estatal. Para el Tribunal, la pretensión de ilegalidad de la norma se basa en una omisión que no puede ser cubierta dando, en vía jurisdiccional, una nueva redacción al Reglamento, puesto que ello contravendría la función que le atribuye el artículo 71.2 LJCA, sin que se observe vulneración legal alguna en la actual redacción de la norma, que simplemente posibilita que empresas y comunidades autónomas suscriban convenios. En cualquier caso, apunta el Tribunal que la redacción de dicha disposición no impide que las empresas puedan acordar, precisamente por la vía de dicho convenio, la compensación de los costes que el recurso pretende o que, en su caso, la reclamen por las vías legales pertinentes.

D) Retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica. Motivación de la potestad reglamentaria del Gobierno

La entidad mercantil «Endesa, SA» interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 325/2008, de 29 de febrero, por el que se establece la retribución de la actividad de

transporte de energía eléctrica para instalaciones puestas en servicio a partir del 1 de enero de 2008. La **STS de 24 de febrero de 2010** (rec. núm. 30/2008) desestima el recurso, al entender que éste se basa en una exigencia de motivación que, si bien es aplicable a los actos administrativos, no cabe predicar de las disposiciones reglamentarias.

En efecto, la recurrente alegaba que el Gobierno debió haber motivado, por expresa exigencia del artículo 54 LRJPAC, las razones por las que el Real Decreto se apartó, en varios aspectos técnicos, del informe de la Comisión Nacional de Energía, emitido durante el procedimiento de elaboración de la norma. Partiendo de la necesidad de que, en un Estado democrático de derecho, todas las actuaciones de los poderes públicos deben estar justificadas, el Tribunal aclara que el artículo 54 LRJPAC se proyecta únicamente respecto a los actos administrativos singulares y no respecto de las disposiciones administrativas generales, como el reglamento impugnado, cuyas reglas de elaboración se encuentran en los arts. 23 y 24 de la Ley del Gobierno, que, en ningún caso, obligan a la Administración a justificar la no conformidad final de la disposición aprobada con los informes que deban solicitarse, «por mucho que —concluye el Tribunal— tal justificación pueda resultar en ocasiones ilustrativa y de interés para conocer las razones que conducen a la decisión final».

E) Condiciones técnicas y garantías de seguridad en líneas eléctricas de alta tensión

El Real Decreto 223/2008, de 15 de febrero, por el que se aprueban el Reglamento sobre condiciones técnicas y garantías de seguridad en líneas eléctricas de alta tensión y sus instrucciones técnicas complementarias ITC/LAT 01 a 09, ha sido objeto de dos recursos distintos que han dado lugar a otras tantas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en las que se reflexiona en torno a los límites del ejercicio a la potestad reglamentaria por el Gobierno en general y en esta materia en particular.

Mediante su **Sentencia de 19 de febrero de 2010** (rec. núm. 34/2008), el Tribunal desestima el recurso interpuesto contra dicho reglamento por la Federación de empresarios de instalaciones eléctricas y telecomunicaciones de España (FENIE). En cuanto a las cuestiones de forma, la sentencia niega la ilegalidad del reglamento por no haberse solicitado formalmente el informe del Consejo de Coordinación de Seguridad Industrial, puesto que quedó probado que efectivamente se llevó a cabo dicha actividad informadora, que tuvo lugar a través de la reunión de la Comisión Permanente de dicho órgano. En consecuencia, estima el Tribunal que, en la medida en que la normativa aplicable no lo exige al referirse exclusivamente a la necesidad de «informar», dicho informe no debe consistir necesariamente en un texto escrito, siendo suficiente la reunión del órgano en la que se examinó la cuestión.

En cuanto al fondo del asunto, la recurrente alegaba la vulneración del principio de igualdad, en cuanto que el Reglamento no exige que las empresas de transporte y distribución de energía eléctrica que realicen actividades de construcción o mantenimiento de líneas de su propiedad por medios propios estén inscritas en el Registro de empresas instaladoras autorizadas, cosa que sí dispone para las empresas instaladoras que acometan tales tareas para las restantes líneas. El Tribunal desestima cualquier pretensión de discriminación, ya que ambos tipos de empresas se encuentran en situaciones distintas dentro del sistema eléctrico y, en consecuencia, deben recibir tratos también distintos. Así, recuerda que las empresas de transporte y distribución de energía eléctrica tienen también su regulación específica (tanto en la Ley del Sector Eléctrico como en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre), a la que el reglamento impugnado se remite, donde se contienen obligaciones técnicas que no se ha probado que supongan un trato discriminatorio ante cometidos idénticos por entidades también idénticas.

Por otra parte, la **STS de 23 de febrero de 2010** (rec. núm. 31/2008) desestima el recurso interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales contra determinados preceptos del mismo reglamento [arts. 20.1.d) y 21.2, párrafo primero, y las correspondientes instrucciones técnicas complementarias]. Principalmente, el recurso se fundamenta en la falta de justificación a la atribución exclusiva a los Organismos de Control de la actividad de inspección inicial y periódica de las líneas de tensión superior a 30kV, al limitar indebidamente la competencia profesional individual de los Ingenieros Industriales.

Como punto de partida de una elaborada argumentación, el Tribunal afirma que la norma reglamentaria es, dentro de su marco legal habilitante (Ley del Sector Eléctrico y Ley de Industria), resultado de la discrecionalidad técnica del Gobierno, que «se extiende a poder precisar, concretar y detallar, aquellas exigencias en materia de seguridad industrial que sean adecuadas para asegurar la calidad y fiabilidad de las instalaciones eléctricas» (ya en su STS de 17 de febrero de 2004). En consecuencia, el Tribunal niega que el Ejecutivo haya incurrido en desviación de poder, dado que la clasificación de las líneas de alta tensión y la atribución de las funciones de inspección a los Organismos de Control derivadas de dicha clasificación, vienen determinadas «por el interés público, salvaguardado por el principio de legalidad, y amparadas en el principio de precaución o cautela, debido al riesgo potencial para las personas y bienes que incide en el desarrollo de la actividad, de control de las condiciones técnicas de las líneas eléctricas» (FJ 2.^a, apartado 4.^o).

Aplicando su propia doctrina (STS de 22 de junio de 2004), el Tribunal niega también que exista una vulneración de los derechos adquiridos de los ingenieros industriales, como colectivo profesional, puesto que el Gobierno no se encuentra vinculado a conservar la reglamentación precedente en materia de consumos y tránsitos de energía eléctrica de forma indefinida, ya que «el criterio de perdurabilidad de las normas reglamentarias» sería contrario a la Constitución y las leyes y cabe tener en cuenta la evolución de la normativa sectorial y el propio margen de apreciación que le confiere la potestad reglamentaria. Adicionalmente, el Tribunal recuerda que la función jurisdiccional no puede servir para determinar la forma en que han de quedar redactadas las disposiciones generales que eventualmente anule, como parece querer la recurrente reclamando la atribución de las referidas funciones de inspección al colectivo de ingenieros industriales. Tal actuación supondría una clara contravención del artículo 71.2 LJCA.

F) Cumplimiento de las formalidades medioambientales por los proyectos de ejecución

La **STS de 9 de febrero de 2010** resuelve el recurso contencioso administrativo núm. 473/2007 (RJ 2010/1397), interpuesto por el Ayuntamiento de Bescanó contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 12 de enero de 2007, por el que se declaró de utilidad pública y se aprobó el proyecto de ejecución de la subestación de «Bescanó», constituida por los parques de 400 kV y de 220 kV, en el término municipal de Bescanó (Girona), cuyo titular es «Red Eléctrica de España, S.A.».

La entidad local recurrente plantea cuatro alegaciones en su recurso. En primer lugar, denuncia que el Acuerdo impugnado es nulo de pleno derecho por no contar con la autorización ambiental integrada requerida por la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. En segundo lugar, la entidad actora considera que la subestación requiere evaluación de impacto ambiental, ya que, si bien no aparecen las subestaciones en los anexos de la normativa estatal o autonómica, resulta imprescindible para las líneas eléctricas con las que enlaza. En su segunda alegación, el municipio se centra en que el proyecto debería haber sido tramitado de conformidad con el artículo 48 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña. Finalmente, en su cuarto alegato, la parte actora impugna el acuerdo

porque habría incurrido en fraude de ley, en la medida que se habría efectuado una tramitación fragmentada del proyecto de subestación respecto del proyecto de interconexión con Francia.

El Tribunal Supremo, antes de entrar a examinar estas cuestiones, analiza las dos alegaciones de inadmisibilidad objetadas por las partes demandadas. En particular, según el abogado del Estado, el Ayuntamiento recurrente no estaría legitimado para impugnar el Acuerdo del Consejo de Ministros, puesto que el artículo 19.1, apartado e), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, únicamente permite a las entidades locales impugnar los actos y las disposiciones de las administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten a su ámbito de autonomía. La Sala desestima esta primera alegación de inadmisibilidad, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia constitucional, ya que el citado artículo debe ser interpretado conjuntamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido de equiparar el ámbito de autonomía municipal a cualquier materia que afecte a sus intereses, aunque no tenga una concreta competencia sobre ella. Así ocurre con la instalación de una subestación eléctrica en su territorio, que, si bien no compete al Ayuntamiento, afecta a numerosas competencias municipales, como la ordenación urbanística, la economía municipal, el impacto visual paisajístico, la seguridad o la salubridad.

En cuanto a la segunda alegación de inadmisibilidad, planteada tanto por el abogado del Estado, como por la empresa «Red Eléctrica de España, S.A.», consistiría en que las imputaciones de ilegalidad presentadas por el ente local deberían haber sido dirigidas contra la Resolución de 14 de julio de 2005, de la Dirección General de Política Energética y Minas, del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, por la que se autorizó la subestación de Bescanó. El Tribunal Supremo también rechaza esta alegación, basándose en que los vicios que se alegan por la entidad local, de existir, acarrearían la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento, tanto de la autorización otorgada por el Ministerio, como del acto efectivamente impugnado, pues no se trata de vicios que queden subsanados por su no impugnación en un primer momento.

Entrando ya en los aspectos de fondo considerados en el recurso contencioso-administrativo, el Tribunal Supremo analiza en primer lugar, por razones de orden lógico, si la subestación de Bescanó puede ser contemplada como una instalación autónoma del transporte de energía eléctrica o si, por el contrario, debe ser entendida exclusivamente como un elemento de un proyecto más amplio, con lo que debería someterse tanto a las exigencias procedimentales, como a las sustantivas de ese proyecto más amplio, que presumiblemente serán más estrictas. Para la entidad local recurrente, el Acuerdo del Consejo de Ministros habría incurrido en fraude de ley, porque se habría efectuado una tramitación fragmentada del proyecto de subestación en relación con los de las líneas de 400 kV y de 220 kV, con las que la subestación está enlazada.

La respuesta a este planteamiento, lleva al Alto Tribunal a determinar primero si una subestación constituye un elemento autónomo de la red de transporte, que puede autorizarse de forma aislada y, en segundo lugar, si la subestación de Bescanó formaba parte integrante de un proyecto unitario más amplio, esto es, la línea de interconexión con Francia, en cuyo caso requeriría una tramitación conjunta de todo el proyecto.

Para el Tribunal Supremo, dicha subestación está integrada por dos parques de 220 kV y 400 kV, y se califica como una unidad de transporte perteneciente a la red de transporte mallada de energía. Concluye que puede solicitarse y autorizarse una subestación semejante de forma aislada, cuando las necesidades determinadas por la planificación de la red de transporte eléctrico hagan conveniente un refuerzo de ésta. La Sala se fundamenta en el artículo 35 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y en el artículo 5 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre.

En lo que se refiere a si esta subestación de Bescanó forma parte inseparable de un determinado proyecto unitario, consistente en la interconexión con Francia Sentmenat - Bescanó - Baixas, el Tribunal Supremo constata que dicha subestación también tiene el objetivo de reforzar la red de transporte en la provincia de Girona en respuesta al incremento de la demanda en la zona, y atender las necesidades del tren de alta velocidad en su paso por la provincia. Así lo deduce la Sala de los materiales obrantes en autos y de la prueba practicada. Por ello, para el Alto Tribunal, la subestación no tenía que haberse tramitado necesariamente de forma conjunta con las líneas y demás subestaciones que quedan comprendidas en dicha interconexión. El Tribunal Supremo añade que hay otros elementos y proyectos que se integran en la red mallada de transporte, y entiende que ello no implica necesariamente que en todos los casos tales proyectos deban recibir una tramitación unitaria para toda la red, sino que habrá que estar a la verdadera naturaleza y alcance de los objetivos tanto del proyecto global como de sus diversos elementos.

En la sentencia se admite que debe evitarse la fragmentación artificiosa de proyectos en otros de menor alcance con el objetivo de evitar determinados controles, especialmente de carácter medioambiental. Sin embargo, en el presente caso, el Tribunal Supremo destaca que la subestación tiene carácter autónomo, atendida su finalidad múltiple. Por lo tanto, el Tribunal Supremo rechaza el carácter fraudulento que se denuncia por la entidad local recurrente.

La primera alegación expuesta por el ente local recurrente, y segunda en ser examinada por la Sala, consiste en que, con independencia del fraude de ley alegado, la conexión indisoluble de la subestación de Bescanó con las líneas de alto voltaje obligaba a cumplir las exigencias medioambientales de éstas y, en particular, resultaba necesaria la obtención de la autorización ambiental integrada, requerida por la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. La Sala rechaza este alegato, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 y el anexo I de la Ley invocada, que prevé su propio ámbito de aplicación, no se contemplan ni las subestaciones ni las líneas ni ningún elemento de la red de transporte de energía eléctrica, sino que la mencionada Ley se aplica sólo a las instalaciones de generación de electricidad por combustión relacionadas expresamente en el mismo texto legal.

La entidad local recurrente considera, en su segunda alegación, que resulta inaceptable la tesis de que no es exigible la evaluación de impacto ambiental por no aparecer las subestaciones en los anexos de la correspondiente normativa estatal o autonómica. La entidad actora admite que las subestaciones no constan en el anexo recogido en la normativa aprobada sobre la materia, pero interpreta que la subestación de Bescanó es necesaria para la construcción de las líneas correspondientes de 400 y 220 kV, y forman parte de la red de transporte.

El Tribunal Supremo rechaza esta queja. Señala que, establecido en los anteriores fundamentos que la subestación de Bescanó es un elemento que podía solicitarse y aprobarse de forma autónoma, la exigibilidad o no de la evaluación de impacto ambiental depende de lo que disponga la legislación ambiental aplicable *ratione temporis*. En este sentido, la Sala se remite al Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, tal como quedó redactado por la Ley 6/2001, de 8 de mayo. La Sala precisa que esta regulación no ha variado con la redacción aprobada con posterioridad, dada por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, de aprobación del Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, salvo lo previsto para los espacios de la Red Natura 2000.

Según esta normativa, prosigue el Alto Tribunal, los únicos elementos de la red de transporte de electricidad que el legislador ha contemplado desde la perspectiva ambiental son las líneas de longitud superior a 15 km, y en determinados casos las de más de 3 km (zonas especialmente sensibles o por determinación autonómica). La Sala concluye que, atendido el grado de precisión de los anexos en los distintos tipos de actividad, no cabe completar la lista con interpre-

taciones como la propuesta por la actora, en el sentido de que la subestación de Bescanó sería imprescindible para la conexión de líneas sí sometidas a la evaluación de impacto ambiental.

En último lugar, el Tribunal Supremo examina el alegato de la parte recurrente, de que el proyecto debería haberse tramitado de conformidad con el artículo 48 de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña. Añade la actora que la calificación de los terrenos afectados como suelo no urbanizable había sido ratificada por sentencia judicial firme. Además, la entidad local recurrente señala que «Red Eléctrica de España, S.A.» habría incurrido en desviación de poder, al no proponer diversas alternativas de ubicación de la instalación discutida.

El Tribunal Supremo, con apoyo en la normativa vigente, rechaza esta alegación del ente local. Comienza por exponer la Sala que la subestación de Bescanó forma parte de la red de transporte mallada peninsular, por lo que su autorización corresponde al Estado. Ello lleva a aplicar la Ley del Sector Eléctrico y, especialmente, el Real Decreto 1955/2000, que a su vez y en este aspecto se remite a la legislación urbanística estatal. Alcanzado este punto, el Tribunal Supremo destaca que la remisión efectuada por el Real Decreto 1955/2000, hay que entenderla posteriormente corregida por los preceptos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, que han regulado la cuestión con un rango normativo superior a dicha remisión. Las disposiciones adicionales 12.^a y 3.^a de dicha Ley son las que regulan la coordinación y colaboración entre Administraciones públicas. De todo ello, la Sala concluye que la entidad municipal recurrente no tiene razón en reclamar la tramitación del proyecto según la Ley de Urbanismo de Cataluña. Finalmente, la Sala rechaza la alegación de desviación de poder, porque requiere una sólida base probatoria de que se haya buscado una finalidad distinta a la prevista por la Ley, lo que no se ha demostrado.

G) Tramitación simultánea de diversas solicitudes relacionadas con un mismo proyecto

La **STS de 24 de marzo de 2010** resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 479/2007 (RJ 2010/2593), interpuesto por la Comunidad de Madrid contra un Acuerdo del Consejo de Ministros, de 15 de junio de 2007, por el que se declaró de utilidad pública la Central Térmica de Ciclo Combinado de Morata de Tajuña, en la provincia de Madrid.

La entidad actora fundamenta su recurso en diversos motivos. Así, en primer lugar, alega la falta de motivación del citado Acuerdo del Consejo de Ministros, de 15 de junio de 2007, lo que adquiere una especial relevancia en el presente caso, puesto que concurren dos actuaciones: la instalación de la Central Térmica, y el ejercicio preexistente de una actividad minera. Al respecto, la entidad recurrente pone de manifiesto que el Acuerdo no justifica la primacía que se otorga a la Central Térmica, frente a los derechos mineros preexistentes.

La segunda alegación de la entidad actora es que la Central no cumple con la distancia mínima respecto al núcleo poblacional de Morata de Tajuña, ya que está a una distancia de 1,7 km, y la mínima es de 2 km. Asimismo, se indica en el recurso que la Central Térmica no cumple con la normativa urbanística citada. Finalmente, la Comunidad de Madrid alega que no consta que en el presente caso se haya emitido la correspondiente autorización ambiental integrada.

Para responder a todas estas cuestiones, la Sala se remite a su reciente Sentencia de 22 de marzo de 2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 513/2007, y que declaró la nulidad del mismo Acuerdo del Consejo de Ministros, de 15 de junio de 2007, remisión que ocupa la práctica totalidad de los fundamentos de derecho de la Sentencia de 24 de marzo de 2010.

En este sentido, dicha Sentencia de 22 de marzo de 2010 puso de manifiesto que la declaración de utilidad pública presenta en el régimen eléctrico una importante diferencia en relación

con la regulación general establecida para la expropiación forzosa. De este modo, la Ley de Expropiación Forzosa contempla dos momentos distintos en el procedimiento expropiatorio: por una parte, la declaración de utilidad pública; por otra parte, la determinación con absoluta precisión de los bienes que necesitan ser afectados al proyecto, una determinación que deberá apoyarse en el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida de expropiación respecto a los bienes concretos a expropiar, de tal forma que se adopte la medida menos restrictiva posible para el derecho de propiedad.

En cambio, en el sector eléctrico, prosiguió la Sala, la declaración de utilidad pública no necesita justificar que una línea eléctrica o una central de producción eléctrica sean de utilidad pública, puesto que la Ley del Sector Eléctrico ya lo declara *ex ante* (artículo 52). Sí debe justificarse adecuadamente la necesidad o conveniencia de la concreta instalación eléctrica en tramitación y, cuando existan intereses contrapuestos, deberá ponderarse la importancia de cada uno de ellos, y establecerse el interés prevalente. Además, la propia declaración de utilidad pública conlleva la necesidad de ocupación efectiva de los bienes afectados. En consecuencia, en el sector eléctrico desaparece la dualidad de fases prevista en la Ley de Expropiación Forzosa.

La Sala continuó señalando, en aquella Sentencia de 22 de marzo de 2010, que la declaración de utilidad pública, que lleva aparejada la ocupación de los bienes afectados, requiere fijar de forma definitiva estos bienes. Así lo establecen los artículos 140.3 y 143.3 del Real Decreto 1955/2000.

Efectuada esta precisión sobre la declaración de utilidad pública y su virtualidad en el régimen general de la expropiación forzosa, y en el ámbito del sector eléctrico, la Sala entró a examinar las cuestiones planteadas en el proceso que daría lugar a la mencionada Sentencia de 22 de marzo de 2010. Ante todo rechazó que el informe o estudio previo, justificador de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la afectación de derechos, constituyera un defecto procedimental esencial determinante de la nulidad del procedimiento. No es así, puesto que semejante informe no se recoge como un trámite preceptivo en el Real Decreto 1955/2000. Ahora bien, prosiguió la Sala, sí debe efectuarse dicho juicio respecto a la ocupación de los bienes o derechos a expropiar, en la declaración de utilidad pública.

La aplicación de esta doctrina al caso examinado en la Sentencia de 22 de marzo de 2010, llevó a la Sala a constatar que la resolución impugnada del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2007, no justificaba la necesidad de la central, ni ponderaba los derechos en conflicto. La resolución se limitaba a recoger las alegaciones contrarias a la instalación, esgrimidas por sujetos interesados, y las respuestas ofrecidas por la entidad promotora, pero no había una declaración sobre la conveniencia o interés público de construir la Central, lo que tiene una notable relevancia puesto que fue necesaria la intervención del Consejo de Ministros, ante la oposición de los Ayuntamientos de Morata de Tajuña y Perales de Tajuña.

La Sentencia de 22 de marzo de 2010 expuso que, antes de examinar si tal justificación se deducía del procedimiento practicado y del expediente administrativo, por razón de lógica procesal se tenía que dar respuesta a la segunda queja de la parte actora, por el carácter prematuro de la decisión impugnada, al versar sobre un proyecto de ejecución no definitivo, puesto que carecía todavía de la autorización ambiental integrada, y había dudas sobre el cumplimiento de la legalidad urbanística de la ubicación de la central. Ello suponía, para la entidad recurrente, un ejemplo de arbitrariedad.

El Tribunal Supremo, en esa Sentencia de 22 de marzo de 2010, a la que se remite la presente Sentencia de 24 de marzo de 2010, admitió que era posible que el promotor de una instalación eléctrica solicitara conjunta y simultáneamente la autorización administrativa, la aprobación del proyecto de ejecución y la declaración de utilidad pública. Así lo permiten

diversos preceptos del Real Decreto 1955/2000. Con todo, la Sala precisó que, sin perjuicio de esta posibilidad, cada una de dichas solicitudes tenía que seguir su propio procedimiento, de forma que no podían finalizar de manera autónoma. Unas y otras autorizaciones requerían una determinada secuencia de concesión que derivaba de su propio contenido y sentido. A estos efectos, la Sala concluyó que resultaba evidente que la autorización administrativa, que se produce sobre el anteproyecto de la instalación y que va precedida de los informes y estudios ambientales que sean preceptivos, debe preceder necesariamente a la aprobación del proyecto de ejecución.

Esta idea fue desarrollada por el Tribunal Supremo en la mencionada Sentencia de 22 de marzo de 2010, señalando que resulta evidente que no podría aprobarse el proyecto de ejecución «que se refiere al proyecto concreto de la instalación», antes que se haya otorgado la autorización administrativa, que versa sobre un anteproyecto de la instalación. En cuanto a la declaración de utilidad pública, no se limita sólo a declarar el interés general de la expropiación que se pretende llevar a cabo, sino que también implica la determinación de los bienes afectados a la finalidad de la instalación eléctrica. Esta determinación ha de ser perfecta y definitiva, lo que sólo se produce con la aprobación del proyecto ejecutivo. Por consiguiente, no es posible proceder a la declaración de utilidad pública con anterioridad a la aprobación del proyecto ejecutivo.

El Tribunal Supremo puso de manifiesto que estas consideraciones no obedecen sólo a un sentido de orden lógico, sino que también se derivan de la regulación contenida en el Real Decreto 1955/2000. E insistió que, si bien la solicitud de autorización debe contener un anteproyecto sobre la ubicación de la instalación, está sometido al preceptivo trámite de información pública y de información a otras Administraciones públicas, lo que puede comportar cambios en el anteproyecto. Por tanto, es sólo después de la autorización administrativa cuando deviene posible aprobar el proyecto de ejecución definitivo.

La conclusión a la que llegó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de marzo de 2010 consistió en que la Administración demandada había incurrido en arbitrariedad de la declaración de utilidad pública, por tratar sobre un proyecto provisional. Incurría también en una vulneración de los artículos 140 y 143 del Real Decreto 1955/2000, que requieren, a los efectos de la expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para el establecimiento de la instalación eléctrica, que éstos estén individualizados, lo que sólo resulta posible con la previa o simultánea aprobación del proyecto de ejecución.

El Tribunal Supremo concluye que esta argumentación es plenamente trasladable al asunto que constituye el objeto del recurso contencioso-administrativo núm. 479/2007, resuelto por la presente Sentencia de 24 de marzo de 2010. Por lo tanto, con independencia de la ausencia de justificación en el propio acto impugnado de la utilidad pública de la central de producción eléctrica, la Sala estima el recurso porque la declaración de utilidad pública se tramitó contraviniendo los artículos 140 y 143 del Real Decreto 1955/2000.

4. FOMENTO

A) Ayudas. Incentivos regionales. Revocación parcial o total de la subvención por incumplimiento de condiciones

Pasamos a comentar dos sentencias que se ocupan de la misma cuestión, el incumplimiento de las condiciones, su acreditación o no, y las consecuencias del incumplimiento.

En la primera de las sentencias la Comisión Delegada del Gobierno para asuntos económicos declaró el incumplimiento parcial de las condiciones establecidas en la ayuda otorgada, concretamente las condiciones relativas a la inversión en terrenos y obra civil. Como consecuencia de ello se procedió al abono parcial de la cantidad inicialmente reconocida.

La entidad afectada recurrió el acuerdo de la Comisión Delegada en vía administrativa y luego ante el Tribunal Supremo, el cual en la Sentencia de 17 de febrero de 2010, rec. 309/2008, desestimó el recurso.

En primer lugar la actora alega la existencia de vicios del procedimiento en la tramitación del acuerdo impugnado, en concreto en la comprobación del incumplimiento de las condiciones de la subvención. El Tribunal rechaza estos motivos de impugnación al estimar que no ha existido indefensión y que no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. También entra a examinar la naturaleza del período de información previa y la relevancia de su duración (artículo 69.2 de la Ley 30/1992), que en el caso de autos superó los dos años. Concluye sobre este punto el Tribunal que este período de información previa no debe computarse a los efectos del procedimiento de incumplimiento y, por ello, este último no había caducado.

Por lo que se refiere a la cuestión de fondo el Tribunal estima acreditado el incumplimiento parcial, ya que la normativa aplicable exigía inversiones que se incorporaran íntegramente al patrimonio de la empresa, lo que no se llevó a cabo, ya que las escrituras aportadas no justificaban la plena propiedad de tales inversiones.

La segunda sentencia (Sentencia de 5 de marzo de 2010, rec. 335/2008) se refiere a un supuesto de incumplimiento de condiciones esenciales al no haberse obtenido las preceptivas licencias de obras, actividad y autorización ambiental integrada. En este caso inicialmente se concedió y abonó íntegramente una subvención para reutilización de residuos y ampliación general de una fábrica. Posteriormente se concedió una nueva subvención para la optimización del proceso productivo, sujeta a determinadas condiciones (inversión, creación de puestos de trabajo de los cuales debía mantenerse un número determinado al finalizar el período de la vigencia de la ayuda).

La administración concedente abrió un expediente de incumplimiento de condiciones en el que no se cuestionó el cumplimiento de las condiciones establecidas en el acuerdo subvencional, pero en el que se acreditó la falta de licencias municipales y de la autorización ambiental integrada. El conflicto judicial se centra en las consecuencias de la falta de las licencias y la autorización.

El Tribunal confirma la validez del acuerdo revocatorio de la ayuda al afirmar que la concesión de incentivos se otorga vinculada al cumplimiento de la legalidad general aplicable, sin que quepan excepciones, y sin que la tolerancia en supuestos anteriores (la primera de las ayudas otorgadas), vincule a la administración.

B) Solicitud de incremento de la subvención otorgada

La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos otorgó a una determinada entidad una subvención a fondo perdido correspondiente al 3% de la inversión necesaria para la implantación de una bodega. La beneficiaria recurrió el acuerdo al entender que se le debería incrementar la ayuda al 8% de la inversión realizada.

El rechazo a la petición de aumento de la ayuda por parte de la CDAE se basó en que la citada entidad resolvió el recurso de reposición de acuerdo con los datos que poseía en aquel

momento. Afirmar que la recurrente pudo haber esperado a la resolución de un recurso previo interpuesto ante la Junta de Castilla y León sobre cuestiones fácticas, y en este momento plantear su reclamación. Al no hacerlo así, la CDAE no pudo tener en cuenta los nuevos datos.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de marzo de 2010, rec. 24/2008, rechaza este argumento al afirmar que no puede aceptarse la doctrina restrictiva de la CDAE sobre el carácter revisor del recurso de reposición. Para el Tribunal Supremo el recurso administrativo es un instrumento de control interno de la Administración que pretende lograr la mejor decisión posible. Para ello puede tener en cuenta todos los datos posibles, los recogidos en el expediente originario y los que aparezcan con posterioridad. Salvados los límites de la congruencia y la imposibilidad de gravar la situación inicial del recurrente, el recurso permite una reconsideración plena del asunto.

A partir de esta consideración general, analizados todos los datos, el Tribunal Supremo concluye que debe anularse el acuerdo denegatorio del incremento por basarse en un presupuesto de hecho erróneo. El Tribunal Supremo añade, no obstante, que no puede estimar la segunda pretensión, consistente en que fije la subvención en el 8% de la inversión, ya que existen determinados elementos fácticos que deben ser valorados por la CDAE. Por ello remite de nuevo el tema a la CDAE para que, de acuerdo con los criterios generales que establece la sentencia, fije la cuantía de la indemnización.

RICARD GRACIA RETORTILLO

JOSEP MOLLEVI I BORTOLO

JOAQUÍN TORNOS MAS

MARC VILALTA REIXACH

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD

SUMARIO

1. CONSUMO.

- A) Obligación del juez de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual que perjudique al consumidor: complemento al comentario desarrollado en el núm. 45 de esta Revista.**

2. DEPORTE.

- A) Medidas antidopaje no reconocidas legislativamente cuya cobertura se pretende en recurso en interés de ley por parte de una Comunidad Autónoma.**

3. EDUCACIÓN.

A) Universitaria.

- a) Autonomía universitaria en el ámbito económico y financiero.

4. EXTRANJEROS.

- A) Asilo y condición de refugiado.**
- B) Nacionalidad.**

5. JUEGO.

- A) Organización de apuestas deportivas sujetas al monopolio público en el ámbito de un Land y autorización para ofrecer juegos de azar de operadores privados en otros Estados miembros.**
- B) Prohibición de juego en Internet y libre prestación de servicios.**

6. SANIDAD.

- A) Consentimiento informado.**
-

1. CONSUMO

A) **Obligación del juez de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual que perjudique al consumidor: complemento al comentario desarrollado en el núm. 45 de esta Revista**

En el núm. 45 de esta Revista en este mismo apartado se analiza la obligación del juez de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual que perjudique al consumidor, y en especial la consideración como abusiva de la cláusula que atribuye la competencia al órgano judicial en cuya circunscripción se halle el domicilio del profesional. Pues bien, la **STJ de 9 de noviembre de 2010**, en el asunto C-137/08, responde a una cuestión prejudicial complementaria también planteada desde Hungría. En concreto determina que el artículo 267 TFUE debe interpretarse en el sentido de que la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva», a la que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y el anexo de ésta, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta dichos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias propias del caso.

Asimismo, el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en el contrato que es objeto del litigio del que conoce y que se ha celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula.

2. DEPORTE

A) **Medidas antidopaje no reconocidas legislativamente cuya cobertura se pretende en recurso en interés de ley por parte de una Comunidad Autónoma**

La **STS de 27 de enero de 2010** (Ar. 3168), rechaza el recurso en interés de ley interpuesto por el Gobierno del País Vasco contra la doctrina de la sentencia que anula las sanciones impuestas a varios deportistas con el fundamento de que «es admisible como medio de control antidopaje el [...] interrogatorio. Pero al realizarlo rigen las garantías propias del procedimiento administrativo sancionador para una prueba de ese carácter. Por tanto, el interesado tiene derecho a ser asistido de Letrado, a no confesarse culpable, a no declarar contra sí mismo y, si lo desea, a negarse a declarar».

Al efecto el TS afirma que de ninguna de las normas que se citan o analizan en el recurso cabe deducir que el deportista tenga el deber de proporcionar toda la información que le sea requerida. Es más, del conjunto del ordenamiento jurídico se desprende con toda seguridad que no toda información puede ser lícitamente solicitada e, incluso, que frente a alguna o algunas cuya solicitud fuera lícita no cabría negar, siempre o de raíz, la posibilidad de oponer una lícita negativa a responder. Del mismo modo, la naturaleza jurídica de las actuaciones administrativas en que se plasma o lleva a efecto el control del dopaje no es siempre la misma, ni su naturaleza sancionadora puede ser excluida de raíz para todos los casos. Serán las concretas circunstancias que concurran en esas actuaciones las que permitirán decidir con acierto si su ejecución o práctica ha de estar gobernada o no por los principios propios del procedimiento sancionador. Ade-

más, son también las circunstancias concurrentes en cada caso, y aquí en especial las referidas a la urgencia del control, las que permitirán decidir con acierto si es o no lícita la exigencia de asistencia de letrado. Y el carácter sancionable o no de una determinada conducta sólo depende de la previsión típica contenida en una norma jurídica hábil para hacerlo.

3. EDUCACIÓN

A) Universitaria

a) Autonomía universitaria en el ámbito económico y financiero

Han sido diversas las sentencias del Tribunal Supremo [así, en este período tenemos, por ejemplo, las **SSTS de 17 de diciembre de 2009** (Ar. 32020 de 2010), y de **23 de febrero de 2010** (Ar. 1556)] que han corroborado la nulidad de una Orden de la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Madrid, por la que se establece el procedimiento y requisitos para realizar los libramientos correspondientes a las transferencias nominativas para gasto de inversiones de las Universidades Públicas Madrileñas, en tanto en cuanto supeditaba ciertas actuaciones a la previa autorización de la Dirección General de Universidades e Investigación (sin perjuicio de admitir la comprobación de si las actuaciones solicitadas por las Universidades se encuentran comprendidas en el Programa de Actuación y su coste no sobrepasa las cantidades previstas).

4. EXTRANJEROS

A) Asilo y condición de refugiado

La **STJUE de 9 de noviembre de 2010**, As. B., C-57 y 101/09, puede tener interés en cuanto se refiere a la relación entre la normativa de la Unión Europea sobre el estatuto de refugiado y las potestades estatales de expulsión y de otorgamiento de asilo. Así su parte dispositiva establece la siguiente interpretación:

«1) El artículo 12, apartado 2, letras b) y c), de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, debe interpretarse en el sentido de que:

- El hecho de que una persona haya pertenecido a una organización incluida en la lista que figura en el anexo a la Posición común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, como consecuencia de su implicación en actos de terrorismo y de que haya apoyado activamente la lucha armada emprendida por esta organización no constituye automáticamente un motivo fundado para pensar que esa persona ha cometido un “grave delito común” o “actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.
- En ese contexto, para concluir que hay motivos fundados para pensar que una persona ha cometido un crimen de ese tipo o se ha hecho culpable de tales actos es preciso, habida cuenta del nivel de prueba exigido por el mencionado artículo 12, apartado 2, llevar a cabo una apreciación caso por caso de los hechos concretos con el fin de determinar si los actos

cometidos por la organización de que se trata reúnen los requisitos establecidos en las citadas disposiciones y si puede imputarse a la persona de que se trata una responsabilidad individual por la comisión de esos actos.

2) La exclusión del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 12, apartado 2, letras b) o c), de la Directiva 2004/83 no presupone que la persona interesada represente un peligro actual para el Estado miembro de acogida.

3) La exclusión del estatuto de refugiado prevista en el artículo 12, apartado 2, letras b) o c), de la Directiva 2004/83 no exige que se realice un examen de proporcionalidad en el caso concreto.

4) El artículo 3 de la Directiva 2004/83 debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros pueden reconocer el derecho de asilo en virtud de su Derecho nacional a una persona excluida del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 12, apartado 2, de dicha Directiva siempre que ello no suponga un riesgo de confusión entre esa otra clase de protección y el estatuto de refugiado en el sentido de la Directiva».

La **STS de 26 de noviembre de 2009** (Ar. 1830 de 2010) reconoce el derecho a obtener el asilo a la recurrente, nacional cubana, recordando su jurisprudencia anterior en el sentido de que «una situación de acoso y hostigamiento laboral por causa de la disidencia o desafección hacia el régimen castrista resulta incardinable ente las causas de asilo».

Asimismo, la **STS de 19 de febrero de 2010** (Ar. 1544) concede el asilo al solicitante, nacional de Colombia, por considerar que sí existen indicios suficientes (pues no se requiere prueba plena, como tantas veces ha dicho) de su situación de acoso político.

B) Nacionalidad

La **STS de 9 de diciembre de 2009** (Ar. 2056 de 2010) no considera un impedimento para la concesión de la nacionalidad española la existencia de unas diligencias penales que dieron lugar de inmediato a un auto de sobreseimiento, habiendo frente a ello otros datos favorables al solicitante como eran el largo tiempo de residencia con permiso de trabajo y otros elementos que demostraban *en positivo* integración en la sociedad española.

Por su parte, la **STS de 15 de diciembre de 2009** (Ar. 2256 de 2010) concede también la nacionalidad, pero tiene el interés añadido de plantearse el delicado problema del valor o consideración que debe tener un informe del CESID al respecto (de carácter reservado y protegido por la legislación de secretos oficiales).

La **STS de 10 de diciembre de 2009** (Ar. 2172 de 2010) deniega la nacionalidad al constar diversos antecedentes (aunque sobreseídos) y, sin embargo, no aportar elementos positivos de su buena conducta cívica (sino únicamente del arraigo). En el mismo sentido, la **STS de 15 de diciembre de 2009** (Ar. 2255 de 2010) recogiendo una doctrina al respecto que puede tener interés, señala lo siguiente:

«El concepto “buena conducta cívica” se integra por la apreciación singular del interés público conforme a unos criterios, preferentemente políticos, marcados explícita o implícitamente por el legislador, siendo exigible al sujeto solicitante, a consecuencia del “plus” que contiene el acto de su otorgamiento enmarcable dentro de los “actos favorables al administrado”, un comportamiento o conducta que ni siquiera por vía indiciaria pudiera cuestionar el concepto de bondad que el precepto salvaguarda, como exigencia específica determinante de la concesión de la nacionalidad española.

En tal sentido la jurisprudencia, para valorar la concurrencia del requisito en cuestión, entiende que ha de tomarse en consideración la conducta del solicitante durante un período de tiempo significativo, que permita ponderar y mostrar un comportamiento cívico conforme con los valores sociales y deberes razonablemente exigibles. En tal sentido y ante una conducta que ha sido objeto de pronunciamiento penal el tiempo transcurrido puede mitigar su desvalor social, a efectos de responder a la solicitud de la nacionalidad española, en la medida que se trate de un período de tiempo significativo que puesto en relación con la naturaleza y alcance de la conducta delictiva, permita concluir en la existencia de un comportamiento conforme con las exigencias de tal requisito».

La **STS de 25 de febrero de 2010** (Ar. 1569) ratifica la denegación de la solicitud de nacionalidad atendiendo a su insuficiente grado de integración en la sociedad española a partir, fundamentalmente, de su desconocimiento del idioma español.

En fin, la **STS de 26 de febrero de 2010** (Ar. 1571) deniega también la nacionalidad al recurrente, ya que, como «el actor presenta una estructura familiar de poligamia en su país de origen, no nos queda sino repetir una vez más lo que ha dicho esta Sala [...], a saber: que la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero (artículo 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro ordenamiento jurídico, resulta inquestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (artículo 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un “suficiente grado de integración en la sociedad española”».

5. JUEGO

A) Organización de apuestas deportivas sujetas al monopolio público en el ámbito de un Land y autorización para ofrecer juegos de azar de operadores privados en otros Estados miembros

La **STJUE de 8 de septiembre de 2010**, asuntos acumulados C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 y C-410/07, tiene por objeto diversas peticiones de decisión prejudicial planteadas por múltiples tribunales alemanes, con arreglo al artículo 234 CE, en torno todas ellas a la organización de apuestas deportivas sujetas a un monopolio público. En concreto se pregunta, en primer lugar, si los artículos 43 CE y 49 CE han de interpretarse en el sentido de que se oponen a monopolios públicos regionales en materia de apuestas deportivas, que persiguen un objetivo de prevención de la incitación al gasto excesivo en juego y de lucha contra la adicción al juego, en la medida en que las autoridades del Estado miembro no pueden demostrar que antes del establecimiento de los monopolios, se haya efectuado un estudio sobre su proporcionalidad. Asimismo, si no se ha demostrado que el mencionado objetivo no podría alcanzarse también mediante el control del cumplimiento, por parte de los operadores privados debidamente autorizados, de las normas sobre tipos de apuestas, métodos de comercialización y publicidad, lo que supondría un menor menoscabo de las libertades consagradas por el Tratado. Igualmente si dichos monopolios podrían resultar inadecuados por la posibilidad de que, a la hora de imponer

su respeto efectivo, las autoridades nacionales encuentren dificultades en el ambiente transnacional generado por Internet; o que resulta dudoso, que dicho objetivo se persiga de forma coherente y sistemática, porque en primer lugar la explotación por parte de operadores privados de otros tipos de juegos de azar, como las apuestas sobre competiciones hípcas, los juegos automáticos o los juegos de casino, está autorizada; en segundo lugar, porque los titulares de dichos monopolios fomentan la participación en otros juegos de azar comprendidos en los mismos monopolios públicos, en concreto, en lotería, mediante campañas publicitarias intensivas que pretenden maximizar los ingresos procedentes del juego y, en tercer lugar, porque la oferta de otros juegos de azar, como los juegos de casino o los juegos automáticos instalados en salones de juego, cafés, restaurantes y alojamientos, son objeto de una política expansiva.

Al efecto el Tribunal de Justicia responde que los artículos 43 CE y 49 CE deben interpretarse en el sentido de que: i) para que un monopolio público en materia de apuestas deportivas y loterías, pueda justificarse por un objetivo de prevención de la incitación al gasto excesivo en juego y de lucha contra la adicción al juego, no es necesario que las autoridades nacionales competentes puedan presentar un estudio que demuestre la proporcionalidad de dicha medida y sea anterior a su adopción; ii) el hecho de que un Estado miembro prime este monopolio sobre un régimen que autorice la actividad de operadores privados en el marco de una normativa de carácter no exclusivo puede cumplir la exigencia de proporcionalidad, siempre que, en relación con el objetivo de obtener un elevado nivel en la protección de los consumidores, el establecimiento de este monopolio se acompañe de la adopción de un marco normativo que garantice que el titular del monopolio puede efectivamente conseguir, de modo coherente y sistemático, este objetivo mediante una oferta cuantitativamente moderada, cualitativamente orientada a dicho objetivo y sometida al estricto control de las autoridades públicas; iii) la circunstancia de que las autoridades competentes de un Estado miembro podrían enfrentarse a dificultades para garantizar que un monopolio de ese tipo sea respetado por los organizadores de juegos y apuestas establecidos en el extranjero que concierten en Internet, burlando el monopolio, apuestas con residentes en el ámbito territorial de dichas autoridades no puede, como tal, afectar a la eventual conformidad de dicho monopolio con las disposiciones del Tratado mencionadas; iv) en una situación en la que un órgano jurisdiccional nacional constata al mismo tiempo: en primer lugar, que las medidas publicitarias del titular de dicho monopolio sobre otros juegos de azar incluidos en su oferta no se limitan a lo necesario para orientar a los consumidores hacia la oferta de dicho titular y apartarlos de otros canales de juego no autorizados, sino que pretenden fomentar la propensión de los consumidores al juego e incentivar su participación activa en el juego con el fin de maximizar los ingresos derivados de estas actividades; en segundo lugar, que la explotación de otros juegos de azar puede quedar a cargo de operadores privados que dispongan de una autorización; en tercer lugar, que, con respecto a otros tipos de juegos de azar no sujetos a ese monopolio que presenten un potencial adictivo superior al de los juegos comprendidos en dicho monopolio, las autoridades competentes llevan a cabo o toleran políticas de ampliación de la oferta que pueden desarrollar e incentivar las actividades de juego, en particular con el fin de maximizar los ingresos procedentes de éstas, el órgano jurisdiccional nacional puede verse legítimamente inducido a considerar que tal monopolio no es adecuado para garantizar la consecución del objetivo de prevención de la incitación al gasto excesivo en juego y de lucha contra la adicción al juego para el que fue establecido, contribuyendo a reducir las oportunidades de juego y a limitar las actividades en este ámbito de forma coherente y sistemática.

Una segunda cuestión prejudicial planteada es, ¿si los artículos 43 CE y 49 CE deben interpretarse en el sentido de que la autorización para ofrecer juegos de azar de que dispone un operador privado en el Estado miembro en el que está establecido le faculta para ofrecer estos juegos en otros Estados miembros, por estar éstos sometidos a la eventual obligación de reco-

nocer dicha autorización? Al efecto el Tribunal de Justicia responde que los artículos 43 CE y 49 CE deben interpretarse en el sentido de que, en el estado actual del Derecho de la Unión, el hecho de que un operador disponga, en el Estado miembro en el que está establecido, de una autorización para ofrecer juegos de azar no impide que otro Estado miembro supedite, dentro del respeto de las exigencias impuestas por el Derecho de la Unión, la posibilidad de que dicho operador ofrezca estos servicios a los consumidores residentes en su territorio a la obtención de una autorización expedida por sus propias autoridades.

B) Prohibición de juego en Internet y libre prestación de servicios

La **STJUE de 8 de septiembre de 2010**, asunto C-46/08, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht (Alemania), en la medida que una empresa de apuestas deportivas con autorización de Gibraltar, para operar exclusivamente fuera de su territorio, pretende operar en el citado Land alemán. En esta sentencia, además de resolver cuestiones prejudiciales similares a las analizadas en el apartado anterior, la peculiaridad radica en que la prestación de servicios se pretende materializar por Internet.

A juicio del Tribunal de Justicia el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que, cuando en un Estado miembro se instaura un régimen de autorización administrativa previa en relación con la oferta de determinados tipos de juegos de azar, dicho régimen, que constituye una excepción a la libre prestación de servicios garantizada por la citada disposición, únicamente puede ajustarse a las exigencias derivadas de ésta si se basa en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de modo que establezcan los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria. Además, cualquier persona afectada por una medida restrictiva basada en tal excepción debe poder disponer de un medio de impugnación jurisdiccional eficaz.

Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si un operador que desee ofrecer apuestas deportivas en un Estado miembro distinto de aquél en el que esté establecido puede ampararse en las disposiciones del artículo 49 CE en el supuesto de que no disponga de autorización para ofrecer tales apuestas a quienes se encuentren en el territorio del Estado miembro en el que está establecido, sino únicamente a personas que se encuentren fuera de dicho territorio. La cuestión únicamente tiene por objeto averiguar si el hecho de carecer de una autorización expedida por las autoridades de Gibraltar que le permita ofrecer también apuestas en el territorio de Gibraltar determina la exclusión de un operador del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre prestación de servicios. En cambio, el órgano jurisdiccional remitente no ha aportado datos concretos ni ha planteado dudas particulares en relación con los motivos que condujeron al operador a establecerse en Gibraltar ni ha preguntado al Tribunal de Justicia acerca de las consecuencias que pueden derivarse de ello. Por consiguiente respondiendo a la cuestión planteada el Tribunal de Justicia entiende que el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que un operador que desee ofrecer apuestas deportivas a través de Internet en un Estado miembro distinto de aquel en el que esté establecido no queda excluido del ámbito de aplicación de la citada disposición por el solo hecho de que dicho operador no disponga de autorización para ofrecer tales apuestas a quienes se encuentren en el territorio del Estado miembro en el que está establecido, sino únicamente a personas que se encuentren fuera de dicho territorio.

En cuanto a la cuestión de si el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que prohíbe la organización de juegos de azar en Internet y la intermediación en ellos, en particular cuando se pone de manifiesto que dichas actividades

siguen estando autorizadas durante un período transitorio de un año para permitir que determinados operadores que hasta entonces operaban únicamente a través de Internet lleven a cabo una conversión de su actividad hacia las otras vías de comercialización autorizadas, respetando durante el citado período transitorio diversas reglas relativas a la protección de la juventud y los jugadores. El Tribunal de Justicia responde que el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que prohíbe la organización de juegos de azar en Internet y la intermediación en ellos, con el fin de prevenir la incitación al gasto excesivo en juego, luchar contra la adicción a éste y proteger a la juventud puede, en principio, considerarse apta para perseguir tales objetivos legítimos, aun cuando la oferta de dichos juegos siga estando autorizada a través de cauces más tradicionales. La circunstancia de que tal prohibición vaya acompañada de una medida transitoria por un año no priva a dicha prohibición de esa aptitud.

6. SANIDAD

A) Consentimiento informado

Nuevamente se tiene que enfrentar el Alto Tribunal a un recurso en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en el que el consentimiento informado (que es lo que interesa en este apartado) es un elemento clave. Así, en **la STS de 17 de febrero de 2010** (Ar. 1524), se exonera completamente a la Administración (y a la aseguradora codemandada) porque la enferma había suscrito el documento, firmado también por el cirujano que había llevado a cabo la intervención quirúrgica, donde se describe el objeto de ésta, así como sus consecuencias seguras y por qué se había desechado otra vía alternativa de acceso; y además contenía una detallada enumeración de los riesgos y consecuencias del procedimiento, «de modo que ese documento se suscribió una vez que la paciente fue suficientemente informada de las razones de la intervención y de las consecuencias que de la misma podían derivar».

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

A) Competencia de los Juzgados de lo contencioso-administrativo.

- a) Conocen de los recursos contra las calificaciones urbanísticas canarias.

B) Sujetos.

- a) Legitimación activa *ad causam* de un sindicato sobre el proceso de elaboración de una disposición de carácter general.
- b) Legitimación de Asociaciones Judiciales para impugnar nombramientos de cargos jurisdiccionales.

C) Objeto.

- a) Es impugnable el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Programa de Renovación de la Flota de Helicópteros Policiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y se autoriza al Ministerio del Interior para realizar las actuaciones necesarias para su aplicación.
- b) El Acuerdo de la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados de archivo de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Oficina del Defensor del Pueblo, a pesar de provenir de una instancia parlamentaria, es susceptible de control jurisdiccional.
- c) No procede la impugnación de normas con un contenido omitido pero ya contenido en regulación anterior.

D) Procedimiento.

- a) El plazo para la impugnación de Normas Forales de las Juntas Generales debe computarse desde la publicación en el Boletín Oficial correspondiente.
- b) No cabe utilizar el requerimiento previsto en el artículo 44 LJCA para reabrir o prolongar un plazo ya caducado.
- c) Prueba.
 - a') No es admisible la prueba testifical-pericial que se limita a ofrecer opiniones jurídicas.
 - b') El interrogatorio con garantías procedimentales es admisible como medio de control antidopaje.

E) Presupuestos del planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJCE.

F) Sentencias: no hay incongruencia omisiva por no responder a una petición de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

G) Ejecución de sentencia.

- a) 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.
- b) Plazo y legitimación para instar la ejecución: no es de aplicación supletoria la LEC.

H) Medidas cautelares.

- a) Prevalecen los intereses relativos a la protección del medio ambiente sobre los referentes al desarrollo urbanístico.
- b) Quien propone la adopción de la medida debe probar, más allá de las alegaciones genéricas, los perjuicios de difícil o imposible reparación que ocasiona el acto administrativo recurrido.
- c) Procede la suspensión de una sanción federativa de inhabilitación temporal para el ejercicio de la caza.

2. RECURSO DE CASACIÓN.

A) Inadmisión: Defectuosa preparación.

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el 1 de noviembre de 2009 al 1 de marzo de 2010, entre los que merecen ser destacados los relativos a la legitimación de Asociaciones Judiciales, a la impugnación de Acuerdos de la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados y al alcance del artículo 44 LJCA.

1. RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A) Competencia de los Juzgados de lo contencioso-administrativo

a) *Conocen de los recursos contra las calificaciones urbanísticas canarias*

En la **STS, Sala de lo Contencioso, sección 5.ª, de 20 de noviembre de 2009** (ROJ: STS 7055/2009) Recurso: 4126/2006, se concluye que las calificaciones territoriales carecen de naturaleza normativa, por lo que su enjuiciamiento corresponde en primera o única instancia, a los Juzgados de lo contencioso-administrativo, con la consiguiente exclusión de su revisión en sede casacional.

A tenor del repaso por la normativa rectora de las calificaciones territoriales, se observa que desde una perspectiva puramente formal, la ordenación vigente al tiempo de los hechos aquí

examinados incluía las calificaciones territoriales dentro de los instrumentos de ordenación territorial. De esta calificación como instrumento de ordenación territorial, en una interpretación literal de la norma, podría desprenderse su naturaleza jurídica de disposición de carácter general. Sin embargo, por encima de esta consideración puramente formal, y atendiendo a su contenido y al procedimiento en el que se insertan, la caracterización de estas calificaciones territoriales como instrumentos de ordenación carece de consistencia y es descartada por la resolución comentada porque, de la regulación del contenido concreto de la calificación no se desprende que su finalidad sea completar la ordenación urbanística, sino que aparece como un instrumento ligado directamente a la ejecución del planeamiento y a su última fase, la realización de actos de construcción o uso del suelo, concebido como una autorización previa a la licencia de obras o de uso, de lo que se desprende su naturaleza jurídica como acto administrativo. Por otra parte, la Calificación Urbanística carece de las notas de generalidad y permanencia propias de los instrumentos de ordenación y de las disposiciones generales, y no podría imponer determinaciones urbanísticas distintas a las señaladas en los instrumentos de planeamiento. Y esta conclusión se refuerza por la regulación autonómica posterior, que lejos de ahondar en la caracterización de las calificaciones territoriales como instrumentos de ordenación, la ha abandonado. Por mucho que se trate de una normativa posterior a la aquí concernida, es claro que el sentido de la reforma ilumina la *ratio legislatoris* y no hace más que reforzar la conclusión alcanzada.

B) Sujetos

- a) *Legitimación activa ad causam de un sindicato sobre el proceso de elaboración de una disposición de carácter general*

Partiendo de que los sindicatos tienen legitimación para impugnar jurisdiccionalmente las decisiones que afecten no sólo a los intereses de sus afiliados, sino también a los intereses colectivos de los trabajadores en general, y que esa genérica legitimación abstracta no los transforma en guardianes abstractos de la legalidad, la **STS, Sala de lo Contencioso, sección 5.ª, de 24 de noviembre de 2009** (ROJ: STS 8423/2009) Recurso: 4035/2005, acepta la legitimación de un sindicato para impugnar la modificación de los estatutos de una entidad mercantil de capital mayoritario público, destinada, con carácter principal, a la prestación de un servicio también público. Puntualiza, eso sí, que los entes instrumentales siguen teniendo, con independencia de su forma jurídica, naturaleza de poderes públicos y por ello están sometidos a los principios constitucionales a los que se debe escrupulosamente ajustar la Administración. Tras ello, declara la nulidad de la norma que aprobó esos estatutos por no haberse dado participación al Sindicato recurrente en su procedimiento de elaboración.

La representación procesal recurrente justifica su interés en el litigio en que con el Decreto en cuestión se privatizan servicios públicos desempeñados directamente por órganos administrativos, con lo que se desfuncionarizan tales actividades con «merma de la cantidad y calidad del empleo público en esa Administración pública», y, además, porque, al afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios integrados en esa sociedad de capital público, el sindicato recurrente debió haber sido convocado al procedimiento para su elaboración, con mayor razón por tratarse del sindicato más representativo en la Administración autonómica andaluza, hecho no discutido por ésta.

De lo expuesto, la resolución comentada llega a la conclusión, contraria a la sostenida por la Sala de instancia, de que la pretensión esgrimida en este litigio por el sindicato recurrente, guarda relación con su círculo de intereses, cual es la defensa del empleo público y, por consiguiente, ostenta legitimación activa para promoverlo sin necesidad de prejuzgar los concretos motivos de impugnación utilizados en la demanda, solución esta equivalente a la adoptada en su Sentencia

de fecha 6 de marzo de 2007 (recurso de casación 7411/2001), sin que el carácter organizativo de la disposición impugnada tenga relevancia para apreciar la legitimación procesal atendidos los legítimos intereses del sindicado recurrente (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2001).

b) Legitimación de Asociaciones Judiciales para impugnar nombramientos de cargos jurisdiccionales

La STS, Sala de lo Contencioso, sección 8.ª, de 8 de febrero de 2010 (ROJ: STS 548/2010), Recurso 65/2007, tomando como referencia la Sentencia 102/2009, de 27 de abril de 2009, del Tribunal Constitucional, reitera la doctrina que contiene respecto de cuál es el interés que justifica la legitimación de una asociación judicial en el proceso jurisdiccional que inició para impugnar el nombramiento del Presidente de una Audiencia; así como 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.

Es claro que, conforme a la doctrina transcrita, la asociación profesional recurrente tiene un interés legítimo en la pretensión de anulación del Real Decreto, 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, 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.

C) Objeto

a) Es impugnable el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Programa de Renovación de la Flota de Helicópteros Policiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y se autoriza al Ministerio del Interior para realizar las actuaciones necesarias para su aplicación

La STS, Sala de lo Contencioso, sección 5.ª, de 11 de noviembre de 2009 (ROJ: STS 8608/2009) Recurso: 188/2006, considera que el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprobó el Programa de Renovación de la Flota de Helicópteros Policiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y se autoriza al Ministerio del Interior para realizar las actuaciones necesarias para su aplicación, presenta una naturaleza compatible con el ámbito de la actuación administrativa y, por tanto, es susceptible de enjuiciamiento jurisdiccional.

Del examen del Programa se extrae una serie de datos de los que poder deducir la auténtica naturaleza jurídica del Programa, perfectamente compatible con el ámbito de la actuación administrativa y con la consiguiente posibilidad de su enjuiciamiento jurisdiccional, rechazando, así la inadmisibilidad planteada.

En la Exposición del Acuerdo del Consejo de Ministros aprobatorio del Programa existe una alusión implícita y otra explícita a la empresa que, como fabricante de los helicópteros, va a materializar el Programa; así, en el cuarto párrafo de la citada Exposición se expresa que

«la implantación del Programa tendrá un impacto industrial substancial, tanto cualitativa como cuantitativamente, en el desarrollo de la industria española de helicópteros. Es de resaltar que facilitará la consecución de una empresa española de ciclo completo, desde la ingeniería al apoyo logístico integral, consolidando una industria de helicópteros en España». Por otra parte, en el mismo texto del Programa existen alusiones concretas al tipo de helicóptero elegido, así como a la empresa que va a fabricarlo. Además, el Programa se articula y configura sobre la base de la previa elección de determinado helicóptero tipo y de la concreta empresa fabricante. Incluso llega a hacerse referencia al Centro y servicio de Mantenimiento posventa por parte de la empresa fabricante. También se hace referencia a los préstamos y retornos acordados entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y la empresa para el desarrollo tecnológico e industrial del programa de helicópteros. Igualmente se expresa que la financiación de las adquisiciones se efectuaría a cargo de los presupuestos del Ministerio del Interior. Por su parte, en el apartado de los Desarrollos Tecnológicos del Programa se mencionan el Convenio de Colaboración entre los Ministerios de Interior y de Ciencia y Tecnología en relación con el desarrollo de programas científicos y tecnológicos relacionados con la seguridad.

No estamos, pues, en presencia de un Programa inocuo desde la perspectiva de la programación de una determinada acción política, en la que se decide —y se programa temporal y económicamente— renovar la flota de helicópteros policiales del Ministerio del Interior, pues la citada renovación abarca a 48 (de los 53 existentes) helicópteros policiales del Ministerio del Interior; y lo cierto es que estamos en presencia de un Programa sólo materializable con un determinado tipo de helicóptero, previamente declarado uniforme, por precio ya establecido anualmente, a fabricar por una determinada empresa y durante un concreto y programado período de tiempo. Esto es, la conexión del Programa, que se impugna, con los anteriores concurso y adjudicación, devienen inescindibles o, dicho de otra forma, el Programa sería inoperante para la adquisición de otro tipo de helicóptero o con otro fabricante. Dicho de otra forma, utilizando el procedimiento contractual negociado sin publicidad [182.g) del TRLCAP], el Ministerio del Interior (mediante el correspondiente concurso) procedió a seleccionar un determinado tipo o modelo de producto —en este caso, de un helicóptero ligero polivalente policial— al amparo y con la finalidad de recurrir para su posterior contratación al mencionado procedimiento negociado sin publicidad; adjudicado el concurso se aprueba el Programa, si bien tomando en concreta consideración el helicóptero elegido y declarado uniforme así como la empresa fabricante y adjudicataria. No estamos, pues, en el marco de una política —entendida como la inspiración, orientación o directriz que rige la actuación de una entidad pública en un campo determinado—, ni en el de un plan —como conjunto de objetivos coordinados y ordenados temporalmente por la aplicación de una política—, ni, en fin, en el más cercano de un programa —o articulación de una serie de proyectos previstos en un área determinada—, sino en el de una concreta actuación administrativa por la que, en conexión con otras actuaciones coordinadas, se configura el contenido (contratante, objeto y precio) de una determinada relación contractual administrativa. Al examinar el Programa aprobado nos encontramos en presencia de un acto o de una actuación administrativa que produce las consecuencias jurídicas y económicas que ya conocemos por haberlas especificado. Y como tal, es posible proceder a su enjuiciamiento jurisdiccional.

- b) *El Acuerdo de la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados de archivo de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Oficina del Defensor del Pueblo, a pesar de provenir de una instancia parlamentaria, es susceptible de control jurisdiccional*

La STS, Sala de lo Contencioso, sección 1.ª, de 27 de noviembre de 2009 (ROJ: STS 7515/2009) Recurso: 603/2007 considera que el Acuerdo de la Comisión de Peticiones del

Congreso de los Diputados que ordena el archivo de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Oficina del Defensor del Pueblo, por no poder pronunciarse sobre el fondo del asunto, se trata de un acto parlamentario de naturaleza política, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.4 LOPJ y 69, letras a) y c), LJCA.

La Sala se enfrenta, pues, a un escenario asimétrico y defectuosamente dispuesto, donde se desarrolla un guión propio de su jurisdicción [artículo 2.e) LJCA] pero en el que uno de los papeles es representado por un actor que debe quedar al margen de su análisis crítico, por tratarse de un órgano permanente del Congreso de los Diputados, de composición estrictamente parlamentaria, y cuya tarea, de naturaleza esencialmente política, consiste en atender a las peticiones individuales o colectivas que se dirijan a la Cámara en ejercicio del derecho de petición, plasmado como fundamental en el artículo 29 CE (artículos 40.1, 46.2.3.^a y 49 del Reglamento del Congreso de los Diputados). Tal anomalía ha estado presente en el debate procesal y no puede quedar ausente del discurso de esta sentencia, que debe tomar nota de la intervención de una instancia no susceptible, en principio, de control jurisdiccional.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.3.a) de la 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. Y dentro de esta jurisdicción, corresponde a la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo, *ex* artículo 12.1.c) de la 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 de la LOPJ.

Pues bien, las actividades que realizan los órganos constitucionales que menciona el citado artículo 12.1.c) LJCA, 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 la 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.

Vistos los anteriores razonamientos, no cabe en este momento realizar un pronunciamiento que los contradiga, indicando, como pretende el Congreso de los Diputados, que el acto recurrido no es susceptible de control jurisdiccional por su carácter de acto político parlamentario, pues la responsabilidad patrimonial es siempre una actividad típica de «administración», siendo el tema debatido el de la «responsabilidad patrimonial contra la actividad administrativa desa-

rollada por el Defensor del Pueblo». Esta última afirmación trae implícitamente a colación el artículo 2.e) LJCA, conforme al que, 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.

Esta sentencia, tuvo, no obstante un Voto particular en el cual se manifiesta la discrepancia en cuanto a la inadmisibilidad del recurso y, en síntesis, considera que la decisión del Congreso de los Diputados (de cualquiera de sus órganos) que rechaza una solicitud de resarcimiento patrimonial como la formulada en este caso no puede integrarse en la categoría de «actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial» únicos actos y reglamentos en relación con los cuales corresponde a esta jurisdicción conocer de las correlativas pretensiones que se hayan deducido [artículo 1, apartado tres, letra a), LJCA] frente a actuaciones del Congreso de los Diputados. Las fronteras de nuestra jurisdicción se plasman en la LOPJ y en la LJCA y fuera de las atribuciones que éstas nos confieren carecemos de base o cobertura para enjuiciar los actos y disposiciones de los demás órganos del Estado. Todo ello sin perjuicio de que quienes se consideren dañados patrimonialmente por los actos de las instituciones referidas en aquel artículo y apartado puedan dirigirse al Consejo de Ministros como centro de imputación de la responsabilidad. En realidad la propia decisión mayoritaria del Pleno así lo viene a reconocer en cierto modo cuando afirma literalmente que «no nos corresponde pronunciarnos sobre la resolución de la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados», que era el acto contra el que se dirigía el recurso contencioso administrativo. La traducción procesal de esta afirmación debió ser, en opinión de los suscriptores del voto, la declaración de inadmisibilidad —y no la desestimación— del recurso mismo.

c) No procede la impugnación de normas con un contenido omitido pero ya contenido en regulación anterior

La STS, Sala de lo Contencioso, sección 3.ª, de 17 de febrero de 2010 (ROJ: STS 453/2010) Recurso: 33/2008, analiza un supuesto en el que la parte pretende anular un precepto no por lo que establece sino por lo que omite.

El planteamiento argumental de la recurrente no impugna la disposición transitoria por lo que establece sino por lo que omite. Pretende que se anule no porque su contenido sea ilegal sino para que se configure como obligatoria la asunción de determinados sobrecostes a cargo de las Administraciones territoriales. Pero la Sala considera que si, como sostiene la parte recurrente, la obligación es ya exigible sobre la base de elementos normativos anteriores, el silencio de esta norma no obsta a su exigibilidad.

Si la recurrente considera que la obligación es ya exigible según nuestro ordenamiento a partir de elementos normativos anteriores al Real Decreto impugnado, el hecho de que se silencie en él no obstaría a su exigibilidad. Por otro lado, en la hipótesis de que existiera aquel deber de resarcimiento podrían ser varias las vías para llevarlo a cabo, entre ellas también la firma de los convenios de colaboración. En efecto, al margen de que las Comunidades Autónomas pudieran prever otros mecanismos (por ejemplo, presupuestarios) para sufragar los sobrecostes

derivados de sus propias normas en materia de calidad de la distribución eléctrica, no cabe duda de que la disposición adicional quinta del Real Decreto se limita, sin exclusión de otros, a habilitar un instrumento paccionado que es también idóneo para aquella finalidad. La previsión del pacto no es en sí misma contraria a derecho y no puede, en consecuencia, ser anulada.

D) Procedimiento

- a) *El plazo para la impugnación de Normas Forales de las Juntas Generales debe computarse desde la publicación en el Boletín Oficial correspondiente*

En el asunto analizado por la **STS, Sala de lo Contencioso, sección 2.ª, de 9 de diciembre de 2009** (ROJ: STS 8572/2009) Recurso: 4146/2004, la Sala de instancia no apreció la extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo al entender que el requerimiento de derogación del apartado 2 del artículo 2 y del apartado 5 del artículo 3, formulado por la Administración General del Estado, al amparo del artículo 44 LJCA a las Juntas Generales, resulta aplicable al ejercicio de la potestad normativa de las Juntas Generales, lo que traslada el cómputo del plazo a partir de la fecha del acuerdo de rechazo de éste, por ser aquellas Administración Pública a efectos de impugnación de la normativa que dictan. Sin embargo, el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción contempla los litigios entre Administraciones Públicas, no entre 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.

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. La Sala de Instancia, aunque no cuestiona el alcance de las disposiciones adicionales citadas, pone en duda que la adición interpretativa alcance a las previsiones del conflicto interadministrativo del artículo 44, cerrando la vía del previo requerimiento cuando de lo que se trata es de la pretensión de una Administración de que se derogue una disposición general de rango inferior a la Ley procedente de uno de los órganos o instituciones incluidos en el artículo 1.3. Para la Sala «a estos efectos la expresión Administraciones Públicas tiene un sentido más general que no debe excluir esa posibilidad de requerimiento de derogación y búsqueda de previa composición entre los contendientes y superación de litigios, sino que debe englobar a los sujetos pasivos del proceso que designa el artículo 21.1.a) en la medida en que sean autores de la disposición impugnada».

Esta interpretación no es compartida por el Alto Tribunal. 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 con relación a los Territorios Históricos del País Vasco y 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 del 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 LJCA, 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) No cabe utilizar el requerimiento previsto en el artículo 44 LJCA para reabrir o prolongar un plazo ya caducado*

La STS, Sala de lo Contencioso, sección 3.ª, de 16 de febrero de 2010 (ROJ: STS 452/2010) Recurso: 27/2008 considera inadmisibile el recurso interpuesto respecto de aquellos preceptos que no fueron impugnados directamente dentro de plazo ni se incorporaron al requerimiento.

El requerimiento que el artículo 44 LJCA prevé para los litigios entre Administraciones públicas es potestativo, una vez que ha quedado suprimido el recurso administrativo para estos casos. Se quiere decir, pues, que si una Administración pretende impugnar una disposición general de otra puede elegir entre la interposición directa del recurso contencioso o el previo requerimiento, debiendo atenerse en uno y otro caso a los plazos que el artículo 46.6 le impone.

Si la Administración impugnante opta por la primera alternativa (recurso directo contra la disposición), ha de hacerlo en el plazo de dos meses desde su publicación. Si opta por la segunda (requerimiento), este plazo se computa desde el día siguiente a aquel en que reciba la comunicación del acto expreso o se entienda presuntamente rechazado. Cuando, como aquí ocurre, el requerimiento de anulación va dirigido tan sólo contra preceptos singulares de una disposición general, la «ampliación» del plazo ordinario para recurrirla en vía judicial se extenderá tan sólo a aquellos preceptos, no al conjunto de la disposición general.

El requerimiento formulado por la Comunidad Autónoma recurrente para que fueran anulados diversos preceptos del Real Decreto impugnado no hubiera impedido a la Administración requirente interponer, en el plazo de dos meses, el recurso contencioso contra esta misma disposición reglamentaria en su totalidad. Si la ausencia de requerimiento no impediría la pretensión impugnatoria global, la interposición potestativa de aquél tampoco puede significar su exclusión en sede jurisdiccional. Con o sin requerimiento previo, la Comunidad Autónoma podría haber instado de esta Sala tanto la nulidad de diversos preceptos del Real Decreto como la de éste en su conjunto. Pero todo ello, se insiste, dentro del plazo legal de dos meses a contar desde la publicación del Real Decreto. Lo que no cabe es utilizar el requerimiento —limitado en los términos ya expuestos— para reabrir o prolongar un plazo ya caducado. Dado que en aquél no se había instado la anulación de todo el Real Decreto y que la Administración requirente optó por esperar a que se produjera la respuesta de la requerida, el plazo de dos meses a partir de dicha respuesta, expresa o presunta, sólo es aplicable a los preceptos cuya nulidad fue instada. Respecto de los demás, y del Real Decreto en su conjunto, el recurso jurisdiccional es inadmisibile.

- c) Prueba*

- a') No es admisible la prueba testifical-pericial que se limita a ofrecer opiniones jurídicas

La STS, Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª, de 23 de febrero de 2010 (ROJ: STS 1229/2010) Recurso: 2646/2008, tras rechazar una posible causa de inadmisibilidat del recurso por falta de

invocación de los motivos en que se sustenta, al poderse deducir éstos tanto de los argumentos utilizados como del escrito de preparación, rechaza, entre otros motivos del recurso, que se haya incurrido en arbitrariedad al valorar la pericial-testifical, puesto que su contenido, en vez de criterios científicos se limitaba a verter opiniones jurídicas. Considera la Sala que la forma en que se valora la prueba es correcta pues la pericial viene a constituir una opinión jurídica sin que se haya ofrecido pericial respecto a razones científicas y el testigo-perito no ofrece hechos de los que puedan deducirse las consecuencias pretendidas por la parte recurrente.

- b') El interrogatorio con garantías procedimentales es admisible como medio de control antidopaje

La STS, Sala de lo Contencioso, sección 4.^a, de 27 de enero de 2010 (ROJ: STS 231/2010)
Recurso: 19/2008 analiza un supuesto en el que la sentencia de instancia anula una sanción impuesta a unos deportistas por impedir el control de dopaje, al entender que, si bien el interrogatorio es admisible como medio de control antidopaje, su práctica debía haberse sometido a las garantías propias del procedimiento administrativo sancionador. La Administración recurrente en casación en interés de ley entiende que tal doctrina debe revestir mayores matices, pero al hacerlo, ha pretendido la fijación de una doctrina legal cuya generalidad impide estimar el recurso, pues no es función de la Sala reformular la doctrina legal pretendida. No obstante, la Sala de casación deja apuntados algunos matices de interés sobre el control antidopaje.

En lo que aquí interesa que el deportista puede objetar lícitamente su negativa a responder a ciertas solicitudes de información. Es más, del conjunto del ordenamiento jurídico se desprende con toda seguridad que no toda información puede ser lícitamente solicitada e, incluso, que frente a alguna o algunas cuya solicitud fuera lícita no cabría negar, siempre o de raíz, la posibilidad de oponer una lícita negativa a responder. Por otra parte, la naturaleza jurídica de las actuaciones administrativas en que se plasma o lleva a efecto el control del dopaje no es siempre la misma, ni su naturaleza sancionadora puede ser excluida de raíz para todos los casos. Serán las concretas circunstancias que concurran en esas actuaciones las que permitirán decidir con acierto si su ejecución o práctica ha de estar gobernada o no por los principios propios del procedimiento sancionador.

E) Presupuestos del planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJCE

La STS, Sala de lo Contencioso, sección 4.^a, de 11 de febrero de 2010 (ROJ: STS 755/2010)
Recurso: 160/2007, descarta el planteamiento de cuestión prejudicial, ya que no se está ante conceptos jurídicos de diversa interpretación en el Derecho español y en el comunitario, ni existe riesgo de interpretación divergente de las normas comunitarias por los jueces nacionales.

Los aspectos sometidos a control ante la jurisdicción contencioso administrativa no son de oportunidad sino de legalidad. Incumbe a la parte que recurre acreditar que una norma de inferior rango quebranta otra de rango superior. Ante la falta de alegato respecto a que los preceptos del real decreto impugnado vulneren una norma legal habrá que contrastar si respetan el Derecho comunitario cuya primacía resulta indiscutible. Sobre la viabilidad o no del planteamiento de la cuestión prejudicial, no hay duda de que el Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional que en nuestro ordenamiento se pronuncia en única instancia en relación con los recursos que se deduzcan en relación con disposiciones del Consejo de Ministros, tiene potestad para aceptar o rechazar el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Además, puede no sólo acoger una u otra de las fórmulas manifestadas por la parte expresándola en la forma que reputa adecuada a la resolución del litigio sino también dirigir las preguntas que entienda como convenientes para esclarecer el caso.

Para aceptar o no el planteamiento debe tenerse presente la propia doctrina del Tribunal de Justicia. Así en la Sentencia de 12 de junio de 2008, asunto 458/2006 *Skatteverket* con cita de otras muchas (ap. 23). «La obligación de someter una cuestión al Tribunal de Justicia, prevista en el párrafo 3.º artículo 234 CE se inscribe en el marco de la colaboración entre los órganos jurisdiccionales nacionales, en su condición de jueces encargados de aplicar el Derecho comunitario y el Tribunal de Justicia, establecida a fin de garantizar la aplicación correcta y la interpretación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros. Esta obligación tiene por objetivo principal impedir que se consolide en un Estado miembro cualquiera una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del Derecho comunitario». En fecha más reciente la Sentencia de 19 de noviembre de 2009, asunto 314/08, *Krzysztof Filipiak*, recuerda que «según reiterada jurisprudencia, en el marco del procedimiento establecido por el artículo 234 CE, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia» (apartado 40). Y en la misma sentencia, apartado 42, plasma jurisprudencia anterior en el sentido de que la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional «sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas, la cuestión es general o hipotética». Insiste en que según jurisprudencia reiterada «el Tribunal de Justicia no es competente, en el marco de la aplicación del artículo 234 Tratado de la Unión, para pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario. No obstante, el tribunal de Justicia puede deducir del texto de las cuestiones formuladas por el juez nacional, a la luz de los datos expuestos por éste, los elementos que dependen de la interpretación del Derecho Comunitario, a fin de permitir a dicho juez resolver el problema jurídico del que conoce» (Sentencia del citado Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 2003, asunto *Köbler*, con cita de otro anterior los acumulados 332, 333 y 335 de 1992, *Eurico Italia* y otros concluso por Sentencia de 3 de marzo de 1994). Posición asumida reiteradamente por este Tribunal (STS de 3 de noviembre de 2008, recurso de casación 2916/2004 con cita de otras anteriores), al afirmar que los jueces nacionales, en nuestra condición de jueces comunitarios, estamos obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su supraordenación al Derecho interno conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

A la vista de lo expuesto la Sala rechaza el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria, justamente con base en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, antes de las Comunidades, expresada en el asunto 283/81 *CILFIT* de 6 de octubre de 1982, citada de nuevo en el asunto 224/01 de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*. Considera que resulta innecesario el reenvío al evidenciarse con toda nitidez cómo deben ser interpretados los preceptos del real decreto cuestionados sin que incida en una interpretación no uniforme o divergente del Derecho comunitario a aplicar por los órganos jurisdiccionales nacionales, que es el fin último a evitar con la cuestión prejudicial.

F) Sentencias: no hay incongruencia omisiva por no responder a una petición de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad

La STS, Sala de lo Contencioso, sección 4.ª, de 10 de noviembre de 2009 (ROJ: STS 7523/2009) Recurso: 5974/2007, considera que no se incurre en incongruencia omisiva por

el hecho de no responder la Sala de instancia a una petición de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, por los siguientes motivos.

La Comunidad Autónoma recurrente, bien pudo plantear por sí misma ante el Tribunal Constitucional sus dudas acerca de la constitucionalidad de la Ley controvertida haciendo uso para ello de la facultad que posee legalmente reconocida de interponer recurso de inconstitucionalidad si entendía que podía afectar a su propio ámbito de autonomía, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, una vez que este precepto de la Ley Orgánica hizo efectiva la habilitación reconocida por el número 2 del artículo 162 de la Constitución. Además, el hecho de que la Sala de instancia no aceptase la pretensión para que plantearse la cuestión pretendida frente a la Ley citada no es más que el tácito rechazo de esa pretensión expresada en el hecho de que resolvió cuantas cuestiones se le plantearon acerca de las posibles infracciones en que el Decreto recurrido incurría, a su juicio, de modo que de forma evidente estaba poniendo de relieve que no tenía duda alguna acerca de la constitucionalidad de la Ley con la que se confrontaba el Decreto.

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 la Sala pudiera adoptar tal decisión puesto que la Sala del Tribunal Supremo no alberga duda alguna acerca de que la Ley en cuestión pueda ser contraria a la Constitución.

G) Ejecución de sentencia

- a) *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*

Cuando el recurso de casación se interpone contra autos dictados en ejecución de sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87.1.c) LJCA, sólo puede invocarse como fundamento de la casación que dicha resolución haya resuelto cuestiones no decididas, directa o indirectamente en aquélla o que se contradigan los términos del fallo que se ejecuta y, por tanto, los motivos de casación se han de articular a partir de ese presupuesto inexcusable e ineludible. De manera que el citado artículo 87.1.c) 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». De manera que en este tipo de recursos no se trata de enjuiciar la actuación del Tribunal *a quo*, bien al juzgar bien al proceder, objetivo al que responden los motivos del artículo 88.1 LJCA, sino de garantizar la exacta correlación entre lo resuelto en el fallo de la sentencia y lo ejecutado en cumplimiento de él.

En este sentido, la STC núm. 99/1995, de 20 de junio, nos ha indicado que «la simple lectura de tales causas evidencia, pues, que la única finalidad que persiguen este tipo de recursos radica, estrictamente, en el aseguramiento de la inmutabilidad del contenido de la parte dispositiva del título objeto de ejecución, evitando, de este modo, que una inadecuada actividad

jurisdiccional ejecutiva pueda adicionar, contradecir o desconocer aquello que, con carácter firme, haya sido decidido con fuerza de cosa juzgada en el previo proceso de declaración».

Así las cosas, la **STS, Sala de lo Contencioso, sección 5.ª, de 19 de febrero de 2010** (ROJ: STS 889/2010) Recurso: 3656/2008, considera que esta configuración general del recurso de casación contra las resoluciones dictadas en ejecución de sentencia se torna más angosta cuando se trata de la impugnación de autos que fijan la cuantía de las indemnizaciones, pues reiterada jurisprudencia de esta Sala viene declarando 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, como es el caso, se proceda, entonces, a establecer la indemnización correspondiente ya que la sentencia no puede ser objeto de cumplimiento pleno (artículo 105.2 LJC). En este sentido, el Alto Tribunal viene declarando que «(...) abundan en este criterio las Sentencias de 26 de septiembre de 2006, 12 de diciembre de 2006 y 16 de marzo de 2007, según las cuales, “es igualmente doctrina jurisprudencial reiterada, por todas citaremos las Sentencias de 28 de febrero de 2003 (Rec. Cas. 1237/00) y 15 de febrero de 2006 (Rec. Cas. 1260/02) que no es admisible el recurso de casación contra Auto dictado en ejecución de sentencia cuando el mismo se limita a concretar el *quantum* a percibir, pues como decíamos en aquellas sentencias, remitiéndonos a la de 27 de julio de 2001, el *quantum* indemnizatorio es una cuestión de hecho que no puede ser traída a casación”» (STS de 24 de junio de 2008 dictada en el recurso de casación núm. 11456 / 2004).

Ahora bien, la anterior determinación general que excluye la fijación de la indemnización del debate casacional es matizada en un doble sentido. En primer lugar, cuando el concepto por el que se indemniza no guarde relación con el derecho reconocido en la sentencia, o no se ajuste a las bases establecidas en ésta para el cálculo de la indemnización (STS de 26 de diciembre de 2007 dictada en el recurso de casación núm. 4365/2007). Dicho de otra forma, cuando al fijar la cuantía de la indemnización en ejecución de sentencia, la Sala de instancia se hubiese apartado de los conceptos indemnizables establecidos en la sentencia que se cumple, en cuyo caso se incurriría en la desviación o extralimitación que el recurso de casación trata de evitar (STS de 26 de junio de 2007 dictada en el recurso de casación núm. 10959/2004). Y, en segundo lugar, cuando la indemnización fijada vulnera la proporcionalidad por ser, ya sea por exceso o por defecto, desproporcionada en comparación con el contenido material de aquel derecho, pues en tales casos se trataría de una indemnización que no da ejecución al título que debe ser cumplido (STS de 22 de diciembre de 2003 dictada en el recurso de casación núm. 1862/2001).

La determinación de la cuantía de la indemnización que procede por no poder ser objeto de cumplimiento pleno la sentencia, como dispone el artículo 105.2 LJCA, no puede ser combatida en casación, salvo, en lo que hace al caso atendidos los términos del escrito de interposición, que se vulnere la proporcionalidad. Se trata, únicamente, de evitar excesos o desproporciones de poder en la ejecución, que es cualitativamente diferente a las tradicionales funciones nomofáctica y uniformadora del recurso de casación.

Que la parte ahora recurrida, que realizó la construcción cuya licencia fue anulada judicialmente aunque posteriormente fuera legalizada la obra, abone parte de la indemnización como postula el Ayuntamiento recurrente, es una cuestión que tiene difícil encaje en este recurso de casación contra autos dictados en ejecución de sentencia que pretenden únicamente salvaguardar la indemnidad de la sentencia. Pero es que, además, es el Ayuntamiento el que dictó un acto administrativo —licencia de obras— contrario al ordenamiento jurídico que fue anulado en sentencia judicial firme, y fue también el mismo Ayuntamiento el que ha legalizado la obra

ejecutada al amparo de un acto anulado porque dicho Ayuntamiento había aprobado un nuevo planeamiento que facultaba tal solución. De modo que a él, y sólo a él, le corresponde responder de las indemnizaciones derivadas del imposible cumplimiento de la sentencia firme.

b) Plazo y legitimación para instar la ejecución: no es de aplicación supletoria la LEC

La STS, Sala de lo Contencioso, sección 5.ª, de 25 de noviembre de 2009 (ROJ: STS 7884/2009) Recurso: 6237/2007, destaca la presencia siempre de un interés público —junto a un eventual interés privado— en el recurso contencioso- administrativo, frente a «un proceso como el civil en el únicamente se plantea una contienda entre intereses privados». Al ejecutarse una sentencia condenatoria de la Administración y dictada por este orden jurisdiccional se parte de la premisa de una actuación administrativa disconforme a derecho, siendo el interés público el que exige que se rectifique —y no se mantenga— la actuación disconforme al Ordenamiento jurídico ya que la Administración debe servir con objetividad a los intereses generales y de conformidad con los principios que se mencionan en el artículo 103 de la Constitución Española. Repugnaría a tales principios el que la inactividad de la Administración en cumplir una sentencia durante cinco años quedase premiada con el mantenimiento de la eficacia de un acto declarado ilegal por sentencia firme.

La idea de la consecución de los intereses generales preside, sin duda, toda la actuación administrativa, que es el objeto de las pretensiones que se deducen en este orden jurisdiccional; mas, siendo ello cierto, también lo es que en algunos procedimientos civiles (reivindicaciones frente al dominio público, cuestiones relativas a la situación personal, etc.) subyacen unos importantes intereses generales que, sin embargo, estarían sujetos al plazo de caducidad de los cinco años previsto en el artículo 518 LEC.

Nos encontramos en presencia de dos procedimientos —el contencioso- administrativo y el civil— que cuentan con estructuras diferentes y están —en principio— presididos por principios distintos. A pesar de que la propia Exposición de Motivos (penúltimo párrafo del apartado I) señala que la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es continuista en relación con la anterior Ley de 1956 («... porque mantiene la naturaleza estrictamente judicial que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ya tenía en la legislación anterior y que la Constitución ha venido a consolidar definitivamente; porque mantiene asimismo el carácter de juicio entre partes que el recurso contencioso-administrativo tiene...»), lo cierto y verdad es que el principio dispositivo, propio e intrínseco en la jurisdicción civil, al menos se modula —de forma significativa— en este orden jurisdiccional. Efectivamente ello es lo que acontece en el inicio de la ejecución de la sentencia firme aquí controvertida, pues frente a la necesidad de solicitud de parte —mediante nueva demanda— en el procedimiento civil, en el recurso contencioso-administrativo es el Tribunal de oficio el que está obligado a iniciar el Incidente de ejecución de sentencia. La Ley, en su actual artículo 104, no exige, como hacía el texto de 1956, la necesidad de remitir a la Administración «un testimonio en forma de la sentencia», limitándose a exigir la comunicación de la sentencia «en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso»; (testimonio que, sin embargo, sí se exige en la disposición adicional tercera de la Ley en relación con el nuevo Registro de sentencias el Consejo General del Poder Judicial). En la redacción dada al artículo 104.1 LJCA por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, la competencia para llevar a cabo tal comunicación corresponde al Secretario Judicial, señalándose al respecto que «Luego que sea firme una sentencia, el Secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, una vez acusado recibo de la comunicación en idéntico plazo desde la recepción, la lleve a puro y debido efecto y practique

lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél».

No es, pues, el momento de la notificación de la sentencia al representante procesal de la Administración el que determina el inicio del cómputo del plazo para la ejecución voluntaria de la sentencia por parte de la Administración demandada, ya que tal momento será el de la comunicación «realizada de oficio» de la misma sentencia al órgano «que hubiere realizado la actividad objeto del recurso», comunicación que habrá de llevarse a cabo, por parte del Secretario del órgano judicial competente para la ejecución, en el plazo de diez días a computar desde el momento de la recepción de los autos en el órgano judicial que dictó la resolución judicial inicial, en los supuestos en los que la firmeza venga determinada por la finalización de la tramitación de los recursos deducidos contra la inicial sentencia. El mismo precepto, por ello, exige a la Administración receptora de la comunicación que, «en idéntico plazo —de diez días— desde la recepción», proceda a remitir el correspondiente acuse de recibo de la comunicación remitida del órgano judicial con potestad para la ejecución de la sentencia. Queda, pues, un evidente margen en poder de la Administración para, mediante la expresada exigencia del acuse de recibo de la comunicación judicial, concretar la fecha de inicio de cómputo del plazo para la ejecución voluntaria. Como vemos, en toda dicha actuación no existe intervención de la parte recurrente, por cuanto se trata de una actuación de oficio del Tribunal que debería determinar —igualmente sin intervención de parte— la inmediata ejecución de la sentencia. Estructura, pues, y principios distintos del procedimiento civil, cuyo plazo de caducidad de cinco años para la ejecución de las sentencias se pretende aplicar —de forma improcedente— a la ejecución de las dictadas en el recurso contencioso-administrativo.

A lo anterior se añaden otros datos que igualmente conducen a poner de manifiesto las diferencias procedimentales que hacen inviable la aplicación supletoria del artículo 518 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) a la ejecución de las sentencias dictadas por este orden jurisdiccional. En tal sentido debemos partir de la potencialidad del vigente artículo 103.1 LRJCA —que transforma la potestad de ejecutar las sentencias en potestad jurisdiccional— y, sobre todo, del sentido de la comunicación (artículo 104.1) que —de oficio— y luego que sea firme la sentencia, el Tribunal (a través de su Secretario) remite al órgano que hubiere realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que lleve la sentencia «a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo». Obvio es, pues, que tal comunicación, y el mandato jurisdiccional que contiene, lleva implícita la potestad del Tribunal de comprobar —sin necesidad de ser excitado a ello por parte o afectado alguno— el efectivo cumplimiento de la sentencia. Sería un contrasentido ampliar la legitimación para la ejecución de las sentencias, como a continuación veremos, a personas afectadas por ella, que no han sido parte en el litigio, e impedir, al mismo tiempo, que el Tribunal que ha resuelto el litigio lo pueda realizar de oficio en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Repárese, por otra parte, en los términos tan contundentes en los que se expresa el artículo 108 de la misma LRJCA; precepto que limita la necesidad de la «instancia de los interesados» al concreto supuesto que se contempla en el apartado 2 del precepto, esto es, cuando «la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo», lo cual resulta lógico por cuanto en este concreto supuesto —como en el paralelo contemplado en el artículo 103.4 y 5—, en realidad, se está ejercitando una nueva —si se quiere, complementaria o derivada— acción anulatoria jurisdiccional y, no sólo, instando la ejecución de una sentencia. Y, por último, repárese, igualmente, cómo en el artículo 112, en el que se regulan algunas de las «medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado» tampoco el legislador exige su solicitud por los interesados o afectados por la sentencia, sino, simplemente, «la audiencia previa de las partes».

Pero más significativa aún resulta la ampliación, en el ámbito de la legitimación para solicitar la ejecución de las sentencias, introducida por la LRJCA. Con independencia de todo lo anterior, el inicio de estos trámites tendentes a ejecutar forzosamente una sentencia dictada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de conformidad con lo establecido en el nuevo artículo 104.2 del texto legal, requiere una actuación bien por «cualquiera de las partes» procesales (esto es, que hubieran tenido tal consideración dentro del procedimiento contencioso en el cual haya sido dictada la sentencia), o bien, en segundo lugar, por parte de cualesquiera otras «personas afectadas»; actuación consistente en instar formalmente el inicio de la ejecución forzosa. De esta forma, como decimos, el legislador amplía considerablemente la legitimación para llevar a cabo la solicitud de ejecución forzosa de las sentencias, por cuanto no limita ésta a quienes exclusivamente hubieran sido partes en el procedimiento, sino que, como bien se expresa, se amplía a las personas afectadas por la sentencia dictada. Legitimación, obviamente, inviable en el procedimiento civil.

Y, a todo lo anterior, se añaden las concretas especialidades que la ejecución de las sentencias de este orden jurisdiccional pueden implicar, como son las relativas a la determinación de la existencia de causa de imposibilidad de ejecutar la sentencia, debiendo recordarse la reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de que «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario u otro tipo de prestación. De acuerdo con lo anterior, el legislador puede establecer, sin afectar al contenido esencial del derecho, los supuestos en que puede no aplicarse el principio de identidad y sustituirse por una indemnización. Ahora bien, tal sustitución ha de realizarse por los cauces legalmente previstos, de manera que no suponga una alteración del fallo contrario a la seguridad jurídica”.

H) Medidas cautelares

a) *Prevalecen los intereses relativos a la protección del medio ambiente sobre los referentes al desarrollo urbanístico*

Las medidas cautelares están concebidas para asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando que el transcurso del tiempo ponga en peligro el cumplimiento de la resolución de terminación de éste. Dicho en términos legales, estas medidas pretenden «asegurar la efectividad de la sentencia» (artículo 129 LJCA). Con tal propósito, el riesgo derivado de la duración del proceso, el *periculum in mora*, se erige, en el artículo 130 de la citada Ley Jurisdiccional, como uno de los presupuestos esenciales para la adopción de la medida cautelar, al tener que tomar en consideración, en la decisión cautelar, que «la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». La medida cautelar, por tanto, intenta salvaguardar que la futura sentencia pueda ser cumplida, y que su pronunciamiento tenga un efecto útil, soslayando que se produzcan situaciones irreversibles. El criterio de la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, por su parte, es, en este sentido, adicional o suplementario al de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, como señala la Sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 2003 (recurso de casación núm. 5648/2000) destacando que «El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: “al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego”».

Teniendo presente estos argumentos, la **STS, Sala de lo Contencioso, Sección 5.ª, de 29 de enero de 2010** (ROJ: STS 298/2010), Recurso: 5877/2008, estima el recurso de casación interpuesto por una Comunidad Autónoma contra sendos autos del Tribunal Superior de Justicia que desestimaron la petición de suspensión cautelar de un Plan Parcial y de un Plan Especial aprobados por un Ayuntamiento. El Tribunal Supremo acuerda la suspensión de ambos instrumentos de planeamiento por dos motivos.

Primero, porque 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). La confrontación es entre la defensa del medio ambiente, que precisa de una evaluación ambiental previa a la aprobación de los planes impugnados en el recurso contencioso administrativo, y el interés público que ampara el Ayuntamiento recurrido en la ejecutividad de los planes de ordenación aprobados en los que está latente el interés general de la no suspensión de las disposiciones de carácter general, y concretamente en el ámbito urbanístico a ejecutar lo proyectado. La confrontación de los intereses públicos enfrentados, como se ha dicho, lleva a la Sala a estimar el recurso de casación porque el interés medioambiental resulta prevalente en un caso como el examinado en el que no tienen una presencia potente los intereses públicos de índole local alegados.

Tradicionalmente se ha venido entendiendo, por todas Sentencias de 17 de octubre de 2001 (recurso de casación núm. 5813/1999) que los instrumentos de planeamiento no eran objeto normalmente de suspensión porque «lo que aquí se impugna son unas Normas (...), es decir, una disposición de carácter general. Y es constante la jurisprudencia de este Tribunal Supremo según la cual no debe suspenderse como regla general la ejecución de los Planes de Urbanismo, porque en su ejecución está implícito un evidente interés público (SSTS 31 de mayo de 1995, 4 de septiembre de 1992, 13 de julio de 1993 y 10 de octubre de 1995, entre otras)». Esta doctrina, no obstante, ha sido matizada en los casos como el ahora examinado en que los intereses enfrentados eran todos de carácter público por representar intereses generales diferentes, es el caso de la Sentencia de 21 de enero de 2009 (recurso de casación núm. 5152 / 2007) que desestima el recurso de casación interpuesto contra la suspensión cautelar acordada por la Sala de instancia de un instrumento de planeamiento. Téngase en cuenta, además, la incidencia de lo proyectado —la construcción de viviendas adosadas— y el probable destino de éstas —su uso en temporada estival— que invoca la recurrente, teniendo en cuenta el anuncio publicado en el Boletín Oficial de Pontevedra de 29 de junio de 2007.

En segundo lugar, porque 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, y en la Ley homónima 9/2006, de 28 de abril, a la que dio lugar. Se trata, en definitiva, de garantizar que se han valorado las repercusiones que sobre el medio ambiente tienen los diferentes proyectos de cambio que actúan sobre el territorio. La toma de decisiones de orden urbanístico se verá, sin duda, complementada y enriquecida mediante la introducción de esta información ambiental que permita alcanzar conclusiones más racionales, eficaces y sostenibles. En este sentido, los intereses públicos relativos al desarrollo urbanístico, en los términos que ahora se plantean, resultan de intensidad inferior a los relacionados con el medio ambiente y su preservación, que impulsan el desarrollo por la senda de lo razonable y sostenible.

- b) *Quien propone la adopción de la medida debe probar, más allá de las alegaciones genéricas, los perjuicios de difícil o imposible reparación que ocasiona el acto administrativo recurrido*

Es principio conocido que 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 se habrían de producir.

Bajo esta premisa, la **STS, Sala de lo Contencioso, sección 4.ª, de 3 de febrero de 2010** (ROJ: STS 567/2010) Recurso 927/2008, analiza el supuesto de unas medidas cautelares en una campaña realizada por una Administración autonómica sobre afectividad y sexualidad a niños de educación primaria y sobre prevención del virus VIH a alumnos de secundaria. La Sala de casación confirma el criterio de la de instancia, denegatorio de la petición de suspensión de la campaña, 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. Compartiendo por otra parte el juicio de ponderación de intereses realizado por la Sala de instancia, que apreciaba el interés general en informar a los destinatarios de la campaña de ciertas realidades con las que se pretende que convivan con naturalidad.

La parte recurrente alegó que la campaña vulneraba la Ley de publicidad institucional, que los folletos infringían la libertad sexual y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los menores, y el Código Penal en cuanto a la edad para la determinación sexual cuyo límite se fija en los trece años y que, además, infringían las normas sobre veracidad de la publicidad en materia de salud e inducían a error en relación con la seguridad de los preservativos tanto masculinos como femeninos, vulnerando también el pluralismo político y la libertad ideológica que garantiza el Estatuto de Autonomía. Sin embargo, la Sala mantuvo que esos intereses que alegaban los recurrentes no eran merecedores de ser acogidos porque no se concretaban suficientemente, y sólo se hacían sobre ellos afirmaciones genéricas, alegaciones carentes de respaldo alguno, opiniones que en definitiva no demostraban los perjuicios irreparables que la no suspensión habría de producir, mientras que, a su juicio, de procederse a la suspensión pretendida sí se vería perjudicado el interés general que la campaña pretendía satisfacer y que defendía la Administración que la impulsaba de mostrar a los niños y a los adolescentes a los que se dirigía, a través de la utilización de las publicaciones que se distribuirían a los educadores, cuestiones que resultaban de interés que conocieran en su beneficio, y en función de la edad de cada uno de los grupos de población a que se dirigían, relativas al conocimiento de realidades a las que iban a ir despertando y con las que se pretendía que convivieran con naturalidad.

- c) *Procede la suspensión de una sanción federativa de inhabilitación temporal para el ejercicio de la caza*

La tutela cautelar demanda como regla que el actor, si llegara a ver estimado su recurso, pueda disfrutar entonces del mismo derecho del que fue privado por la resolución administrativa que impugna, de suerte que la finalidad legítima del recurso, a la que se refiere el inciso final del artículo 130.1 LJCA no queda en sí misma preservada o garantizada por el solo hecho o circunstancia de que al final del proceso pueda percibir aquél el equivalente económico de su derecho.

Desde esta premisa, la **STS, Sala de lo Contencioso, sección 4.ª, de 24 de noviembre de 2009** (ROJ: STS 7286/2009) Recurso: 5539/2008, considera adecuada la suspensión de la ejecutividad de la resolución del Comité disciplinario de la Real Federación Española de Caza

que impuso al recurrente la sanción de inhabilitación temporal de sus derechos federativos, por cuanto ha de garantizarse que el actor, en caso de estimación, pueda disfrutar del derecho de que fue privado por la resolución administrativa, no bastando a tal efecto con la posibilidad de percibir un equivalente económico. Además, considera que su inmediata ejecución podría acarrear al sancionado perjuicios de imposible o difícil reparación, en relación con la imposibilidad de renovar el título de campeón y la pérdida de ingresos publicitarios.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Inadmisión: Defectuosa preparación

La **STS, Sala de lo Contencioso, sección 5.^a, de 6 de noviembre de 2009** (ROJ: STS 6673/2009) Recurso: 5507/2005, considera deficientemente formalizado el recurso por los siguientes motivos.

Porque no se especifica con la mínima concreción exigible al amparo de qué subapartado del artículo 88.1 LJCA se formula el motivo, pues lo único que dice la parte recurrente es que la sentencia es susceptible de ser recurrida en casación «conforme a lo dispuesto en los artículos 88.1.a), c), y d); 88.2 y demás de aplicación de la Ley 28/1998», pero no concreta a cuál de esos subapartados reconduce sus posteriores alegaciones. No cabe, así las cosas, sino recordar que esta Sala ha dicho en multitud de resoluciones que resulta inapropiado fundar una misma infracción, simultáneamente, en varios apartados del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, que tipifican motivos de casación de diferente naturaleza y significación.

Por lo que respecta a la cita de las normas que se entienden infringidas por la sentencia de instancia (carga procesal exigida por el artículo 92.1 LJCA), la parte recurrente tan sólo apunta que la resolución que se recurre «vulnera los artículos 9.3, 14 y 24 de la Constitución», pero no hay después, en las extensas alegaciones que siguen a esas consideraciones previas, ninguna alusión o referencia a las normas que rigen la concesión y/o denegación de los permisos de armas, que son las verdaderamente relevantes para el enjuiciamiento del asunto debatido en el litigio.

Más aún, esa escueta alusión a tres preceptos constitucionales resulta inservible: primero, porque no se especifica cuál de los diversos principios recogidos en el artículo 9.3 CE resulta infringido; segundo, porque no se aporta término de comparación válido de ninguna clase para sustentar la supuesta infracción del principio de igualdad del artículo 14 CE; y tercero, porque ni se razona suficientemente ni se alcanza a comprender cómo o en qué medida ha podido infringir la sentencia de instancia el artículo 24 de la Constitución, salvo que se considere, sin mayor detalle, que la desestimación del recurso comporta por sí misma una lesión a tal derecho fundamental, lo que se opone a una reiteradísima doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia.

La denuncia del recurrente, de forma bien confusa, de una falta o defecto de motivación en la sentencia, al parecer por no haber tenido en cuenta sus alegaciones, tampoco merece ser tomada en consideración porque ni se articula, como procede, al amparo del subapartado c) del artículo 88.1 LJCA, ni se citan las normas procesales que se reputan infringidas por tal motivo; y, además, la sentencia centra perfectamente el objeto del litigio y da una respuesta argumentada, por lo que nada se le puede reprochar desde la perspectiva de la motivación de las resoluciones judiciales; siendo cuestión distinta que al recurrente no le guste el sentido de lo decidido por la Sala.

FERNANDO JOSÉ ALCANTARILLA HIDALGO

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)

Una nueva etapa en la identificación de «las bases»

ROSA M.^a FERNÁNDEZ RIVEIRA (2009)
Madrid: Cuadernos del Senado, Serie Minor.

[IGNACIO GARCÍA VITORIA]

El trabajo de Rosa Fernández Riveira, Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, se enmarca dentro del complejo proceso de cambio que para nuestro sistema de descentralización política supuso la aprobación del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña. El artículo 111 del Estatuto definió la legislación básica como «principios o mínimo común normativo» fijados por el Estado «en normas con rango de ley». Se pretendía abrogar una parte de la jurisprudencia constitucional sobre el concepto de bases, en la que se admitía la posibilidad, en algunos casos, de atribuir carácter básico a normas reglamentarias y actos de ejecución del Estado.

El libro que reseñamos comenta la STC 247/2007, de 12 de diciembre, en la que el Tribunal Constitucional controla la constitucionalidad de una parte del Estatuto de Autonomía valenciano. La relevancia de esta sentencia trascendía, para un sector de la doctrina, el caso concreto que se juzgaba y constituía una pista de la solución que se daría a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Estatuto de Cataluña. En esta línea, el trabajo compara la Sentencia sobre el Estatuto valenciano con la doctrina sobre el concepto de bases que acuñó el Tribunal en la STC 32/1981, de 28 de julio (caso Diputaciones catalanas).

La Profesora Fernández Riveira sostiene que la STC 247/2007 inaugura una nueva etapa en la jurisprudencia del Tribunal. Creemos que el título del trabajo constituye más una hipótesis

de trabajo que una conclusión en sentido estricto. Se establece de manera provisional como base de la investigación para confirmar o negar su validez. La autora destaca que la sentencia permite al Estatuto de Autonomía incidir en el alcance de las competencias estatales exclusivas del artículo 149.1 de la Constitución «para favorecer la mayor concreción de las competencias autonómicas». Pero también se advierte de que la misma Sentencia establece límites cuando señala que el Estatuto «no puede en ningún caso quebrantar el marco del artículo 149.1 CE, desnaturalizando el contenido que sea propio de cada materia y que permite su reconocibilidad como institución» o que no puede impedir «el despliegue completo de las funciones propias de la competencia estatal». La autora concluye que la sentencia plantea «muchos interrogantes y, tal vez, pocas certidumbres» y que «faltan datos y a la espera de ellos debemos colocar estas reflexiones» (pág. 41). El aviso no es superfluo, sino que responde a que la Sentencia sobre el Estatuto valenciano es muy ambigua y aborda el problema de las competencias compartidas sólo de forma indirecta. ¿Admitiría el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de la definición de las bases que había realizado el Estatuto de Cataluña? La STC 247/2007 parecía dejar todas las opciones abiertas.

Casi tres años después, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el Estatuto de Cataluña, en la importante STC 31/2010, de 28 de junio. La sentencia afirma que la definición de categorías constitucionales no forma parte de las funciones de los Estatutos de Autonomía, sino que corresponde al Tribunal Constitucional en su condición de intérprete supremo de la Constitución. El Tribunal Constitucional declara además la nulidad del inciso del artículo 111 EAC, que definía la legislación básica del Estado

como «principios o mínimo común normativo» fijados por el Estado «en normas con rango de ley», por no ajustarse a la jurisprudencia constitucional sobre el concepto material y formal de bases. En consecuencia, la sentencia garantiza la interpretación uniforme de los términos «bases» en todas las Comunidades Autónomas, frente a la imposibilidad de que coexistan dentro del Estado autonómico diversas maneras de ser competente.

Las reacciones doctrinales a la sentencia han oscilado entre quienes consideran que supone un paso atrás respecto de la STC 247/2007 y quienes elogian la coherencia del Tribunal Constitucional con su jurisprudencia previa. En este sentido, se ha señalado que la STC 247/2007 sólo es citada en cuatro ocasiones en toda la Sentencia del Estatuto de Cataluña y ninguna dentro del fundamento jurídico en el que se analiza el concepto de bases (FJ 60). Las referencias jurisprudenciales que se utilizan de forma expresa en la STC 31/2010 sobre el concepto de bases son otras: las SSTC 69/1988, 50/1990, 147/1991, 235/1999 y 1/2003. Este debate acerca de los elementos de continuidad y cambio entre las Sentencias del Estatuto valenciano y catalán mantiene el interés del trabajo de la Profesora Fernández Riveira.

No conviene olvidar tampoco que subsiste, desde el punto de vista de las Comunidades Autónomas, la necesidad de evitar la expansión de la legislación básica que dicta el Estado. Una vez que parece cerrada la vía del Estatuto de Autonomía, las alternativas parecen ser el compromiso político y la autolimitación del legislador estatal o la reforma constitucional. El informe de un grupo de juristas que ha analizado la sentencia por encargo del Presidente de la Generalitat propone reforzar los requisitos procedimentales para la elaboración de proyectos de reglamentos previstos en la Ley 50/1997, del Gobierno. Se sugiere incorporar a la memoria de impacto normativo y al preámbulo de los reglamentos las razones que justifican la incorporación de bases en este tipo de normas. En el contexto posterior a la Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña, la pregunta de partida, ¿una nueva etapa en la identificación de las bases?, quizás permanezca aún sin respuesta.

Agua y energía

EMBED IRUJO, A. (DIR.)

Thomson-Civitas, Navarra, 2010, 452 págs.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

Esta obra colectiva es fruto de las ponencias y conferencias presentadas en las XV Jornadas de Derecho de aguas celebradas en la Universidad de Zaragoza en febrero de 2010. Dirigido por un reputado especialista en Derecho de aguas, el Prof. Embid, afronta en esta ocasión dos temas de inminente actualidad y fuertemente conectados con uno de los mayores problemas de la sociedad del s. XXI, el cambio climático, como son el agua y la energía.

Aunque la mayor parte de los participantes en esta obra son juristas, particularmente, de forma preferente profesores universitarios, no sólo de la Universidad española, sino también de otros países, como Alemania o Argentina, lo que ya de por sí le da un interés añadido, no faltan otras perspectivas, en concreto, la visión técnica desde el punto de vista económico y de la ingeniería.

Es sin duda, además, esta visión global de dos elementos que confluyen y se encuentran incardinados en un tema preocupante, más aún desde el fracaso que supuso la Conferencia de Copenhague en diciembre de 2009 y que pretendía seguir la línea del Protocolo de Kyoto, una perspectiva oportuna de la materia.

La amplitud de miras de esta obra se pone de relieve por la variedad de aristas abordadas sobre la cuestión, así, no sólo se analizan el agua y la energía en el ordenamiento jurídico, sino también cuestiones ambientales en relación con las centrales de producción de energía eléctrica, en particular, las evaluaciones ambientales estratégicas y las evaluaciones de impacto ambiental, la necesaria aproximación internacional a la cuestión de la gestión integrada de agua y energía, el régimen jurídico de la energía termo solar, el uso hidroeléctrico del agua en Argentina, la regulación de las energías renovables con enfoque a la energía hidráulica en Alemania, la extinción de concesiones hidroeléctricas no construidas y reversión del patrimonio adquirido, agua, energía y sostenibilidad, la energía ante el Plan Hidrológico de la Cuenca del Ebro o el coste energético y energías renovables.

De tal modo que no sólo será útil a los universitarios, Administraciones, Comunidades de usuarios, empresas productoras de energía eléctrica, etc., sino que despierta un debate que afecta a toda la ciudadanía.

La adjudicación de contratos en el sector público

BALLESTEROS MOFFA, L.A.

Thomson-Civitas, Navarra, 2010, 291 págs.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

De esta obra cabe destacar, en primer lugar, que está actualizada a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP, LCSE y Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras. Ello de por sí demuestra el interés y actualidad de la obra, a lo que se une el buen hacer y rigor de su autor.

Es la de contratos del sector público una de las figuras más relevantes del Derecho Administrativo y que ha sufrido multitud de reformas en los últimos años, sin duda, propiciadas desde la Unión Europea, y que a buen seguro no será ésta la última.

Estos cambios normativos y, particularmente, la propia aprobación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, ha traído consigo importantes dudas a las Administraciones Públicas, en particular, y a los poderes adjudicadores y entidades del sector público, en general, a la hora de llevar a cabo sus contratos, muestra de ello fue la aprobación de su Reglamento de desarrollo en 2008, cuyo objeto principal fue clarificar parte de esas incógnitas que en la práctica han venido surgiendo y aún aparecen constantemente.

Pues bien, uno de los aspectos más problemáticos, pero de otro lado, más importantes, particularmente para la normativa comunitaria, es la adjudicación de los contratos. A esta complejidad y la variedad de modificaciones al respecto, valga de ejemplo, la Ley 34/2010 que ha vuelto a la adjudicación única, tras haberse instaurado la provisional y definitiva en la LCSP, a la que se une diversa normativa, dado que para conocer la contratación

del sector público no es suficiente con acudir a la citada LCSP sino que también hay que atender a la regulación de la contratación de los llamados tradicionalmente «sectores excluidos».

Pues bien a todo ello dedica sus esfuerzos el autor, incluyendo incluso la normativa referente a la contratación en el ámbito de la defensa y seguridad, ofreciendo de este modo una obra completísima y de referencia en la materia, que, además, contribuye a dilucidar esas múltiples dudas que la norma ha dejado en el aire, por lo que junto a su consideración como una monografía de estudio profuso de esta cuestión desde la perspectiva del rigor académico, le aporta una visión práctica que a los operadores jurídicos les será de gran utilidad.

El autor dedica una especial atención a tres de las cuestiones que están más fuertemente conectadas con uno de los mayores problemas en la materia como es la corrupción, preocupación que ha venido marcando las diversas Directivas, Reglamentos y demás normas y decisiones de la Unión Europea. Estas tres cuestiones son los órganos y procedimiento, selección de la oferta económicamente más ventajosa y la tutela cautelar y revisora como garantía última del sistema.

Este exhaustivo análisis se estructura en cinco capítulos dedicados respectivamente a las siguientes cuestiones: la adjudicación como *punctum sapiens* del interés público tutelado por la normativa comunitaria e interna de contratación pública; el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la LCSP, y consiguiente régimen sustantivo y procesal en materia de adjudicación; la garantía formal; la garantía material y la que llama garantía última del sistema en referencia al régimen general de impugnación de los actos jurídicos separables, tema este de suma relevancia y además reformado por la Ley de 2010.

Diccionario de sanciones administrativas

LOZANO CUTANDA, B. (DIR.)

Iustel, Madrid, 2010, 1296 págs.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

Esta obra se incardina en la colección de diccionarios jurídicos de la citada editorial, en la que

se busca presentar en forma de voces un sector o rama del Derecho, en este caso se trata de una de las potestades más características de la Administración: la potestad sancionadora.

La elaboración por diversos especialistas en la materia y la dirección por la Profa. Lozano Cutanda, ofrece garantías de rigor y profesionalidad en el tratamiento de esta materia, la cual es abordada tanto desde la perspectiva general, empezando por el propio concepto de sanción, ámbito, principios, etc.; como desde el punto de vista de esta potestad en aquellos ámbitos sectoriales de intervención pública en los que las sanciones presentan singularidad o importancia, valga de ejemplo, el tráfico y la seguridad vial, el medio ambiente, la materia tributaria, el empleo público, el urbanismo, el deporte, etc.

Derecho administrativo sancionador

ALARCÓN SOTOMAYOR, L.; BUENO ARMJO, B.; IZQUIERDO CARRASCO, M. Y REBOLLO PUIG, M.

Lex Nova, Valladolid, 2010, 1050 págs.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

En relación con la citada potestad sancionadora de la Administración destaca también esta obra colectiva en la que sus autores, cuyo buen hacer es por todos conocido, ofrece a lo largo de sus veinticuatro capítulos una perspectiva global de esta materia, que permite visualizar ésta como un sistema unitario, a pesar de la dispersión normativa, y ello gracias al estudio de la jurisprudencia y la doctrina, lo que incrementa el interés del libro, pues sin el conocimiento de toda esa doctrina, elaborada principalmente desde las resoluciones jurisprudenciales, no puede alcanzarse esa comprensión coherente del Derecho administrativo sancionador.

Abarca, además, todos los sectores, incluido el tributario, pero también la fecunda jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo e incluso se ha ido más allá de las sanciones propiamente administrativas para analizar, por ejemplo, las numerosas sentencias sobre sanciones impuestas por el CGPJ.

La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Comentario

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.

Iustel, Madrid, 2010, 1400 págs.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

El autor de esta obra, reputado Catedrático de Derecho Administrativo y abogado de gran trayectoria, aún en este comentario a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa esa doble condición de teórico y práctico, ofreciendo con ello una obra de referencia para universitarios y profesionales sobre un tema tan fundamental, no en vano es una de las principales, si no la más importante, garantía de los administrados, como es la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

El interés de esta obra además viene ampliado por incorporar junto al comentario de cada precepto, una selección de la doctrina jurisprudencial elaborada por los Tribunales en los últimos diez años, a lo que se suma la adaptación a las últimas modificaciones que esta Ley ha experimentado y, en particular, las introducidas por la Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Oficina judicial y, más recientemente, la Ley 1/2010, de 19 de febrero.

Los grandes procesos de la Historia de España

MUÑOZ MACHADO, S. (ED.)

Iustel, Madrid, 2010, 696 págs.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

Dada la importancia que tiene y ha tenido el contexto histórico, político, social y económico en la configuración del Derecho Administrativo, como ya resaltara Proper Weil, resulta interesante contar con esta visión en un libro que, como éste, ha sido elaborado por historiadores, juristas y economistas, que nos sitúa en el momento y en las circunstancias en que tuvieron lugar esos grandes procesos.

Los acontecimientos estudiados y que se exponen por orden cronológico, comienzan con el pleito sucesorio de Alfonso X el Sabio y concluyen en los albores de la Constitución de 1978,

pasando por el proceso de los templarios, la revuelta de Fuenteovejuna, el proceso de Fray Luis de León, los derechos de los herederos de Colón y Cortés, el debate Las Casas-Sepúlveda sobre los derechos de los indios, la Inquisición y el juicio a los conversos, el delito de solicitación en confesión, el proceso del conde de Oropesa, la información de limpieza de sangre, el proceso de Antonio Pérez, el proceso del arzobispo Carranza, el proceso de don Rodrigo Calderó, el proceso de Melchor de Macanaz, el caso Olavide, la represión política en la transición del absolutismo al constitucionalismo, conflictos, litigios y pleitos en el proceso de la desamortización, el caso Collantes, los consejos de guerra contra los almirantes Cervera y Montojo, los procesos de la «Mano Negra», los grandes procesos económicos del siglo xx, desde el asunto del Banco de Barcelona hasta la quiebra del Banco de Navarra, el Consejo de Guerra contra Julián Besteir, los grandes procesos penales del franquismo, desde la posguerra a Grimau y el juicio de Burgos; cerrando la obra el Prof. Santiago Muñoz Machado con una visión panorámica del funcionamiento de la justicia en España a lo largo de la historia, que muestra algunas prácticas arcaicas que se mantienen en los procesos y en las regulaciones actuales de los delitos y de las penas.

Por todo ello esta obra ha sabido aunar Derecho, Economía e Historia, ofreciendo un texto de interés no sólo para juristas e historiadores sino incluso como literatura.

Massimo Severo Giannini

CASSESE SABINO

Edit. Laterza, Bari (Italia), 2010, 248 págs.

[LUIS F. MAESO SECO]

De inicio, baste decir que estamos en presencia de una obra que un Maestro italiano, el insigne Profesor Sabino Cassese, consagra y ofrece a la memoria de otro gran Maestro italiano, el Profesor Massimo Severo Giannini, reivindicando, a través de sus escritos, la voz y la figura de este último en unos tiempos de incertidumbre jurídico-administrativa como los que nos ha tocado vivir.

En efecto, en este libro, el Profesor Sabino Cassese, que ha constituido –y sigue constituyendo–

una de las figuras académicas de referencia en lo que al Derecho Administrativo italiano se refiere, homenajea al que fuera a su vez su Maestro: el también Profesor Massimo Severo Giannini, que, lamentablemente, nos abandonó apenas traspasado el umbral del siglo xxi. Y lo hace de una forma ciertamente atinada, a saber: recuperando algunos de los más significados escritos de aquél que, además, agrupa y enriquece –si es que tal cosa es posible– con acertados comentarios y estudios al comienzo de éstos. Ello, en fin, les confiere una renovada vigencia y los convierte –como bien afirman Paolo Capellini y Giuseppe Conte en el Prólogo a esta primera edición– en “... *portatori di verità...*”, en particular para los estudiantes e investigadores del Derecho italianos, aunque también para cualquiera que “desde afuera” desee adentrarse en las procelosas aguas del Ordenamiento jurídico de aquel país y del Derecho administrativo global.

Porque es lo cierto que, a través de esta pequeña pero interesantísima obra, aquellos que en alguna ocasión nos hemos dedicamos al estudio del Derecho administrativo, ya sea global ya sea italiano, tenemos la oportunidad de acceder a varios de los más destacados escritos que el Profesor Massimo Severo Giannini elaboró entre 1958 y 1994. Escritos que, agrupados en cinco capítulos y de la mano del Profesor Cassese, nos permiten conocer las ideas y reflexiones que Massimo Severo Giannini formuló acerca de temas tan dispares (y universales) como lo son: 1) en relación con el Ordenamiento jurídico: los elementos que lo integran, las relaciones entre ellos o su organización (escritos datados en 1958, 1990 y 1994, respectivamente); 2) en lo que concierne al Estado y su historia: el sistema parlamentario (1950), las relaciones entre éste y la Administración (1961), y, desde luego, la eventual configuración de lo que Massimo Severo Giannini denominaba *lo Stato Pluri-classe* (1979); 3) por lo que respecta a la Administración y al Derecho: también son objeto de interés para el Profesor Giannini, entre otros, el poder administrativo y la discrecionalidad (1939), la tensión entre libertad y autoridad (1950) que se puede dar en su seno y el propio nacimiento de la Administración (1988); 4) en cuanto a las relaciones entre la Administración central y

regional, destacan sus aportaciones referidas al modo de hacer y de actuar —que Giannini tilda de *umoristico*— de los prefectos (1950), la formación de la idea de región en Italia (1963) y la implantación, justamente, del regionalismo en aquel país (1979), y 5) para terminar, el Profesor Cassese nos ofrece una última selección de dos escritos de Giannini relativos a la ciencia del Derecho administrativo: uno, sobre la pospandectística (1965) —en homenaje a su vez a Guido Zanobini— y otro, sobre lo que él llama sopor de la ciencia jurídica de los años setenta (publicado en 1982).

En suma, el Profesor Sabino Cassese ha sido capaz a través de este modesto libro en la forma —que no en el fondo— de cumplir un doble y ambicioso propósito. De un lado, recuperar la figura el Profesor Massimo Severo Giannini y, de otro, ofrecernos la oportunidad —sobre todo a quienes no tuvimos el privilegio de conocerlo— de acceder y comprender mejor algunos de sus más afamados escritos. Lo cual, en un momento como el presente, donde —tal y como se nos recuerda en esta obra— el Derecho en general y el Derecho Administrativo en particular fluctúan entre la ilusión de un renovado vigor (social, político y cultural) y la incerteza (derivada de un escenario en el que conviven el pensamiento global con exacerbados localismos), resulta especialmente provechoso y reconfortante. Porque, en la confusión de argumentaciones y contra-argumentaciones corremos el riesgo de extraviarnos, si no seguimos la más alta voz y guía de nuestros Maestros.

La Potestad Reglamentaria de las Entidades Locales

EMBID IRUJO, A.

Iustel, Madrid, 2010, 199 págs.

[SANTIAGO M. ÁLVAREZ CARREÑO]

Los estudios sobre la potestad reglamentaria municipal viven, en el momento presente y en virtud de fenómenos como el proceso de reforma estatutaria que se abre en 2006, una profunda revalorización. La presente monografía constituye una valiosa aportación a este reverdecido debate y supone una nueva contribución a la prestigiosa

Biblioteca de Derecho Municipal de la Editorial IUSTEL que dirige con tanto acierto el profesor MUÑOZ MACHADO. Con ella el autor vuelve sobre una cuestión que ya fue objeto de su investigación doctoral, bajo la dirección más que sabia del profesor MARTÍN-RETORTILLO y que vio la luz en 1978 con el título *Ordenanzas y Reglamentos municipales en el Derecho español* publicada por el Instituto de Estudios de Administración Local. En los seis capítulos en que se estructura se analizan de forma específica y predominante los más importantes aspectos de la potestad reglamentaria municipal que se plasma en la emanación de Ordenanzas y Reglamentos.

Se abre el libro, en su capítulo I, con una referencia a las bases constitucionales de la potestad reglamentaria de las entidades locales desde la convicción en “la profunda vinculación existente entre Constitución, autonomía y potestad reglamentaria de las entidades locales” (pág. 25). En efecto, la misma «calidad» (en cuanto a posibilidades y posición en el ordenamiento jurídico) de la potestad reglamentaria de las entidades locales es dependiente de su engarce directo con la norma relevante y quicio del conjunto del ordenamiento jurídico. Se destaca el papel decisivo jugado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para extraer las pertinentes consecuencias del significado de la cláusula constitucional de la autonomía local que implica, por puras exigencias semánticas, el reconocimiento, ya en base constitucional, de un poder normativo a las entidades locales (pág. 29).

Un sintético excursus histórico permite, en su capítulo II, repasar los antecedentes de las Ordenanzas y Reglamentos municipales que sirve para el mejor entendimiento de algunos problemas del sistema jurídico-local postconstitucional. Se exponen de este modo las líneas de desarrollo de la potestad reglamentaria municipal desde la Constitución de Cádiz —¡todavía nos sorprende la modernidad de su modelo! (págs. 35-38)— hasta la Ley de Régimen Local, de 24 de junio de 1955. En este breve repaso histórico se constata que “los periodos menos liberales del siglo XIX exacerbaban las potestades del Alcalde —siempre más ligado al poder gubernativo, incluso nombrado por él— y entre ellas la reglamentaria, frente a las del Ayuntamiento,

donde siempre hay un mayor peso popular en su composición” (pág. 39, nota 29). La amplia intervención gubernativa sobre las Ordenanzas locales y la ausencia de Ordenanzas municipales en un buen número de municipios (págs. 39-41) culminan en la Restauración que “fijará unos moldes y pautas de comportamiento que, en la teoría y en la práctica, continuarán la labor de desgaste de lo que un día cada vez más lejano fue importante función de los Ayuntamientos: elaborar su derecho” (pág. 42). El significado del proyecto de Ley de Maura de 1907 —“paso fundamental, aunque fallido” (pág. 43), las truncadas realizaciones autonómicas del Estatuto Municipal de 1924 (págs. 43-44) y la escasa relevancia de las aportaciones municipales de la Segunda República, a pesar de llevar a cabo la primera declaración de autonomía municipal de nuestro constitucionalismo (págs. 45-46), culminan en la subordinación jerárquica de las ordenanzas municipales a los Reglamentos del Nuevo Estado (págs. 46-49).

El régimen jurídico general de la potestad reglamentaria municipal constituye el objeto de estudio del capítulo III (págs. 59-103) que forma con el siguiente, dedicado al estudio de la posición en el ordenamiento jurídico de las Ordenanzas y Reglamentos municipales, el núcleo esencial de la investigación. El profesor EMBID lleva a cabo un intento de construcción dogmática del régimen jurídico general de la potestad reglamentaria municipal partiendo de la LBRL y señalando el nada lucido papel que en esta materia ha jugado la Ley 30/1992 (pág. 59). Después de estudiar algunas cuestiones terminológicas previas (págs. 59-75), se atiende a cuestiones generales de la potestad reglamentaria de las entidades locales —punto en el que, como en algunos pocos del libro se interrumpe la tónica de prestar atención casi exclusivamente a las Ordenanzas y Reglamentos municipales— así como se hacen breves apuntes sobre los órganos que ejercen la potestad y quórum establecidos (págs. 79-80). El esquema de tramitación para la aprobación de Ordenanzas y Reglamentos municipales queda calificado por la supresión de controles administrativos y la judicialización de su control (págs. 81-86).

Algunas cuestiones merecen un tratamiento más detallado. Así, se constatan por una parte la no-

vedad introducida en 1999, mediante la reforma de la LOREG, por la que queda vinculada la potestad reglamentaria municipal a la cuestión de confianza a plantear por el Alcalde (págs. 86-88) —expresiva de unos momentos en los que había gran preocupación por la “gobernabilidad” en el ámbito municipal— y, por otra, problemática ligada a las consecuencias sancionadoras de la infracción de las Ordenanzas y Reglamentos municipales (págs. 92-103), uno de los temas que más páginas ha merecido de la doctrina administrativa al menos hasta el año 2003. La posición tradicional, que determinaba la incapacidad con que muchas veces las entidades locales se encontraban para castigar las contravenciones de las Ordenanzas, se fue lentamente modificando gracias al importante papel del Dictamen del Consejo de Estado de 23 de febrero de 1995 y la intervención del Tribunal Constitucional (STC 132/2001). Finalmente, la reforma de la LBRL y de la Ley 30/1992 operada por la Ley 57/2003 determina el resultado final que “ampara suficientemente la acción tipificadora de las Ordenanzas y Reglamentos municipales que no cuenten con una Ley específica, propia del correspondiente sector normativo, que cumpla esa función” (pág. 102).

Como se señaló, la cuestión de la posición de las Ordenanzas y Reglamentos municipales en el ordenamiento jurídico ocupa todo el capítulo IV (págs. 105-161). Esta materia, nada simple de responder y en la que se da actualmente un gran debate doctrinal, es afrontada con maestría por el Catedrático de Zaragoza que lleva a cabo una disección evolutiva de sus principales elementos y destaca de manera pormenorizada algunas cuestiones especialmente complejas. Un apunte histórico y la referencia comparada al artículo 28 de la Norma Fundamental alemana apuntalan el principio de que “la relación entre fuentes del Derecho es también la relación entre los poderes públicos que resultan titulares de la potestad normativa” (págs. 106-110). Desde esta perspectiva se analiza la relación de las Ordenanzas y Reglamentos municipales con la Ley en la que la jerarquía normativa resulta necesariamente modulada en función de la posición constitucional de las entidades locales (págs. 110-121). El esfuerzo interpretativo determina que “... en nuestro sistema constitucional las Ordenanzas

municipales no pueden siempre y en todo caso y circunstancia, caracterizarse como reglamentos ejecutivos de las Leyes del Estado y de las CCAA al modo como lo son los propios reglamentos de los Gobiernos estatal y autonómicos... Esto sería contradictorio con esta cláusula constitucional de autonomía...” (pág. 112).

El juego se establece pues en un doble límite por el cual, si bien la Ordenanza no debe tener un contenido contrario a las Leyes (vinculación negativa), por otra la norma jerárquicamente superior a la Ordenanza debe, a su vez, ser respetuosa de la autonomía constitucional garantizada por la Constitución. Los límites son aquí lábiles de modo que el autor aboga por una urgente labor de concreción normativa y, si es posible, jurisprudencial para asegurar un espacio real de intervención local, más allá del derecho de participación que les reconoce hoy el art. 2 LBRL.

El estudio de diversos supuestos de vinculación Ley-Ordenanza en la legislación sectorial (págs. 116-121) desemboca en una concepción general de la vinculación negativa de la Ordenanza a la Ley, comprendida necesariamente dentro de una determinada evolución histórica en la relación Poder Legislativo-Poder Ejecutivo y apoyada en una jurisprudencia ampliatoria del papel de la Ordenanza municipal con aplicaciones específicas en el ámbito del medio ambiente y de la acción protectora de los derechos de los ciudadanos (págs. 121-126). Con especial pericia quedan así narradas las transformaciones que comienzan a suceder en los últimos años en nuestro sistema jurídico y en los que la jurisprudencia, no sin vacilaciones, está teniendo un papel relevante en la revalorización de la potestad reglamentaria municipal en una dirección inequívocamente tendente a la ampliación de las posibilidades reguladoras locales (págs. 126-133).

Ahora bien, como el propio autor se encarga de subrayar, la teoría de la vinculación negativa de la Ley sobre la Ordenanza municipal tiene, a su vez, limitaciones. Así lo demuestran los arts. 28 y 29 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (págs. 134-136) y, de forma especialmente significativa, en el ámbito del desarrollo de los derechos fundamentales donde

su significado desaparece en muy buena medida (págs. 136-138; con referencia especial a las Ordenanzas de “convivencia ciudadana” o que, con otras denominaciones, regulan la utilización de ciertas vestimentas ligadas a creencias religiosas. El autor aboga, y es una convicción compartida, por la necesidad de una Ley Orgánica que regule estas situaciones de modo general).

La monografía se completa con el tratamiento de las Ordenanzas fiscales (capítulo V, págs. 163-174), forma reglamentaria local de gran importancia y en la que se excepcionan, en virtud del ejercicio de la potestad tributaria, algunos de los principios estudiados en los capítulos anteriores; y una referencia a las ordenanzas medioambientales y de edificación (capítulo VI, págs. 175-182), objetos de la potestad reglamentaria municipal en los que se añaden, al régimen general ya expuesto, particularidades en razón de su funcionalidad específica. Finalmente el libro se cierra con una completa referencia bibliográfica y un anexo jurisprudencial (págs. 193-199), en el que se da cuenta tanto de la jurisprudencia del TC (18 sentencias), del TS (38 sentencias) y de los Tribunales Superiores de Justicia en las CCAA.

El profesor EMBID IRUJO ha tratado los principales aspectos relativos a la potestad reglamentaria de las Entidades Locales y ha identificado las líneas esenciales de su evolución normativa y jurisprudencial. Sólo la destreza de un reconocido jurista experto ha permitido superar las dificultades que plantea el estudio de esta cuestión fundamental del Derecho Administrativo. Representa de este modo una gran satisfacción dar breve noticia del muy rico contenido de la presente monografía que, con una redacción clara y precisa, se convierte en un instrumento imprescindible para todos aquellos operadores jurídicos relacionados, tanto en su vertiente teórica como práctica, con la problemática de los Reglamentos y Ordenanzas locales. Basten pues las referencias realizadas para invitar a la insustituible lectura de esta obra que, realizada por un gran investigador universitario, descubre las líneas esenciales de la posición institucional y normativa de nuestras Administraciones Locales y, a la vez, nos sugiere caminos de futuro para continuar con su estudio.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS

1. **Contenido.** La Revista *Justicia Administrativa* publica exclusivamente artículos originales que versen sobre materias de Derecho Administrativo y Derecho Público, ya sea español o comunitario o de Derecho vigente y de la jurisprudencia.
2. **Lengua y formato.** Los artículos deberán estar redactados en castellano y escritos en Word u otro formato compatible. Deberán escribirse a espacio y medio, a cuerpo 12 y su extensión no deberá superar, salvo excepción aprobada por el Comité de Evaluación de la Revista, las 30 páginas, incluidas notas, bibliografía y anexos, en su caso. En el encabezamiento del artículo debe incluirse, junto al título, el nombre del autor o autores y su filiación académica o profesional o cargo.
3. **Resúmenes en español e inglés.** Los artículos deben acompañarse de un breve resumen de entre 100 y 150 palabras en español e inglés. Si el resumen se presenta sólo en castellano, la Revista lo traducirá al inglés para su publicación.
4. **Dirección de envío.** Los originales se deben enviar, preferentemente, en soporte informático o por correo electrónico a Editorial Lex Nova, calle General Solchaga núm. 3, 47008 Valladolid, Tlf.: 983 457 038, Fax: 983 457 224, e-mail: redac@lexnova.es, con indicación de su destino a la Revista *Justicia Administrativa*. También pueden remitirse en papel a la misma dirección postal. Se hará constar expresamente en el envío el teléfono de contacto y la dirección de correo electrónico del autor.
5. **Evaluación.** Los originales serán evaluados por el Comité de Evaluación de la Revista, a efectos de su publicación. El Comité podrá requerir el informe de evaluadores externos, si lo considerara necesario. La Revista comunicará a los autores el resultado de la evaluación y la fecha aproximada de publicación, en su caso.
6. **Pruebas de imprenta.** Si así ha sido solicitado por el autor, antes de la publicación se le remitirán las pruebas de imprenta, para su corrección en un plazo máximo de 10 días. No se admitirá la introducción de correcciones sustanciales sobre el texto original aprobado.
7. **Obligación de cumplimiento de las normas.** El incumplimiento de estas normas será causa de rechazo de los originales enviados.

