

DIRECTOR: MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá de Henares

Nº 49

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

© Lex Nova 2010

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 consecuyente 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

ARTÍCULOS DOCTRINALES

OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: EN PARTICULAR, EL CASO DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA <i>José Suay Rincón</i>	7
DERECHOS ADQUIRIDOS Y DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS <i>Juan B. Lorenzo de Membiola</i>	33

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>	49
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.</i>	71
III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS <i>García Roca, J. (coord.); Santolaya Machetti, P.; Carmona Cuenca, E.; Perelló Domenech, I.</i>	77
IV. FUENTES DEL DERECHO <i>Menéndez Rexach, A. (coord.); De Marcos Fernández, A.; Díez Sastre, S.</i>	103
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 Mimbreno, B.; Chinchilla Peinado, J.A.</i>	119
VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA <i>Sánchez Morón, M. (coord.); Del Olmo Alonso, J.; Rodríguez Ayala, V.</i>	131
VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR <i>Rebollo Puig, M. (coord.); Alarcón Sotomayor, L.; Bueno Armijo, A.; Rodríguez Portugués, M.A.</i>	147
VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA <i>López Menudo, F. (coord.); Carrillo Donaire, J.A.; Guichot Reina, E.</i>	169

	Página
IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA <i>López Menudo, F. (coord.); Guichot Reina, E.; Carrillo Donaire, J.A.</i>	175
X. FUNCIÓN PÚBLICA <i>Sánchez Morón, M. (coord.); Marina Jalvo, B.; Cantero Martínez, J.</i>	193
XI. URBANISMO <i>Ortega Álvarez, L. (coord.); Alonso García, C.; Delgado Piqueras, F.; Serrano Lozano, R.; Villanueva Cuevas, A.</i>	209
XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL <i>Embid Irujo, A. (coord.); Colom Piazuelo, E.; Jiménez Compaired, I.; Montoya Hidalgo, J.; Setuain Mendia, B.; Valcárcel, P.</i>	219
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>	241
XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO <i>Tornos Mas, J. (coord.); Molleví i Bortolo, J.</i>	261
XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD <i>Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (coord.); Cobreros, E.</i>	271
XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES <i>Fernández Farreres, G. (coord.); Alcantarilla Hidalgo, F.J.</i>	281

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS

<i>Menéndez Sebastián, E.M. (coord.)</i>	309
--	-----

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

ARTÍCULOS DOCTRINALES

OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: EN PARTICULAR, EL CASO DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

JOSÉ SUAY RINCÓN

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN

Objeto del recurso contencioso-administrativo: en particular, el caso de la inactividad administrativa

Este estudio tiene por finalidad primordial profundizar en la relación existente entre los diversos tipos de actividad administrativa impugnada y las pretensiones procesales susceptibles de hacerse valer en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Se trata de subrayar que tales pretensiones no quedan rígidamente acotadas en función de la actividad administrativa impugnada, sino que puede sostenerse pluralidad de pretensiones en cada caso. A lo sumo, la actividad administrativa impugnada condiciona la pretensión principal susceptible de esgrimirse, pero no impide que otras pretensiones puedan asimismo hacerse valer. Como caso testigo, el estudio plantea el supuesto de la inactividad administrativa del artículo 29.1 de la Ley Jurisdiccional: la interpretación postulada de que cabe sostener también en dicho ámbito la pretensión de condena a la emanación de un acto, como base para la realización de la prestación material que es en última instancia lo que se pretende, así como de los demás requisitos previstos por el precepto legal antes mencionado, facilitaría la revitalización de la figura de este recurso, cuya aplicación jurisprudencial en la actualidad no se corresponde con las expectativas que despertó su incorporación a la Ley jurisdiccional.

Palabras clave: Recurso contencioso-administrativo, proceso administrativo, jurisdicción contencioso-administrativa, inactividad, Administración Pública.

ABSTRACT

Purpose of the administrative contentious remedy: in particular, the case of administrative inactivity

The main purpose of this study is to go in depth into the connection between the various types of administrative activity subject to be challenged and the legal aims susceptible of standing up for themselves in the sphere of the contentious-administrative jurisdiction. It comes to highlight that such claims are not rigidly delimited in function of the administrative activity to be contested, but rather plurality of pre-extensions can be held in each case. At most, the contested administrative activity conditions the main claim susceptible of being argued, but it does not prevent other claims to be as well made worthy. As test case, the study outlines the case of the administrative inactivity of the art. 29.1 of the Jurisdictional Law: the proposed interpretation about that may also be maintained in this field the sentence claim to the emanation of an act, as a base for the performance of the material benefit that is as a last resort what is intended, as well as the other requirements foreseen by the legal aforementioned rule, would facilitate the revitalization of the figure of this remedy whose current jurisprudential application does not meet the expectations arisen by its incorporation to the jurisdictional Law.

Key words: Administrative contentious remedy, administrative process, contentious administrative jurisdiction, inactivity, Public administration.

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO GENERAL: ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNABLE Y PRETENSIONES DE LAS PARTES.

II. DE LO GENERAL A LO CONCRETO: SU PROYECCIÓN EN EL CASO DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. EL PROBLEMA DE LA DENOMINADA «INACTIVIDAD MATERIAL» DE LA ADMINISTRACIÓN:

1. **Las distintas modalidades de inactividad administrativa: inactividad administrativa impugnabile y no impugnabile, formal y material.**
2. **En particular, la inactividad material del artículo 29.1 de la Ley:**
 - A) Examen del precepto legal.
 - B) La aplicación del artículo 29.1 por la jurisprudencia: crónica de una frustración.
 - C) El estado de la cuestión en la doctrina: entre el escepticismo y el mantenimiento de una apuesta a favor de la utilidad de esta vía de recurso.
 - D) Bases para la revitalización de la figura del recurso por inactividad (artículo 29.1).
 - E) Desarrollo y concreción de las bases expuestas.

III. FINAL. DE LO CONCRETO A LO GENERAL: LA REALIZACIÓN DEL MISMO RECORRIDO, AHORA, A LA INVERSA.

1. **De vueltas al planteamiento general: proyección sobre el mismo de las consideraciones precedentes.**
2. **La raíz de los malentendidos: la artificiosa línea divisoria que discurre entre la inactividad formal y la inactividad material de la Administración.**

NOTA BIBLIOGRÁFICA FINAL.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNABLE Y PRETENSIONES DE LAS PARTES

El ámbito y el objeto del recurso contencioso-administrativo vienen determinados, a la postre, por las *pretensiones* de las partes. Cuida de destacarlo la Ley 29/1998 desde su primer precepto (artículo 1.1. «Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan...»). Y lo viene a confirmar con toda claridad su artículo 33, que delimita en efecto el ámbito del enjuiciamiento en esta sede jurisdiccional.

Artículo 33.1: «Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición».

Conviene sin embargo efectuar dos precisiones. Ante todo, como es lógico, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa no puede hacerse valer cualquier pretensión. El cuadro de las pretensiones susceptibles de ejercerse ante ella es el que resulta de los artículos 31 y 32 de la Ley.

Según dispone el primero de estos preceptos: «1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y dis-

posiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente. 2. También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas, la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda». Agrega a ellas el artículo 32: «1. Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de las obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas. 2. Si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2».

Por otro lado, las pretensiones que pueden sostenerse en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa han de situarse en conexión con la actuación administrativa. También lo subraya desde el primer instante la Ley, cuyo artículo 1.1, antes transcrito parcialmente, prosigue señalando, precisamente, que las pretensiones en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo han de deducirse «en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo».

Por virtud de la indicada conexión, la Ley 29/1998 sitúa dentro de la regulación del objeto del recurso contencioso-administrativo, a cuyo efecto dedica su Título III, junto a las pretensiones, un capítulo inicial relativo a la actividad administrativa impugnabile.

Para recalcar que, pese a ello, las pretensiones siguen siendo el objeto del recurso contencioso-administrativo y delimitan el ámbito de un juicio que no se contrae en ningún caso al examen de la actividad administrativa (de modo que lo que sí cabe descartar concluyentemente es que dicha actividad sea el *patrón* del proceso), se ha tratado de configurar esta última, en tanto que por lo demás ha de concurrir con carácter previo, no tanto como el objeto, sino como el *presupuesto* de la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo cierto es que la Ley ubica las previsiones relacionadas con la actividad administrativa impugnabile dentro del apartado correspondiente al objeto del recurso y que, en cualquier caso, no exime ello a la cuestión de la relevancia que tiene.

Consiguientemente, para completar este planteamiento general, habría que referirse a la actividad administrativa y resaltar que, lo mismo que las pretensiones, también la *actividad administrativa impugnabile* está limitada y no toda ella puede acceder por tanto a la jurisdicción contencioso-administrativa. La Ley identifica inicialmente hasta cuatro tipos diferentes de actividad administrativa impugnabile, que contempla primero conjuntamente en su artículo 25 (el artículo 25.1 se refiere a los

«Lo mismo que las pretensiones, también la actividad administrativa impugnabile está limitada y no toda ella puede acceder por tanto a la jurisdicción contencioso-administrativa»

actos administrativos expresos y presuntos y a los reglamentos o disposiciones de carácter general; mientras que el artículo 25.2 lo hace a la inactividad administrativa y a las actuaciones materiales de la Administración que constituyan vía de hecho); y que después sujeta a unas exigencias concretas materiales y formales, distintas en cada caso (artículos 26-30).

Hasta aquí, el asunto que nos concierne se presenta más o menos pacífico. La verdadera polémica en este punto surge al tratar de trazar la correspondencia o correlación de las pretensiones susceptibles de esgrimirse en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa con la actividad administrativa impugnabile. Esto es, las pretensiones susceptibles de esgrimirse en dicho ámbito ya las conocemos; de lo que se trata ahora, más exactamente, es de concretar las pretensiones que cabe sostener en cada caso o, dicho de otro modo, si las pretensiones susceptibles de ejercerse están en función de la actividad administrativa impugnabile. Estos son los términos de la controvertida cuestión así enunciada con carácter general; a nuestro juicio, el interrogante más importante que se plantea en relación con este asunto.

La contemplación que resulta del conjunto del Título III de la Ley podría dar a entender que ello es así y que, en efecto, la identificación de la actividad administrativa impugnabile determina y limita el tipo de pretensiones que pueden sostenerse en cada caso. En nuestra opinión, sin embargo, y adelantando de algún modo el sentido de nuestras conclusiones, asumir un planteamiento excesivamente rígido y estricto en torno a este asunto introduce graves complicaciones técnicas y afecta además a la efectividad de una tutela judicial constitucionalmente reconocida como derecho fundamental. En todo caso, cuando menos, contribuye a alimentar la confusión, como decíamos. Por lo que, a pesar de que es posible efectuar esta lectura de la Ley, que, por lo demás, resulta también patrocinada desde algunos sectores doctrinales y se inspira en algunos modelos foráneos, no cabe aceptarla en los términos indicados.

II. DE LO GENERAL A LO CONCRETO: SU PROYECCIÓN EN EL CASO DE LA INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. EL PROBLEMA DE LA DENOMINADA «INACTIVIDAD MATERIAL» DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Las distintas modalidades de inactividad administrativa: inactividad administrativa impugnabile y no impugnabile, formal y material

No como único, pero sí probablemente como mejor botón de muestra de las incertidumbres reinantes en torno a esta cuestión, conviene destacar el caso de la inactividad administrativa y sus remedios procesales.

Para empezar, no toda la inactividad administrativa recibe el mismo tratamiento jurisdiccional. Como es lógico, no es *impugnabile* toda la inactividad administrativa; del mismo modo que tampoco todos los actos administrativos resultan impugnables (solamente lo son los que ponen fin a la vía administrativa, y además los definitivos y sólo algunos de los de trámite especialmente cualificados: artículo 25.1; y aun más, cabría agregar, tampoco lo son todos los actos que cumplen estas condiciones, puesto que están igualmente excluidos los que son confirmación o reproducción de otros anteriores: artículo 28).

Dentro de la que sí lo es, acostumbra a distinguirse la *inactividad formal* y la *inactividad material*. De acuerdo con la Ley jurisdiccional (artículo 25.1), el tratamiento de la

primera se equipara al que recibe la impugnación de los actos administrativos (artículos 26-28), de modo que esta última categoría agruparía conjuntamente a los actos expresos y a los presuntos, esto es, se extendería igualmente a los actos producidos por la ficción del silencio administrativo.

Resulta dudosa la genérica apelación a esta categoría del *acto presunto*, cuando se rechaza con carácter general la consideración del silencio negativo como «acto» presunto, conforme a su normativa reguladora (artículo 43 de la Ley 30/1992), que es el tipo de silencio que por lo demás dará lugar a la mayoría de los recursos. El silencio positivo podrá cuestionarse también en sede jurisdiccional, pero sólo por los terceros ocasionales afectados por el mismo, en tanto que el sujeto que lo promueve mediante la correspondiente solicitud resulta beneficiado de sus efectos, y no precisa de una tutela de la que ya dispone *ex lege*.

De todas formas, aun podría sostenerse el planteamiento indicado sobre la base de que el silencio negativo, entre los limitados efectos que produce, sí que los despliega, precisamente, en el plano jurisdiccional que es el que nos ocupa, y en tal limitado caso sí que cabría entender que se comporta como un acto. De cualquier modo, comienza ello a poner de relieve a nuestro juicio la artificial separación entre estos dos planos de la inactividad administrativa, la inactividad material y formal, que está en el origen mismo de los equívocos que se plantean a propósito de esta cuestión.

A la regulación de la *inactividad material*, en fin, la Ley dedica su ulterior artículo 29, que delimita así la inactividad material impugnabile. Distingue *dos supuestos*. A los efectos de dar cuenta de la confusión existente, basta contraer nuestro examen al supuesto de inactividad contemplado en el artículo 29.1. Si, además, agregáramos a ello el análisis del artículo 29.2, referido a la inactividad de los actos firmes, probablemente, el panorama habría de complicarse más todavía.

2. En particular, la inactividad material del artículo 29.1 de la Ley

A) Examen del precepto legal

Establece el *artículo 29.1*: «Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de reclamación, la Administración o hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración».

El artículo 29.1 regula conjuntamente *distintos aspectos* que, aun en relación, habría que haber diferenciado más nítidamente, en nuestra opinión.

Porque el precepto contiene así, en primer término, previsiones singulares en relación con la *legitimación*: frente a la regla general, sólo se admite el recurso por inactividad a los titulares de derechos, en los términos del propio artículo 29.1, a «quienes tuvieran *derecho*» a la prestación a que la Administración resulta obligada.

También, el artículo 29.1 concreta las exigencias formales a que se subordina el recurso por inactividad en estos casos e introduce previsiones singulares sobre los *aspectos procedimentales*. No sobre los aspectos relacionados con el procedimiento del recurso desarrollado en sede jurisdiccional (que, sin embargo, sí es objeto de algunas puntualizaciones en ulteriores preceptos de la Ley 29/1998, por cierto, en general, de escaso relieve, respecto del procedimiento de recurso contra actos, expresos o presuntos), sino sobre una cuestión previa.

Porque, según se dispone, la inactividad no está eximida, en efecto, de la carga de la vía administrativa: antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, los sujetos legitimados en estos casos han de promover la correspondiente reclamación ante la propia Administración y deben esperar además por un tiempo de tres meses para que ésta se pronuncie sobre ella.

Hay quien ha planteado, así las cosas, la distinción entre la exigencia de la vía administrativa previa y la decisión previa (expresa o presunta) (HUERGO), porque en efecto en el caso de la inactividad, no hay obligación de resolver, transcurrido el plazo indicado no se produce el silencio administrativo; y tampoco hay que agotar, en su caso, la vía administrativa (AGUADO).

En este punto, con todo, es donde se concentran muchas de las críticas, no tanto por la exigencia de formular dicha reclamación en sí misma, como por la ulterior previsión del artículo 46.2, que contempla también un plazo máximo (en este caso, de dos meses) para reaccionar en sede jurisdiccional ante la falta de respuesta de la Administración a la reclamación. Como es sabido, difícilmente resulta conciliable esta regla procesal con las exigencias dimanantes del artículo 24 de la Constitución, y así lo tiene establecido la jurisprudencia constitucional: ésta se ha producido sobre todo en relación con la limitación del plazo establecida por el artículo 46.1; pero con más razón cabría sostener el reproche a nuestro juicio en el caso del artículo 46.2. Como se destacará después, también hay coincidencia generalizada en la doctrina en destacar que, particularmente, en estos casos, la regulación de la reclamación que nos ocupa tendría que haberse aproximado más al modelo de las reclamaciones previas que al de los recursos administrativos.

Pero, con todo, y dejando al margen estos aspectos, lo que más interesa destacar aquí, probablemente, es la delimitación del *supuesto de hecho determinante de la inactividad material de la Administración*, que resulta impugnabile. A decir verdad, el artículo 29.1 no contempla uno sino *dos supuestos de hecho*.

Porque, en efecto, para que la inactividad sea impugnabile en este caso, la inactividad ha de consistir en el incumplimiento o en la falta de cumplimiento de una obligación: una «prestación», en los términos de la Ley, u obligación jurídicamente exigible (como correlato natural al derecho que pretende hacerse valer por el sujeto legitimado para promover el recurso, cuyo cumplimiento es precisamente el que se reclama).

Ahora bien, esa obligación jurídicamente exigible o prestación puede provenir de una doble fuente, porque puede resultarle impuesta a la Administración, o bien, por virtud de un acto, contrato o convenio administrativo; o bien, por virtud de una disposición general, en este segundo caso, sin embargo, siempre que dicha disposición no precise actos de aplicación.

Por lo demás, ya en común en relación otra vez con ambos supuestos, sobre la obligación que pesa sobre la Administración se establece asimismo que ésta ha de consistir en

una prestación «concreta», dispuesta además «en favor de una o varias personas determinadas». Es decir, se introducen nuevas precisiones, tanto en punto a acotar el objeto de la prestación como su ámbito subjetivo.

Recapitulando ahora el alcance de estas observaciones, cabe identificar perfectamente un hilo conductor que caracteriza el conjunto de las previsiones expuestas: todas apuntan efectivamente en la misma línea de restringir la virtualidad del recurso de inactividad; unas limitaciones que se proyectan sucesivamente en la legitimación, en la exigencia de levantar una carga procesal previa, en la delimitación de los supuestos determinantes de la inactividad, y en fin, también en los términos en que se configura la obligación que a la Administración incumbe atender y que atienden, en este último caso, tanto a su objeto como a sus destinatarios.

Se trata confesadamente, de este modo, de evitar el activismo judicial; pero el problema es que, sumadas todas estas limitaciones, el artículo 29.1 puede llegar a resultar impracticable, especialmente, al menos, en uno de los dos supuestos determinantes de la inactividad: difícilmente puede darse el caso de que una disposición general reconozca prestaciones concretas a personas determinadas, con nombre y apellidos; si resulta ya prácticamente insuperable llegar a franquear este primer corte, se agrega en este caso, por si ello no bastara, la exigencia de que dicha disposición general no precise actos de aplicación.

Podría, de cualquier modo, enderezarse la situación, llegado el caso; porque, acudiendo a la cláusula general de sometimiento de toda la actividad administrativa al ordenamiento jurídico y el consiguiente control judicial pleno de la totalidad de la actividad administrativa, podrían reconducirse todas las controversias al recurso contra los actos expresos y presuntos; pero es que así estamos otra vez en 1956; y sin entrar en más o en menos sobre sus bondades, justamente, es ello lo que se trataba de evitar. Basta leer la Exposición de Motivos de la Ley, para destacar las esperanzas (también, las cautelas) puestas en el recurso por inactividad.

B) La aplicación del artículo 29.1 por la jurisprudencia: crónica de una frustración

Cabría aportar ahora un total de nueve resoluciones del Tribunal Supremo para llegar a apercibirse del actual estado de la cuestión en la jurisprudencia. Lo cierto es que tampoco se han prodigado excesivamente, en efecto, las resoluciones judiciales en este asunto; y, por otro lado, pese a que no son muchas, cabe identificar perfectamente las pautas seguidas, en tanto que se registran ya suficientes reiteraciones y remisiones a las mismas resoluciones.

«Para que la inactividad sea impugnabile en este caso, la inactividad ha de consistir en el incumplimiento o en la falta de cumplimiento de una obligación: una "prestación", en los términos de la Ley, y obligación jurídicamente exigible»

Con base en un criterio estrictamente metodológico, cabría destacar así, entre las primeras resoluciones, la *STS de 24 de julio de 2000*, de resultas de un recurso promovido contra la inactividad administrativa del Gobierno ante la denegación por Argentina de las comisiones rogatorias solicitadas por un juzgado de instrucción español para la práctica de algunas diligencias. Pese a que la inactividad en este caso no se considera propiamente administrativa, no hay óbice para la admisibilidad del recurso, con base en el artículo 2.a) de la Ley 29/1998, que incluye dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa los actos de gobierno, siquiera sea para la fiscalización limitada de algunos de sus aspectos: en todo caso, así, la protección de los derechos fundamentales y el cumplimiento de los elementos reglados presentes en tales actos.

Tampoco prospera la pretensión de inadmisión formulada desde una segunda perspectiva, sobre la base de que la inactividad se inscribe en el marco de un proceso penal, toda vez que la fiscalización pretendida se proyecta estrictamente sobre el ejercicio de unas potestades atribuidas directamente al poder ejecutivo que no forman parte del proceso penal.

Sin embargo, ya en cuanto al fondo, el recurso se desestima. Se suscitan de entrada objeciones a la postre relevantes, en relación con la legitimación, en tanto que, según se desprende del artículo 29.1, «para obtener éxito en el mismo no es suficiente con ser titular de un interés legítimo, sino que es preciso ostentar un derecho»; pero sobre todo, por una segunda razón, en tanto que la actividad «que aquí se demanda se hace derivar directamente de una disposición general, como lo es un Tratado con contenido normativo», porque «en todo caso lo que no ofrece duda es que para que pueda prosperar la pretensión se necesita que la disposición general invocada sea constitutiva de una obligación con un contenido prestacional concreto y determinado, no necesitado de ulterior especificación y que además el titular de la pretensión sea a su vez acreedor de aquella prestación a la que viene obligada la Administración, de modo que no basta con invocar el posible beneficio que para el recurrente implique una actividad concreta de la Administración».

Según igualmente se prosigue indicando, no cabe fundar la referida obligación en el artículo 118 de la Constitución: «y no se puede acusar a la Administración de inactividad en este aspecto, puesto que, conforme a lo requerido en el mismo, se dio pleno y debido trámite a las comisiones rogatorias en lo que a ella concernía, de modo que el obstáculo a su cumplimiento no le es a ella imputable, sino a la decisión de otro Estado soberano, la República Argentina», que, por otro lado, «no ha realizado una negativa arbitraria, puramente voluntarista, al requerimiento contenido en las comisiones rogatorias, sino que se ha acogido a su legislación interna y el artículo 30.2 del Tratado de Extradicción que —a su juicio— le permitía tomar la decisión adoptadas por su poder ejecutivo nacional».

También resultó relevante para clarificar la cuestión a los pocos años de entrada en vigor de la Ley, entre las primeras resoluciones, la *STS de 21 de enero de 2002* (ulteriormente, en el mismo sentido la *STS de 24 de julio de 2002*): la inactividad se sitúa en este caso en la falta de convocatoria de plazas de letrado del Tribunal Constitucional y, como en el caso anterior, la pretensión esgrimida consiste igualmente en una pretensión de condena, en este caso, a la convocatoria del concurso-oposición previsto en su normativa reguladora.

Promovido el recurso al amparo del artículo 29.1, el Tribunal Supremo entra igualmente en el fondo, pero lo desestima, lo mismo que en el caso anterior; porque, no obstante el tenor del artículo 97.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, esta norma «ni

señala en concreto qué condiciones o requisitos han de reunir los aspirantes a dichas plazas —sobre si ya han debido acceder antes a la condición de funcionarios o si ello es innecesario— ni un plazo determinado para verificar las oportunas convocatorias»; por otro lado, «si se admite la posibilidad de que hay funcionarios adscritos el Tribunal Constitucional que fueran ya funcionarios públicos antes de tal adscripción, y que estuvieran en otro cuerpo o escala distinto o, por mejor decir, resulta que hay, tal vez al margen de la Ley Orgánica, una vía de adscripción, distinta de la que corresponde al concurso-oposición».

Pero, en lo que más interesa incidir ahora a los efectos de este trabajo es en otra línea argumental, que igualmente se maneja en el texto de la resolución: «el Tribunal Constitucional no resulta obligado, en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación, a la convocatoria precisa del concurso-oposición a que se refiere la recurrente (...) y menos, si cabe menos, obligado a que todas las plazas sean cubiertas por dicho sistema de concurso-oposición, tal como, además, resulta de la Exposición de Motivos de la Ley, de valor interpretativo indiscutible, cuando con claridad expresa que este remedio (el recurso contra la inactividad) no permite a los órganos jurisdiccionales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el cuándo de una decisión o actuación material»; y lo que es más importante resaltar en este caso, «ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales».

Algo en lo que insistirá después, con base en la independencia del Tribunal Constitucional con relación a los demás órganos constitucionales: «al ser un órgano constitucional en ejercicio de potestades de autoorganización que le son propias, sobre todo en un específico ámbito de autoorganización sobre personal en el que son más sensibles —y necesarias— previsiones propias para la adecuada atención del servicio que se le encomienda (...) sin que por Ley pudiera estar tan constreñida a tal efecto que hubiera de entenderse que aquélla impone una prestación rigurosa, manifiesta, incondicional, incontrovertible, inexorable y precisa». Hubo, con todo, un extenso voto particular suscrito por dos magistrados proclive a la estimación del recurso.

Y, aunque ya algo más alejada en el tiempo, también contribuyó a sentar las bases sobre este asunto la ulterior *STS de 18 de febrero de 2005*, que resuelve un recurso de casación en interés de ley promovido por un municipio, una vez efectuada la correspondiente reclamación previa al Ministerio de Justicia para que éste le abonara el pago de la liquidación practicada por el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras.

El recurso se rechaza en instancia. Por lo que concierne al artículo 29.1, no concurre el supuesto previsto en este caso «pues además de no ser una prestación, la deuda tributaria que se reclama precisa de la correspondiente liquidación o acto aplicativo que determine su exacta cuantía en relación con los parámetros que configuran la base imponible del tributo, tipo impositivo, etc.» Y tampoco deriva la obligación de un acto, contrato o convenio administrativo, «pues, en definitiva lo que en el recurso se ventila no es una actividad prestacional de la Administración, sino el pago de un tributo».

No muy diferente es el parecer del Tribunal Supremo, que comienza efectuando dos importantes declaraciones: «no será aplicable la previsión del artículo 29 de la LJCA cuando la norma reconozca a la Administración un margen de discrecionalidad»; por otro lado, «el término prestación ha de entenderse en el sentido civil del objeto de las obligaciones,

que puede consistir en un dar, hacer o, incluso, un no hacer». Y prosigue después diferenciando los supuestos contemplados por el artículo 29: en relación con el primero, disposición general que no precise de actos de aplicación, aunque se formaliza inicialmente una apertura, en tanto que «habrá que entender incluida tanto la ley como el reglamento, pues no se especifica el rango», después se limita su virtualidad: «para la doctrina sólo forzando la literalidad del precepto podría incluirse en su espíritu aquellos casos en que se produce una “pasividad para ejercer una actividad que viene obligada a realizar de oficio en cumplimiento de sus fines”, citándose, como ejemplo, la falta de reacción frente a los actos perturbadores del dominio público».

Y añade: «en los casos en que la disposición que impone la obligación exija un acto de aplicación no cabrá el recurso contencioso-administrativo contra la inactividad material de la Administración, pero ello no significa que los titulares de un derecho o de un interés legítimo en que se dicte dicho acto carezcan de legitimación para recabar la correspondiente tutela judicial. En estos supuestos cabe convertir la inactividad material en actividad formal mediante la formulación a aquélla de una solicitud de que decida dictar el acto aplicativo exigido por la disposición general, solicitud que dará lugar a un acto administrativo expreso o presunto de contenido estimatorio o desestimatorio de la solicitud, frente al que cabrá el correspondiente recurso». Remite así el tratamiento de la cuestión al marco del recurso contra actos.

Por lo demás, el supuesto contemplado tampoco encaja dentro de aquéllos en los que la inactividad tiene su origen en un acto previo, porque «ha de tratarse de un acto propio de la Administración, nunca puede contemplarse un acto de terceros»; y, además, «en estos casos, lo que el demandante pretende no es que la Administración dicte un nuevo acto, sino que ejecute el que le otorga el derecho a dicha prestación». Como, tampoco, en fin, en un contrato o convenio. Por lo que, en suma, no hay lugar a casación: «no se trata de una inactividad de las previstas en el artículo 29 de la LJCA ni de la ejecución de un acto dictado por el Ministerio de Justicia sino del pago de un tributo liquidado por el Ayuntamiento».

De esta época, y más favorable a los intereses del particular resulta la *STS de 20 de junio de 2005*: en este caso, se recurría por la inactividad administrativa de un municipio que no había procedido a expropiar dos fincas afectadas por las alineaciones del plan general que impedían construir un edificio al recurrente al que sin embargo se le había concedido a tal efecto la preceptiva licencia. Éste recurrió, sin embargo, no por la vía del artículo 29.1, sino por la del artículo 29.2; y solicitaba la ejecución de un acto firme con significado positivo resultante de la falta de respuesta a la solicitud de iniciación del correspondiente procedimiento expropiatorio. Su recurso se declaró inadmisibile en instancia, por entender que correspondía aplicar el artículo 29.1: importa advertir que ello es lo que constituye el objeto del recurso de casación y lo que a la postre resulta determinante para centrar el debate.

El Tribunal Supremo, una vez concretada la pretensión de condena que pretende hacerse valer en el proceso (a la iniciación de un expediente expropiatorio y a la señalización de las alineaciones previstas en el plan), sitúa la polémica en la determinación del número concreto del artículo 29 en que encaja dicha pretensión. Para cuya resolución acude a dos criterios: la exposición de motivos de la Ley y los antecedentes parlamentarios del artículo 29.

Sobre lo primero, cita literalmente el texto de la exposición, cuando alude a que el recurso contra la inactividad «se dirige a obtener de la Administración, mediante la corres-

pondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo». Reconoce, ciertamente, que «parece evidente que el supuesto de inactividad que trata de combatir el artículo 29.2 de la vigente Ley jurisdiccional (que “la Administración no ejecute sus actos firmes”) no tiene nada que ver (...) con la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo». Pero no termina de extraer de ello consecuencias definitivas, sobre la base de los antecedentes parlamentarios del artículo 29 sobre los que enseguida profundiza.

Antes, sin embargo, interesa destacar una importantísima declaración, porque, para rechazar que la inactividad deba dirigirse a la obtención de «una prestación material —precisamente material— debida», dirá: «el número 1 del que hoy es artículo 29 no precisa de qué naturaleza —material o jurídica— haya de ser la prestación. Extraer por tanto de este párrafo octavo la conclusión de que el artículo 29.1 cuando habla de prestación está queriendo decir prestaciones materiales parece que desborda la prudencia que debe presidir la actuación del intérprete».

En todo caso, al examinar después los antecedentes parlamentarios, recuerda que el artículo 29 tenía inicialmente un único apartado y que ello se modificó en el curso de la tramitación del proyecto legislativo, de resultas de la aceptación parcial de una enmienda; y que, como otras veces sucede, la Exposición de Motivos no se adaptó a los cambios introducidos. Como justificación de éstos, y para explicar la necesidad de dar cabida a una vía que terminó siendo el artículo 29.2, se ponen una serie de ejemplos de operaciones jurídicas que procede atender, entre las que encajaría el supuesto de autos. Un último obstáculo sin embargo había de superarse a este efecto, en este caso: y es la posibilidad de recurrir también por dicha vía los actos producidos por silencio, y no sólo los expresos; planteamiento que asimismo el Tribunal Supremo termina confirmando y acuerda en consecuencia la estimación del recurso.

Claramente, la resolución judicial aparece condicionada por la situación de partida, esto es, la desestimación de la vía del artículo 29.2 en este caso, que era la que el recurrente había escogido inicialmente en defensa de sus pretensiones. Que así haya sido no autoriza sin embargo a entender impracticable la vía del artículo 29.1; todo lo contrario, asimismo la sentencia proporciona apoyo para entender que, en principio, ello era posible también, porque resulta inaceptable que la prestación que la Administración deba satisfacer deba entenderse que ha de ser de tipo material: no lo dice el artículo 29; y el hecho de que la Exposición de Motivos sí que lo haga (incluía también, junto a este referencia, la posibilidad de recurrir por esta vía la falta de adopción

«El término prestación ha de entenderse en el sentido civil del objeto de las obligaciones, que puede consistir en un dar, hacer o, incluso, un no hacer»

de actos expresos en algunos supuestos: procedimientos iniciados de oficio; cuando a la sazón no se contemplaba la vía del artículo 29.2, que se introdujo después) no resulta un argumento determinante, en tanto que no fue adaptada a los cambios introducidos durante la tramitación parlamentaria del proyecto legislativo.

Todavía dentro de esta especie de etapa intermedia habría que situar la *STS de 14 de diciembre de 2007*. La inactividad de la Administración se concretó en este caso en la exclusión de un sindicato del procedimiento de consulta y negociación previo a la apertura provisional de una oficina local de tráfico.

La resolución de instancia había sido desfavorable al empleo de la vía del artículo 29.1 sobre la base, entre otras, de la siguiente argumentación: «cuando existe un margen de actuación o apreciación por la Administración o cuando la disposición general que impone la obligación exija un acto concreto de aplicación no será posible la admisión del recurso contencioso-administrativo contra la inactividad material de la Administración consistente en que no ha dictado el acto aplicativo exigido por la disposición general sino que, en estos casos en defensa de los derechos e intereses legítimos afectados, los administrados podrán interponer recurso contencioso-administrativo frente a los actos expresos o presuntos en virtud de la técnica del silencio administrativo negativo respecto de los cuales se impone un régimen de recursos y de plazos de interposición distintos del exigido para los supuestos de impugnación de la inactividad material de la Administración».

Y el Tribunal Supremo va a abundar en la misma línea, porque, además, «desde luego no puede decirse que la Administración haya estado inactiva, sino que precisamente la posible infracción se produce como consecuencia de una actuación concreta de ésta».

Ya, entre las más recientes, habría que mencionar en primer término la *STS de 1 de octubre de 2008*: el recurso por la inactividad administrativa se promueve tras el requerimiento a la Administración para que adoptara las medidas precisas con vistas a que el colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España cesara en la aplicación de un precepto reglamentario anulado judicialmente, que le permitía la llevanza del fichero de localización de entidades inscritas, así como la prestación de los servicios dispensados a través del mismo, todo ello en tanto que invadía las competencias propias del registro mercantil central relativas a la coordinación y localización societarias. El recurso se rechaza en instancia porque «no existe una disposición, acto o contrato del que, directamente, sin acto de aplicación, resulte la obligación cuyo reconocimiento se pretende y que determina la ilegal inactividad de la Administración».

Con base en resoluciones anteriores de las que no hemos podido dar cuenta, se concluye en efecto que «es evidente que en el presente caso no existe en realidad norma que establezca una concreta prestación a favor del recurrente, pues no lo es el contenido del artículo 560 del reglamento hipotecario», como tampoco contiene un precepto de las características exigidas el artículo 4.1.b) del Real Decreto 1484/2000: «el citado precepto no faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales en relación con la realización de actividades». Y en el fondo «lo que se está pretendiendo sobre la base de la inadecuada invocación del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción, es un reconocimiento de la competencia del registro mercantil central en relación al fichero».

Sí que corrió mejor suerte el recurso por la vía de inactividad que culminó en la *STS de 3 de diciembre de 2008*, promovido por un grupo de vecinos a raíz de la invasión de una vía pecuaria de resultas de la realización de unas obras urbanísticas. Se denunció entonces la inactividad administrativa, por la falta de iniciación del preceptivo procedimiento de recuperación de oficio. El recurso fue estimado: «es evidente la inactividad de la Administración en este caso puesto que (...) al proceder de este modo, y una vez que tuvo conocimiento de los hechos ya relatados y habiendo sido requerida para ello, incumplió la obligación que le imponía el artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción, puesto que, existiendo disposición de carácter general con rango de Ley, que le permitía hacer efectiva la recuperación del bien de dominio público usurpado, sin otro acto de aplicación más que el del cumplimiento de ese mandato legal y, por tanto, para ejecutar la prestación, entendido este término en el sentido amplio con que lo utiliza la Ley de la Jurisdicción (no de prestación que deriva de un servicio público) sino de cumplimiento del bien de interés general que le habían demandado aquellos vecinos».

Con todo, este supuesto es singular, respecto de los examinados hasta ahora, porque la inactividad se proyecta sobre la falta de realización de una actividad en relación con un procedimiento que procede iniciar de oficio, y cuya iniciación no tiene lugar por tanto mediante la correspondiente solicitud. Pero, esto al margen, concita interés, primero, porque pone de relieve de manera inequívoca que también cabe promover el recurso por inactividad en dicho supuesto, lo que resultaba explícito en la versión originaria del Proyecto de Ley Jurisdiccional, como ya antes quedó explicado; y también, y más allá de ello, porque reconoce palmariamente que la emanación de un acto, al menos, para proceder al cumplimiento de la obligación legal existente, no excluye la utilización de esta vía de recurso, con base en el pretexto de que la disposición general de la que resulta la prestación precisa un acto de aplicación.

No prosperó en cambio el recurso por inactividad que dio lugar a la *STS de 2 de julio de 2009*, ante las reclamaciones del recurrente en que solicitaba el mantenimiento de la inscripción de una empresa y de los permisos de explotación de las máquinas recreativas. El recurso en instancia se había estimado parcialmente, sin embargo, por cuanto que se había declarado la caducidad del procedimiento incoado por la Administración encaminado a la revocación de las licencias; sin embargo, sobre la petición del levantamiento de la suspensión, se había declarado que ésta no procede porque la suspensión deriva de la falta de constitución de las fianzas obligatorias, no de la iniciación del correspondiente procedimiento revocatorio.

Importa sin embargo detenerse un ápice en esta resolución, porque aclara la sentencia lo que considera «un desenfoque inicial sobre lo que ha de entenderse por inactividad de la Administración», en tanto que entiende el recurrente «que la falta de respuesta a cualquiera de los escritos presentados ante la Administración (...) supone un caso de inactividad administrativa del 29.1 de la LJCE». Saliendo al paso de ello, se afirma que al artículo 29.1 define y acota el supuesto en que resulta de aplicación el recurso contemplado en el mismo y añade: «no está de más añadir que la inactividad a que nos referimos, el silencio administrativo y, en fin, la caducidad del procedimiento constituyen tres figuras cuyo común denominador viene representado por la falta de diligencia de la Administración ya sea para cumplir sus obligaciones, ya sea para resolver o para tramitar con presteza. Y que en todas sus vertientes confluyen en el caso examinado (...) ahora bien, no podemos confundir

estas figuras, obviar sus diferencias o, simplemente, prescindir de los efectos distintos que ocasionan».

Terminamos ya con la *STS de 23 de julio de 2009*, que lejos de todas las anteriores, contiene un pronunciamiento favorable a la aplicación del artículo 29.1 y confirma en casación la resolución de instancia, que había estimando el recurso promovido por esta vía por los vecinos beneficiados de un convenio incumplido por la Administración. Pese a que ésta afirma que dicho convenio no establece obligaciones concretas y determinadas y que los vecinos carecen de legitimación para controlar el cumplimiento del convenio y no existen derechos subjetivos otorgados por el convenio a los recurrentes, no se acepta su pretensión, primero, porque la Administración había dado por buena su reclamación en el procedimiento administrativo previo; pero, sobre todo, en lo que interesa destacar, porque «las obligaciones asumidas por aquella se han de traducir directa o indirectamente en prestaciones a favor de los vecinos, quienes son por ellos interesados, que podrían incluso accionar contra el obligado por la vía de la impugnación de la desestimación presunta de la petición de cumplimiento (artículos 25.1 y 19.1 de la Ley jurisdiccional 29/1998); y no parece que la novedad de esta Ley admitiendo la impugnación de la inactividad de la Administración pueda a la postre significar un recorte en las posibilidades de impugnación».

Pese a esta última resolución, es evidente que el balance que arroja la jurisprudencia resulta poco esperanzador. Las dificultades se ciernen especialmente en el primero de los supuestos legitimadores del recurso previsto en el artículo 29.1, disposiciones generales que no precisen actos de aplicación, supuesto que se invoca en la mayoría de los recursos promovidos y que trata de reconducirse a la vía del artículo 25.1, como hemos visto; y el segundo de tales supuestos, inactividad ante un acto, contrato o convenio administrativo, tampoco está exento de dificultades, con vistas a evitar su solapamiento con el supuesto del artículo 29.2 (al menos, en el caso de los actos). Entre ambos recursos (artículo 25.1 y 29.2), está resultando extremadamente difícil encontrar un espacio para la vía del artículo 29.1.

Con todo, entre los aspectos positivos, es importante resaltar que, en su conjunto, el Tribunal Supremo recurre a la misma doctrina en lo esencial; y ha de destacarse el hecho de que, como base para rechazar los recursos promovidos por la vía del artículo 29.1, dicha doctrina se fundamenta sobre todo en la ausencia de obligaciones suficientemente precisadas y en el reconocimiento de márgenes de apreciación de la Administración; lo que a veces se conecta también con la ausencia de auténticos derechos subjetivos. No acostumbra a invocarse en cambio el contenido de la prestación, donde incluso se reconoce a veces que puede ser jurídica y no sólo material. En cualquier caso, son visibles también las dificultades para evitar un espacio suficientemente acotado para esta vía de recurso.

C) El estado de la cuestión en la doctrina: entre el escepticismo y el mantenimiento de una apuesta a favor de la utilidad de esta vía de recurso

En el ámbito de la doctrina, diversos autores han tratado el recurso de inactividad y existe una generalizada coincidencia sobre su inadecuada regulación. No obstante, existen también algunos matices en torno a sus planteamientos concretos que conviene apuntar.

Así, por ejemplo, entre las más críticas, cabría destacar la posición de HUERGO, quien parte de la base de que el objetivo perseguido es en última instancia el de evitar el

mecanismo impugnatorio para sostener pretensiones de condena; concluye sin embargo que a la postre la innovación resulta intrascendente. Coincide en este punto con GÓMEZ PUENTE y AGUADO, a los que después nos referiremos.

Pero aun llega más lejos que estos últimos, porque para él no cabe sostener con ocasión de dicho recurso sino una pretensión distinta de la de dictar un acto administrativo: si bien la referencia a estar obligada la Administración a una prestación concreta podría incluir en principio la de dictar un acto administrativo, como después se dice que la obligación jurídicamente exigible o prestación ha de nacer de un acto, convenio o norma, se da sólo cobertura a una inactividad material o ejecutiva, consistente precisamente en la ejecución de tales actos.

Por lo que si lo que se pretende es la emanación de un acto, la vía procedente sería la del recurso contra los actos. De este modo, concluye que no responde la configuración del recurso por inactividad a su denominación legal, en tanto que podría abarcar ambos tipos de prestaciones, y no sólo la material. Y para el autor antes mencionado, por lo demás, así habría debido ser, porque el recurso contra los actos, aunque es susceptible de amparar cualesquiera pretensiones, no está específicamente pensado para dar cabida a las pretensiones de condena; por otro lado, tampoco se proporciona ni existe suficiente justificación a la existencia de un trato diferente en cada caso.

Ciertamente, lo que el recurso por inactividad pretende ante todo es en nuestra opinión la satisfacción de una pretensión material, difícil en el ámbito de los recursos contra actos; pero entendemos que también se da un salto argumentativo cuando siendo ello cierto se consideran en consecuencia excluidas las pretensiones encaminadas a obtener la emanación de un acto. Precisamente, por las propias razones apuntadas por este autor, y porque las diferencias carecen de justificación, es por lo que pensamos que no han de quedar excluidas de raíz: la prestación material exige siempre la cobertura de una actuación jurídica previa; y no es razonable separarlas artificiosamente y obligar al recurrente a plantearlas sosteniendo diversos recursos o a desprenderse en su caso de alguna de ellas en el planteamiento del correspondiente recurso.

Aunque HUERGO insiste primordialmente sobre lo que hasta aquí acaba de indicarse, no olvida dar cuenta de otras limitaciones igualmente referidas a la regulación del recurso por inactividad, entre otras, las que resultan de la limitada legitimación de los sujetos a quienes se reconoce dicha aptitud, que son sólo los titulares de derechos; o de la necesidad de que la prestación venga reconocida a favor de una o varias personas determinadas, y también, el hecho de que dicha prestación se califique como concreta.

Entre el conjunto de las restricciones, no obstante, que se explican en su opinión en la finalidad de conjurar el peligro de un eventual acti-

«La prestación material exige siempre la cobertura de una actuación jurídica previa; y no es razonable separarlas artificiosamente y obligar al recurrente a plantearlas sosteniendo diversos recursos o a desprenderse en su caso de alguna de ellas en el planteamiento del correspondiente recurso»

vismo judicial, subraya el equivocado planteamiento a que responde la previsión de un plazo máximo de dos meses para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Para el autor, el modelo debió haber sido el de las reclamaciones previas, porque la reclamación no constituye una impugnación en sentido propio, de modo que no habría cabido contemplar más plazo que el que corresponda al derecho sustantivo que pretende hacerse valer; y, por eso también, postula la distinción entre vía administrativa previa y «decisión previa»; igualmente, y por lo mismo, su falta de interposición debía ser subsanable en el curso del proceso.

AGUADO, justamente, por las dificultades que resultan de su configuración legal, intenta imprimir a esta vía del recurso por inactividad alguna virtualidad; y afirma así que el derecho a obtener una prestación incluye que ésta sea material o jurídica (la adopción de un acto) y que dicho derecho pueda satisfacerse mediante la obtención de la correspondiente sentencia de condena.

Como requisitos para el planteamiento del recurso, circunscribe éstos a lo esencial, esto es, la existencia de un auténtico derecho a una prestación, de modo que ésta esté vendida, resulte exigible y sea actual. Y sobre esta base, interpreta ulteriormente los concretos requisitos exigibles legalmente.

Así, que las disposiciones generales precisen actos de aplicación no determina que lo verdaderamente relevante sea la ausencia de tales actos, muchas veces inevitables, sino la existencia de obligaciones directamente exigibles a partir de aquellas disposiciones. Y del mismo modo considera, como GÓMEZ PUENTE, que la exigencia del reconocimiento de prestaciones a determinadas personas especialmente en tales casos constituye un exceso, aunque plantea para superar el inconveniente legal que se admita que los sujetos puedan estar inicialmente indeterminados, con tal de que dejen de estarlo cuando se colocan en las condiciones previstas en la norma al configurar el supuesto de hecho. Por tanto, sí es posible mantener la exigencia de tal determinación, aunque mediante fórmulas indirectas. Lo mismo, en relación con que la prestación deba ser concreta, afirma que lo importante es que resulte determinable.

Como HUERGO, destaca igualmente la similitud del mecanismo de la reclamación con el de las reclamaciones previas; y marca también las distancias con la figura del silencio, en tanto que no hay en estos casos obligación de resolver, ni se produce el silencio positivo o negativo por su incumplimiento, y no hay necesidad de agotar la vía administrativa. Finalmente, advierte el problema de que la Administración responda a la reclamación, afirmando la inexistencia del derecho a la prestación; y defiende que en tales casos el requisito ha de entenderse cumplido, a los efectos de interponer el recurso por inactividad. Y, como medidas cautelares susceptibles de acordarse cuyo régimen resulta más favorable, rechaza la posibilidad de alcanzar la obtención de la pretensión sin más, pero admite que puede acordarse la contemplación de la correspondiente partida presupuestaria o la consignación de un depósito previo.

Para GÓMEZ PUENTE, la misma extensión o una similar que la del recurso contra actos es la que abarcaría el supuesto de hecho legitimador del recurso por inactividad; inactividad, sin embargo, que, según agrega, desde un punto de vista dogmático o conceptual, puede deberse a la falta de disposición de los medios técnicos o materiales precisos, pero también a causa de omisiones formales, cuando no se dictan los actos precisos para proceder al cumplimiento de las correspondientes obligaciones.

Y, por eso, aunque la ejecución persigue en última instancia una actividad material, la Administración puede verse obligada a dictar también determinados actos administrativos para promover forzosamente el desarrollo de esa actividad material. Se trata de una inactividad formal, pero su carácter mediato en relación con la finalidad material pretendida a la postre aconseja su estudio entre los supuestos de inactividad material de la Administración.

Tampoco supone una novedad especialmente relevante la configuración legal de este nuevo recurso para GONZÁLEZ PÉREZ, GARRIDO FALLA, CORDÓN y NIETO. Este último autor, así las cosas, resalta que la exposición de motivos de la Ley sí que pone énfasis en esta figura y manifiesta también su afán por superar de este modo una concepción rígida del contencioso-administrativo, pero opina que en realidad estamos peor que antes.

Subraya que las actuaciones administrativas se traducen a la postre en hechos, pero éstos están conectados con actos: diferencia así los actos de resolución y la actividad material de resultado. Y subraya que al ciudadano le interesa el primero sólo por lo que tiene de reconocimiento de un derecho y porque constituye el presupuesto para la ejecución del acto; no en sí mismo, porque le interesa el acto previo sólo para llegar a la prestación material.

A partir de esta conexión, defiende igualmente la necesidad de evitar una rígida diferenciación entre la inactividad formal y la material: la primera, se manifiesta cuando no se produce el acto en plazo, pero es en realidad mixta (también se persigue combatir la inactividad material); y la segunda, cuando falta el acto (vertiente material de la inactividad formal), o cuando el acto no se ejecuta o se desobedece. Como remedios para combatir la inactividad, se plantea convertir la inactividad material en formal, que sería la primera opción, también la más simple e imperfecta, la que el ordenamiento jurídico preexistente contemplaba solamente y la que el autor combatía por sus carencias; pero está también la de otorgar al juez la facultad de imponer la obligación a la Administración de ejecutar el acto o la prestación.

Pero no se ha llegado tan lejos y la Ley 29/1998 se ha quedado en una especie de tierra de nadie, donde parece difícil desprenderse de la necesidad de promover la producción de un acto, porque sin él, sencillamente, no puede realizarse la prestación. Por eso, le parece en fin que el nuevo régimen es simétrico al anterior sólo que en sentido inverso; y por eso, igualmente, no atisba grandes novedades. La condena al cumplimiento de una obligación presupone necesariamente la declaración de tal obligación, es decir, la producción de un acto judicial en sustitución del acto que no se dictó; pero no cabe ir más allá, es decir, no cabe proceder lisa y llanamente a la sustitución. De este modo, el nuevo recurso constituye una simple duplicación, una mera alternativa sustancialmente idéntica.

Ya para terminar, habría que resaltar que más optimista es la visión de DE LA QUADRA SALCEDO, para quien el recurso por inactividad constituye una importante novedad que ha de valorarse positivamente. Fundamenta la diferencia del artículo 29.1 con el 29.2 en que en el primero no hay actividad formal; lo que, habría que indicar, no es del todo exactamente así, al menos, en uno de los dos supuestos, cuando existe un acto, contrato o convenio que ha de ejecutarse (precisamente por ello las dificultades del deslinde).

La vía del artículo 29.1 se ofrece porque al particular a veces lo que le interesa no es que se declare contraria a derecho una concreta actuación administrativa, sino la condena a una prestación. Todavía se observan, con todo, residuos de la concepción objetivista del proceso, en tanto que se habla de un recurso «contra» la inactividad administrativa y se

limita su ejercicio sólo a los titulares de derechos. Pero plantea la necesidad de superar dicha concepción y sugiere diversas aperturas.

Por todas, la prestación cuyo cumplimiento puede exigirse puede ser de carácter material, pero también jurídica, y puede consistir en este caso, por tanto, en la emisión de un acto. Preconiza también una interpretación flexible del primero de los supuestos previstos, disposiciones de carácter general que no precisen actos de aplicación, cuya configuración lo que pretende es que la fuente de la obligación resida en la propia disposición y no derive por tanto de un acto posterior: pero la absoluta ausencia de la necesidad de un acto de aplicación dejaría en nada esta vía de recurso; además, en el caso del convenio, acto o contrato no resulta ello exigible. Lo importante es, por tanto, que la Administración no añada nada a una obligación dispuesta en una norma previa. El recurso abre así más posibilidades de las que resultan de su lectura restrictiva. No es un acto lo que se impugna, según añade a sus planteamientos, por la exigencia de reclamación. Y en definitiva el recurso no constituye sino una nueva acción, que procede igualmente si la Administración expresamente responde que no hay derecho a la prestación, porque con la reclamación en sí se da cumplimiento a las condiciones legales previstas para el ejercicio de este recurso.

Y asimismo, en esta línea favorable a mostrar la efectividad de este recurso, habría que situar, mucho más recientemente, la opinión expresada por SÁNCHEZ MORÓN, de quien interesa sobre todo destacar, a los efectos de este estudio, la opinión que manifiesta acerca del carácter de la prestación a que se refiere el artículo 29.1 de la Ley Jurisdiccional; según este autor, en efecto, dicha prestación no sólo puede ser de carácter material, esto es, dar o realizar un servicio a favor de alguien, sino que puede tratarse también de una prestación formal, es decir, la obligación de adoptar ciertos tipos de actos o actuaciones jurídicas. Destaca asimismo que la exigencia de que dicha prestación deba ser concreta no debe constituir un obstáculo, y que lo que importa realmente en este punto es que la actividad deba ser legalmente obligada y debida. Y en fin saluda también la apertura propiciada por la resolución judicial objeto de su comentario a favor de la legitimación de los vecinos de un municipio para promover el recurso contra la inactividad administrativa. Con todo, cabría aducir que estas reflexiones podrían en su conjunto estar condicionadas por la particularidad del propio supuesto sobre el que se proyectan, que es por lo demás el mismo que el de la sentencia objeto de su comentario: lo cuestionado en el caso era, si se recuerda bien, la inactividad administrativa en relación con un procedimiento que la Administración había de proceder a iniciar de oficio.

D) Bases para la revitalización de la figura del recurso por inactividad (artículo 29.1)

Como hemos visto, están, por una parte, quienes opinan que nada nuevo aporta este recurso; mientras que otros, en cambio, apuestan por tratar de apurar sus posibilidades. A nuestro juicio, forzoso resulta inclinarse por esto último. Se trata de una modalidad de recurso prevista en la Ley jurisdiccional; luego se requiere un esfuerzo por extraer la virtualidad precisa de sus preceptos, que exigen ser interpretados en un sentido que asegure su efectividad.

Ahora bien, para que ello sea así, es imprescindible, por un lado, concentrarse en las exigencias esenciales requeridas para la utilización de esta vía de recurso, que en nuestra opinión tanto la jurisprudencia como la doctrina han acertado a identificar; para las restantes

exigencias, por el contrario, se impone una interpretación espiritualista y *pro actione*, porque, en otro caso, quedarían definitivamente desactivadas todas las posibilidades para la utilización de este recurso.

Enseguida habremos de concretar el alcance de las indicadas exigencias. Pero hace falta indicar antes que no basta con ello. Por otro lado, parece necesario asimismo abandonar todo intento de buscar un espacio propio y diferenciado para el recurso por inactividad: dicho lo mismo pero en otros términos, hay que admitir que, ante determinadas circunstancias, no sólo podrá promoverse su ejercicio, sino que el sujeto legitimado podrá acudir a otras vías de recurso, según el caso, al recurso contra actos (artículo 25.1) o al recurso por inactividad de actos firmes (artículo 29.2).

No cabe interpretar, pues, que existen parcelas concretas, rígidas y cerradas, asignadas por separado a cada modalidad de recurso: por atractivo que en principio pudiera resultar este planteamiento desde una perspectiva dogmática o conceptual, ha de desecharse, ya que por su propia artificiosidad plantea problemas su aplicación a la realidad y, lo que es peor, puede desembocar en consecuencias adversas para el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, que la Constitución reconoce y garantiza.

Estrechamente relacionado con ello, y para terminar de esbozar el planteamiento propuesto, el recurso por inactividad ha de ir dirigido desde luego a la obtención de una prestación material, la cual ha de constituir así su pretensión fundamental y necesaria, sin la cual sencillamente no cabe acudir a esta vía. Ahora bien, ello no debe ser óbice para que, junto a la indicada pretensión de condena (a la realización de la indicada prestación material), pueda asimismo de modo auxiliar o complementario sostenerse una segunda pretensión de condena, en este caso, a la emanación de un acto (prestación jurídica); por la sencilla razón de que ambas cosas, el acto y la actividad material, están en íntima conexión y aquél constituye el necesario presupuesto para que ésta pueda realizarse.

Adviértase que, aun en términos de mera hipótesis, si el órgano jurisdiccional dispusiera de poderes sustitutorios en estos casos, ni siquiera él podría proceder a ordenar pura y simplemente la realización de la actividad material, sin ordenar asimismo la emanación del correspondiente acto jurídico (en este caso, judicial). Lo importante no es, en definitiva, la existencia o no de dicho acto, ha de relativizarse por eso esta cuestión, sino su alcance preciso: éste es el auténtico *quid* de la cuestión, nunca podría dicho acto poseer carácter constitutivo y constituir fuente propia de una obligación, porque previamente, para que pueda promoverse el recurso por inactividad de la Administración, aquélla ha de estar perfectamente identificada y resultar jurídicamente exigible; pero nada impide que pueda instarse la emanación

«Parece necesario abandonar todo intento de buscar un espacio propio y diferenciado para el recurso por inactividad: hay que admitir que, ante determinadas circunstancias, no sólo podrá promoverse su ejercicio, sino que el sujeto legitimado podrá acudir a otras vías de recurso»

de un acto, de naturaleza necesariamente declarativa, con ocasión del recurso, como base y presupuesto para la realización de una actividad material, que en todo caso requiere dicha cobertura.

Sobre las bases expuestas, cabría, así las cosas, apostar por la revitalización del recurso por inactividad en los términos antes adelantados.

E) Desarrollo y concreción de las bases expuestas

Ya en concreto, en cuanto a las exigencias a que ha de subordinarse su utilización, resulta palmaria la necesidad de asegurar una legitimación limitada para la interposición de este recurso, que ha de quedar así circunscrita a los titulares de derechos. Y, como correlato hasta lógico y natural del derecho cuya efectividad se suscita, del lado contrario, esto es, desde la perspectiva de la Administración ha de pesar sobre ella una obligación jurídicamente exigible o, en otros términos, una prestación concreta y determinada, cuyo cumplimiento el particular beneficiado de la misma tiene el derecho de reclamar. De ahí también que se subraye igualmente con acierto la imposibilidad de ampararse en cláusulas excesivamente genéricas e indeterminadas, atributivas de algún margen de discrecionalidad a favor de la Administración actuante. La jurisprudencia y la doctrina, como decíamos, han sabido perfectamente identificar estas exigencias centrales.

No requieren en cambio una interpretación estrictamente literalista, que enervaría todas las posibilidades de utilización de esta vía, el resto de las exigencias que han de interpretarse, así las cosas, conforme a un principio *pro actione* que sin desactivarlas permitiera alcanzar su recto entendimiento.

Así, que la prestación deba estar reconocida a favor de una o varias personas determinadas resultaría una exigencia sencillamente insuperable en muchos casos (cabalmente, cuando la fuente de la prestación intentara buscarse en una disposición general): AGUADO ha sabido cómo alcanzar una adecuada exégesis de esta previsión. Y lo mismo ha hecho DE LA QUADRA, en relación con la exigencia de que dicha disposición general no precise actos de aplicación: no se exige ello en el otro de los supuestos legitimadores de esta vía de recurso (cuando la prestación proviene de un acto, contrato o convenio); lo que importa es, pues, que la obligación no resulte jurídicamente exigible por virtud del acto (lo que otorgaría a dicho acto carácter constitutivo), sino que la obligación venga prefigurada con anterioridad y esté directamente impuesta por la indicada disposición general. En el mismo sentido, también SÁNCHEZ MORÓN.

En realidad, el conjunto de la doctrina se inclina resueltamente por buscar en estos casos una visión, antes teleológica y finalista que meramente literal, de las exigencias mencionadas, para evitar que las restricciones para la utilización de esta vía de recurso se multipliquen. Despejado así el camino, la discrepancia en dicho ámbito se sitúa en el contenido de la prestación jurídicamente exigible por medio de este recurso.

Ya nos hemos pronunciado antes al respecto. Partiendo también de la base de que por lo demás la Ley, en este punto, no formula restricciones. No lo hace, desde luego, el artículo 29.1; y si alguna alusión a ello contiene en cambio la Exposición de Motivos cuando se refiere a este recurso es porque las referencias proceden de la versión originaria del Proyecto de Ley, entonces tenían sentido; sin embargo, su tenor literal no se alteró después,

cuando el precepto resultó modificado en el curso de su ulterior tramitación parlamentaria, como ya quedó explicado.

Como otros autores, entendemos, en efecto, que la obligación jurídicamente exigible puede consistir en un dar, hacer o no hacer; y que puede también consistir en la realización de una prestación meramente técnica o material, o de una pretensión de tipo jurídico. Esto último, sin embargo, requiere ser precisado.

Como indica HUERGO, el objeto primario del recurso por inactividad consiste en poder exigir directamente el cumplimiento de una prestación material, carece de sentido esta modalidad de recurso si ello no es así, por lo que esta pretensión resulta necesaria e insustituible.

Ahora bien, esto sentado, nada debe impedir que, junto a ella, quepa sostenerse una pretensión accesoria, adicional y complementaria de tipo instrumental si se quiere, consistente ésta en la realización de una prestación que podemos denominar de carácter jurídico, porque muchas veces difícil o incluso imposible será acceder a aquella prestación material sin dicho presupuesto, a la que por tanto proporciona la requerida cobertura. Por lo demás, en caso de no compartirse este planteamiento, habría que promover entonces dos recursos: el interrogante, pues, se resuelve por sí solo. Lo que sí podrá sostenerse es que no cabe intentar hacer valer en esta modalidad de recurso, pura y simplemente, la indicada pretensión por sí sola, esto es, con independencia de la primera, que en todo caso ha de ser además la esencial en estos casos.

Identificadas así las exigencias propias de esta modalidad de recurso, cabría restituir a éste su funcionalidad y cumplir además, de este modo, los términos de la Ley jurisdiccional que le asigna un ámbito de funcionamiento propio.

Ya para finalizar, un ámbito propio de funcionamiento, que no exclusivo; toda vez que, en los términos ya adelantados, nada impide que, ante determinadas circunstancias, puedan resultar operativas diversas vías de recurso que de entrada no son excluyentes.

Por ejemplo, ante un sencillo caso de trienios adeudados a un funcionario, por venir exigido el cumplimiento de esta obligación directamente de una disposición general, en nuestra opinión podría promoverse en estos casos un recurso por inactividad por la vía del artículo 29.1, que tuviera por pretensión principal la condena al pago material de las cantidades adeudadas, después de efectuar la previa reclamación; y por prestación secundaria, en garantía de la propia seguridad del tráfico jurídico, la emanación de un acto (de naturaleza meramente declarativa), de reconocimiento (no de constitución) de la señalada obligación. Pero, como es lógico, nada impide tampoco que el particular afectado formule la correspondiente solicitud con vistas a la producción del correspondiente acto, que si es de carácter presunto y tiene asignado efectos desestimatorios (silencio negativo) abriría la vía para la interposición del recurso por la vía del artículo 25.1 de la Ley jurisdiccional, en cuyo ámbito entendemos que, en este caso, junto al reconocimiento de los derechos económicos adeudados como pretensión principal, podría también postularse como pretensión accesoria la condena a entregar las cantidades adeudadas. Nada obliga a decantarse necesariamente por una u otra opción; y no dice la Ley que si el supuesto encaja dentro de una concreta modalidad de recurso obliga ello a descartar cualquier otra.

Por poner otro ejemplo aún más complejo, podría incluso apuntarse el supuesto de un acuerdo de otorgamiento de un justiprecio, consistente en la entrega de unas fincas, que

no termina de consumarse después de materializada en cambio la expropiación. En tal hipótesis, cabría desde luego formular una solicitud para que se produzca dicha entrega e impugnar el consiguiente acto presunto de carácter denegatorio; pero no parece que resulte obligatorio emprender esta vía, probablemente la más larga en el tiempo; también cabría acudir al mecanismo del artículo 29.1, en este caso por el incumplimiento de la obligación resultante de un acto (no de una disposición general), requiriendo la entrega material de tales fincas como pretensión principal, y, en su caso, la adopción del correspondiente acto de reconocimiento de la indicada obligación; y en fin hasta podría considerarse la utilización del artículo 29.2, si llegara a considerarse que se trata de un acto firme aquél cuyo cumplimiento se pretende.

III. FINAL. DE LO CONCRETO A LO GENERAL: LA REALIZACIÓN DEL MISMO RECORRIDO, AHORA, A LA INVERSA

1. De vueltas al planteamiento general: proyección sobre el mismo de las consideraciones precedentes

Corresponde ahora dejar de mirar el caso concreto de la inactividad administrativa y tratar de imprimir un enfoque más general al asunto que nos concierne. Así planteada ahora la cuestión, las posiciones se sitúan entre dos polos.

Conforme a un primer modelo, las pretensiones se determinan en cada caso según la actividad administrativa impugnada. De tal modo, las pretensiones susceptibles de hacerse valer en el caso del recurso contra actos (y reglamentos) configurado en el artículo 25.1 de la Ley jurisdiccional son las tipificadas en el artículo 31; y, de igual manera, las que corresponden al recurso por inactividad (artículo 29: aquí cabría referirse conjuntamente a sus dos apartados) serían las contempladas en el artículo 32.1.

Desde un modelo contrapuesto, en cambio, las pretensiones no se discriminan según la actividad administrativa impugnada. En otros términos, en el recurso contra actos, cabe sostener también pretensiones de condena; y en el recurso contra (mejor: por) la inactividad administrativa, cabría sostener pretensiones distintas de aquella (así, las contempladas en el artículo 31).

De este modo, cabría concluir que la actividad administrativa impugnada en cada caso determina el régimen jurídico aplicable al recurso que se promueve, pero no condiciona el conjunto de pretensiones que pretendan hacerse valer en cada caso. Sin perjuicio de que algunas de ellas puedan resultar inadecuadas en ocasiones (por todas, podría citarse el caso de sostener una pretensión anulatoria en el ámbito de un recurso por inactividad, cuando en principio lo que se pretende es justamente la ejecución de un acto o disposición general; con todo, podría plantear problemas en este caso la existencia de actos obstativos ulteriores contrarios al que pretende ejecutarse, problemas que podrían soslayarse con la exigencia de plantear un recurso distinto, aunque esta solución siempre puede dar lugar a problemas técnicos).

El primero de los modelos expuestos es el resultado de una construcción técnica probablemente más sutil, pero en tanto que descansa sobre una rígida separación de las pretensiones ejercitables en cada caso resulta a la vez más artificial, y puede llegar a compro-

meter la tutela judicial efectiva, puesto que, aplicado estrictamente, algunas pretensiones pueden quedar en el camino. Más favorable a la vigencia de este valor que es también un derecho fundamental parece el segundo modelo, indudablemente, más garantista desde la perspectiva expuesta.

No faltan argumentos a favor de la necesidad de diferenciar las pretensiones que se ejercen con motivo de cada recurso. Leído literalmente el artículo 32.1, es claro así que el precepto se dirige específicamente al recurso por inactividad y puede sostenerse que lo que intenta es delimitar estrictamente las pretensiones susceptibles de ejercerse en el mismo. A la suma de las importantes restricciones establecidas en el artículo 25.1 se agregaría esta otra, que podría haberse soslayado desde luego si se hubiese introducido la expresión «también», porque sería ello muestra suficiente de que la finalidad de aquel precepto es completar el artículo 31, pero no lo hace (hay, por lo demás, una explicación también a ello). Pero en sentido contrario al que acaba de indicarse, cabría apelar dentro del mismo precepto además al artículo 32.2, que, en relación con la vía de hecho, admite sin dificultad la convivencia entre una pluralidad de pretensiones bajo esta modalidad de recurso.

En cualquier caso, bajo nuestro punto de vista, más adecuado a nuestro sistema constitucional resulta el segundo modelo, de tal manera que el ejercicio del recurso por inactividad no estaría abocado indefectiblemente a contraer el enjuiciamiento jurisdiccional al examen de una sola pretensión; y del mismo modo, bajo la modalidad del recurso prevista en el artículo 25.1 cabría sostener igualmente pretensiones de condena. Lo contrario supondría una especie de retorno al pasado, en tanto que incluso bajo la vigencia de la antigua Ley Jurisdiccional cabía esto último, con base en el antiguo artículo 42. Y obligaría además a plantear un doble recurso, si intentan promoverse distintas pretensiones con ocasión de cada asunto. El actual artículo 70.1, por otro lado, no distingue los poderes de los órganos jurisdiccionales según la modalidad de recurso escogida; y los límites que marca el artículo 70.2 al enjuiciamiento jurisdiccional, por otro lado, son comunes a todas las modalidades de recurso.

Otra cosa es que pueda resultar más difícil de alcanzar la satisfacción de determinadas pretensiones, según cada recurso, por ejemplo, es claro que en el recurso contra actos (y disposiciones), las pretensiones de condena no se prodigarán tanto como las declarativas (de disconformidad a Derecho) o las anulatorias. Y, sobre todo, y esto sí es crucial, otra cosa es que dentro del abanico de pretensiones que intenten hacerse valer con motivo de cada recurso proceda distinguir entre las principales y las accesorias o las instrumentales: así, en el recurso contra inactividad, la pretensión de condena habrá de ser la fundamental, pero accesoriamente cabe sostener otras: así, por razones instru-

«La actividad administrativa impugnada en cada caso determina el régimen jurídico aplicable al recurso que se promueve, pero no condiciona el conjunto de pretensiones que pretendan hacerse valer en cada caso»

mentales, la emanación de algún acto expreso y singular de reconocimiento o confirmación de una prestación. Lo contrario, insistimos, llevaría a la duplicación de las vías de recurso sobre la base de un trasnochado formalismo, que carecía incluso del amparo de la anterior Ley jurisdiccional.

Desde luego, desde la perspectiva de la tutela judicial, no cabría llegar más lejos, porque en otro caso desembocaría ello en la imposibilidad de suscitar con ocasión del recurso por inactividad otras pretensiones distintas de la de condena (a la realización de una prestación material), como podrían ser, si no las anulatorias (improcedentes en este caso, en principio, según antes se ha explicado), las de reconocimiento de una situación jurídica individualizada o las de carácter indemnizatorio; y en la necesidad en tal caso de abrir una segunda vía de recurso, con las complicaciones a ello inherentes: piénsese así en la eventualidad de que las soluciones resulten dispares.

Tomando como base en el ejemplo puesto con anterioridad el cobro de unas cantidades adeudadas a un funcionario como trienios, el afectado tendría que instrumentar a través de dos vías diferentes la condena a la entrega de tales cantidades, por un lado, y por otro, el reconocimiento de su derecho y la satisfacción de alguna indemnización si la Administración ha incurrido en algún género de demora determinante de la producción de algún daño. Lo que sencillamente resulta absurdo y producto sólo de una exacerbación de las formas; cuando todo ello puede ventilarse con motivo de un solo recurso en cuyo curso se sostenga claramente una pretensión como la principal sin perjuicio de sostener igualmente otras accesorias o instrumentales: en un solo recurso, así pues, cabría sostener pluralidad de pretensiones.

Cabría, con todo, patrocinar una solución intermedia, que antes de contraer las pretensiones del artículo 31 al recurso contra actos y las del 32 al recurso contra la inactividad y la vía de hecho, pasaría por considerar el artículo 31 como una especie de marco general, al que el artículo 32 vendría a agregar nuevas pretensiones, para los respectivos casos de los recursos contra la inactividad y la vía de hecho. Pero es dudoso que este planteamiento, en todo caso menos ambicioso, venga incluso a satisfacer las exigencias mínimas.

Desde esta perspectiva intermedia, sólo quedaría fuera la posibilidad de sostener pretensiones de condena (a la realización de una prestación material) al amparo de la vía del artículo 25.1 (recurso contra actos); y aun así resultaría ello extremadamente discutible, porque, de acuerdo con el artículo 31, que en tal hipótesis marcaría las pretensiones susceptibles de ejercerse, cabe solicitar en estos casos la adopción de las medidas precisas para el «pleno restablecimiento» de las situaciones jurídicas individualizadas (derechos subjetivos e intereses legítimos) reconocidas con ocasión del recurso; y al amparo de ello el antiguo artículo 42 de la Ley derogada proporcionaba a las pretensiones de condena la cobertura requerida.

Distinto es, esto sí, que en tales casos la pretensión de condena pueda constituir la pretensión principal; pero si ello no es el caso, y se plantea sólo como una consecuencia accesoria o instrumental, no debería haber problemas.

Con el ejemplo anterior, si se instrumentara el conflicto por la vía del artículo 25.1, tampoco parece que debiera haber óbice para que el funcionario obtenga, además de la anulación del acto presunto denegatorio (lo que, por lo demás, podría resultar perfectamente inútil) y el reconocimiento de su derecho, la entrega material de las cantidades adeudadas como trienios.

2. La raíz de los malentendidos: la artificiosa línea divisoria que discurre entre la inactividad formal y la inactividad material de la Administración

Ya para concluir estas líneas, cabe señalar que, a nuestro juicio, el origen de la confusión que ha dado lugar a las dificultades que este trabajo ha tratado de poner de manifiesto está, en último término, en el sostenimiento de una infranqueable línea divisoria entre la inactividad formal y la inactividad material de la Administración. A partir de ello, el tratamiento jurisdiccional de la primera encontraría acomodo en el marco del artículo 25.1, y la segunda lo haría en el artículo 29.

Lejos están las cosas de ser así en la realidad. Al contrario: aunque desde una perspectiva conceptual estricta puedan llegar a identificarse y diferenciarse sus ámbitos respectivos, en no pocas ocasiones éstos no son sino diferentes planos de la misma realidad. Esto es, la inactividad se proyecta sobre el mismo objeto; o, por tratarlo de decir de una forma aún más gráfica, la inactividad formal y la inactividad material no son cosas distintas muchas veces, sino la misma cosa vista desde distinta perspectiva. Y cuando en la práctica (que no en pura teoría) resulta inescindible la realidad jurídica y la realidad material, porque las actuaciones de hecho requieren inexorablemente una cobertura jurídica, la introducción de diferencias en el régimen de los recursos a través de los cuales intenta hacerse valer la defensa de las posiciones subjetivas particulares, puede resultar no sólo disfuncional, sino que puede llegar a comprometer incluso la tutela judicial efectiva reconocida como derecho fundamental.

No hace falta recordar que esta propuesta doctrinal surgió hace ya mucho tiempo, a raíz de las agudas observaciones que NIETO efectuara a los pocos años de entrada en vigor de la Ley de 1956, cuando advirtió cómo una lectura estrictamente formalista de la nueva normativa reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa habría de dejar indudablemente en desamparo, justamente, ciertas posiciones subjetivas particulares requeridas asimismo de protección. Pero, como el mismo autor cuida de apuntar ya en sus últimos trabajos, no es infrecuente que la inactividad formal venga acompañada de una vertiente material, y lo mismo al revés: simplemente uno de los dos planos resulta prevalente en cada caso.

Y parafraseando ahora una expresión bien conocida, donde la realidad no distingue, la ley no debiera distinguir. Por eso, sin la menor duda, lo más acertado habría sido recoger el guante lanzado por el Consejo de Estado, precisamente, en su Dictamen al Anteproyecto de la Ley reguladora de esta jurisdicción: «si no se quiere prescindir completamente de dicha distinción (entre inactividad formal e inactividad material) sí podría ser útil, al menos, unificar el régimen aplicable a ambos casos, evitándose de esta manera eventuales discusiones acerca de si se está ante una inactividad formal o material y cualquier duda sobre la aplicación de uno u otro régimen, ya que sería el mismo».

Sin embargo, como esta observación resultó desatendida a la postre, no hay otro remedio ahora que patrocinar una interpretación flexible de las pretensiones susceptibles de ejercerse según la actividad administrativa impugnada en cada caso, en los términos propuestos en este trabajo.

De tal manera que en el recurso por inactividad cabe sostener accesoria e instrumentalmente pretensiones distintas (por ejemplo, pretensiones indemnizatorias o de reconoci-

miento de una situación jurídica individualizada) de la de condena (a la realización de la prestación material), lo mismo que esta última cabe también intentarla hacer valer igualmente de modo accesorio en el recurso contra actos.

Entender lo contrario obligaría al particular a sostener el ejercicio de una doble vía de recurso, con las complicaciones inherentes de resultas de ello; complicaciones por lo demás no sólo técnicas, ya que asimismo asoman desde la vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y esto, en el mejor de los casos: si no es que, al final, terminamos estando peor que antes.

NOTA BIBLIOGRÁFICA FINAL

AGUADO I CUDOLA, V., *El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2001.

FERNÁNDEZ TORRES, J.R., *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Madrid, Civitas, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 2.ª edición, 1992.

GARRIDO FALLA, F., «Art. 25», *Revista española de Derecho Administrativo*, 100 (1998), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, pp. 259 y ss.

GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, 2.ª edición, Elcano, Aranzadi, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, 4ª edición, Madrid, Civitas, 2003.

GONZÁLEZ VARAS, S., «Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional», *Poder Judicial*, 26 (1992), pp. 25 y ss.

HUERGO LORA, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Elcano, Aranzadi, 2000. Más ampliamente, sobre la misma cuestión, *El objeto del contencioso-administrativo: su regulación vigente y su necesaria reforma*, 2007, texto inédito.

NIETO, A., «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», *Revista de Administración Pública*, 37 (1962), pp. 75 y ss. Más recientemente, «La inactividad material de la Administración: veinticinco años después», *Documentación Administrativa*, 208 (1986), pp. 11 y ss.; y «La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998», *Justicia Administrativa*, número extraordinario 1999. *Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, pp. 45 y ss.

DE LA QUADRA SALCEDO, T., «Art. 29», *Revista española de Derecho Administrativo*, 100 (1998), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, pp. 293 y ss.

SÁNCHEZ MORÓN, M., «Precisiones jurisprudenciales sobre el recurso contra la inactividad administrativa (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2008)», *Justicia Administrativa*, 43 (2009), pp. 45 y ss.

SUAY RINCÓN, J., «Arts. 31, 32 y 33», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa* (Dir.: Santos Vijande), Madrid, EDERSA, 1999, pp. 329 y ss.

DERECHOS ADQUIRIDOS Y DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA

Doctor en Derecho

RESUMEN

Derechos adquiridos y derechos de los funcionarios públicos

La operatividad y ámbito de los derechos adquiridos dependerán de los conceptos filosóficos sobre el Derecho. Bien iusnaturalista, en cuyo caso la preeminencia será decisiva; bien positivista, en cuyo caso se limitará a una existencia testimonial. De cualquiera de las dos formas, los derechos adquiridos, como tales, se dan por ciertos.

La jurisprudencia no arroja un criterio uniforme: frente a unas sentencias que protegen su eficacia frente a normas dictadas en perjuicio de otras declarativas de derechos; otras sentencias someten su eficacia a la voluntad del legislador legitimada en la soberanía popular.

Y todo ello, aunque parezca una paradoja, es resultado de la naturaleza del Derecho procedente de la voluntad del legislador que expresa una concreta ideología política.

Tema controvertido será si los derechos adquiridos perviven más allá de la voluntad del legislador, con entidad propia e independiente: la UE se inclina por esta última opción reconociéndoles fuerza suficiente para modular legislación comunitaria. Ello supone reconocer límites a la acción de estado reafirmando la naturaleza autónoma del Derecho, lo que significa reconocer que la dualidad Estado-ciudadano se mantiene con semejante valor.

Palabras clave: Función pública, funcionarios, derechos, derechos adquiridos.

ABSTRACT

Acquired rights and civil servants' rights

The operability and scope of the acquired rights will depend on the philosophical concepts about Law. Be it following the natural law, in which case the pre-eminence will be decisive; or the positivism, in which case it will be limited to a testimonial existence. In any case, the acquired rights, as such, are undoubted.

The jurisprudence doesn't emit a uniform approach: some sentences protect their effectiveness facing the rules announced to the detriment of other ones which are declarative of rights; but other sentences rely their effectiveness on the legislator's will supported by the citizens sovereignty.

And all of this, although it may seem a paradox, is the result of the nature of the Law coming from the legislator's will that expresses a particular political ideology.

It will be a controversial issue if the acquired rights live far beyond the legislators' will, with their own and independent entity: the EU leans towards this last option recognizing them with the strength enough to modulate community legislation. This implies to acknowledge certain limits to the government action re-affirming the autonomous nature of Law, what means to admit that the duality State-citizen stays with similar value.

Key words: Public service, civil servants, acquired rights.

SUMARIO

- I. CONCEPTO, CONTENIDO Y FINALIDAD.
 - II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.
 - III. RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS Y DERECHOS ADQUIRIDOS.
-

I. CONCEPTO, CONTENIDO Y FINALIDAD

Como concepto de derechos adquiridos y, no dando por cerrada esta institución, tan polémica como necesaria, en cuanto limita la *potestas* del Estado, las SSTs de 18 de diciembre de 1989 y 5 de junio y 2 de julio de 1990⁽¹⁾, los conciben **como derechos subjetivos o situaciones jurídicas individualizadas de poder concreto cuando hayan ingresado en el patrimonio de la persona que los detenta, y no sólo a consecuencia de la existencia de una norma objetiva, sino a través de un acto jurídico singular que los confiere, no entrañando meras posibilidades o expectativas y siempre nacidos y constituidos durante la vigencia de dichas normas jurídicas**. Se rechazan como derechos adquiridos las meras condiciones previstas objetivamente en las normas. O las situaciones de ventaja o meras expectativas que pudieran derivarse potencialmente de aquéllas, si no van acompañadas de un acto jurídico singular que confiera derechos objetivos o situaciones jurídicas individualizadas. Es preciso que deriven de una concreta norma objetiva y nacidas durante su vigencia. A este respecto la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 11 de mayo de 1989⁽²⁾.

Se encuentran en los derechos adquiridos la protección del ciudadano y la protección de la legalidad. Aspectos de una misma institución en la que se verifican concepciones ideológicas de la Administración, bien la supremacía del interés general que somete al particular, bien el particular que limita el intervencionismo público.

Pero esa confrontación sobre la que pivotan los derechos adquiridos es algo más profunda; cabría analizar el porqué de esa modificación perjudicial; la actividad llevada a cabo por el ejecutivo o el legislador y cabría analizar la responsabilidad por actuaciones que hayan motivado que el individuo se vea perjudicado en sus derechos por una gestión deficiente. Hoy, la Gobernanza aplica la responsabilidad como pilar fundamental en la acción de gobierno. No cabe desplazar, legítimamente, los efectos negativos de una gobernación deficiente hacia empleados públicos o ciudadanos sino concretar culpables y exigir responsabilidades e incluso anticiparse a ellos evitando perjuicios probables y detrimento de derechos. La gobernación no puede convertirse en plataforma para la ejecución de políticas nocivas para la sociedad, amparadas bajo inmunidades discriminatorias.

Para MANRESA constituyen «uno de los problemas más difíciles de la ciencia de la legislación»⁽³⁾. Y para NIETO «una equívoca etiqueta con la que, a veces, se pretende simplemente amparar una serie de intereses creados, que no merecen o no debieran protegerse jurídicamente»⁽⁴⁾.

El derecho adquirido se encuentra íntimamente unido a los principios generales del Derecho, tanto nacionales como de la UE. A estos últimos debemos la construcción del principio de confianza legítima positivizado en la Ley 30/1992 de RJAPPAC, en la re-

(1) RJ 1990, 6584.

(2) RJ 1990, 4378.

(3) MANRESA, J.M., *Comentarios al Código civil español*, t. I, 7.ª ed., Reus, Madrid, 1987.

(4) NIETO, A., «Los derechos adquiridos de los funcionarios», *Revista de Administración Pública*, 1962, 39, pp. 241 y ss.

dación de 1999. REUTER⁽⁵⁾ diferencia como principios unionistas cuatro distintos:

- a) Los principios que se encuentran en los Tratados.
- b) Los principios que se deducen de los Tratados.
- c) Los principios que son comunes al derecho de los países miembros.
- d) Los principios del Derecho internacional público.

Centrándonos en los tres primeros, distinguimos:

a) Comprenden los que se encuentran en los Tratados, y han sido establecidos o sobre la base del conjunto de los textos comunitarios, reconocidos por el Tribunal o por una generalización normativa. Cabe distinguir dos clases:

— Los derivados del orden institucional, que abarcan:

- El principio de solidaridad vinculante a los Estados, exigente de una concreta conducta de éstos en sus relaciones mutuas⁽⁶⁾.
- El principio del «equilibrio institucional⁽⁷⁾».

b) Los principios ingénitos a la noción de Unión Europea y que pertenecen a la ideología neoliberal, entre ellos:

- El principio de transparencia, recogido en el Tratado CECA, a través del conocimiento de las condiciones de las transacciones, especialmente lo concerniente a los precios.
- El principio de publicidad y la no discriminación, instaurados por el Tratado CECA, artículo 70⁽⁸⁾.

c) Los principios comunes al derecho de los países miembros concretados a través de las instituciones judiciales comunitarias. Sea el artículo 215.2 del TCEE de 1957, que dice:

«[...] En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros [...]».

«Actos favorables a los destinatarios que hayan enriquecido su patrimonio con un derecho antes inexistente o hayan liberado un derecho efectivo de los mismos que preexistiese de algún límite de ejercicio»

(5) REUTER, *Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes a des principes généraux de droit*, en Melanges H. Rolin, París, 1964, p. 264.

(6) *Comisión c. República Italiana*, As. 39/72, Rec. 1973, p. 101.

(7) *Meroni*, As. 9/56, Rec. 1958, p. 13.

(8) *Royal Scholten-Honig*, As. 103/77, Rec. 1978, p. 2037.

Y en el mismo sentido el artículo 188.2 del TCEEA, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Son principios comunes pero no obligatoriamente asumidos por todos los Estados miembros⁽⁹⁾, tampoco es necesario que ello suceda. Son empleados principalmente en el ámbito administrativo y en la interpretación de los derechos fundamentales. La operación correcta que deberá realizar el Tribunal será interpretarlos pero en conjunción con los Principios Generales de la Unión Europea para evitar una desnaturalización de los fines económicos y sociales perseguidos por la UE. Poseen fuerza suficiente para interpretar y revocar total o parcialmente normativa comunitaria.

Entre los principios generales admitidos y usados se hallan el de seguridad jurídica y el de confianza legítima. Principios que necesariamente deben ser interpretados con el de legalidad. Esta situación *de facto* provoca que cada caso deba ser ponderado en atención a sus circunstancias particulares.

Si bien es un recurso normativo de corte iusnaturalista, la abstracción de los principios deja un amplio margen de discrecionalidad al Tribunal, acaso limitado por la jurisprudencia que concurra.

Es muy frecuente que el principio de confianza legítima aparezca vinculado a los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de los derechos adquiridos. El de confianza legítima opera, cuando concurran modificaciones normativas que modifiquen expectativas económicas.

Una definición construida sobre el Dictamen del Consejo de Estado de 5 de noviembre de 1960⁽¹⁰⁾ entiende como derechos adquiridos, **aquellos actos favorables a los destinatarios que hayan enriquecido su patrimonio con un derecho antes inexistente o hayan liberado un derecho efectivo de los mismos que preexistiese de algún límite de ejercicio**⁽¹¹⁾. Cabe extraer de ésta que el derecho adquirido es, sobre todo, un contenido positivo integrado y asumido por el funcionario. **Integrado** en su patrimonio, en lo que respecta al ámbito material o pecuniario, y **asumido**, en lo que fundamenta su aspecto cognitivo o espiritual. Y en cambio no constituyen derechos adquiridos las expectativas de derechos, STS de 7 de enero de 1960.

No hay duda que los derechos adquiridos obedecen a postulados de justicia no únicamente por incidencia del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3.º de la CE, también por el de buena fe y confianza recíproca del artículo 3.1.º de la Ley 30/1992 de RJAPPAC. Y junto a ellos otros principios identificados por SERRANO DE TRIANA: publicidad, retroactividad, jerarquía, la certeza y la propia concepción material de la justicia⁽¹²⁾.

Aunque esa inmutabilidad quiebra cuando la normativa que se dicte sea más beneficiosa que lo *adquirido*. O quizá pueda mantenerse ese concepto alegando que ante una norma

(9) LECHER, H., *Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze*, Berlín, 1971, pp. 11 y ss.

(10) Expediente 1960/25471.

(11) DE PALMA DEL TESO, A., «La acción de nulidad frente a los actos desfavorables o de gravamen», *Revista de Administración Pública*, 2002, 159, pp. 400 y ss.

(12) SERRANO DE TRIANA, A., «La fragmentación del Derecho administrativo español», *Revista de Administración Pública*, 1994, 135, p. 250.

más favorable lo adquirido no operaría bajo el riesgo de convertir los derechos adquiridos en «deberes adquiridos», lo que desnaturalizaría ese derecho por verse privado de una «ventaja». Ello denotaría una fragilidad que evidenciaría su naturaleza artificiosa.

La STC, Pleno, de 29 de julio de 1986⁽¹³⁾, en su FD decimonoveno, modula la institución sobre el siguiente *iter*:

«[...] La teoría (calificada de “huidiza”) de los derechos adquiridos no está acogida deliberadamente en la Constitución y que, en todo caso, “no concierne al legislador ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensor del ordenamiento, como intérprete de la Constitución” (STC 27/1981, de 20 de julio). Esta doctrina, congruente con la sostenida al tratar de la irretroactividad y de la interdicción de la arbitrariedad y que se justifica por el respeto que merece el campo del legislador y las posibilidades de reforma del ordenamiento propios de un Estado social y democrático de derecho (artículo 1.1 de la Constitución), hace que, aun en la hipótesis de la existencia de derechos subjetivos (y con más razón sin duda tratándose de expectativas) respecto a la jubilación, no podría invocarse el principio de seguridad jurídica para hacerlos valer frente al legislador ante este Tribunal [...]».

Para GUAITA no existe un concreto derecho adquirido para los empleados públicos, desde luego rechaza que lo sean los **sistemas de turnos y ascensos**, vigentes cuando el funcionario accedió a la función pública. Otra cosa, dice, significaría entorpecer la capacidad de organización de la Administración⁽¹⁴⁾, reconociendo como verdaderos derechos adquiridos:

a) **La categoría profesional.**

b) **El sueldo**, cuando está establecido *ex lege*, constituye un derecho adquirido y no una expectativa de la que pueda ser privado en función de una reestructuración o reorganización de los servicios. Por ello cabe identificar a las retribuciones básicas como derechos adquiridos excluyendo a las complementarias.

c) **La inamovilidad.**

d) **Derechos escalafonales.**

Ello al amparo de las SSTS de 9 de diciembre de 1959, 23 de diciembre de 1959, 22 de enero de 1960, 8 de marzo de 1960, 27 de abril de 1961 y 28 de abril de 1962.

Pero no constituyen derechos adquiridos los que llegarían a tener en condiciones de invariabilidad normativa. Tampoco **la jubilación o el retiro** a una determinada edad fijada cuando el funcionario accedió a la Administración, SSTS de 13 de octubre de 1959, 18 de febrero, 23 de febrero y 31 de mayo de 1960 y 5 de abril de 1962. Doctrina recogida en Resoluciones de Recurso de Agravios, de 21 de diciembre de 1946⁽¹⁵⁾, 28 de octubre de 1949⁽¹⁶⁾ y 20 de marzo de 1950⁽¹⁷⁾.

(13) RTC 1986,108.

(14) GUAITA, A., «El ascenso de los funcionarios públicos», *Revista de Administración Pública*, 1962, 39, p. 143.

(15) Boletín Oficial del Estado de 3 de enero de 1947.

(16) Boletín Oficial del Estado de 3 de noviembre de 1950.

(17) Boletín Oficial del Estado de 30 de noviembre de 1950.

Tampoco constituyen derechos adquiridos los **supuestos de compatibilidad** de dos cargos o empleos o profesiones por lo que es perfectamente legal que una norma posterior los llegue a declarar incompatibles. El mantener esa situación, el defenderla como derecho adquirido, equivaldría a hablar de un **derecho adquirido a la inmoralidad**, Recurso de agravios de 31 de mayo de 1947⁽¹⁸⁾, oído el Consejo de Estado.

Los derechos adquiridos consisten en proteger una faceta económica y una confianza en que esa situación se mantenga con cierta perdurabilidad. GARCÍA MACHO enfatiza la perdurabilidad del ciudadano que tiene derecho a confiar, o, al menos, en que no va a producirse sorpresivamente una reacción legislativa inesperada que altere la situación que venía ostentando con cierta estabilidad⁽¹⁹⁾.

Hay que señalar, tal y como recoge la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 16 de diciembre de 2008⁽²⁰⁾, FD tercero, que remite a jurisprudencia anterior sobre esta casuística, el rechazo de la existencia de derechos adquiridos en la **jubilación** por concurrir una relación de especial sujeción que impide el nacimiento de derechos subjetivos para el funcionario.

La STC, Pleno, de 5 de abril de 1990⁽²¹⁾, sobre la agravación de las **incompatibilidades** operada por la Ley de Presupuestos de 1984, rechaza la concurrencia de los derechos adquiridos en la función pública porque no se trata de cambio de derechos sino de la privación de un beneficio o ventaja. El FD sexto razona:

«[...] No cabe hablar de tales derechos adquiridos, sino de una situación de beneficio o ventaja que se ha disfrutado por el funcionario y en cuyo mantenimiento invariable —contrario a la normativa general vigente— no se estima razonable que tuviese derecho a confiar, por lo que no resulta vulnerado el principio de seguridad jurídica. El derecho a una pensión no debe confundirse con el derecho a que la regulación legal de su percepción pueda ser lícitamente alterada por el legislador, en razón a una causa de incompatibilidad que suspenda temporalmente su disfrute, y que además venga a igualar dicha situación con la regulación establecida en el régimen de la Seguridad Social, respecto de todos los demás destinatarios de la norma [...]».

Sigue su exposición denegatoria en el FD séptimo:

«[...] Y tampoco puede sostenerse, por la misma razón, que haya existido una privación de tal “derecho”, sino la supresión de la mencionada ventaja o beneficio que, por tanto, no incide en el derecho reconocido por el artículo 33.3 de la CE. Ambas consideraciones no constituyen, por lo demás, sino reiteración de lo que ya se señalara en la STC 65/1987, respecto del artículo 52 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1984, y en la STC 178/1989, respecto del artículo 3.2 de la Ley de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de 26 de diciembre de 1984. En esta última

(18) Boletín Oficial del Estado de 31 de mayo de 1947.

(19) GARCÍA MACHO, R., «Contenido y límites del principio de confianza legítima: Estudio sistemático de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1987, 56, pp. 557-71.

(20) RJ 2009, 90.

(21) RTC 1990, 65.

Sentencia se ha afirmado, concretamente, que “modificar el sistema de incompatibilidades de los funcionarios prohibiendo la percepción simultánea de haberes activos y pasivos, no constituye una “ablación de derechos”, una expropiación de los mismos sin garantía indemnizatoria”, para concluir que, “no hay, pues, vulneración del derecho de propiedad del artículo 33.3 de la CE, ni del principio de irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales reconocidos en el artículo 9.3 CE, sino sólo alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible; ni el derecho de propiedad tiene que ver con el contenido de la función pública, ni frente a un cambio legislativo de la regulación de dicha función pueden esgrimirse derechos individuales”, porque no se trata de la supresión de derechos relativos a la percepción de pensiones, sino de establecimiento de límites que no privan al beneficiario de derechos individuales, en cuanto éstos no resultan sino de una regulación o sistema legal, por lo que, a lo sumo, puede hablarse de privación de un beneficio o ventaja, pero no de un derecho constitucionalmente reconocido».

Las retribuciones son derechos de los empleados públicos, derechos subjetivos de origen legal, consecuencia del carácter estatutario de la relación jurídica del funcionario. Podrá percibir las en tanto la legislación las mantenga. No se trata, *a priori*, de derechos adquiridos, cuestión polémica en las sentencias y doctrina. Pero su inmutabilidad fue defendida por DE LA VALLINA con remisión a LUPÍ⁽²²⁾; analizada posteriormente por FERNÁNDEZ PASTRANA⁽²³⁾.

Aunque quepa defender la retribución como derecho adquirido, las sentencias de los tribunales y doctrina de autores, sobre concepciones positivistas, permiten su variación, su mutabilidad, en cuanto emane de la decisión del Parlamento. Ésta es una tesis generalmente aceptada. Otra más, la que matiza la institución de los derechos adquiridos. No se trata ya de un prevalencia de poder entre derechos de los empleados públicos y derechos de la Organización, sino de que esos derechos retributivos reconocidos hayan entrado en la esfera patrimonial del empleado público. Éste es el razonamiento empleado por la STS de 20 de febrero de 1990, al señalar que el derecho adquirido:

«[...] No lo son las nuevas condiciones reglamentarias o las situaciones de ventaja que pudieran derivarse potencialmente del derecho objetivo, ya que tales “derechos” por definición, sólo pueden ser derechos subjetivos o situaciones jurídicas individualizadas de poder concreto cuando hayan ingresado en el patrimonio de la persona que

«Las leyes nuevas en lo que se refiere a la adquisición de derechos tienen como límites no perjudicar los derechos adquiridos, entendiéndolos por ellos las relaciones de derecho de una persona determinada intangibles para la nueva normativa»

(22) DE LA VALLINA, J.L., *Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos*, cit., p. 467.

(23) FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M. «Las incompatibilidades de los funcionarios. La Ley 20/1982, de 9 de junio», *Revista de Administración Pública*, 1983, 100-102, p. 1693.

las detenta, y no sólo a consecuencia de la existencia de una norma objetiva, sino a través de un acto jurídico singular que los confiere, no entrañando meras posibilidades o expectativas y, siempre nacidas y constituidas durante la vigencia de dichas normas jurídicas [...]».

Pero frente a esta doctrina denegatoria del derecho adquirido sin mayores contemplaciones y dejando libre el camino hacia un *imperium legislatoris* sin límites, concurre otra tesis en signo diferente, que no contradictorio, que define y otorga pábulo y sustento a esta institución. Parte para ello del análisis de dos criterios la retroactividad o no de la ley y su afectación o no a los derechos preexistentes.

En el Derecho administrativo tradicional y hasta mediados del siglo XX, doctrina y jurisprudencia defendían la existencia y eficacia de los derechos adquiridos, que se encuentran unidos a la teoría de la irrevocabilidad de los actos administrativos cuyo fundamento es la seguridad jurídica. Es más, el Consejo de Estado abordó una doctrina reveladora del fundamento mismo de estos derechos y que no es otra que la protección del ciudadano-empleado frente al intervencionismo administrativo. Posición esencialmente liberal. Y criterio relevante a la hora de interpretar su naturaleza, su ideología y su desarrollo. Esta concepción es recogida en el Dictamen de 5 de diciembre de 1952⁽²⁴⁾ que razona:

«[...] Esta doctrina es tributaria del protagonismo que en nuestro Derecho tradicional, apegado a la ideología liberal, ha tenido el instituto del “derecho subjetivo”, que condujo a la construcción de un Derecho administrativo preocupado esencialmente por la garantía de los mismos frente a los privilegios de la Administración. Debe recordarse que nuestra primera jurisdicción contencioso-administrativa tenía por objeto la tutela de los derechos frente a la actuación de la Administración.

Sólo a partir de la LJCA de 1956 la jurisdicción tendrá por objeto el control de la legalidad de la actuación administrativa [...]».

Y en ese contexto véase el Dictamen del Consejo de Estado de 12 de mayo de 1955⁽²⁵⁾, que explicita:

«[...] La imposibilidad de volver sobre un acto propio, en virtud de acto de contrario imperio, tiene una fundamental limitación que la propia jurisprudencia ha cuidado de señalar; concretamente la de que la Administración, en cualquier momento, puede levantar el acto gravoso ya que no lesiona derechos adquiridos de los particulares, sino que, por el contrario, libera a los particulares de gravámenes o cargas administrativas».

El único cauce admisible para modificar o revocar los derechos adquiridos⁽²⁶⁾ era el proceso de lesividad y su impugnación ante los tribunales. La Administración podía revocar de oficio actos administrativos declarativos de derechos cuando adolecieran de vicios generadores de nulidad absoluta. Pero en cambio podía revocar, libremente, aquellos actos

(24) Expediente 10824/1955.

(25) Expediente 16728/1958.

(26) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La configuración del recurso de lesividad», *Revista de Administración Pública*, 1954, 15, pp. 109-51.

de gravamen o desfavorables para el ciudadano. Cosa que era diferente de la facultad del particular para instar a la Administración dicha operación.

Esta situación cambia tras la publicación de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

La LRJAE de 1957, en su artículo 37, reconocía que la Administración no podrá anular de oficio sus propios actos declarativos de derechos, salvo cuando infrinjan manifiestamente la Ley, según dictamen del Consejo de Estado, y no hayan transcurrido cuatro años después de que fueron adoptados.

La LPA de 1958, artículo 109, también reconocía que *la Administración podrá declarar de oficio o a instancia del interesado la nulidad de los actos enumerados en el artículo 47, (subsidiarios de nulidad absoluta) previo dictamen favorable del Consejo de Estado*. Pero esta facultad no fue interpretada por la jurisprudencia de modo amplio sino sometiendo esa operatividad a la discrecionalidad de la Administración⁽²⁷⁾. Y junto a ellos, la facultad de controlar de oficio los actos declarativos de derechos que infrinjan la Ley, previamente acordado por el Consejo de Estado. Todo ello motivó que el recurso de lesividad se concretara al acto declarativo de derechos y no incurriera en infracción manifiesta de Ley.

En la actualidad el artículo 103 de la Ley 30/1992 de RJAPPAC, en la redacción dada en 1999, regula el procedimiento de lesividad de los actos anulables favorables para los interesados que incurran en los supuestos del artículo 63 a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Los supuestos de anulabilidad del artículo 63 comprenden:

- «1. Los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.
2. El defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.
3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo».

El ámbito objetivo de aplicación se centra en los actos declarativos de derechos. Y aquí es en donde hallamos un significado de derecho adquirido y la extensión de sus garantías frente a **injerencias de la Administración y, extensivamente, del legislador**. Es preciso señalar que en los actos emitidos por la Administración, la intervención del Consejo de Estado se articula como órgano ponderador entre el principio de autoorganización burócrata y el interés particular. Es decir, como puntualiza LAVILLA ALSINA, «asegura el debido

(27) Los Tribunales interpretaron la expresión «podrá» del artículo 109 de la LPA de 1958 como atributiva a la Administración de libertad para resolver o no sobre la petición formulada por el interesado de que se declare la nulidad de pleno derecho de un acto. Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial fue evolucionando con el impulso de la doctrina. El término «podrá», como puntualiza DEL TESSO, define la existencia de una potestad anulatoria pero no de una libertad para ejercerla o no. Por esta vía se concluirá que, en realidad, el artículo 109 de la LPA establece una verdadera acción de nulidad ejercitable por el interesado, y cuyo ejercicio, como él toda acción en sentido propio, constituye a la Administración en la obligación de dictar un pronunciamiento expreso sobre ella, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho administrativo*, t. I, ed. 1989, Civitas, Madrid, 1990, pp. 595-6.

equilibrio entre los principios de legalidad y seguridad jurídica, la garantía del interés público y la garantía de las situaciones jurídicas de los particulares»⁽²⁸⁾.

Esta Alta Institución del Estado intervendrá no sólo en el supuesto del artículo 102.1.^a de la Ley 30/1992, de RJAPPAC, en concordancia con el artículo 2 de la LO 3/1980 en la redacción de la LO 3/2004, de 28 de diciembre. También en los actos del Ejecutivo y Legislativo, bien en Pleno, ante los supuestos del artículo 21, principalmente, anteproyectos de leyes, proyectos de leyes y proyectos de decretos legislativos. O en Comisión permanente, asuntos del artículo 22, especialmente, los Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones; Anteproyectos de ley orgánica de transferencias o delegación de competencias estatales a las Comunidades Autónomas; Control del ejercicio de funciones delegadas por el Estado a las Comunidades Autónomas; Revisión de oficio de disposiciones administrativas y de actos administrativos, en los supuestos previstos por las Leyes.

La teoría de los derechos adquiridos fue criticada por SAVIGNY con el objeto de mejorarla. A efectos de ello diferenció entre:

- A) Reglas concernientes a la adquisición de los derechos.
- B) Disposiciones que afectaban a la existencia de los derechos.

Las leyes nuevas en lo que se refiere a la adquisición de derechos tienen como límites no perjudicar los derechos adquiridos, entendiendo por ellos las relaciones de derecho de una persona determinada intangibles para la nueva normativa.

En cambio, las leyes nuevas sobre la existencia de los derechos deben afectar a los adquiridos de modo necesario pues lo contrario impediría la nueva regulación impuesta por la ley prescindiendo de la voluntad de los titulares de los derechos.

Pero esta crítica no es única. Coexiste otra sobre el concepto de situación, diferenciando entre situaciones jurídicas individuales o subjetivas, derivadas de la voluntad intangible de sus titulares y las situaciones legales u objetivas que derivan directamente de la ley que son modificables por la misma.

Otro criterio distinto es el que habla del hecho jurídico realizado. De este modo los *facta praeterita* causan que una parte importante de la doctrina apoye la irretroactividad sin necesidad de distinguir entre derechos adquiridos y situaciones no adquiridas.

Pero en definitiva el concepto de derecho adquirido al ser interpretado tantas veces no ha provocado otra cosa que una desnaturalización de su significado técnico hasta el extremo de considerarlo una cuestión estrictamente aparente, imprecisa, con el solo fin de salvaguardar determinadas situaciones. Como razona DE CASTRO, se olvida que el reconocimiento actual de la validez de un hecho pasado es siempre un efecto producido hoy.

Para OTTO MAYER, el poder del Soberano —las llamadas regalías o derechos de superioridad del Príncipe—, el poder del Estado hoy, encontraba limitaciones en los derechos

(28) LAVILLA ALSINA, L., «La revisión de oficio de los actos administrativos», *Revista de Administración Pública*, 1961, 34, p. 58 y BOCANEGRA SIERRA, R., *La anulación de oficio de los actos administrativos*, Oviedo, 1998, p. 27.

de los particulares, en el *ius quaesitum*, fundado en un título especial. MAYER distingue entre la concesión imperial o regia, convención, prescripción y por su naturaleza obtienen la protección de los tribunales.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La teoría de los derechos adquiridos es la más antigua sobre la interpretación de la irretroactividad. Proviene del liberalismo y, por ello, prepondera la protección de los derechos individuales frente a la acción del Estado. Aunque algún autor la ha detectado en la Edad Media, articulándose como límite del poder «del señor» sobre los vasallos⁽²⁹⁾. Y puede ser, pero estimo que los únicos operativos eran los derivados y reconocidos por la Iglesia Católica, bajo la cual se encontraba *de facto* el señor. Esa constatación haría plantearse si el fundamento de esta construcción jurídica tuviera relación con la teoría de los derechos naturales, aquellos intemporales e inmutables.

Frente a los derechos adquiridos del estamento nobiliario que ocupaban los cargos de funcionarios de la Corona se alzan las Revoluciones burguesas imponiendo el poder absoluto del pueblo frente a cualquier otro y, con ello, la extinción de los derechos estamentales en lo que se refiere al acceso a puestos públicos⁽³⁰⁾. No obstante, es preciso advertir que si bien el acceso a la Administración requería de ciertas probanzas estamentales, los cargos de los padres no pasaban a los hijos sin solución de continuidad, sino que eran ocupados por méritos y por tiempo de servicio⁽³¹⁾ a quien los ganara. Lo contrario supondría un caos administrativo de primer orden que pondría a la Corona en apuros por la ineficiencia de su personal. Es muy posible que se haya sobredimensionado la incidencia de las revoluciones en la gestión de las Administraciones porque no debe olvidarse que la tasa de analfabetismo era endémica en muchas partes y lugares.

Los derechos adquiridos eran operativos en la Administración de la España del siglo XVII que impedía a los Cargos dirigentes cesar a los nombrados por los salientes sólo mediante un proceso judicial.

«La irretroactividad de las leyes encuentra límites creados sobre muy diferentes teorías, una de ellas es la denominada teoría pura de los derechos adquiridos»

(29) MONCADA LORENZO, A., «Significado y técnica jurídica de la policía administrativa», *Revista de Administración Pública*, 1959, 28, pp 71-2 y NIETO, A., «El Derecho como límite del poder en la Edad Media», *Revista de Administración Pública*, 1980, 91, p. 33.

(30) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», *Revista de Administración Pública*, 2002, 159.

(31) Véase PARES, Ministerio de Cultura, *D. Juan de Membiela, Contador General de Propios y Arbitrios del Reyno, 1791*, en Estado, 6337, Exp. 20; Estado, 7217, Exp. 39 y Estado-Carlos III, Exp. 1977.

Hecho constatado por ELLIOT en su obra *El Conde-Duque de Olivares. El político en una época de decadencia*⁽³²⁾:

«[...] Un sistema administrativo en el que no se podía privar a nadie del cargo que ostentaba sin abrirle previamente un proceso judicial [...]».

III. RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS Y DERECHOS ADQUIRIDOS

Para GIL IBÁÑEZ, la irretroactividad significa que la ley se aplicará al futuro y no al pasado ya que sólo pueden existir derechos adquiridos y, por tanto, seguridad jurídica, cuando las leyes no pueden alterar situaciones jurídicas ya establecidas⁽³³⁾. Para DE CASTRO, la tesis predominante en la doctrina es la que concibe la irretroactividad como un precepto de la razón o de la justicia, y no puede ser violado por el legislador. Es un principio de prudencia legislativa. Se entiende que las leyes se dictan para regular hechos futuros pero se autoriza efectos retroactivos cuando se trata de imponer preceptos de Derecho Natural o lo exige el bien común, que no es lo mismo que el interés general, en tanto el primero posee un componente ético del que carece el segundo. Un bien no es un interés.

Desde el iusnaturalismo las normas transitorias deben ser deducidas de la naturaleza de cada negocio, de cada institución, y que todo intento del legislador de crearlos arbitrariamente debe reputarse nulo, y que todo intento del legislador de crearlas arbitrariamente es radicalmente nulo⁽³⁴⁾.

Uno de los fundadores del socialismo ha intentado dar una base impertérrita a la retroactividad, basándola en «la libertad objetiva del espíritu» de modo que la ley que otorgara efecto retroactivo sería el perfecto «no Derecho» y la destrucción de la idea del Derecho. Pero hubo divergentes de esta tesis en aspectos: LASALLE autorizaba la vía revolucionaria superando las limitaciones de los derechos adquiridos al consentir la ley retroactiva cuando «la unanimidad moral del espíritu público» declara a un derecho malo o criminal porque esa unanimidad es la base de todo el Derecho⁽³⁵⁾. Tesis coincidente con los conservadores alemanes y franceses, que afirman que el principio de irretroactividad forma parte de un Derecho constitucional no formulado, pero que se impone al mismo legislador⁽³⁶⁾.

La irretroactividad de las leyes encuentra límites creados sobre muy diferentes teorías, una de ellas es la denominada **teoría pura de los derechos adquiridos**. Se construye sobre un concepto de irretroactividad que considera incólume determinados derechos llamados adquiridos aun cuando las leyes los desconozcan o regulen de otra manera.

(32) ELLIOT, J.H., *El Conde-Duque de Olivares. El político en una época de decadencia*, Barcelona, 1990, p. 150.

(33) GIL IBÁÑEZ, J.L., «Las incompatibilidades de los funcionarios públicos: aspectos constitucionales», en «Función Pública», *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ, 1993, 7, s.p. [pero 81-124].

(34) STRUVE, *Über das positive Rechtsgesetz' rücksichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit*, 1881, pp. 6, 30, 34, 153 y 154, citas de Savigny, § 387.

(35) LASALLE (1825-1864), *Das System der erworbenen Rechte, Theil, 1, Die Theorie der erworbenen Rechte und der Kollision der Gesetze*, 1880, pp. XI y ss., pp. 52, 71, 200, 283, 293, 376.

(36) DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, 2.ª ed., t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, pp. 637-8 y ss.

El problema de la doctrina fue resolver qué situaciones son reguladas por la nueva ley y cuáles otras seguían haciéndolo por la anterior. Para este fin el concepto de derecho subjetivo se contrapone a otros como las facultades, las esperanzas, las expectativas, los derechos no individualmente adquiridos, los derechos meramente atribuidos por la ley o los intereses.

Una norma es retroactiva cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a situaciones agotadas, STC, Pleno, de 29 de julio de 1986⁽³⁷⁾, ya citada, y STC, Pleno, de 29 de noviembre de 1988⁽³⁸⁾ que explicita lo que es y no es retroactividad:

- No hay retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado.
- Hay retroactividad a los efectos del artículo 9.3 de la CE, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y «afecta a situaciones agotadas» y «lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, es decir, lo es cuando se aplica a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no cuando afecta a los pendientes, futuros y condicionados o a las expectativas.

El FD noveno de la Sentencia de 29 de noviembre de 1988 citada declara:

«[...] No hay retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado, pues, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones —SSTC 42/1986, de 10 de abril (RTC 1986\42) y 99/1987, de 11 de junio—, una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre “relaciones consagradas” y “afecta a situaciones agotadas” y “lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad”. La Ley 29/1985 procede a dar una nueva regulación de los derechos individuales sobre las aguas continentales, pero no altera los efectos jurídicos de los derechos que la legislación anterior reconocía mientras estuvo en vigor. Cosa distinta es que el nuevo régimen legal no reconozca ya, en adelante, algunos de aquellos derechos o que los regule de manera más restrictiva.

Sucede aquí que los recurrentes parecen confundir el principio de irretroactividad establecido en el artículo 9.3 de la Constitución con el respeto a los derechos que han sido adquiridos al amparo de la legislación que la Ley recurrida viene a derogar. Pero también hemos señalado en anteriores ocasiones que la Constitución no emplea la expresión derechos adquiridos, que no es posible equiparar el concepto de derecho individual que utiliza el artículo 9.3 con el *ius quaesitum* (STC 27/1981, de 20 de julio) y, en definitiva, que la “invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico” —SSTC 27/1981, 6/1983, de 4 de febrero (RTC 1983\6) y 99/1987, de 11 de junio, entre otras—. Sin quebrantar el principio de irretroactividad sancionado en el artículo 9.3 del texto constitucional, el legislador puede variar, en

(37) RTC 1986,108.

(38) RTC 1988, 227.

sentido restrictivo y con eficacia *ex nunc*, el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución [...]».

Podríamos analizar la génesis de esa presunta inmutabilidad que se halla estrechamente unida a la del acto confirmatorio. La irrevocabilidad de los actos declarativos parte de la necesidad de conservar la situación de hecho⁽³⁹⁾ o del largo tiempo transcurrido⁽⁴⁰⁾. Estas doctrinas engarzan con la sostenida por MERK, quien defiende la vocación de la eternidad del acto: «en defecto de una limitación especialmente temporal expresa, es inherente al ordenamiento jurídico una pretensión de vigencia temporal y local ilimitada».

Como explicita VILLAR PALASÍ, el Derecho posee cierta inercia vital, cierta vocación de supervivencia que le viene de su propio ser y que le hace mantener su validez y vigencia, resistiéndose así a la eliminación del mismo modo que en el mundo físico, producida una fuerza, se mantiene por inercia indefinidamente hasta que se produzca otra fuerza igual y contraria. Esta denominada *inercia* en el mundo del Derecho es la «pretensión de vigencia» o «pretensión de eternidad»⁽⁴¹⁾.

NAUMANN y SCHÖN⁽⁴²⁾ la defienden, sobre consideraciones de equidad, la denominada *Billigkeitserwagungen*, en el Derecho alemán. Cuando el particular se aquieta se crea en su entorno una situación de confianza fundada en su presunta aquiescencia. Esa confianza protege la buena fe del interesado y es el fundamento de la irreversibilidad del acto confirmatorio.

Tesis que conectan con la teoría de la irrevocabilidad de las retribuciones, en nuestro caso, construida sobre el principio general exigido por la naturaleza de la cosa (*mis der Natur der Sach*). Para KORMANN⁽⁴³⁾ la mera emanación del acto hace surgir al mundo del Derecho un algo irrevocable. Posición que conecta con otro principio más general como es el de la irreversibilidad del acto humano, el *factum infectum*.

Quizá sea KOLLREUTER⁽⁴⁴⁾ quien explique más gráficamente la teoría de la irrevocabilidad de las retribuciones *reconocidas*, fundamentado en el principio de la seguridad jurídica por el cual deben mantenerse las declaradas y consolidadas: Desde el momento que existe orden, el individuo sabe a qué atenerse sobre su situación en cualquier género de relaciones.

OTTO MAYER, en idéntica orientación, manifiesta que «Es evidente que la destrucción de lo creado en el mundo del Derecho es algo distinto y debe ser juzgado con criterios mucho más estrictos que el de impedir el surgimiento de nuevos actos»⁽⁴⁵⁾.

(39) RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffré, 1939, p. 16.

(40) LESSONA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Firenze 1937, p. 262; *La revocabilità degli atti amministrativi illegittimi*, p. 352, nota 1; ROMANELLI, V.M., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffré, 1939.

(41) VILLAR PALASÍ, J.L., «La doctrina del acto confirmatorio», *Revista de Administración Pública*, 1952, 8, pp. 113-4.

(42) NAVMANN, R., *Wandlungen im Recht des Widerruf von Verwaltungsakten*, Deutscher Rechtsverlag, Berlin-Wien, 1939, p. 39 y SCHÖN, «Billigkeitserwägung zugunster des Individuums», en el *Festgabe für das Oberverwaltungsgerichts*, 1925, p. 135; «Der Widerruf der Verfügungen nach der Rechtsprechung».

(43) KORMMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, 1910, p. 340.

(44) KOLLREUTER, en el *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1936, pp. 80-1.

(45) OTTO MAYER, *Verwaltungsrecht*, I, pp. 302-3.

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) **Recurso por incumplimiento y recurso por responsabilidad extracontractual.**
 - C) **Responsabilidad del Estado miembro.**
 - D) **Cuestiones prejudiciales.**
 - E) **Medidas cautelares.**
 5. MERCADO INTERIOR.
 - A) **Libre circulación de mercancías.**
 - B) **Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.**
 - a) Libre prestación de servicios.
 - b) Libertad de establecimiento.
 - C) **Libre circulación de trabajadores.**
 - a) Ordenación del tiempo de trabajo.
 - b) Discriminación por razón de sexo.
 - D) **Libre circulación de capitales.**
 - a) Ventajas fiscales
-

1. INTRODUCCIÓN

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

2. PRINCIPIOS GENERALES

La **STJUE de 29 de abril de 2010**, en el **As. C-340/08**, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la House of Lords (Reino Unido), recuerda que una norma de Derecho derivado de la Unión ha de ser interpretada, en la medida de lo posible, de la manera que mejor se adecue a los principios generales del Derecho de la Unión y, más concretamente, al principio de seguridad jurídica (véase, en particular, la Sentencia de 1 de abril de 2004, Borgmann, C-1/02, Rec. p. I-3219, apartado 30, y jurisprudencia citada).

Dicha petición se presentó en el marco de litigios entre M y otras y el Her Majesty's Treasury en relación con unas decisiones mediante las cuales dicha autoridad consideró que la concesión de prestaciones de Seguridad Social y asistenciales a las demandantes en los litigios principales, cónyuges de personas designadas por el comité creado en aplicación del apartado 6 de la Resolución 1267 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y que se enumeran en el anexo I del Reglamento núm. 881/2002, está prohibida por la medida restrictiva que establece el artículo 2, apartado 2, de dicho Reglamento.

El principio de seguridad jurídica exige que una normativa como el Reglamento núm. 881/2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Laden, la red Al-Qaida y los talibanes [por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 467/2001 del Consejo por el que se prohíbe la exportación de determinadas mercancías y servicios a Afganistán, se refuerza la prohibición de vuelos y se amplía la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán], medidas restrictivas que tienen una repercusión considerable en los derechos y las libertades de las personas designadas (Sentencia Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, antes citada, apartado 375) y que, tal como dispone el artículo 10 de dicho Reglamento, va acompañada, en Derecho nacional, de sanciones, en este caso de carácter penal, en el supuesto de violación de esas medidas, sea clara y precisa, con el fin de que las personas implicadas, incluidos los terceros como los organismos de seguridad social de que se trata en los litigios principales, puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y tomar sus disposiciones en consecuencia.

En ese contexto, una interpretación contraria a la adoptada en el apartado 63 de la sentencia comentada puede generar incertidumbres jurídicas relacionadas principalmente con las situaciones triangulares en las que unos fondos se ponen, directa o indirectamente, a disposición no de una persona designada, sino de otra persona con la que la persona designada tiene vínculos más o menos estrechos y de los que esta última obtiene un cierto beneficio indirecto de esos fondos.

Tales incertidumbres jurídicas parecen tanto menos permitidas cuanto que, en dichas situaciones, se plantea en todo caso la cuestión de si el beneficio específico que la persona a cuya disposición se ponen los fondos procura a la persona designada puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de las medidas restrictivas contempladas en el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 881/2002.

A este respecto, el Tribunal añade que, en circunstancias como las de los litigios principales, el beneficio que obtiene una persona designada, en forma de ayuda en especie, de fondos puestos a disposición de su esposa, tampoco puede calificarse de recurso economi-

co a efectos de los artículos 1, punto 2, y 2, apartado 3, del Reglamento núm. 881/2002, ya que tal beneficio no puede ser utilizado por la persona designada «para obtener fondos, bienes o servicios» en el sentido de esas disposiciones. En circunstancias como las que concurren en los litigios principales, no resulta razonable afirmar que dicho beneficio pueda convertirse en un recurso económico o financiero que la persona designada pueda utilizar para apoyar actividades terroristas.

Tampoco cabe afirmar que, si se acogiera la interpretación según la cual el pago de las prestaciones sociales de que se trata en los litigios principales no está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 881/2002, la excepción que establece el artículo 2 bis del mencionado Reglamento, en concreto la relativa a los gastos básicos, sería superflua.

Tal como señaló el Abogado General en el punto 102 de sus conclusiones, dicha excepción debe obtenerse en todos los casos en los que unos fondos se pongan directa o indirectamente a disposición de una persona designada y no de un tercero ya que, en tal situación, la persona designada puede decidir acerca del destino de esos fondos, lo que supone un riesgo de que se desvíen a fines de terrorismo.

Por último, para el Tribunal no puede objetarse que, si se acogiera la interpretación según la cual el pago de las prestaciones sociales controvertidas en los litigios principales no está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 881/2002, la persona designada de que se trata quedaría liberada de la obligación de proveer por sí misma a sus gastos básicos, permitiéndosele de este modo destinar a fines de terrorismo los activos que adquiriría por otros medios.

En efecto, como señala el Abogado General en el punto 105 de sus conclusiones, aunque el hecho de que un tercero se haga cargo directamente de los gastos básicos de una persona designada no está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 2 del Reglamento núm. 881/2002, no es menos cierto que la congelación y las prohibiciones que establece dicha disposición son plenamente aplicables en relación con tal persona sin perjuicio, en su caso, de que se aplique una excepción con arreglo al artículo 2 bis de dicho Reglamento.

Habida cuenta de todo lo anterior, el Tribunal responde en la STJUE de 29 de abril de 2010 a la cuestión planteada que el artículo 2, apartado 2, del Reglamento núm. 881/2002 debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a las prestaciones de Seguridad Social o asistenciales abonadas por el Estado a la esposa de una persona designada únicamente por el hecho de que esa esposa vive con la mencionada persona designada y destinará o podrá destinar una parte de esas prestaciones a la adquisición de bienes o de servicios que la persona designada consumirá o de las que se beneficiará igualmente.

3. FUENTES

Por lo que al tema de fuentes se refiere, la **STJCE de 29 de julio de 2010, C-189/09, Comisión c. Austria**, señala que un Estado miembro no puede invocar, en ausencia de una disposición que así lo autorice expresamente, la ilegalidad de una Directiva como medio de defensa en un recurso por incumplimiento basado en la violación de dicha Directiva (Fundamento 15).

Asimismo, dicho pronunciamiento recuerda que un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la normativa del Derecho de la Unión (Fundamento 18).

Por otro lado, como indica la **STJCE de 29 de julio de 2010, C-151/09, UGT-FSP**, el tenor de una disposición de Derecho de la Unión debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea si aquella no contiene una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance (Fundamento 38). Además, la determinación del significado y del alcance de los términos no definidos por el Derecho de la Unión debe efectuarse según el sentido habitual de éstos en el lenguaje corriente, teniendo en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que formen parte (Fundamento 39).

Finalmente, las **SSTJCE de 15 de julio de 2010, As. C-512/09, Comisión c. Grecia, y de 29 de julio de 2010, C-189/09, Comisión c. Austria**, reiteran el momento en el que debe constatarse el incumplimiento de un Estado miembro de su obligación de adaptación del Derecho interno al comunitario: dicha constatación habrá de producirse al final del plazo señalado en el dictamen motivado, de modo que cualquier cambio acaecido con posterioridad no tendrá ningún efecto (Fundamentos 7 y 19, respectivamente).

4. RECURSOS

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

Durante el tiempo al cual se suscribe la presente crónica de jurisprudencia no se aprecia un cambio radical en la interpretación de los Tribunales de Justicia y General sobre la naturaleza de los recursos de anulación y omisión. No obstante, entre las sentencias recaídas en asuntos por omisión y anulación durante este marco temporal, podemos recordar por su pertinencia algunas de ellas.

Una primera es la **Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 19 de mayo de 2010, Tay Za/Consejo, As. T-181/08**, en la cual el Tribunal General sostuvo que, en contra de lo que alegaba el demandante, la garantía relativa al derecho a una tutela judicial efectiva queda asegurada por el derecho de los interesados de interponer un recurso de anulación ante el Tribunal contra una decisión de bloqueo de sus fondos. No correspondiendo al Consejo, al no estar obligado a ello, mencionar esta posibilidad de recurso en el reglamento impugnado. Como el recurso de anulación forma parte del sistema general de recursos establecido en el Tratado CE es evidente que el demandante también tiene acceso al juez de esta forma garantizándose la tutela judicial efectiva.

El **Tribunal General (Sala Quinta) en su Sentencia de 20 de mayo de 2010, Alemania/Comisión, As. T-258/06**, recordó que puede interponerse un recurso de anulación frente a todas las disposiciones adoptadas por las instituciones, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, destinadas a producir efectos jurídicos con lo cual es posible recurrir una comunicación adoptada por la Comisión sobre la aplicación del conjunto de normas fundamentales relativas a la adjudicación de contratos públicos cuando esta comunicación establece obligaciones específicas o nuevas.

Más avanzada en el tiempo encontramos la **Sentencia de 17 de junio de 2010 del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), Lafarge/Comisión, As. C-413/08 P**, en la cual el Tribunal de Justicia señaló que se opone al tenor del artículo 242 CE sostener que la interposición de un recurso de anulación contra una decisión de la Comisión implica la suspensión de la aplicación de la decisión de la Comisión durante el procedimiento judicial, al menos por lo que se refiere a las consecuencias que de ello se derivan para la declaración, en una decisión posterior, de una posible reincidencia. Si eso fuera así se estaría incitando a los autores de infracciones a interponer recursos meramente dilatorios, con la única finalidad de evitar las consecuencias de la reincidencia durante los procedimientos ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal General.

Igualmente podemos recordar la **Sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) de 25 de junio de 2010, Imperial Chemical Industries/Comisión, As. T-66/01**, en la cual se recordó, respecto los plazos de resolución, que la vulneración del principio del plazo razonable solamente justificaría la anulación de una decisión adoptada a resultas de un procedimiento administrativo en materia de competencia en el caso de que el excesivo paso del tiempo haya afectado a la capacidad de las empresas interesadas de defenderse de forma eficaz.

En su **Sentencia de 1 de julio de 2010, (Sala Quinta), BNP Paribas y BNL/Comisión, As. T-335/08**, el Tribunal General, nuevamente respecto la individualización del recurso de anulación, sostuvo que no es admisible el recurso de anulación interpuesto por una empresa contra una decisión de la Comisión por la que se prohíbe un régimen de ayudas sectorial si solamente esta empresa se ve afectada por esta decisión debido a su pertenencia al sector de que se trata y a su condición de beneficiario potencial de dicho régimen. Esta decisión se presenta, respecto la empresa demandante, como una medida de alcance general que se aplica a situaciones determinadas objetivamente e implica efectos jurídicos en relación con una categoría de personas consideradas de manera general y abstracta. Esta empresa no se encontraba por tanto individualizada, afectada de forma directa e individualmente, con lo cual el Tribunal General en esta sentencia desestimó su recurso.

Respecto al Reino de España podemos recordar el **Auto del Tribunal General (Sala Octava) de 18 de mayo de 2010, Abertis Infraestructuras/Comisión, As. T-200/09**, mediante el cual se declaró la inadmisibilidad del recurso presentado por Abertis contra la decisión de la Comisión de 13 de agosto de 2008 de poner término al procedimiento seguido sobre el control de las concentraciones entre empresas en relación con una operación de concentración entre Abertis y Autostrade SpA. En su argumentación el Tribunal General sostuvo que un recurso de anulación debe interponerse en el plazo de dos meses contados, según el caso, desde la publicación del acto, desde su notificación al demandante o, en su defecto, desde el día en que éste tuvo conocimiento de dicho acto. Según el artículo 102, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, este plazo se ampliará, por razón de la distancia, en un plazo único de diez días. Recordando que, a falta de publicación o de notificación, corresponde a quien tiene conocimiento de la existencia de un acto que le afecta solicitar su texto completo en un plazo razonable. Con esta salvedad, el plazo para interponer un recurso sólo empieza a correr a partir del momento en que el tercero interesado tenga un conocimiento exacto del contenido y de la motivación del acto de que se trata, de manera que pueda ejercitar una acción en vía judicial. Con lo cual, dado que la Comisión había comunicado a Abertis mediante carta de 4 de septiembre de 2008 que había decidido el 13 de agosto de 2008 no proseguir el procedimiento correspondiente al asunto Abertis/

Autostrade con arreglo al artículo 21 del reglamento núm. 139/2004, en relación con las posibles infracciones identificadas en su valoración inicial de 31 de enero de 2007, es esa fecha, el día 4 de septiembre, cuando Abertis tuvo noticia de la existencia de la decisión definitiva de la Comisión de 13 de agosto de 2008 de no proseguir el procedimiento correspondiente al asunto Abertis/Autostrade. Por lo tanto, la petición de Abertis de 9 de marzo de 2009 de una copia de la carta de la Comisión de 13 de agosto de 2008 dirigida a la República Italiana —seis meses después de la recepción de la carta de 4 de septiembre de 2008— debe considerarse presentada fuera de todo plazo razonable. Así pues, el recurso interpuesto por Abertis era extemporáneo y se declaró su inadmisibilidad. Como hemos señalado de forma reiterada en esta crónica existe una jurisprudencia reiterada y reafirmada en el tiempo que determina que los plazos para interponer recurso son de orden público y no tienen carácter dispositivo ni para las partes ni para el Juez pues se establecen para garantizar la claridad y la seguridad de las situaciones jurídicas y para evitar cualquier discriminación o trato arbitrario en la administración de justicia.

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

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

D) Cuestiones prejudiciales

Si bien es cierto que en los últimos tres meses el Tribunal de Justicia de la Unión no ha variado ostensiblemente la que viene siendo su reiterada jurisprudencia en lo que atañe a las cuestiones prejudiciales y las medidas cautelares, no lo es menos que sí ha introducido interesantes elementos para el análisis en lo que interesa a las cuestiones prejudiciales.

En efecto, en lo que concierne al mecanismo prejudicial, *cuatro* han sido los argumentos principales enfrentados por el Tribunal de Justicia de la Unión que, por incluir alguna innovación, merecen nuestro comentario, a saber: *a)* los *motivos de inadmisibilidad*; *b)* la posible *limitación en el tiempo de los efectos de las sentencias prejudiciales* (algo a lo que la Corte comunitaria no es demasiado proclive); *c)* la eventual *reapertura de la fase oral* del procedimiento, y *d)*, como viene siendo costumbre, las sentencias prejudiciales que han tenido origen en peticiones formuladas por órganos jurisdiccionales españoles.

Comenzando por *los motivos de inadmisibilidad*, no diremos ya que se trata del argumento estrella del período considerado —que también—, sino que, en realidad, constituye el argumento por antonomasia, al que el Tribunal de Justicia ha dedicado casi toda su atención. En efecto, si por algo se han caracterizado estos tres últimos meses en el ámbito de las cuestiones prejudiciales ha sido por el inusual y elevadísimo número de asuntos en los que la Curia comunitaria se ha visto obligada a pronunciarse sobre el alcance y contenido de los motivos de inadmisión. Baste señalar, desde un punto de vista estrictamente estadístico, que del total de sesenta y tres sentencias examinadas, casi un tercio de ellas (dieciséis) han aludido, de un modo u otro, a los motivos de inadmisión.

Siendo esto así, ocurre que un número tan elevado de sentencias prejudiciales hace que resulte del todo imposible dar cuenta detallada de todas y cada una de ellas en tan reducido espacio como tenemos a disposición. A ello se añade que el Tribunal de Justicia de la Unión, en no pocos casos, se ha limitado a señalar que los motivos de inadmisión alegados por las partes no son atendibles, por lo que carece de sentido exponer pormenorizadamente el contenido de las dieciséis sentencias consideradas.

Por uno y otro motivo hemos considerado más útil, a la par que más interesante para el lector, exponer la que viene siendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con los motivos de inadmisión. Para, a continuación, dar cuenta de aquellas pocas sentencias en las que la Curia comunitaria ha declarado la inadmisión de una parte o de la totalidad de la cuestión planteada.

Así, y con base en esta lógica, sirve a nuestro primer propósito casi cualquiera de los dieciséis pronunciamientos prejudiciales de la Corte de la Unión en los últimos tres meses. Por citar tan sólo un ejemplo, véase la **STJUE de 20 de mayo de 2010, Zanotti, As. C-56/09**, donde el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de establecer (apdo. 15) la que es regla general y sus excepciones cuando de los motivos de inadmisión se trata, a saber:

- Que las cuestiones sobre la interpretación del Derecho comunitario planteadas por el juez nacional, en cuanto al marco fáctico y normativo, vienen definidas bajo su propia responsabilidad, por lo que disfrutan, como *regla*, de la presunción de pertinencia.
- Y que, a modo de *excepción*, la negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando: *a)* resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal; *b)* cuando el problema es de naturaleza hipotética, o *c)* 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.

Por lo demás, este catálogo de excepciones enlaza con nuestro segundo propósito antes declarado: el de hacer mención a las pocas sentencias de la Corte de la Unión en las que efectivamente se ha inadmitido una o toda una cuestión prejudicial.

Es el caso, en primer término, de la **STJUE de 20 de mayo de 2010, Todaro Nunziatina & C, As. C-138/09**. Una sentencia en la que la Comisión (apdo. 13) considera que la cuestión prejudicial quinta (relativa a la validez de la Decisión 2003/195/CE de la Comisión, de 16 de octubre de 2002, y que se refiere al régimen de ayudas que Italia se dispone a aplicar en favor del empleo en la región de Sicilia) no presenta interés alguno a los fines de resolver el litigio principal. De la misma opinión es una de las partes en el proceso (Todaro Nunziatina), quien alega (apdo. 14) que esta cuestión carece de pertinencia para decidir sobre el litigio principal. Pero lo destacado del caso es que, extrañamente y al contrario de lo que nos tiene acostumbrados, el Tribunal de Justicia de la Unión está de acuerdo con ellos, pues considera (apdos. 17 a 20 de la Sentencia) que el tribunal remitente no ha proporcionado ninguna explicación de por qué opina que aquella Decisión de la Comisión 2003/195/CE, de 16 de octubre, implica una interpretación diferente del artículo 87 del anterior TCE a la contenida en otras Decisiones de la Comisión. Por consiguiente, la Corte

comunitaria no tiene más remedio (apdo. 22) que declarar inadmisibile, cuando menos, esta quinta cuestión prejudicial planteada.

Sin embargo, si existe una segunda sentencia en el período de tiempo que comprende esta crónica que merece ser destacada sobre todas las demás por su excepcionalidad ésa es, sin duda, la **STJUE de 1 de julio de 2010, Sbarigia, As. C-393/08**. Y ello porque es la primera ocasión, en los últimos años, en la que el Tribunal de Justicia de la Unión ha declarado la inadmisión de una entera cuestión prejudicial y no de una o varias de las cuestiones que la integran.

En efecto, en el Asunto C-393/08 del que aquella sentencia trae su causa y con base en el artículo 234 del TCE (actual artículo 267 del TFUE), el *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* (Italia) formula petición de pronunciamiento prejudicial mediante resolución de 21 de mayo de 2008 (recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de septiembre de 2008), en el marco de un procedimiento principal entre Emanuela Sbarigia, de una parte, y *Azienda USL RM/A, Comune di Roma, Assiprofar (Associazione Sindacale Proprietari Farmacia)* y *Ordine dei Farmacisti della Provincia di Roma*, en relación con los artículos 49, 81 a 86, 152 y 153 del anterior TCE, y, en el Derecho interno, con la decisión del Ayuntamiento de Roma de denegar las solicitudes presentadas por la Sra. Sbarigia para que se le autorizase a renunciar a los horarios y a los períodos de cierre de su farmacia; en particular, al correspondiente al período de vacaciones anual estival de 2006.

De un modo muy resumido, baste decir que la denegación anterior dio lugar a la correspondiente reclamación y proceso contencioso-administrativo interno. Un proceso que, en buena lógica, el *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio* decidió suspender para plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: 1) ¿son compatibles con los principios comunitarios de libre competencia y de libre prestación de servicios, recogidos, en particular, en los artículos 49 y 81 a 86 del TCE, las disposiciones de la Ley italiana 26/02, que prohíben a los farmacéuticos renunciar a las vacaciones anuales, limitan la apertura al público de las farmacias y supeditan la concesión de una exención de dichas restricciones para las farmacias del municipio de Roma, al requisito de que la Administración, en el ejercicio de su facultad discrecional (de acuerdo con las entidades y los organismos indicados en dicho artículo), considere que se cumple el criterio de zona municipal específica?, y 2) ¿son compatibles con los artículos 152 y 153 del TCE las restricciones establecidas al ejercicio del servicio público farmacéutico con el fin de proteger la salud pública, como las previstas en la Ley italiana 26/02 en lo relativo a las modalidades de apertura diaria, semanal y anual de las farmacias?

Pues bien, en relación con estas dos cuestiones (que el Tribunal de Justicia analiza conjuntamente), los Gobiernos italiano y helénico se oponen a su admisibilidad (apdo. 17 de la sentencia) en sus observaciones escritas; mientras que, en la vista, Assiprofar e implícitamente el *Ordine dei Farmacisti della Provincia di Roma*, han sostenido la misma opinión.

En concreto (apdo. 18 de la sentencia), el Gobierno italiano afirma que el órgano jurisdiccional remitente no aporta ninguna precisión en cuanto a la situación de hecho y de Derecho que le ha llevado a preguntarse acerca de la compatibilidad de la disposición nacional pertinente con las disposiciones del Tratado CE que menciona. A ello se añade que el Gobierno helénico, Assiprofar y el *Ordine dei Farmacisti della Provincia di Roma*

afirman que, al no existir elemento transfronterizo, las cuestiones prejudiciales no presentan ningún vínculo con el Derecho de la Unión.

Ante estas afirmaciones, el Tribunal de Justicia entra a examinar los motivos de inadmisión. Y comienza recordándonos (apdo. 19), como no podía ser de otra forma, que corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen del litigio y que han de asumir la responsabilidad de la decisión judicial 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. De ello resulta que, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse.

Se deduce, en suma (apdo. 20) y como ya antes hemos señalado, que las cuestiones relativas al Derecho de la Unión disfrutan de una presunción de pertinencia. De esta suerte, la negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible, pues: *a*) cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal; *b*) cuando el problema es de naturaleza hipotética, o *c*) 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.

Así las cosas, y por lo que respecta a la excepción de inadmisibilidad propuesta por el Gobierno italiano (apdo. 21), señala el Tribunal de Justicia de la Unión que la resolución de remisión contiene una descripción suficiente del marco jurídico y fáctico del litigio principal, y que las indicaciones aportadas por el órgano jurisdiccional remitente permiten determinar el alcance de las cuestiones planteadas. De hecho, dicha resolución dio a los interesados la posibilidad efectiva de presentar observaciones de conformidad con el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como, por otro lado, pone de manifiesto el contenido de las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia. Se deduce, en su consecuencia (apdo. 22), que no puede admitirse dicha excepción.

En cuanto a las alegaciones planteadas por Assiprofar, por el *Ordine dei Farmacisti della Provincia di Roma* y por el Gobierno helénico (apdo. 23 de la sentencia), conforme a las cuales todos los elementos del litigio principal se circunscriben al interior de un único Estado miembro, procede recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la respuesta de éste puede ser útil para el órgano jurisdiccional remitente incluso en tales circunstancias, en particular, en el supuesto de que el Derecho nacional le obligue a conceder a un nacional los mismos derechos que el Derecho de la Unión reconoce a un nacional de otro Estado miembro que se halle en la misma situación.

En el caso de autos (según reza el apdo. 24 de la sentencia) ocurre justamente que se refiere, en el contexto del litigio principal, a los derechos que el Derecho de la Unión podría reconocer a un nacional de otro Estado miembro si se encontrase en la misma situación que la Sra. Sbarigia, que regenta una farmacia en una zona municipal concreta del municipio de Roma y que se opone a una resolución de la administración nacional competente que aplica el artículo 10, apartado 2, de la Ley italiana 26/02, una solicitud que en absoluto cuestiona el sistema general regulador de los horarios de apertura y de los descansos de las farmacias instaurado por dicha ley y que pretende únicamente que se le autorice, como excepción a este sistema general, a renunciar a cualquier período de cierre.

En su consecuencia (apdo. 25 de la sentencia), el Tribunal de Justicia entiende que, a la vista de las circunstancias concretas del asunto en el litigio principal, parece claro que la interpretación del artículo 49 del TCE solicitada por el órgano jurisdiccional remitente en su resolución no es pertinente para resolver el litigio principal.

Una vez hecha esta precisión, continúa señalando el Tribunal de Justicia en su sentencia (apdo. 29) que han de observarse las demás disposiciones del Derecho comunitario en materia de competencia cuya interpretación solicita el órgano jurisdiccional remitente; en particular, los artículos 81 a 86 del TCE resultan también manifiestamente inaplicables en un contexto como el del litigio principal.

Procede señalar, en primer lugar (apdo. 30), que los artículos 83 a 85 del TCE no resultan pertinentes en el litigio del que conoce el órgano jurisdiccional remitente, por tratarse, bien de disposiciones de carácter meramente procedimental (artículos 83 y 85), bien de disposiciones transitorias (artículo 84). En segundo lugar (apdo. 31 de la sentencia), y en cuanto a los artículos 81 y 82 del TCE, si bien es cierto que se refieren únicamente al comportamiento de las empresas y no a medidas legales o reglamentarias de los Estados miembros, considera la Curia comunitaria que no es menos cierto que, considerados en relación con el artículo 10 del TCE (que establece un deber de cooperación), obligan a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas, ni siquiera legales o reglamentarias, que puedan anular el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. En consecuencia (apdo. 33 de la sentencia), considera el Tribunal de Justicia que, en lo relativo a las disposiciones de los artículos 81 y 82 del TCE, la primera cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente es inadmisibile. A ello hay que añadir, en tercer lugar (apdo. 34), que, dado que las mencionadas disposiciones del Derecho de la Unión en materia de competencia no son aplicables en el asunto principal, tampoco el artículo 86 del TCE es de aplicación.

Por lo que respecta al artículo 28 del TCE (apdo. 35 de la sentencia), evocado por algunos interesados que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, éste declara, en aras de una mayor exhaustividad, que, por las razones expuestas en otros apartados de la sentencia, debe descartarse también de entrada que se vea afectado el comercio entre Estados miembros y pueda, por tanto, obstaculizarse la libre circulación de mercancías.

En último lugar, y en lo relativo a los artículos 152 y 153 del TCE evocados por el órgano jurisdiccional remitente en su segunda cuestión (apdo. 37 de la sentencia), basta señalar a juico del Tribunal que, como ha alegado el Abogado General en los puntos 48 a 51 de sus conclusiones y como han subrayado casi todos los interesados que han presentado observaciones en el presente proceso, tales artículos se dirigen a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros, y no pueden ser invocados manifiestamente para que se examine la conformidad de las medidas nacionales con el Derecho de la Unión.

De todo lo anterior, pues, se deriva (apdo. 38 de la sentencia) que la presente petición de decisión prejudicial debe considerarse inadmisibile (toda ella) y que, en su consecuencia, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) ha de fallar que «Se inadmite la petición de decisión prejudicial presentada por el *Tribunale amministrativo regionale per il Lazio*, mediante resolución de 21 de mayo de 2008»; algo, como ya hemos señalado, nada habitual, no sólo porque supone una excepción a la regla general de la pertinencia, sino porque la

declaración de inadmisión afecta a la entera petición prejudicial y no a una o varias de las cuestiones prejudiciales que la integran.

Pero dejemos a un lado los motivos de inadmisión para dar cuenta —forzosamente más resumida— de aquellas sentencias concernientes al resto de argumentos y temas apuntados al inicio de este epígrafe. Es decir, a los pronunciamientos prejudiciales en los que el Tribunal de Justicia ha decidido acerca de: *a*) la posible *limitación en el tiempo de los efectos de las sentencias* prejudiciales y *b*) alguna petición de *reapertura de la fase oral* del procedimiento. Finalmente, haremos sintética mención, como viene siendo habitual, a las sentencias prejudiciales que han tenido origen en peticiones formuladas por órganos jurisdiccionales españoles.

Empezando por la *limitación en el tiempo de los efectos de los fallos prejudiciales*, éste ha sido un tema abordado por el Tribunal de Justicia de la Unión en su **Sentencia de 3 de junio de 2010, Kalinchev, As. C-2/09**, y lo ha hecho en los términos siguientes. En primer lugar, nos ha recordado (apdo. 50 de la sentencia) que sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia (aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico comunitario) 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. De hecho, y para poder acordar dicha limitación, la Corte comunitaria afirma que es necesario que concurren dos requisitos esenciales, a saber: la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves.

Más concretamente, señala el Tribunal de Justicia en el apdo. 51 de esta sentencia, el recurso a esta solución sólo cabe en circunstancias bien precisas, como lo son: que existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas; en particular, un elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe y sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor, y sólo cuando sea patente que los particulares y las autoridades nacionales hayan sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones comunitarias. Incertidumbre, dicho sea de paso, a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión de las Comunidades Europeas. De hecho, puntualiza el Tribunal de Justicia (apdo. 52 de la sentencia), las consecuencias financieras que podrían derivarse para un Estado miembro de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación de los efectos de esa sentencia en el tiempo.

Pues bien, en la presente remisión prejudicial (apdos. 53 y 54 de la sentencia) se verifica, según la Corte comunitaria, un problema de compatibilidad con el artículo 110 del TFUE, párrafo primero, relativo a un impuesto especial que grava los vehículos de segunda mano importados en Bulgaria. Un problema que, en la vista oral, el Gobierno búlgaro consideró que comportaba un importante desembolso económico por su parte y del que aportó cifras en cuanto a la cantidad global que supuestamente debería en caso de ser condenado por el Tribunal de Justicia.

No obstante, precisa el Tribunal de Justicia que no se le ha comunicado el desglose de dichas cifras, lo que permitiría apreciar con mayor exactitud la proporción de dicha cantidad total que podría dar lugar a devolución. De hecho, agrega la Corte comunitaria, sólo deberían devolverse por el Gobierno Búlgaro los importes de los impuestos especiales que

excedan de los correspondientes al impuesto residual comprendido en el precio de un vehículo de segunda mano similar originario del Estado miembro de que se trate.

Así pues, y a juicio de la Curia comunitaria (apdo. 55 de la sentencia), procede declarar que no puede considerarse probada la existencia de un riesgo de repercusiones económicas graves que pueda justificar una limitación en el tiempo de los efectos de la presente sentencia. En su consecuencia (apdos. 56 y 57), no resulta necesario comprobar si se cumple el requisito relativo a la buena fe de los círculos interesados y, desde luego, no procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia.

Pasando a las peticiones de *reapertura de la fase oral del procedimiento* prejudicial, baste decir que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nunca se ha mostrado demasiado partidario de su estimación. De hecho, no recordamos ninguna sentencia en los últimos años en la que la Corte comunitaria haya ordenado la reapertura de la fase oral del procedimiento a petición de una de las partes, pues, en general, lo considera una dilación innecesaria. Y ésta es, justamente, la misma opinión que expresa y mantiene en la **STJUE de 10 de junio de 2010, Leo-Libera, As. C-58/09**.

En efecto, en esta sentencia, donde mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 17 de marzo de 2010, Leo-Libera solicitó la reapertura de la fase oral del procedimiento en virtud del artículo 61 del Reglamento de Procedimiento, la Corte comunitaria ha aprovechado la ocasión (apdo. 18 de la sentencia) para recordarnos: 1) que puede ordenar la reapertura de la fase oral tan sólo si considera que no está suficientemente informado o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no haya sido debatida entre las partes, y 2) que en el presente caso (apdo. 19), el Tribunal de Justicia considera, oído el Abogado General, que dispone de todos los elementos necesarios para dirimir la petición prejudicial que le ha sido sometida y que no procede examinarla a la luz de una alegación que no ha sido debatida ante él. Por lo tanto (apdo. 20 de la sentencia), ha de denegar la petición de tal reapertura, lo que no constituye ninguna novedad.

Finalmente, no nos resta sino referirnos, de forma muy breve, a los *pronunciamientos prejudiciales que han tenido origen en órganos jurisdiccionales españoles*, y que están integrados por:

- La **STJUE de 1 de junio de 2010, Blanco Pérez y Chao Gómez, As. Ac., C-571/07 y C-570/07**, cuya petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 4 del TFUE, en el marco de los litigios entre el Sr. Blanco Pérez y la Sra. Chao Gómez, por un lado, y la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (C-570/07) y el Principado de Asturias (C-571/07), por otro lado, relativos a un concurso para la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias en la Comunidad Autónoma de Asturias. Una sentencia en la que, dicho sea de paso y una vez más, se enfrenta la cuestión de los motivos de inadmisión prejudicial (apdos. 33 a 41 de la sentencia), para decantarse, en esta ocasión (apdo. 42), por la que viene siendo regla en su reiterada jurisprudencia sobre esta materia, a saber: que las peticiones de decisión prejudicial son admisibles y que no cabe apreciar ninguno de los motivos de inadmisión esgrimidos por las partes.
- La **STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, As. C-484/08**, en la que se formula petición de decisión prejudicial que tiene

por objeto la interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (en lo sucesivo, «Caja Madrid») y la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (en lo sucesivo, «Ausbanc»), en relación con la legalidad de una cláusula contractual introducida por Caja Madrid en los contratos de préstamo a tipo de interés variable celebrados con sus clientes y destinados a la adquisición de vivienda.

- Y, por último, la **STJUE de 29 de julio de 2010, UGT-FSP, As. C-151/09**, donde se formula petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Esta petición trae su causa de un litigio principal en el que se enfrentan, de una parte, la Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) y, de otra, el Ayuntamiento de La Línea de la Concepción (Cádiz), la Sra. María del Rosario Vecino Uribe y otros diecinueve demandados, así como el Ministerio Fiscal, en relación con la negativa del mencionado Ayuntamiento a reconocer la calidad de representantes legales de los trabajadores a las personas elegidas para asumir esta función en varias empresas concesionarias de servicios públicos transferidos a dicho Ayuntamiento.

E) Medidas cautelares

Ninguna de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en el período que comprende esta crónica ha enfrentado esta temática, por lo que en nada ha variado la que viene siendo su reiterada jurisprudencia a este respecto.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 15 de mayo al 15 de agosto de 2010), no se ha dictado ningún pronunciamiento por parte del Tribunal en materia de libre circulación de mercancías.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

El período analizado (del 15 de mayo al 15 de agosto 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.

En primer lugar, la **STJUE de 3 de junio de 2010 (Sala Segunda), Ladbrokes Betting & Gaming y Ladbrokes Internacional, Asunto C-258/08**, en la cual se vuelve a plantear el tema de las apuestas y los monopolios nacionales sobre éstas, que ya se analizó en el número anterior de esta Revista. La cuestión parte de un litigio entre la sociedad neerlandesa (con forma de fundación) que gestiona la «lotto» holandesa y dos empresas establecidas en Reino Unido que ofrecían apuestas a través de Internet. La lotería holandesa parte de un sistema legal de autorización en exclusiva que quedaba en entredicho con el efecto transfronterizo de las apuestas por Internet.

Como es fácilmente imaginable, el Tribunal hace uso y cita la reciente Sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, C-42/07, que ya fue objeto de análisis en dos números sucesivos de esta Revista⁽¹⁾ para acabar concluyendo en términos similares:

- 1) Una normativa nacional, como la holandesa, que pretende luchar contra la ludopatía y combatir el fraude, y que contribuye efectivamente a la realización de estos objetivos, y que limita las actividades de apuestas de modo coherente y sistemático, a pesar de que el titular o los titulares de una autorización exclusiva están habilitados para hacer su oferta atractiva en el mercado introduciendo nuevos juegos de azar y recurriendo a la publicidad. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si las actividades de juego ilegales pueden constituir un problema en el Estado miembro de que se trate, que la expansión de las actividades autorizadas y reguladas pudiera resolver, y si dicha expansión no es de tal magnitud que le haga inconciliable con el objetivo de luchar contra la citada ludopatía.
- 2) Para la aplicación de una normativa de un Estado miembro relativa a los juegos de azar compatible con el artículo 49 del TCE, el juez nacional no está obligado a comprobar, en cada caso concreto, si la medida de ejecución dirigida a garantizar el cumplimiento de esta normativa es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido por ésta y es conforme con el principio de proporcionalidad, siempre que dicha medida sea necesaria para garantizar el efecto útil de la citada normativa y no implique ninguna restricción adicional en relación con la que resulta de la propia normativa. La circunstancia de que la medida de ejecución se haya adoptado a raíz de una intervención de las autoridades públicas destinada a garantizar el cumplimiento de la normativa nacional o a raíz de una solicitud de un particular en un procedimiento civil con el fin de proteger los derechos de que disfruta en virtud de la citada normativa carece de incidencia sobre la solución del litigio del que conoce el órgano jurisdiccional remitente.
- 3) El artículo 49 del TCE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que somete la organización y la promoción de los juegos de azar a un régimen de exclusividad en favor de un único operador y que prohíbe a cualquier otro operador, incluido un operador establecido en otro Estado miembro, ofrecer, a través de Internet, en el territorio del primer Estado miembro, servicios incluidos en el ámbito del citado régimen.

(1) Comentada en los núms. 45 (octubre de 2009), pp. 303-305, y 46 (enero de 2010), pp. 89 y 90, de esta Revista.

El segundo pronunciamiento es la **STJUE de la misma fecha que la anterior, 3 de junio de 2010 (Sala Segunda), Sporting Exchange, Asunto C-203/08**, en la cual se plantea un conflicto muy similar al de la anterior sentencia, aunque en esta ocasión es por la negativa de las autoridades holandesas a otorgar a una sociedad británica de juegos y apuestas una licencia para poder operar en el mercado holandés.

El Tribunal resuelve en el mismo sentido, hasta el punto en que cita no sólo la sentencia «Liga Portuguesa de Futebol Profissional» sino también la propia Sentencia Ladbrokes Betting & Gaming y Ladbrokes International, C-258/08, dictada en la misma fecha (3 de junio de 2010). Para concluir que el artículo 49 del TCE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la holandesa, que somete la organización y la promoción de los juegos de azar a un régimen de exclusividad en favor de un único operador y que prohíbe a cualquier otro operador, incluido un operador establecido en otro Estado miembro, ofrecer, a través de Internet, en el territorio del primer Estado miembro, servicios que entren en el ámbito del citado régimen. El principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que se deriva de éste son aplicables a los procedimientos de concesión y renovación de una licencia en favor de un operador único en el ámbito de los juegos de azar, siempre que no se trate de un operador público cuya gestión esté sometida a la vigilancia directa del Estado o de un operador privado sobre cuyas actividades los poderes públicos puedan ejercer un estrecho control.

El tercer pronunciamiento tiene que ver con nuestro país. **STJUE de 15 de junio de 2010 (Gran Sala), Comisión contra España, Asunto C-211/08**, en la cual se plantea un tema que es conocido por parte de los gestores de la sanidad española, como es el tratamiento hospitalario necesario durante la estancia temporal en otro Estado miembro. Adelantemos ya que el Tribunal desestimó el recurso y dio la razón a España. El supuesto de hecho enjuiciado fue el siguiente: España denegó a los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud español el reembolso de los gastos médicos en que incurrieron en otro Estado miembro en caso de tratamiento hospitalario recibido conforme al artículo 22.1.a), inciso i), 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 sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por los sucesivos Reglamentos (CE) núm. 118/97 y (CE) núm. 1992/2006, en la medida en que el nivel de cobertura aplicable en el Estado miembro en el que se dispensa dicho tratamiento es inferior al previsto en la legislación española.

El Tribunal considera que los casos en los que la asistencia hospitalaria no planificada recibida por un asegurado durante su estancia temporal en otro Estado miembro implica que —como consecuencia de la aplicación de la normativa del Estado de estancia— el Estado miembro de afiliación deba asumir una carga económica más elevada que la que habría soportado si dicha asistencia se hubiera prestado en uno de sus establecimientos se compensan globalmente con los casos en los que, por el contrario, la aplicación de la normativa del Estado miembro de estancia tiene como resultado una carga financiera sobre el Estado miembro de afiliación menos elevada que la que habría derivado de la aplicación de su propia normativa por el tratamiento hospitalario de que se trata.

Por lo tanto, el hecho de imponer a un Estado miembro la obligación de garantizar a sus propios afiliados un reembolso adicional por parte de la institución competente cada

vez que el nivel de cobertura aplicable en el Estado miembro de estancia de los gastos hospitalarios imprevistos de que se trate sea inferior al aplicable en virtud de su propia normativa supondría quebrantar la estructura del sistema introducido por el Reglamento núm. 1408/71. En efecto, en cualquier supuesto relacionado con tratamientos de ese tipo, la institución competente del Estado miembro de afiliación se vería sistemáticamente expuesta a la carga financiera más elevada, ya sea —conforme al artículo 22.1.a) del citado Reglamento— con arreglo a la normativa del Estado miembro de estancia que establece un nivel de cobertura superior al previsto por la normativa del Estado miembro de afiliación o, en caso contrario, como consecuencia de la aplicación de esta última normativa.

El cuarto pronunciamiento resuelve un recurso por incumplimiento, y lo hace también desestimando las pretensiones de la Comisión. **STJUE de 17 de junio de 2010, Comisión contra Portugal, As. C-105/08**, en la cual se analiza un supuesto de tributación por parte de no residentes. En concreto, Portugal grava más los intereses abonados a las entidades de crédito por no residentes que los abonados a las entidades de crédito por los residentes en territorio portugués, asimismo la República Portuguesa restringe la libre prestación de servicios de crédito hipotecario y de otras formas de crédito por parte de las entidades de crédito residentes en otros Estados miembros y en los Estados parte del Acuerdo sobre el EEE, de 2 de mayo de 1992. Sin embargo, el Tribunal no estimó que existiera incumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 49 y 56 del TCE y 36 y 40 del Acuerdo EEE.

Según reiterada jurisprudencia, en el marco de un procedimiento de incumplimiento con arreglo al artículo 226 de la CE corresponde a la Comisión demostrar la existencia del incumplimiento alegado. Efectivamente, es esta última quien tiene que aportar al Tribunal de Justicia todos los datos fácticos necesarios para que éste pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, sin que la Comisión pueda basarse en cualquier presunción (véanse, en particular, las Sentencias de 5 de octubre de 1989, Comisión/Países Bajos, 290/87, y de 4 de marzo de 2010, Comisión/Francia, C-241/08). En el presente caso, para demostrar que la normativa portuguesa, de la que no se discute que trata de manera diferente, en relación al Impuesto de Sociedades, a las entidades residentes y a las no residentes, dando lugar respecto a estas últimas a una tributación más elevada, la Comisión se basa en un ejemplo numérico que descansa sobre la premisa de que el margen de beneficio logrado por la entidad en cuestión en ese ejemplo es del 10%; pero al ser un cálculo teórico el Tribunal no llega a una consecuencia condenatoria, desestimando por ello el recurso.

El quinto fallo es el representado por la **STJUE de 8 de julio de 2010, Sjöberg, Asuntos Acumulados C-447/08 y C-448/08**, donde nuevamente vuelve a aparecer el recurrente tema de los juegos de azar ofrecidos por Internet, y las derivaciones penales previstas, esta vez desde la perspectiva de la legislación sueca. La legislación sobre loterías sueca exige una autorización para el ejercicio de la actividad, y prevé sanciones penales para quien ejerza actividades en materia de juegos de azar sin autorización.

Los recurrentes eran no empresas de juegos, sino los jefes de dos periódicos en los cuales se publicaron anuncios sobre empresas que ofrecían juegos de azar. El Tribunal vuelve a citar de nuevo como referente la ya famosa Sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga

Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, C-42/07⁽²⁾, y termina concluyendo que el artículo 49 del TCE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en los litigios principales, que prohíbe realizar publicidad, destinada a los residentes en dicho Estado miembro, de juegos de azar organizados en otros Estados miembros por operadores privados con fines lucrativos.

Por su parte, el mismo artículo 49 del TCE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que somete los juegos de azar a un régimen de derechos exclusivos, según el cual la promoción de estos juegos organizados en otro Estado miembro está castigada con sanciones más severas que la promoción de tales juegos organizados en territorio nacional sin autorización. Corresponde al tribunal remitente examinar si éste es el caso de la normativa nacional controvertida en los litigios principales.

El sexto pronunciamiento es la **STJUE de 15 de julio de 2010, Bâtiments y Ponts Construction y WISAG Produktionservice, Asunto C-74/09**, en la cual se analiza una interesante cuestión prejudicial suscitada en un tema en materia de contratos públicos de obras y las obligaciones impuestas al contratista. El caso es de los más «comunitarios» si se nos permite la expresión, pues se suscitó entre una sociedad belga y otra alemana, y el objeto del contrato era la renovación total del edificio «Berlaymont», el singular edificio e histórica sede de la Comisión Europea en Bruselas que ha estado cerrada y en proceso de renovación durante casi quince años. El 18 de septiembre de 1990, la empresa Berlaymont 2000 fue constituida por la Régie des Bâtiments, persona jurídica belga de Derecho Público, y tres entidades de crédito. El objeto social de Berlaymont 2000 era la renovación del inmueble Berlaymont y la redacción del pliego de condiciones, del plan de trabajo y del presupuesto de dicha renovación. El inmueble había sido construido en un terreno adquirido por el Estado belga en el año 1960 y había estado ocupado por los servicios de la Comisión hasta 1991. Desde la finalización de dichas obras de renovación en 2004, está de nuevo ocupado por servicios de la Comisión.

La respuesta del Tribunal es doble «una de cal y otra de arena»:

- 1) El Derecho de la Unión debe ser interpretado en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que impone al contratista establecido en otro Estado miembro, para la adjudicación de un contrato en el Estado miembro del poder adjudicador, la obligación de estar registrado en este último Estado miembro como no incurso en las causas de exclusión enumeradas en el artículo 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, 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.
- 2) Asimismo, el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que es contrario a una normativa nacional en virtud de la cual la comprobación de los certificados

(2) Comentada en los núms. 45 (octubre de 2009), pp. 303-305, y 46 (enero de 2010), pp. 89 y 90, de esta Revista.

expedidos a un contratista de otro Estado miembro por las autoridades tributarias y sociales de este último Estado miembro se confía a una instancia distinta al poder adjudicador cuando:

- dicha instancia esté compuesta mayoritariamente por personas nombradas por las organizaciones de empresarios y de trabajadores del sector de la construcción de la provincia en la que se desarrolla la licitación pública controvertida, y
- dicha facultad se extienda a un control de fondo de la validez de dichos certificados.

Por último, cierra esta crónica en materia de libre prestación de servicios la **STJUE de fecha también 15 de julio de 2010 (Gran Sala), Comisión/Alemania, Asunto C-271/08**, en la cual se analizan de nuevo una serie de licitaciones de contratos públicos de suministros de servicios (por Administraciones locales y referidos a pensionistas) sin ser sometidos a los requisitos de publicidad a nivel comunitario que vienen marcados por el umbral de trabajadores de cada Administración local.

El Tribunal declara el incumplimiento por parte de Alemania de las obligaciones que le incumbían hasta el 31 de enero de 2006, en virtud del artículo 8 en relación con los títulos III a VI de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, y desde el 1 de febrero de 2006, en virtud de los artículos 20 y 23 a 55 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, al haber adjudicado directamente, sin haber convocado una licitación a escala de la Unión Europea, contratos de servicios de planes de pensiones de empleo a entidades y empresas contempladas en el artículo 6 del convenio colectivo relativo a la conversión en aportaciones al plan de pensiones de una parte de la retribución de los trabajadores de la administración pública local, en 2004, por administraciones locales o empresas municipales que contaban en ese año con más de 4.505 trabajadores; en 2005, por administraciones locales o empresas municipales que contaban en ese año con más de 3.133 trabajadores, y en 2006 y en 2007 por administraciones locales o empresas municipales que contaban en esos años con más de 2.402 trabajadores.

b) Libertad de establecimiento

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

La primera de ellas, la **STJUE de 1 de junio de 2010 Blanco Pérez y Chao Gómez, Asuntos Acumulados C-570/07 y C-571-07**, la cual tiene su origen en sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 234 de la CE, por el TSJ de Asturias en 2007, en el marco de dos procesos de adjudicación de nuevas farmacias celebrado en Asturias. Sabido es que el sistema español en materia de farmacias es uno de los más restrictivos del mundo, y durante décadas estuvo en manos de los Colegios de Farmacéuticos la autorización de nuevas farmacias, lo cual fue como poner «a una zorra a guardar las gallinas», lo que acababa sistemáticamente con la judicialización de cualquier concurso

que se celebrara. No obstante, la posterior intervención autonómica rebajó el protagonismo de los Colegios profesionales en aquel escandaloso y corporativo sistema.

De nuevo encontramos una solución salomónica que si bien no desautoriza el oligopolístico sistema farmacéutico español, sí que sigue limando sus aspectos más escandalosos. Para el Tribunal, el artículo 49 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a una normativa nacional, como la española, que impone límites a la concesión de autorizaciones de establecimiento de nuevas farmacias, al disponer que:

- en principio, en cada zona farmacéutica, sólo se podrá crear una farmacia por módulo de 2.800 habitantes;
- tan sólo podrá crearse una farmacia adicional si se sobrepasa dicha proporción, la cual se creará por la fracción superior a 2.000 habitantes, y
- cada farmacia deberá respetar una distancia mínima respecto de las farmacias pre-existentes, que es, por regla general, de 250 metros.

Sin embargo, el artículo 49 del TFUE se opone a tal normativa en la medida en que las normas de base 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.

2) En segundo lugar, el artículo 49 del TFUE, en relación con el artículo 1.1 y 2 de la Directiva 85/432/CEE del Consejo, de 16 de septiembre de 1985, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para ciertas actividades farmacéuticas, y el artículo 45, apartado 2, letras e) y g), de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, debe interpretarse en el sentido de que se opone a criterios como los recogidos en los puntos 6 y 7, letra c), del anexo del Decreto asturiano 72/2001, de 19 de julio, regulador de las oficinas de farmacia y botiquines en el Principado de Asturias, en virtud de los cuales se selecciona a los titulares de nuevas farmacias.

En segundo lugar, la **STJUE de 8 de julio de 2010, Comisión contra Portugal, Asunto C-171/08**, en la cual se enjuicia la tenencia por parte de Portugal de acciones especiales (la «acción de oro») en el antiguo monopolio y actual empresa Portugal Telecom.

El Tribunal analiza los propios Estatutos de Portugal Telecom, el proceso de liberalización de las telecomunicaciones operado en Portugal, y declara lisa y llanamente el incumplimiento por parte de Portugal de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 del TCE, al mantener en Portugal Telecom SGPS SA derechos especiales como los previstos en los estatutos de la referida sociedad a favor del Estado y de otras entidades públicas, atribuidos en relación con acciones privilegiadas (*golden shares*) del Estado en Portugal Telecom SGPS SA.

Por último, la **STJUE de 15 de julio de 2010, Hengartner y Passer, Asunto C-70/09**, en la cual se resuelve una cuestión prejudicial sobre un coto de caza en la que se encuentra inmersa la neutral Suiza. En particular, el recurso es interpuesto por dos ciudadanos suizos a los que se gravó con una tasa superior que a los comunitarios por el arrendamiento de

un coto de caza. Como es sabido, la Confederación Helvética no pertenece ni a la Unión Europea ni al EEE, pero cuenta con acuerdos parciales firmados. En el caso que nos ocupa resultaba de aplicación el Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999.

Sin embargo, para el Tribunal el Acuerdo de 1999 con Suiza no se opone a que un nacional de una de las Partes Contratantes sea sometido en el territorio de la otra Parte Contratante, en cuanto destinatario de servicios, a un tratamiento diferente al que reciben las personas que tienen su residencia principal en dicho territorio, los ciudadanos de la Unión y las personas que se asimilan a éstos en virtud del Derecho de la Unión, en lo que atañe a la recaudación de un impuesto que grava una prestación de servicios, como es la cesión de un derecho de caza.

C) Libre circulación de personas

a) Ordenación del tiempo de trabajo

La **STJCE de 20 de mayo de 2010, As. C-158/08, Comisión contra España**, ha declarado que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, al no haber adoptado, dentro del plazo establecido, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva por lo que respecta al personal no civil de las Administraciones Públicas.

Y es que, en efecto, al término del plazo establecido en el dictamen motivado, no se habían adoptado aún todas las medidas necesarias para adaptar el Derecho interno a la Directiva 2003/88.

b) Discriminación por razón de sexo

De una manera indirecta y a través de una cuestión prejudicial, la interesante **STJCE de 29 de julio de 2010, As. C-577/08, Brouwer**, analiza la compatibilidad con el Derecho comunitario de una disposición belga en virtud de la cual, a efectos del cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores transfronterizos, los salarios ficticios y/o globales fijados para las trabajadoras son inferiores a las de los trabajadores, lo que repercutía negativamente a la hora de la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación de las mujeres trabajadoras. La norma pretendía hallar justificación en el hecho de que antes del año 1994 el salario medio real no era el mismo para trabajadoras y trabajadores. Y ello pese a que el 23 de diciembre de 1984 había finalizado el plazo de trasposición de la Directiva 79/7, Directiva que pretende eliminar la discriminación por razón de sexo en materia de seguridad social.

Por ello, el Tribunal de Justicia considera que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 79/7 en lo que respecta al cálculo de las pensiones de jubilación, al aplicar, hasta el 1 de enero de 1995 para un mismo trabajo

o para un trabajo de igual valor, un método de cálculo discriminatorio basado en salarios diarios ficticios y/o globales superiores para los trabajadores fronterizos masculinos que los utilizados en el caso de las trabajadoras fronterizas.

D) Libre circulación de capitales

a) *Ventajas fiscales*

Durante el período abarcado por esta crónica, dos sentencias del Tribunal de Justicia han declarado que sendas ventajas fiscales otorgadas por Derechos nacionales son incompatibles con la legislación europea.

En primer lugar, la **STJCE de 3 de junio de 2010 As. CL487/08, Comisión contra España**, ha declarado que la normativa española fiscal relativa a la tributación de los dividendos repartidos por las sociedades filiales a sus matrices incumple el Derecho de la Unión.

En efecto la sentencia analiza las diferencias de trato establecidas, por un lado, en el artículo 30.2 de la Ley del Impuesto de Sociedades y, por otro, en el artículo 14.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Según dichas normas, las sociedades residentes que reciban dividendos distribuidos por otra sociedad residente gozarán de una exención sobre éstos siempre que tengan una participación igual o superior al 5% en la sociedad filial. En cambio, los dividendos distribuidos por una sociedad residente en España a una sociedad no residente únicamente estaban exentos si la sociedad beneficiaria poseía en el capital de la sociedad distribidora de los dividendos una participación directa de, al menos, el 20%.

El Tribunal de Justicia concluye que esta diferencia de trato puede disuadir a las sociedades establecidas en otros Estados miembros de realizar inversiones en España y constituye, en consecuencia, una restricción a la libre circulación de capitales prohibida por el artículo 56 de la CE, apartado 1. Además, considera que esta diferencia de trato no está justificada por razones imperiosas de interés general.

En efecto, según el Reino de España, el objetivo de la legislación nacional controvertida es evitar la doble imposición. Las sociedades residentes en otro Estado miembro no se encuentran en una situación comparable, puesto que evitar la doble imposición de los dividendos repartidos a las mencionadas sociedades no incumbe al Reino de España, en tanto que Estado de origen de tales rentas, sino al Estado de residencia de dichas sociedades.

No obstante, el Tribunal de Justicia no comparte esta argumentación, ya que el tratamiento fiscal desfavorable de los dividendos distribuidos a sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro se deriva del ejercicio exclusivo por el Reino de España de su potestad tributaria. En los términos de la sentencia que reseñamos (apdos. 50 a 51):

«Procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en lo que atañe a las medidas previstas por un Estado miembro a fin de evitar o atenuar la tributación en cadena o la doble imposición económica de los beneficios distribuidos por una sociedad residente, los accionistas beneficiarios residentes no se encuentran necesariamente en una situación comparable a la de los accionistas beneficiarios residentes en otro Estado miembro (véase la Sentencia de 14 de diciembre de 2006, *Denkavit Internationaal* y *Denkavit France*,

C-170/05, Rec. p. I-11949, apartado 34, así como las Sentencias, antes citadas, Amurta, apartado 37, y Comisión/Italia, apartado 51).

Sin embargo, a partir del momento en que un Estado miembro, de forma unilateral o por vía de convenios, somete al impuesto sobre la renta no sólo a los accionistas residentes sino también a los accionistas no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de los mencionados accionistas no residentes se asemeja a la de los accionistas residentes (Sentencias, antes citadas, *Test Claimants in Class IV of the Act Group Litigation*, apartado 68; *Denkavit Internationaal* y *Denkavit France*, apartado 35; Amurta, apartado 38, y Comisión/Italia, apartado 52)».

En consecuencia, según el fallo de la Sentencia de 3 de junio de 2010, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 de la CE, apartado 1, al supeditar la exención de los dividendos que distribuyen las sociedades residentes en España al requisito de que las sociedades beneficiarias tengan en el capital de las sociedades distribuidoras de los dividendos un porcentaje de participación más elevado en el caso de las sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro que en el caso de las residentes en España.

Por su parte, la **STJCE de 1 de julio de 2010, As. 233/09, Dijkman y Dijkman-Lavaleije**, ha censurado determinada normativa belga relativa a la tributación de los rendimientos de capital mobiliario percibidos en el extranjero por residentes. En concreto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 56 de la CE se opone a una legislación de un Estado miembro de acuerdo con la cual los contribuyentes que residen en dicho Estado, que perciben intereses o dividendos procedentes de fondos depositados o invertidos en otro Estado miembro, están sujetos a un impuesto municipal complementario cuando no han designado a un intermediario establecido en el Estado en que residen para que les abone esos rendimientos del capital mobiliario, mientras que los rendimientos de la misma naturaleza procedentes de fondos depositados o invertidos en el Estado en que residen, por estar sujetos a una retención practicada en la fuente, pueden no declararse y, en tal caso, no están sujetos a dicho impuesto.

Ello es así, en esencia, porque el órgano jurisdiccional considera que el hecho de que dichos rendimientos estén sujetos a diferentes técnicas impositivas es precisamente lo que origina la diferencia de trato que conduce a que únicamente los rendimientos obtenidos de inversiones o depósitos en otro Estado miembro estén necesariamente sujetos al impuesto municipal complementario.

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

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. PROCESOS CONSTITUCIONALES.
 - A) **Recurso de inconstitucionalidad.**
 - B) **Cuestión de inconstitucionalidad.**
 - a) Inadmisión de cuestión de inconstitucionalidad por prematura: es necesario terminar el procedimiento antes de plantearla (artículo 35.2 LOTC).
 - C) **Recurso de amparo.**
 - a) Las resoluciones interlocutorias no pueden ser objeto de recurso de amparo ya que no satisfacen el principio de subsidiariedad [artículo 44.1.a) LOTC].
 - b) El régimen de supletoriedad (artículo 80 LOTC) se produce sólo en ausencia de una específica regulación. El incidente de nulidad de actuaciones (artículos 240 y ss. LOPJ) no puede plantearse contra sentencias del Tribunal Constitucional.
3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.
 - A) **Bases del régimen de los funcionarios públicos: requisitos para la incorporación de los funcionarios de la Administración del Estado a la Administración autonómica (artículo 149.1.18 CE).**
 - B) **Competencias financieras de las Comunidades Autónomas: la ley autonómica de presupuestos puede modificar elementos esenciales de los tributos sin necesidad de habilitación por una ley tributaria sustantiva.**

1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica se analizan habitualmente los Autos y Sentencias del Tribunal Constitucional sobre estas materias del segundo trimestre de 2010, es decir, aprobados los meses de abril, mayo y junio. La resolución más importante es, sin duda, la esperada **STC 31/2010**, que lleva la fecha **de 28 de junio**, y que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en

relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Sin embargo, la extensión —más de 800 folios— y complejidad de esta sentencia, su fuerte dimensión política, y la fecha muy posterior en la que se ha publicado su contenido, el 9 de julio, dividiendo novedosa y extrañamente la previa publicación del fallo y la posterior de la fundamentación, lo que induce a error, son razones que nos obligan a posponer su comentario, de forma exhaustiva, para el próximo número de la Revista.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

En total, el Tribunal ha dictado 26 sentencias y 22 autos. De las 26 sentencias, 12 son recursos de amparo constitucional, de los cuales 8 fueron estimados total o parcialmente, 13 cuestiones de inconstitucionalidad y 1 recurso de inconstitucionalidad. Todos estos recursos de amparo fueron planteados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo trámite de admisión introducido por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de modificación de la LOTC, por lo que ninguna de ellas aporta nueva doctrina al respecto. Por el contrario, la mayoría de los recursos de amparo que originaron la emisión de autos sí fueron planteados con posterioridad a la reforma, sin embargo, tampoco contienen doctrina sobre algún aspecto del nuevo trámite de admisión.

Respecto de la eficacia del nuevo sistema de descentralización interna del trabajo, cabe destacar que 10 de los 12 recursos de amparo fueron conocidos por una de las Salas, mientras que sólo 2 de ellos lo fueron por una de las Secciones. De las 13 cuestiones de inconstitucionalidad, 11 tratan sobre el mismo asunto y se remiten a la STC 6/2010, de 14 de abril. Todas ellas, excepto la citada STC 6/2010, de 14 de abril, que fue resuelta por el Pleno, fueron enjuiciadas por alguna de las Salas del Tribunal, aplicando el artículo 10.1.c) LOTC. Por último, el conocimiento del recurso de inconstitucionalidad también fue deferido a la Sala Primera [artículo 10.1.b) LOTC], indicando el Pleno la abundante doctrina aplicable al caso (STC 7/2010, de 27 de abril, FJ 7.º).

A) Recurso de inconstitucionalidad

No hay doctrina.

B) Cuestión de inconstitucionalidad

a) *Inadmisión de cuestión de inconstitucionalidad por prematura: es necesario terminar el procedimiento antes de plantearla (artículo 35.2 LOTC)*

En el **ATC 55/2010, de 19 de mayo**, se enjuicia una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en relación con los artículos 81 del texto articulado de la Ley de Tráfico, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, y 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, tal y como han sido interpretados con carácter vinculante por las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2004 y 22 de septiembre de 2008.

El Pleno del Tribunal inadmite la cuestión al ser manifiestamente extemporánea por su carácter prematuro (artículo 36 LOTC), ya que no existe constancia documental en los Autos de la celebración de la vista correspondiente al procedimiento abreviado del artículo 78 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en cuyo seno se plantea la cuestión. Únicamente una providencia dando traslado a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que alegaran sobre el planteamiento. Por tanto, se considera que la cuestión fue elevada antes de que fuera resuelto dicho procedimiento. A pesar de que el Tribunal Constitucional ha defendido una interpretación flexible del momento procesal oportuno, «esa flexibilidad no puede llegar al extremo de admitir a trámite una cuestión de inconstitucionalidad que se promueve sin que, como aquí sucede, exista constancia de un mínimo cumplimiento de los requisitos procesales» (FJ 2.º).

C) Recurso de amparo

- a) *Las resoluciones interlocutorias no pueden ser objeto de recurso de amparo ya que no satisfacen el principio de subsidiariedad [artículo 44.1.a) LOTC]*

En el **ATC 58/2010, de 20 de mayo**, la entidad recurrente fue demandada ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Jaén. Tras su desestimación, planteó recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. El recurso fue estimado, ordenándose retrotraer las actuaciones al momento de la finalización del juicio oral a fin de que se dictara nueva sentencia en la que se entrara a resolver sobre el fondo del asunto. La entidad recurrente interpuso recurso de casación que fue inadmitido por Auto de 9 de julio de 2009, ante lo que la entidad recurrente planteó recurso de amparo, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y del derecho a la prueba (artículo 24.2 CE).

La Sección Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 11 de marzo de 2010, inadmitió el recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa [artículo 50.1.a), en relación con el artículo 44.1.a) LOTC]. Mas el Ministerio Fiscal interpuso recurso de súplica contra la citada providencia de inadmisión.

La Sección Segunda, al desestimar la súplica frente a la inadmisión, argumenta que la resolución impugnada en amparo se ha limitado a anular la Sentencia de instancia y ordena la retroacción de actuaciones para que se dicte nueva Sentencia entrando a resolver sobre el fondo del asunto. Sin embargo, frente a dicha resolución la entidad recurrente acude directamente al amparo. De esta forma, la resolución impugnada es meramente interlocutoria; y, en virtud del artículo 44.1.a) LOTC: «la naturaleza interlocutoria de las resoluciones judiciales dictadas en el curso de un proceso no finalizado impide (...) el examen de la vulneración alegada en la vía de amparo» (FJ único).

- b) *El régimen de supletoriedad (artículo 80 LOTC) se produce sólo en ausencia de una específica regulación. El incidente de nulidad de actuaciones (artículos 240 y ss. LOPJ) no puede plantearse contra sentencias del Tribunal Constitucional*

En el **ATC 46/2010, de 14 de abril**, tras la providencia de inadmisión de un recurso de amparo, se promovió incidente de recusación contra la Magistrada Elisa Pérez Vera y otros

magistrados que no se llegan a identificar. El Pleno del Tribunal acordó por Auto no admitir a trámite la recusación formulada, promovándose un incidente de nulidad de actuaciones, solicitando su revocación. Por providencia se inadmitió, asimismo, a trámite la solicitud de nulidad de actuaciones, decisión que fue objeto de recurso de súplica, siendo desestimado en la resolución que se reseña.

El Tribunal Constitucional recuerda la «irrecurribilidad» de sus sentencias, en virtud del artículo 93 LOTC, que permite únicamente solicitar aclaración de éstas y establece la posibilidad de recurrir en súplica sus providencias y Autos (artículo 93.2 LOTC), pero la LOTC no contempla el incidente de nulidad de actuaciones entre los recursos o medios procesales que pueden promoverse contra las resoluciones. La aplicación supletoria, a la que se refiere el artículo 80, sólo cabe en ausencia de una específica regulación, pues de otro modo más que de supletoriedad estaríamos en presencia de una regulación alternativa a la LOTC (FJ 2.º).

3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Bases del régimen de los funcionarios públicos: requisitos para la incorporación de los funcionarios de la Administración del Estado a la Administración autonómica (artículo 149.1.18 CE)

La **STC 8/2010, de 27 de abril** (Sala Segunda), resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Zaragoza en relación con el artículo 19.2 del Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación de la función pública de Aragón. El órgano judicial planteaba que podía existir una contradicción, constitutiva de una inconstitucionalidad mediata, entre este precepto y el artículo 17.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública.

La citada Ley básica del Estado prevé la posibilidad de que se cubran plazas de una Administración por funcionarios de otra Administración «de acuerdo con lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo». El Tribunal Constitucional declara que el precepto estatal tiene carácter básico en virtud de la competencia del Estado para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (artículo 149.1.18 CE). La clave de la sentencia consiste en determinar si existe contradicción entre la ley estatal y el decreto legislativo autonómico, que condiciona la posibilidad de que funcionarios de la Administración del Estado puedan incorporarse a la Administración de la Comunidad Autónoma a que así se exprese en las oportunas convocatorias. La Sentencia sostiene que es posible un entendimiento de la norma autonómica respetuoso con la legislación básica del Estado. Mediante una interpretación sistemática del decreto legislativo autonómico, se concluye que la norma impugnada exige dos requisitos para que los funcionarios del Estado puedan ocupar puestos en la Administración de la Comunidad Autónoma. Primero, según la ley básica, que en las relaciones de puestos de trabajo de la Administración autonómica figuren aquellos puestos que se pueden ofrecer a los funcionarios de otra administración. El legislador autonómico ha querido añadir un segundo requisito: que también se exprese así en las oportunas convocatorias de concurso o de libre designación. La Sentencia concluye que no existe contradicción entre la legislación básica del Estado y la legislación autonómica.

El Tribunal Constitucional advierte además que el precepto básico del Estado que se utiliza como parámetro de control de la legislación autonómica, el artículo 17.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, ha sido ya derogado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleo público, que establece una regulación de la movilidad voluntaria entre Administraciones públicas sustancialmente distinta.

**B) Competencias financieras de las Comunidades Autónomas:
la ley autonómica de presupuestos puede modificar elementos esenciales
de los tributos sin necesidad de habilitación por una ley tributaria sustantiva**

La **STC 7/2010, de 27 de abril** (Sala Primera), declara la constitucionalidad del artículo 40 de la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2001, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2002. Se desestima el recurso presentado por sesenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso contra un precepto de la ley de presupuestos que modificaba el tipo de gravamen del impuesto sobre actos jurídicos documentados.

El Tribunal Constitucional considera que el límite que se establece en el artículo 134 CE, la necesidad de la previa habilitación de una ley tributaria sustantiva para que la ley de presupuestos pueda modificar los tributos, sólo es aplicable a la ley de presupuestos generales del Estado y no a las leyes de presupuestos autonómicas. El Tribunal Constitucional se apoya en la interpretación literal del artículo 134 CE y en una doctrina jurisprudencial —de acuerdo con diversos precedentes— según la cual, los preceptos constitucionales que regulan instituciones del Estado no pueden aplicarse por analogía a las instituciones autonómicas homólogas. La Sentencia destaca asimismo que el resto de normas que integran el bloque de la constitucionalidad, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana y la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), no contienen una limitación expresa de similar naturaleza a la establecida en el artículo 134.7 CE.

En efecto, en el Estatuto de Autonomía y en la LOFCA únicamente se establece que el presupuesto autonómico incluirá la totalidad de los gastos e ingresos de los organismos y entidades integrantes de la Comunidad Autónoma y se consignará el importe de los beneficios fiscales. El Tribunal Constitucional considera que este límite es sustancialmente idéntico al que se establece respecto de los presupuestos generales del Estado en el artículo 134 CE, precepto a partir del cual este Tribunal ha elaborado su doctrina general acerca de los límites materiales de las leyes de presupuestos. Sostiene el Tribunal Constitucional que, en este caso, se han respetado los límites expresos al contenido de la ley de presupuestos, porque resulta evidente la conexión que la modificación del tipo de gravamen de un tributo tiene con la previsión de ingresos.

A nuestro juicio, no obstante, sorprende un poco que el intérprete supremo de la Constitución —también de la organización y división de poderes autonómica— no se esfuerce un poco más en usar un criterio de la interpretación constitucional, distinto a una mera lectura literal del artículo 134 CE, ya muy conocida respecto de las Comunidades Autónomas, para preservar la seria garantía para los contribuyentes que entraña, sometidos como están a un intenso deber constitucional, que los tributos autonómicos no puedan verse modificados en sus elementos esenciales por las leyes de presupuestos por muy diversas

razones, entre otras, las derivadas de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de legalidad tributaria. Acaso una exégesis material del artículo 31 CE hubiera permitido llegar al Tribunal Constitucional a conclusiones análogas sin contentarse con señalar el carácter material y formal de la ley de presupuestos.

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
LUCÍA ALONSO SANZ

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.
 - A) Prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes (artículo 3).**
 - a) Una decidida intervención en materia de asilo; valor de los informes de ACNUR y de ONG relevantes sobre la situación del país de origen, y utilización de medidas cautelares (artículo 3 CEDH).
 - b) Interrogatorio policial constitutivo de malos tratos ante una supuesta situación de necesidad y uso en el proceso de pruebas ilícitamente obtenidas (artículos 3 y 6 CEDH).
 - B) Principio de legalidad. Sometimiento a las normas internacionales por crímenes de guerra, a pesar de que la normativa nacional no hiciera referencia a ellos en el momento en el que se produjeron (artículo 7).**
 - C) Vida privada y familiar (artículos 8 y 14).**
 - a) Vida familiar y matrimonio homosexual.
 - b) La prohibición legal de algunas técnicas de reproducción asistida no puede generar discriminaciones entre ciudadanos. Un control de convencionalidad de la ley.
 - c) Derecho a la adopción de las personas solteras.
 - d) Vida familiar entre hermanos de padres divorciados.
 - e) Violación procedimental al no respetarse los derechos de la familia de custodia en un proceso de adopción.
 - f) Vida privada e identificación de la etnia en documento nacional de identidad.
 - g) Protección del domicilio frente a ruidos.
 - D) Libertad religiosa (artículo 9).**
 - a) No valoración escolar de la clase de ética.
 - b) Disolución de asociaciones religiosas (testigos de Jehová).
 - E) Libertad de expresión (artículo 10).**
 - a) En ejercicio de cargo público representativo.
 - b) Solicitud de iniciación de un procedimiento penal frente a un juez.
 - c) La prohibición de entrada en el país de un nacional vulnera la libertad de expresión.

F) Libertad de reunión y asociación (artículo 11).

- a) Un estándar muy exigente para la disolución de una manifestación.
- b) No obligación de contribuir económicamente a una asociación a la que no se pertenece.

G) Derecho a elecciones libres (artículo 3, Protocolo núm. 1).

- a) Inelegibilidad por doble nacionalidad.
- b) Inhabilitación por discapacidad mental.
- c) Inhabilitación por condena penal.
- d) Revisión por instancias independientes sin oponer excesivas barreras formales.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A) Derecho a la igualdad.

- a) La igualdad de los hijos adoptivos como límite a la interpretación de las disposiciones testamentarias.
- b) Igualdad en la ley: discriminación de los viudos separados o divorciados en relación con la pérdida de la pensión de viudedad por convivencia marital.

B) Libertad de expresión.

- a) Libertad de expresión v. derecho a la propia imagen (artículos 18.1 y 20.1 CE). La publicación de fotografías manipuladas de un personaje público con propósito burlesco y sin interés informativo no está protegida por la libertad de expresión.

C) Tutela judicial efectiva.

- a) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de intangibilidad de la cosa juzgada, por una actuación administrativa que modifica sustancialmente los términos de ejecución de una Sentencia firme.
- b) Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia mediante una sentencia que da respuesta conjunta y global a todas las alegaciones.
- c) Derecho a la tutela judicial efectiva, alcance del principio *pro actione* y acceso a la justicia, ante la falta de pronunciamiento sobre el fondo de un recurso contencioso-administrativo porque no se habían presentado alegaciones en la vía económico-administrativa.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

1. SALA PRIMERA DE LO CIVIL.

A) Derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE). Las meras conjeturas sobre la filiación de una persona no constituyen vulneración de su derecho a la intimidad.

B) Derecho al honor y a la intimidad (artículo 18.1 CE).

- a) La difusión de imágenes de un actor detenido como presunto autor de la muerte de su esposa y luego declarado no culpable para ilustrar la entrada en vigor de la Ley contra la violencia de género no vulnera el derecho al honor.
- b) Derechos a la intimidad y a la propia imagen (artículo 18.1 CE). La publicación de fotografías tomadas con teleobjetivo de una pareja de famosos en una playa de difícil acceso constituye vulneración de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen.

- c) Derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 CE). La publicación de una fotografía del cadáver envuelto en una bolsa de plástico de una persona famosa fallecida en la calle no vulnera el derecho a la intimidad del hijo de ésta.
- d) Libertad de información v. derecho al honor (artículos 18.1 y 20.1 CE). No hay veracidad si se omite la información sobre la exculpación judicial del sujeto. Pautas a tener en cuenta en casos de información sobre procesos judiciales.
- e) Derecho al honor (artículo 18.1 CE). El escrito de protesta ante el Colegio de Abogados sobre la actuación de un Letrado no constituye una vulneración de su derecho al honor.
- f) Derecho al honor (artículo 18.1 CE). La imputación de homosexualidad a una persona en un programa de televisión con intención de menosprecio, si es falsa, constituye intromisión en su derecho al honor.
- g) Libertad de información (artículo 20.1 CE). Los sindicatos son titulares del derecho a la libertad de información.

2. SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

A) Inviolabilidad del domicilio de personas jurídicas.

- a) Necesidad de mandamiento judicial o consentimiento en inspecciones tributarias.

B) Concesión de nacionalidad.

C) Derecho de asilo.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos correspondiente al segundo Trimestre de 2010; sentencias aprobadas en los meses de abril, mayo y junio; la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la STC 5/2010, de 7 de abril, a 30/2010, de 17 de mayo; y por último la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de las Salas Primera y Tercera, dictadas entre marzo y julio de 2010.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes (artículo 3)

- a) *Una decidida intervención en materia de asilo; valor de los informes de ACNUR y de ONG relevantes sobre la situación del país de origen, y utilización de medidas cautelares (artículo 3 CEDH)*

En el primer aspecto hay que referirse a **M.B. y otros contra Turquía, de 15 de junio de 2010**. Los recurrentes son una familia iraní cristiana reconocidos como refugiados por ACNUR por motivos religiosos. Al solicitar el permiso de residencia las autoridades turcas constatan que sus pasaportes tienen varios sellos que atestiguan que han entrado en Irán en varias ocasiones durante su estancia en Turquía, por lo que son inmediatamente deportados a Irán el 30 de julio de 2008, volviendo a entrar ilegalmente en Turquía al día siguiente. Los recurrentes alegan que su expulsión les expone a riesgo de muerte o malos tratos, y el tribunal decide analizarlo desde la óptica del artículo 3.

La Corte señala que debe dar el peso debido a la opinión de ACNUR, que, afirma, entrevistó a los recurrentes y tuvo la oportunidad de valorar la credibilidad de sus temores y la veracidad de su relato de las circunstancias de su país, concluyendo que existía riesgo de persecución, por lo que, a la luz de esas conclusiones, la Corte considera que los recurrentes corren el riesgo de ser sometidos a malos tratos, con violación del artículo 3 si vuelven a Irán.

Muy similares al anterior, en cuanto al valor de los informes de ACNUR, concluyendo igualmente que la deportación a Irán constituiría vulneración del artículo 3, el caso **Ahmadpour contra Turquía, de 15 de junio de 2010**, o la deportación a Tayikistán de un ciudadano de origen uzbeko en el caso **Khaydarov contra Rusia, de 20 de mayo de 2010**.

También **S.H. contra el Reino Unido, de 15 de junio de 2010**, en el que el recurrente es un nacional de la minoría nepalesa de Bután. La Corte señala que hay muy poca información acerca del respeto a los derechos humanos en Bután, país al que ACNUR no tiene acceso, y que es imposible predecir lo que le ocurrirá al recurrente si vuelve. Sin embargo, constata que varias organizaciones internacionales (Amnistía Internacional, Human Rights Watch, ...) afirman el riesgo de que sea encarcelado y torturado tras su regreso al país después de haber expresado opiniones políticas contrarias al Gobierno de Bután y de haber solicitado asilo en el Reino Unido. Valora también la situación de discriminación de la etnia nepalesa, obligados a obtener Non-Objection Certificates para acceder a servicios como la salud o la educación, con restricciones a su libertad de reunión, asociación o movimiento, y con 100.000 personas forzadas al exilio tras ser declarados no nacionales, por lo que, a la vista del conjunto de circunstancias, considera que existe un riesgo real de que sufra tratos contrarios al artículo 3 del CEDH.

Y el **Caso Khodzhayev contra Rusia, de 12 de mayo de 2010**, en el que el TEDH examina en primer lugar el clima político general en Tayikistán y, tras analizar información de muchas fuentes objetivas, como el Comité de la ONU contra la Tortura, Amnistía Internacional, Human Rights Watch y el Departamento de Estado de los Estados Unidos, concluye que la situación general en materia de Derechos Humanos en Tayikistán es una fuente de grave preocupación, y que, teniendo en cuenta las especiales circunstancias de las causas de la solicitud de extradición (pertenencia a una determinada confesión religiosa, considerada ilegal en el Estado de Tayikistán, el Tribunal considera que existen razones fundadas para creer que el recurrente podría sufrir malos tratos si es extraditado.

Con relación al segundo de los aspectos, el caso **Kolesnik contra Rusia, de 17 de junio de 2010**, en el que la Corte considera que la deportación a Turkmenistán constituye violación, entre otros, del artículo 3, en el que, el 27 de junio de 2008, se aplica la suspensión prevista en el artículo 39 del Reglamento de la Corte, ordenándose la no extradición hasta la decisión de la Corte.

b) *Interrogatorio policial constitutivo de malos tratos ante una supuesta situación de necesidad y uso en el proceso de pruebas ilícitamente obtenidas (artículos 3 y 6 CEDH)*

El caso **Gafgen contra Alemania, de 1 de junio de 2010**, analiza una delicada situación fruto de las consecuencias de una investigación policial con malos tratos prohibidos por el

Convenio. El recurrente sedujo y mató a un niño de once años con cuya hermana mantenía una relación, enterrando el cadáver, e intentó enmascarar estos hechos con una apariencia de secuestro, pidiendo un elevado rescate a sus familiares, banqueros de profesión. Tras ser descubierto por la policía y con el fin de salvar la vida del niño, el director adjunto de la policía de Frankfurt pidió a los agentes —los cuales inicialmente se resistieron— que amenazaran al detenido con infligirle fuertes sufrimientos, si no confesaba dónde se encontraba el pequeño, mediante la ayuda de una persona especialmente entrenada en malos tratos. Un posterior informe médico reveló la presencia de hematomas, lesiones cutáneas en tórax, brazos y pies. La existencia de los malos tratos fue reconocida por las autoridades judiciales alemanas.

El TEDH estima violado el artículo 3 CEDH y recuerda que los malos tratos no se pueden justificar por una situación de necesidad como es salvar la vida de un niño, pese a su gravedad; el Convenio prohíbe la tortura en todo tipo de situaciones, pues se trata de un derecho absoluto. Y recuerda que es una obligación positiva de los Estados investigar los malos tratos policiales. El Tribunal trae a colación el Convenio de Naciones Unidas contra la tortura.

Por otro lado, se plantea el uso en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas, y concluye que su utilización no privó al recurrente del conjunto de derechos y garantías que integran el derecho a un proceso equitativo. Se reconoce que el sistema del Convenio no reglamenta la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas en tales situaciones, cuestión cuya ordenación corresponde al Derecho interno, y que debe ponderarse teniendo en cuenta las concretas circunstancias de cada caso. Y se concluye que la no exclusión de las pruebas obtenidas en este asunto tras una confesión basada en malos tratos viola el artículo 3 CEDH, pero no las garantías del artículo 6, ya que no fue decisiva en el veredicto de culpabilidad.

Ambos pronunciamientos de una Gran Sala fueron por mayoría de 11 votos frente a 6.

Un Voto Particular disidente estima violado el artículo 6 y razona que no puede considerarse que esos medios ilícitos de prueba no tuvieron consecuencia en el proceso. Se afirma que junto al interés de la familia y del público en la sanción del delito, concurre otro interés público en la protección del Estado de Derecho. Es cierto que los agentes de policía afrontaron una situación difícil con una fuerte carga emocional, pero es ahí donde «los valores absolutos deben actuar sin concesión alguna».

Otro Voto Particular (del Magistrado andorrano Casadevall al que se suma entre otros el Magistrado español Luis López Guerra), sin embargo, asevera que tanto el tribunal regional alemán como el Tribunal Constitucional federal reconocieron los malos tratos y recuerdan que ya hubo una investigación policial que culminó con una condena de los agentes que no puede ahora minusvalorarse, al constatar la satisfacción de las obligaciones positivas del Estado, razonado que las sanciones impuestas fueron pequeñas o simbólicas, puesto que esta cuestión del quantum de las penas no debería ser valorada por el TEDH, argumentando que se protegen derechos reales y efectivos y no ilusorios.

B) Principio de legalidad. Sometimiento a las normas internacionales por crímenes de guerra, a pesar de que la normativa nacional no hiciera referencia a ellos en el momento en el que se produjeron (artículo 7 CEDH)

En el asunto **Kononov contra Letonia, de 17 de mayo de 2010**, se analiza el proceso seguido contra un nacional letón, que había formado parte del Ejército Rojo soviético, y

había sido acusado de haber cometido crímenes de guerra. El demandante alegaba que se había producido una lesión del artículo 7 CEDH, en tanto que, en el momento en que se produjeron los hechos, no era consciente de que las personas muertas eran civiles ni de que sus actos fueran a suponer, años más tarde, un crimen de guerra.

El TEDH recordando su jurisprudencia anterior mantiene que en el momento en el que se produjeron los hechos existía una base legal suficientemente clara para sancionar los crímenes que se habían producido. Incluso en el supuesto de que el demandante no identificara a los aldeanos como meros civiles, se deberían haber tomado ciertas medidas para que tuvieran un proceso justo y no fueran asesinados como lo fueron. Y aunque el Código penal letón de 1926 no contenía ninguna referencia a la normativa internacional, desde 1944 las normas internacionales relativas a los crímenes de guerra eran suficientes, por sí mismas, para crear y exigir una responsabilidad penal individual por los actos cometidos.

A) Vida privada y familiar (artículos 8 y 14)

a) *Vida familiar y matrimonio homosexual*

Schalk y Kopf contra Austria, de 24 de junio de 2010, es, probablemente, la sentencia más importante del trimestre. Los recurrentes, una pareja de homosexuales, consideran que la legislación austríaca vulnera el artículo 12 del Convenio, en cuanto que no autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo, y el artículo 8 en relación con el 14 en cuanto no abre ninguna otra posibilidad legal de reconocer una pareja formada por personas del mismo sexo.

Con relación al primero de los temas, que la Corte reconoce nunca se había planteado antes, comienza por afirmar que el sujeto del artículo 12 es «el hombre y la mujer» y aunque no puede ser interpretado en el sentido de excluir el matrimonio entre dos hombres y dos mujeres, sin embargo las palabras elegidas deben considerarse deliberadas en el contexto de los años 50, en los que el matrimonio era claramente entendido en el sentido tradicional de unión entre personas de distinto sexo. Añade que, aunque la situación ha cambiado, todavía no hay en Europa un consenso con relación al matrimonio entre personas del mismo sexo, de hecho sólo existe en 6 de los 47 Estados. Señala a continuación que el precedente de *Christine Goodwin* hay que entenderlo como un matrimonio entre personas de distinto género, si con esa palabra entendemos no sólo criterios biológicos, sino otros factores, incluida la transexualidad. A continuación se plantea el efecto del artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y su comentario, de forma que debe ser entendido en el sentido de «no obstaculizar el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero no como una obligación para que las leyes nacionales lo faciliten», por lo que, en definitiva, concluye, por unanimidad, que no hay vulneración del derecho al matrimonio.

El segundo de los temas es mucho más complicado y disputado. Los recurrentes alegan que son discriminados por razón de orientación sexual en cuanto no tenían ninguna posibilidad de ver legalmente reconocida su relación antes de que entrara en vigor la Ley de Parejas Registradas, que los recurrentes también consideran discriminatoria con relación al matrimonio. La Corte empieza por reconocer que las relaciones entre parejas del mismo sexo constituyen «vida privada» pero se plantea si también son «vida familiar» y afirma que su *case law* no lo ha declarado nunca, incluso cuando hay una relación estable

y de cohabitación. Sin embargo, considera que a la vista de la evolución legislativa en los Estados es artificial seguir manteniendo que las parejas del mismo sexo no pueden tener vida familiar, por lo que expresamente afirma que las relaciones homosexuales de pareja constituyen «vida familiar».

A partir de este punto la Corte se plantea si Austria debería haber dotado a los recurrentes de una vía legal alternativa al matrimonio para el reconocimiento de su relación con fecha anterior a la que lo hizo (1 de enero de 2010) y para contestar a esa pregunta reconoce que hay un emergente consenso en Europa al respecto que se ha desarrollado rápidamente, pero que todavía no hay una mayoría de países que lo hagan, y, en consecuencia, los Estados tienen un margen de apreciación en el calendario de introducción de los cambios legislativos, y a Austria, a pesar de no ser la vanguardia, no se le puede reprochar el no haberlo hecho antes, por lo que, por una estrecha mayoría de 4 votos frente a 3, considera que no hay violación del artículo 14 en relación con el 8.

La sentencia contiene un voto particular conjunto de los tres jueces disidentes, en el que tras reconocer que la Corte ha dado un paso importante al afirmar que este tipo de parejas tiene «vida familiar», pero afirman que al reconocer que existe una «diferencia basada exclusivamente en la orientación sexual» debería haber declarado la violación del artículo 14 en relación con el 8 al margen de que exista o no un sustrato común en el derecho de los Estados, al no haber aportado el Estado recurrido una sola razón a favor del mantenimiento de la diferencia. El argumento es sólido, y no sería en absoluto de extrañar que en este aspecto la Sentencia ahora comentada fuera revocada por una decisión de la Gran Cámara.

b) *La prohibición legal de algunas técnicas de reproducción asistida no puede generar discriminaciones entre ciudadanos. Un control de convencionalidad de la ley*

En **S.H. contra Austria, de 1 de abril de 2010**, la Corte se enfrenta a un supuesto de aplicación de la prohibición legal vigente en Austria, avalada por la decisión del Tribunal Constitucional austríaco, de determinadas técnicas de reproducción asistida. En concreto, la ley prohíbe la fecundación in vitro cuando ésta requiere la previa donación de óvulos o de esperma por parte de terceras personas ajenas a la pareja que desea procrear. Este caso resulta particularmente interesante porque en el fondo plantea un problema de control de *convencionalidad de la ley interna*. Por ello no resulta extraño que el Gobierno alemán interviniera (véanse párrafos 52 a 55) en el proceso defendiendo la posición del gobierno austríaco al estar en vigor en Alemania una ley idéntica en este punto (parecidas regulaciones aparecen en otros países europeos como Italia, Turquía o Lituania que prohíben la donación de esperma o Croacia, Alemania, Italia, Turquía, Lituania, Noruega y Suiza que prohíben la donación de óvulos). Será interesante observar cuál es la reacción del legislador de estos países ante esta decisión.

El TEDH considera que no hay un consenso general común en Europa respecto a la regulación de las técnicas de reproducción asistida por lo que cada Estado es libre de establecer una regulación sobre la cuestión según las posiciones éticas mayoritarias en la sociedad. De este modo, se reconoce un amplísimo margen de apreciación; ahora bien, una vez se ha adoptado la decisión de legislar sobre la materia, la legislación, aun teniendo tan amplio margen de maniobra, ha de respetar los derechos del convenio y en concreto el derecho de no discriminación.

En el caso objeto de enjuiciamiento el TEDH considera evidente la interferencia en el derecho a la vida privada familiar y el tratamiento legal diferenciado de la procreación a través de técnicas *in vitro* con donación previa de terceras personas (sean óvulos, sea espermia) que no se encuentra suficientemente justificado.

En el caso de la prohibición de que óvulos de una tercera persona sean fecundados por espermia de la pareja e implantados en el útero de la futura madre, el gobierno austríaco justificaba la prohibición en un doble orden de motivos. Por una parte, los riesgos de autorizar este tipo de actuaciones derivados de la posible explotación de mujeres obligadas por motivos económicos a traficar con sus óvulos, la posible creación de redes de tráfico de óvulos y, por último, los riesgos físicos derivados de la operación de extracción. El TEDH considera estos motivos insuficientes en cuanto la legislación austríaca prohíbe la remuneración por la donación de óvulos y porque la extracción de óvulos sí está permitida (con independencia del riesgo físico para la madre) en los casos de fecundación *in vitro* con óvulos y espermia de la propia pareja. Una prohibición total resultaría en estos casos, sostiene el Tribunal (por una mayoría de 5 a 2), desproporcionada existiendo otros medios posibles para hacer frente a los riesgos apuntados por el Estado.

Por otra parte, la justificación de la prohibición en que la utilización de óvulos ajenos a la pareja puede crear problemas en el establecimiento de las relaciones materno-filiales (argumento particularmente utilizado por el gobierno alemán y por el voto particular suscrito por la juez austríaca) es también rechazado por el Tribunal al considerar que tal cosa no es justificable en cuanto tales relaciones no tienen por qué estar basadas únicamente en la genética como, por otra parte, demuestra la aceptación de la adopción en toda Europa.

En el caso de la prohibición de fertilización de un óvulo materno por espermia de una tercera persona, el Tribunal destaca que los argumentos justificadores han de ser especialmente persuasivos en cuanto esta forma de fertilización combina dos técnicas (la extracción del óvulo materno y su fecundación fuera de él por espermia de la pareja; y la utilización de espermia ajeno para una inseminación —que no supone extracción del óvulo, sino fecundación dentro del útero materno mediante la inserción del espermia—) que están autorizadas por separado. Al respecto el gobierno austríaco no opone argumentos específicos claros excepto que prohibir inseminaciones con espermia ajeno sería imposible de controlar en la práctica. Este argumento es rechazado de plano por el Tribunal en la medida en que razones de eficacia no pueden predominar sobre el legítimo deseo de tener hijos de la pareja si bien recibe el voto particular del juez Lebens (cuya legislación nacional, la noruega, prohíbe este tipo de donaciones).

c) Derecho a la adopción de las personas solteras y vida privada y familiar (artículo 8 en relación con el artículo 14 CEDH)

El Caso Schwizgebel contra Suiza, de 10 de junio de 2010, revisa el derecho a la adopción de niños por parte de personas solteras. La recurrente, mujer, soltera y de 47 años de edad, ya había adoptado un primer niño e intentaba hacer lo mismo por segunda vez. Las autoridades domésticas le denegaron la autorización aduciendo su edad y las cargas familiares que entrañan dos adopciones para una persona soltera.

El TEDH vuelve a hacer —método cada vez más frecuente en Estrasburgo—, un análisis de Derecho comparado de la regulación de esta cuestión en los Estados miembros del Consejo de Europa y concluye, una vez más, mostrando la diversidad de las ordenaciones internas. Hay Estados que no poseen limitaciones al derecho de adopción por parte de personas solteras (España, Reino Unido, Francia, Suecia...). Hay otros Estados que establecen ciertas condiciones en aras a la tutela del interés superior del menor (Alemania...) Existen asimismo Estados que introducen algunas restricciones. Entre las diversas regulaciones, ciertos países distinguen entre adopción simple y plena, y permiten en la primera situación el mantenimiento de lazos del adoptado con su familia de origen; hay ordenamientos que imponen una edad mínima (18 a 30 años) al adoptante o bien una edad máxima (35 a 60), etc. La ausencia de un denominador común de las regulaciones, de un consenso normativo europeo, lleva al TEDH a reconocer un amplio margen de apreciación nacional en la materia.

Sentada esta doctrina, el TEDH trae a colación que existió un procedimiento judicial contradictorio, en el que recayeron decisiones judiciales motivadas e inspiradas en el interés superior del menor, y se niega a revisar los hechos por supuestamente lesivos del Convenio.

d) Vida familiar entre hermanos de padres divorciados (artículo 8)

Mustafa y Armagan Akin contra Turquía, de 6 de abril de 2010, analiza un caso de custodia compartida por parte de padres divorciados, donde los Tribunales nacionales habían tomado la decisión de separar a los dos hijos del matrimonio, denegando la solicitud del marido de tener los hijos juntos un fin de semana y su ex esposa el siguiente. El TEDH considera que no existe justificación alguna para esa decisión y concluye que la forma en la que los Tribunales nacionales habían llevado el caso no se ajustaba a la obligación positiva que incumbe al Estado de proteger la vida familiar.

e) Violación procedimental al no respetarse los derechos de la familia de custodia en un proceso de adopción (artículo 8)

En el **asunto Moretti y Benedetti contra Italia, de 27 de abril de 2010**, se estudia el caso de una pareja italiana, a los que se les había entregado provisionalmente una menor nada más nacer, permaneciendo con ellos casi año y medio, período durante el cual los citados demandantes solicitaron la adopción de la menor. La solicitud fue rechazada porque en ese intervalo de tiempo se había procedido a buscar otra pareja, a la que finalmente se le entregó la menor. El TEDH reitera que el concepto de «vida familiar» abarca «vínculos familiares de hecho», y si bien recuerda que el artículo 8 CEDH no garantiza el derecho a adoptar, concluye que en el presente caso se derivaba un compromiso para el Estado de proteger el vínculo o los lazos familiares que se habían formado. Así, las autoridades nacionales deberían haber examinado con cierta prioridad y premura su solicitud de adopción.

f) Vida privada e identificación de la etnia en documento nacional de identidad (artículo 8)

En el asunto **Ciubotaru contra Moldavia, de 27 de abril de 2010**, se declara la violación del artículo 8 CEDH por el no reconocimiento en el documento nacional de identidad

de la etnia de un ciudadano rumano. En este caso, el demandante, escritor y profesor de francés, de padres rumanos, solicitó reemplazar su tarjeta de identidad soviética en la que se le identificaba con la etnia moldava, por una tarjeta de identidad moldava, pero en la que se reconociera su origen y etnia rumanos. Dicha solicitud fue rechazada por el registro civil sobre la base de que en los documentos oficiales de sus padres no constaba ninguna referencia a tal origen rumano y, por lo tanto, él no podía reclamarlo.

El TEDH, además de reconocer que la identidad étnica forma parte del concepto de vida privada garantizado por el artículo 8 CEDH (tal y como ya sostuvo en el asunto *S. y Marper contra Reino Unido*, de 4 de diciembre de 2008), señala que existe toda una serie de obligaciones positivas por parte del Estado para garantizar todas aquellas medidas, e incluso procedimientos, tendentes a garantizar la vida privada de sus ciudadanos. Y esta obligación cobra mayor sentido en un caso como el debatido, en la República de Moldavia, donde la identidad étnica ha sido una de las cuestiones que mayor tensión social ha provocado en el país.

Así las cosas, el TEDH señala que se había producido una injerencia en la vida privada del demandante, pero considera la medida como prevista legalmente, y reconoce el hecho de que las autoridades nacionales, dentro de su margen de apreciación, pueden rechazar reclamaciones relativas al registro de una etnia basadas en motivos puramente subjetivos y sin fundamento. Pero, en el presente caso, el TEDH considera que el demandante tuvo que enfrentarse a un requisito legal que le hacía imposible demostrar objetivamente su origen étnico: la normativa nacional moldava imposibilitaba a cualquier solicitante cambiar su etnia si las autoridades soviéticas habían registrado a sus padres con una identidad étnica distinta. Observa, además, que la pretensión no era meramente subjetiva, puesto que aportaba datos objetivamente verificables y concluye que las autoridades nacionales no cumplieron con su obligación positiva de asegurar al demandante el respeto efectivo de su vida privada, violándose así el derecho a la vida privada garantizado por el artículo 8 CEDH.

g) Protección del domicilio frente a ruidos (artículo 8)

En el asunto **Oluic contra Croacia, de 20 de mayo de 2010**, el TEDH reitera la jurisprudencia establecida en el asunto *Moreno Gómez c. España*, de 16 de noviembre de 2004 (*Justicia Administrativa*, núm. 27), y condena a Croacia por no haber cumplido con las obligaciones positivas que le impone el artículo 8 CEDH a fin de garantizar el disfrute del domicilio sin interferencias externas. En el caso concreto, la recurrente había sufrido durante ocho años los ruidos producidos durante la noche por el bar que se encontraba al lado de su casa. A pesar de que esos ruidos excedían de los límites recomendados por la OMS y la mayoría de los Estados europeos, la falta de diligencia de las autoridades nacionales y la lentitud del proceso que permitió la clausura del bar, llevaron al TEDH a condenar a Croacia.

D) Libertad religiosa (artículo 9)

a) No valoración escolar de la clase de ética (artículos 9 y 14)

En el caso **Grzelak contra Polonia, de 15 de junio de 2010**, los recurrentes son los padres agnósticos del único niño de una escuela polaca que opta por ética en lugar de religión. No se le ofrece una clase alternativa de ética y permanece en el pasillo, en la biblioteca o en el

club escolar sin ninguna supervisión mientras los demás niños están en clase de religión, situada entre dos asignaturas obligatorias. No recibe ninguna calificación escolar en la asignatura de religión/ética.

La Corte considera que la ausencia de una calificación escolar de la clase de ética entra en el ámbito negativo de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, en cuanto entendido como consecuencia de la falta de adscripción religiosa, por lo que le es aplicable el artículo 14 en relación con el 9. Señala a continuación que los padres del recurrente han pedido sistemáticamente la organización de una clase de ética para su hijo entre 1998 y 2009, lo que no se ha hecho por el insuficiente número de alumnos que la reclamaban, de acuerdo a la normativa interna (menos de 7) y en consecuencia no era calificado.

Señala que las creencias religiosas no es una información que pueda ser usada para distinguir entre ciudadanos en sus relaciones con el Estado. La Corte constitucional polaca consideró que, dado que cualquier alumno podía elegir entre religión o ética y que la nota era sobre la asignatura «religión o ética» no daba información sobre las creencias religiosas de los alumnos, sin embargo el TEDH señala que este razonamiento quiebra cuando no se pueden organizar clases de ética —por el reducido número de alumnos que lo solicitan— y no se califica a los alumnos que hubieran optado por ella. Afirma, además, que la situación se ha complicado a partir del 1 de septiembre de 2007 que ha convertido esa asignatura en el cálculo de la nota media de la enseñanza. Por todo ello la Corte considera que la ausencia de nota en esa asignatura no es neutral, e implica una diferencia de trato entre alumnos creyentes y no creyentes no objetiva ni razonable y desproporcionada, por lo que considera, por unanimidad, vulnerado el artículo 9 en relación con el 14.

Sin embargo, afirma que no se ha vulnerado el artículo 2 del Protocolo 1 por la no organización de las clases de ética, afirmando, con base al caso Folgero y otros contra Noruega, de 29 de junio de 2007, que el sistema organizado por las autoridades polacas entra dentro del marco de apreciación nacional. En este último aspecto se formula un voto parcialmente disidente.

b) Disolución de asociaciones religiosas (testigos de Jehová) y posterior negativa a su reinscripción (artículos 9 y 11 CEDH)

Es relevante de la grave situación de los derechos fundamentales en Rusia, el **Caso de los Testigos de Jehová de Moscú, de 10 de junio de 2010**. Esta asociación religiosa está presente en ese país desde 1981, fue prohibida y perseguida en el 1917, y autorizada e inscrita en el conveniente registro por el Ministerio de Justicia tras la ley de libertad de conciencia y de organizaciones religiosas de 1990. A partir de 1995, un llamado «Comité de Salvación» para la juventud frente a cultos totalitarios, organización dependiente o alineada con la Iglesia Ortodoxa, presentó varios recursos sucesivos (hasta cinco) frente a la inscripción de dicha asociación religiosa recurrente hasta conseguir su disolución y prohibición de sus actividades, lo que conducía a la imposibilidad de prácticas de culto externo por sus miembros. Se aducía en el recurso: que los Testigos destruían las relaciones familiares al pedir a sus fieles altas cantidades y coaccionarles; que les generaban trastornos de personalidad por imponerles numerosas obligaciones sobre sus condiciones de trabajo y horarios; que practicaban un intenso proselitismo y un verdadero control mental; que les exigían negarse a recibir transfusiones de sangre poniendo en riesgo su salud, etc.

El TEDH considera lesionados los derechos reconocidos en los artículos 9 y 11 CEDH al estimar que ambas medidas controvertidas no eran medidas necesarias en una sociedad democrática y resultaban interferencias desproporcionadas en ambos derechos; asimismo, se reconoce la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

E) Libertad de expresión (artículo 10)

a) *En ejercicio de cargo público representativo*

En el caso **Kurlowicz contra Polonia, de 22 de junio de 2010**, el recurrente es presidente de un Consejo local. En el contexto de una discusión en una de sus sesiones se pronuncia en contra de que se otorgue a una escuela un permiso para continuar funcionando, haciendo referencia a una serie de irregularidades en su gestión. El director de la escuela lo denuncia por difamación. Es condenado a pagar una multa y a disculparse públicamente en una sesión del Consejo. Considera vulnerado el artículo 10.

La Corte considera que las alegaciones sobre las irregularidades financieras y de organización realizadas en una sesión del Consejo local eran parte de un debate político público, y que forman parte del papel de un representante local realizar preguntas acerca del destino de los gastos públicos, y que una persona que dirige una institución financiada con fondos públicos tiene que estar preparada para aceptar las críticas, en particular, en un debate público en el que lo que se está discutiendo es los fondos de esa institución. Por ello considera que los tribunales nacionales no realizaron una adecuada valoración de los intereses en juego y no distinguieron entre hechos y juicios de valores, por lo que en definitiva las autoridades nacionales no realizaron un balance equitativo entre la protección de la reputación del director de la escuela y el derecho del representante electo a la libertad de expresión en el ejercicio de su cargo, por lo que se ha producido vulneración del artículo 10.

b) *Una carta solicitando la iniciación de un procedimiento penal contra un juez por prevaricación dirigida a las autoridades competentes sin publicidad está tutelada por la libertad de expresión (artículo 10)*

En **Benmyany contra Rusia, de 8 de abril de 2010**, el recurrente es un empresario que tras una larga serie de procedimientos en los que finalmente se prueba su inocencia y la falsedad de una documentación relativa a su empresa escribe una carta a diversas autoridades del poder judicial y de la fiscalía narrando la actuación del primer juez que se ocupó de su causa y solicitando que fuera acusado de prevaricación por tal actuación. El citado juez acusó de libelo al recurrente que fue finalmente condenado por tal carta. El TEDH al enfrentarse a la cuestión deja claro que se trata de un supuesto de libertad de expresión en el que el recurrente actúa como un sujeto privado y no como periodista. Además se trata de una carta cuyo contenido nunca trasciende a la prensa, ni al conocimiento público general. El tribunal reconoce que las autoridades judiciales han de ser protegidas frente a acusaciones sin fundamento que puedan disminuir la autoridad del poder judicial ante los ciudadanos. Pero, ello no impide que un sujeto privado no pueda denunciar lo que considera un anormal funcionamiento de la justicia. El recurrente simplemente, sin usar un lenguaje «ni abusivo, ni ofensivo», puso en conocimiento de las autoridades judiciales y de la fiscalía un com-

portamiento que, a su juicio, merecía una persecución penal. Y tal comportamiento ha de considerarse un correcto ejercicio de la libertad de expresión para emitir quejas sobre el funcionamiento de los poderes públicos. Por otra parte, la sanción impuesta (800 euros) era, para el TEDH, desproporcionada.

- c) *La prohibición de entrar en el país por las opiniones expresadas en público vulnera el artículo 10 CEDH, incluso si es impuesta a un nacional*

En el asunto **COX contra Turquía, de 20 de mayo de 2010**, el TEDH analiza la adecuación a la libertad de expresión de la decisión de las autoridades turcas de prohibir la entrada al país de forma definitiva a una profesora universitaria turca, que había puesto en entredicho la actuación de las autoridades de su país en relación con el pueblo kurdo y armenio y se había manifestado en contra de la película «La última tentación de Cristo». Aplicando su jurisprudencia habitual al respecto, el TEDH consideró que la medida, a pesar de estar prevista por ley y perseguir un objetivo legítimo (preservar la seguridad nacional), no era proporcionada, dado el carácter definitivo de la decisión de expulsión y que las autoridades turcas no habían dado ninguna explicación plausible para justificarla. Sin embargo, lo más llamativo del asunto es que el TEDH se pronuncia realmente sobre la decisión de Turquía de expulsar y prohibir la entrada en el país a un nacional a pesar de que Turquía todavía no ha ratificado el Protocolo núm. 4, cuyo artículo 3 reconoce ese derecho.

F) Derecho de reunión y asociación (artículo 11)

- a) *Un estándar muy exigente para la disolución de una manifestación*

En el asunto **Asici y otros contra Turquía, de 15 de junio de 2010**, los recurrentes son miembros de una coordinadora de estudiantes que participaron en una manifestación frente a la embajada americana en Estambul para protestar por la llegada a Turquía de representantes del Fondo Monetario Internacional. La policía les avisa del carácter ilegal de la manifestación que es disuelta por la fuerza, tras arrojar los manifestantes huevos y pintura a la policía. Son arrestados y puestos en libertad el mismo día. El asunto es analizado exclusivamente desde el punto de vista del artículo 11 y la Corte se limita a señalar que, en contra de la alegación del gobierno, el tribunal ante el que habían comparecido los manifestantes no había mencionado riesgo alguno de la seguridad o perturbación del orden público por la celebración de la manifestación, y que la intervención de las fuerzas del orden y la apertura de un proceso penal constituyen medidas desproporcionadas, por lo que existe vulneración del artículo 11,

- b) *No obligación de contribuir económicamente a una asociación a la que no se pertenece*

En el asunto **Vörður Ólafsson contra Islandia, de 27 de abril de 2010**, se condena a las autoridades islandesas por la lesión del artículo 11 CEDH al no haber logrado un equilibrio entre el derecho del demandante a no afiliarse a una asociación, y el interés general en promover y desarrollar la industria islandesa. El TEDH consideró que la obligación de contribuir económicamente a la Federación Islandesa de Industrias, asociación privada, a pesar de no pertenecer a ella, interfería en el derecho de asociación del demandante y, concretamente, con su derecho a no asociarse, máxime cuando dicha participación económica, al no estar

asociado, no le reportaba las ventajas de los socios. Y aunque dicho pago estaba prescrito legalmente y perseguía una finalidad legítima, el TEDH concluye que las obligaciones por contrapartida de la citada Federación eran demasiado amplias y ambiguas, y que no existían suficientes medidas nacionales que garantizaran que no existía una diferencia de trato entre los miembros de la Federación y los que no lo eran, pero que contribuían económicamente.

G) Derecho a elecciones libres (artículo 3, Protocolo núm. 1)

a) Inelegibilidad por doble nacionalidad

En el caso **Tanase contra Moldavia, de 27 de abril de 2010**, el demandante alegó que la normativa electoral moldava había interferido en su derecho a presentarse como candidato en elecciones libres al exigirse la tenencia de una única nacionalidad, la moldava. El TEDH considera que el argumento de que la medida era necesaria para proteger las leyes de Moldavia, las instituciones y la seguridad nacional no eran nada convincentes, puesto que las autoridades moldavas no habían proporcionado una explicación razonable de por qué habían surgido dichas preocupaciones sobre la lealtad de los ciudadanos con doble nacionalidad.

b) Inhabilitación por discapacidad mental

En el asunto **Alajos Kiss contra Hungría, de 20 de mayo de 2010**, el TEDH analiza si la Constitución húngara, que prevé la retirada automática del derecho de sufragio a aquellos que se encuentran bajo tutela, sin ningún tipo de valoración individual de la medida, puede considerarse contraria al artículo 3 del Protocolo adicional, que reconoce el derecho a unas elecciones libres. La cuestión se planteaba porque el demandante, diagnosticado como maníaco-depresivo, era objeto de una medida de tutela parcial y, como consecuencia de ésta, había sido privado de su derecho de sufragio, aunque podía desarrollar una vida normal.

El TEDH valoraba lo previsto en la Constitución húngara a la luz de la jurisprudencia en virtud de la cual el artículo 3 del Protocolo adicional reconoce el derecho de sufragio, como fundamento de todo Estado democrático, autorizando únicamente las limitaciones al ejercicio de ese derecho que sean reconocidas por ley, persigan un objetivo legítimo y sean proporcionadas. En este sentido, el TEDH señalaba que la medida parecía perseguir un objetivo legítimo, ya que pretendía garantizar que aquellos que participaran en la vida pública contaran con capacidad de juicio suficiente. Sin embargo, el TEDH considera que no es una medida proporcional en la medida que se aplica de forma automática a todos los sometidos a tutela, independientemente de su capacidad real.

c) Inhabilitación por condena penal

Con carácter general puede destacarse la reiteración de las condenas a Rusia por la represión en Chechenia (otras 7 sentencias). Igualmente, en **Frodl contra Austria, de 8 de abril de 2010**, se reitera la doctrina sentada en **Hirst contra Reino Unido (núm. 2)**, de 6 de octubre de 2005, respecto a la inhabilitación de condenados penales para el ejercicio del derecho de sufragio activo, sometiénolo a restricciones importantes vinculadas a la duración de la condena, la conexión de los hechos con los derechos de participación y la intervención judicial en la imposición y seguimiento de la sanción. Finalmente, hay un nuevo caso (**Trabelsi con-**

tra Italia, de 13 de abril de 2010) de expulsión de un extranjero a un país sin las suficientes garantías de trato digno en sus cárceles pese a estar pendientes y en vigor medidas provisionales acordadas por el TEDH dejando sin protección real, de esta forma, al recurrente.

d) Incluye el derecho a participar libremente en ellas y a que su caso sea suficientemente revisado por instancias independientes sin oponer excesivas barreras formales

En **Namat Aliyev contra Azarbaiyán, de 8 de abril de 2010**, el recurrente alega la violación de su derecho a participar en condiciones de igualdad en unas elecciones libres. El recurrente, candidato en las elecciones, denunció primero ante la Comisión electoral y después en dos instancias judiciales la comisión de graves irregularidades durante el proceso electoral. En el caso de la Comisión electoral su recurso fue rechazado tras consultar a los funcionarios electorales, que negaron la comisión de ninguna irregularidad, y sin realizar más pruebas. En los sucesivos recursos judiciales, el recurrente vio rechazada su pretensión por cuestiones meramente formales (falta de un documento original presentado en fotocopia pues el original había sido entregado a las autoridades administrativas). El TEDH recuerda que existiendo recursos administrativos y judiciales para impugnar procesos electorales sólo le corresponde examinar si en tales recursos la respuesta no fue irrazonada.

El gobierno defiende que la diferencia de votos entre el candidato electo y el recurrente era tan alta que a pesar de las irregularidades era imposible que éste tuviera alguna oportunidad real de cambiar el sentido del recuento electoral. El TEDH discrepa de esta objeción por considerar que el artículo 3 del Protocolo 1 no protege el derecho a *ganar* las elecciones, sino el derecho a *participar* en ellas sin discriminación. Por ello primero debería haberse examinado si este derecho fue respetado, teniendo en cuenta las irregularidades denunciadas. En primer lugar, la respuesta de la Comisión fue claramente irrazonada en la medida en que no realizó una investigación seria de los hechos denunciados por el recurrente. Se limitó a preguntar a las mismas personas que serían las causantes de tales irregularidades quienes, como era de esperar, simplemente las negaron. Respecto a los dos recursos judiciales rechazados por razones formales, el TEDH recuerda que el Código de Buenas Prácticas electorales de la Comisión Venisse exige que en la revisión de procesos electorales los tribunales exijan las mínimas formalidades posibles. Al apreciar falta de motivación, por una parte, y exceso de formalismo, por la otra, el TEDH considera violado el artículo 3 del Protocolo 1 del CEDH:

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Derecho a la igualdad (artículo 14 CE)

a) La igualdad de los hijos adoptivos como límite a la interpretación de las disposiciones testamentarias

En la **STC 9/2010, de 27 de abril**, la Sala Primera del Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo contra una Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con un testamento otorgado en 1927. Las recurrentes son dos hijas adoptivas que pretenden representar a su padre en la sustitución de la herencia

de su abuelo, fallecido en 1945. En el testamento del abuelo se llamaba a la herencia a D. José Antonio, hijo del testador y tío de las recurrentes. En el mismo testamento se establecía que si el heredero moría sin hijos, le sustituirían en la herencia sus hermanos, «advirtiendo que si al tener efecto alguna de tales instituciones, hubiese fallecido el sustituto y dejado algún hijo legítimo que entonces o después llegue a la edad de testar, quiere que éstos sucedan en lugar de su padre premuerto». El heredero, D. José Antonio, muere sin hijos en 1997. En ese momento se plantea si las recurrentes pueden concurrir a la herencia en lugar de su padre, D. Ramón, que murió en 1995. El Tribunal Superior de Justicia interpreta de forma literal la referencia a los «hijos legítimos» en el testamento y considera que las hijas adoptivas deben quedar excluidas de la herencia, por lo que ésta debía pasar a D. Antonio, tío de las recurrentes.

El Tribunal Constitucional considera que la interpretación que hace la Sala de lo Civil de las condiciones testamentarias constituye un tratamiento discriminatorio contrario a los artículos 14 y 39.2 CE. El Tribunal constitucional se apoya en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2004, dictada en el asunto Pla y Puncernau c. Andorra. La Sentencia del Tribunal Constitucional cuenta con un voto particular del Magistrado Rodríguez-Zapata, en el que se defiende que la interpretación de los testamentos pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y que nuestro Derecho sucesorio otorga al testador un amplio ámbito de libertad de disposición *mortis causa* sobre sus propios bienes.

b) Igualdad en la ley: discriminación de los viudos separados o divorciados en relación con la pérdida de la pensión de viudedad por convivencia marital

En la **STC 22/2010, de 27 de abril**, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el apartado 3 del artículo 174 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio. El citado precepto establece una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de viudedad. La Ley dispone que los beneficiarios de una pensión de viudedad a la que hayan accedido desde una situación de separación o divorcio vean extinguido su derecho por vivir maritalmente con otra persona. Por el contrario, esta causa de extinción no existe en el caso de quienes convivían con el causante en el momento del fallecimiento.

El Tribunal Constitucional declara que esta diferencia normativa carece de justificación, porque «no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad». Hay que advertir que el precepto que se declara inconstitucional en esta Sentencia ya no está en vigor, al haber sido modificado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

B) Libertad de expresión (artículo 20 CE)

a) Libertad de expresión v. derecho a la propia imagen (artículos 18.1 y 20.1 CE). La publicación de fotografías manipuladas de un personaje público con propósito burlesco y sin interés informativo no está protegida por la libertad de expresión

La **STC 23/2010, de 27 de abril**, desestima la demanda de amparo interpuesta contra una Sentencia del TS que consideraba que la publicación de un reportaje que incluía un mon-

taje fotográfico del rostro de una mujer famosa con el cuerpo de otra mujer semidesnuda y bajo el título: «La doble de Ch. se desnuda» vulneraba el derecho a la propia imagen de Ch. El TC argumenta sobre el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la propia imagen y recuerda que la libertad de expresión tiene como propósito fomentar la opinión pública libre en una sociedad democrática. En este caso, el propósito de la publicación del reportaje era satírico y burlesco, lo cual también puede estar protegido por la libertad de expresión siempre que no afecte innecesariamente a derechos fundamentales. Así, afirma el Tribunal que «en los casos en los que la caricatura se elabora mediante la distorsión de la imagen fotográfica de una persona, resulta evidente que se viene a afectar al derecho a la propia imagen de la persona representada, si bien tal afección puede venir justificada por el legítimo ejercicio de la libertad de expresión [artículo 20.1.a) CE] o, incluso, de la libertad de creación artística [artículo 20.1.b) CE]».

Ahora bien, en casos como el presente, la ponderación debe hacerse teniendo en cuenta la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, que no es otra que la protección de la dignidad de la persona (artículo 10 CE). Y concluye el Tribunal que la finalidad del reportaje en cuestión no era proporcionar una información de interés público constitucionalmente defendible sino el escarnio y la burla «con un marcado sesgo sexista» y a partir del mero aspecto físico de la mujer retratada. En este supuesto no está justificada la publicación de la imagen distorsionada de una persona, lo que constituye vulneración de su derecho a la propia imagen (artículo 18.1 CE).

C) Tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)

- a) *Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de intangibilidad de la cosa juzgada, por una actuación administrativa que modifica sustancialmente los términos de ejecución de una Sentencia firme*

La **STC 20/2010, de 27 de abril**, entre otras cuestiones, analiza una resolución de la Comisión Interministerial de Retribuciones, confirmada por una sentencia, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en la vertiente del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales, pues, al regularizar la nómina del actor, modificó sustancialmente los términos de una primera Sentencia del Tribunal Supremo, que otorgaba al recurrente su derecho a estar encuadrado en el Grupo de clasificación D) desde su incorporación al cuerpo de conductores del Parque Móvil Ministerial, con las consecuencias económicas inherentes.

El Tribunal Constitucional recuerda que una de las proyecciones del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE, consiste en el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el ordenamiento, lo que significa tanto el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos como el respeto a su firmeza y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas (artículo 24.1 CE). Este derecho asegura a los que han sido parte en un proceso, que las resoluciones judiciales no pueden ser modificadas fuera de los cauces legales previstos; «comprende la ejecución de los fallos judiciales y, en consecuencia, su presupuesto lógico es el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes...», que opera incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad.

b) *Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia mediante una sentencia que da respuesta conjunta y global a todas las alegaciones*

La **STC 24/2010, de 27 de abril**, enjuicia si la sentencia impugnada ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) al haber incurrido en incongruencia. En efecto, la recurrente impugnaba una resolución judicial por incongruencia omisiva y *extra petitum*, al no haber dado una respuesta, entre otras cuestiones, a diversas vulneraciones de derechos fundamentales. El Tribunal reitera que este tipo de incongruencia se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, lo que implica una inadecuación entre la parte dispositiva y los términos en que las partes formularon sus pretensiones. Ahora bien, también se ha destacado que el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas, de forma que no existirá incongruencia cuando el juzgador se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso, como ocurre en materia de intereses legales o de costas procesales.

c) *Derecho a la tutela judicial efectiva, alcance del principio pro actione y acceso a la justicia, ante la falta de pronunciamiento sobre el fondo de un recurso contencioso-administrativo porque no se habían presentado alegaciones en la vía económico-administrativa*

En la **STC 25/2010, de 27 de abril**, el recurrente alega que había solicitado la anulación de una resolución de un Tribunal Económico-Administrativo Regional por la que se desestimaba la reclamación promovida contra un acuerdo de liquidación tributaria, fundando dicha pretensión en la concurrencia en los actos administrativos impugnados de diversas causas de invalidez, y que la Sentencia de la Sala no llegó a pronunciarse, porque el recurrente no presentó su escrito de alegaciones en la vía económico-administrativa dentro del plazo establecido al efecto.

El Tribunal Constitucional reitera, con cita de precedentes, que el control constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia del principio *pro actione*, de obligada observancia por los Jueces y Tribunales, que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida. No obstante, este principio no debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles, ya que esta exigencia llevaría al Tribunal Constitucional a entrar en cuestiones de legalidad procesal que corresponden a los Tribunales ordinarios. Lo que en realidad implica este principio es la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión —o de no pronunciamiento— que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión —o no pronunciamiento sobre el fondo— preservan y los intereses que sacrifican.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. SALA PRIMERA DE LO CIVIL

A) Derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE).

Las meras conjeturas sobre la filiación de una persona no constituyen vulneración de su derecho a la intimidad

La STS de 30 de junio de 2010 (Sala de lo Civil) estima el recurso de casación interpuesto por Gestevisión Telecinco S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que había condenado a esa entidad por vulneración del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar. Los hechos que dieron lugar a esta Sentencia fueron los siguientes: en los programas de televisión «Aquí hay tomate» y «TNT» se expusieron unas conjeturas sobre la paternidad de D. Aureliano, que había sido mantenida oculta por él mismo y por su madre, ya fallecida. El TS estima que, por tratarse de meras conjeturas y no de información sobre hechos, no constituían vulneración de los derechos al honor ni a la intimidad personal y familiar.

B) Derecho al honor y a la intimidad (artículo 18.1 CE)

a) La difusión de imágenes de un actor detenido como presunto autor de la muerte de su esposa y luego declarado no culpable para ilustrar la entrada en vigor de la Ley contra la violencia de género no vulnera el derecho al honor

La STS de 19 de mayo de 2010 (Sala de lo Civil) estima el recurso de casación interpuesto por Televisión Española contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que había condenado a esta entidad por vulneración del derecho al honor del actor D. Ceferino. Televisión Española había difundido imágenes del actor esposado cuando fue detenido como presunto autor de la muerte de su esposa acaecida años atrás y de la cual fue declarado judicialmente no culpable. La utilización de las imágenes fue muy posterior y para ilustrar la entrada en vigor de la Ley contra la violencia de género, en 2004, junto con otras varias imágenes. Aunque la Audiencia Provincial había considerado que esta difusión vulneraba el derecho al honor de D. Ceferino, el TS exculpa de tal vulneración a Televisión Española.

b) Derechos a la intimidad y a la propia imagen (artículo 18.1 CE). La publicación de fotografías tomadas con teleobjetivo de una pareja de famosos en una playa de difícil acceso constituye vulneración de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen

La STS de 24 de mayo de 2010 (Sala de lo Civil) contribuye a la definición de qué ha de entenderse por «lugar abierto al público» pues considera que las fotografías tomadas con teleobjetivo de una pareja de famosos, él desnudo y ella únicamente con la parte inferior del bikini, en una playa de Formentera, no nudista pero de difícil acceso, constituye vulneración de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen. La toma y difusión de las fotografías no fue consentida. En este punto, el TS corrige la apreciación de la Audiencia Provincial de Madrid y declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la empresa editora de la revista «Interviú».

- c) *Derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1 CE). La publicación de una fotografía del cadáver envuelto en una bolsa de plástico de una persona famosa fallecida en la calle no vulnera el derecho a la intimidad del hijo de ésta*

La **STS de 4 de junio de 2010** (Sala de lo Civil) estima el recurso de casación interpuesto por «Publicaciones Heres, S.L.» contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que había condenado a la mencionada entidad por vulneración del derecho al honor y a la intimidad de D. Camilo. Al margen de los hechos que merecieron la calificación de vulneración del derecho al honor, interesa destacar los que dieron lugar a la condena por violación del derecho a la intimidad. Se trata de la publicación de una fotografía del cadáver de la madre de D. Camilo, persona famosa en el mundo de la llamada «prensa rosa», que había fallecido en la calle. No se apreció en la Sentencia recurrida vulneración del derecho a la propia imagen, en cuanto que los rasgos de la finada no eran reconocibles, pero sí vulneración del derecho a la intimidad familiar de su hijo. Sin embargo, el TS considera que el fallecimiento de Doña María del Pilar (madre de D. Camilo) era un hecho de interés público, por cuanto esta señora era famosa y habitual en los medios de la prensa rosa. Por esta razón, no aprecia vulneración del derecho a la intimidad familiar de su hijo.

- d) *Libertad de información v. derecho al honor (artículos 18.1 y 20.1 CE). No hay veracidad si se omite la información sobre la exculpación judicial del sujeto. Pautas a tener en cuenta en casos de información sobre procesos judiciales*

La **STS de 8 de junio de 2010** (Sala de lo Civil) estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por «Ediciones Zeta, S.A.» contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia que había considerado vulnerado el derecho al honor de D. Calixto, Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia e imputado en un proceso judicial por diversas actuaciones relacionadas con «la trama del agua» en Murcia. El TS estima también que se habían traspasado los límites de la libertad de expresión e información por parte de Ediciones Zeta en el reportaje de la Revista «Interviú» que dio origen a este recurso, pero con menor intensidad que la apreciada en la instancia y, como consecuencia, reduce la cuantía de la indemnización otorgada a favor del ahora demandado, D. Calixto. Aunque los hechos narrados en el reportaje son, básicamente, veraces, el TS considera que adolecen de falta de veracidad en un aspecto: se omitió la información sobre la exculpación judicial de D. Calixto.

Por otra parte, en esta Sentencia se exponen unas pautas básicas a tener en cuenta cuando se trata de informaciones sobre procesos judiciales: «1.^a La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986 y 139/2009). 2.^a La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un nivel máximo cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información mediante la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990 y 29/2009). 3.^a El peso de la libertad de información es más intenso si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público (STC 68/2008 y SSTC 25-10-2000, 14-3-2003, 19-7-2004 y 17-12-1997). 4.^a Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del

informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007 y 29/2009). 5.^a Para valorar la veracidad de la información debe ponderarse el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992 y 28/1996). 6.^a No se opone a la presunción de inocencia la difusión de una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito que pueda afectar al interés público (STC 129/2009 y SSTS 16-3-2001, 31-5-2001 y 12-11-2008). 7.^a La protección de la libertad de información no queda condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso de esta naturaleza (STC 297/2000 y STS 24-10-2008). 8.^a La transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado (SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 91/2007, 39/2007 y 56/2008 y SSTS 18-2-2009 y 17-6-2009). 9.^a El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en éste se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas (STC 29/2009)».

e) Derecho al honor (artículo 18.1 CE). El escrito de protesta ante el Colegio de Abogados sobre la actuación de un Letrado no constituye una vulneración de su derecho al honor

La **STS de 10 de junio de 2010** (Sala de lo Civil) considera que el escrito de protesta que presentó la entidad «Madrileña del Frac, S.L.» ante el Colegio de Abogados de Madrid contra la actuación del recurrente en casación D. Arcadio en la que se exponían varias actuaciones fraudulentas de éste, por si hubiera lugar a responsabilidad disciplinaria, no constituye un ataque ilegítimo al derecho al honor de éste. Máxime teniendo en cuenta que no se dio publicidad al escrito, que quedó circunscrito al ámbito del Colegio de Abogados para su tramitación.

f) Derecho al honor (artículo 18.1 CE). La imputación de homosexualidad a una persona en un programa de televisión con intención de menosprecio, si es falsa, constituye intromisión en su derecho al honor

La **STS de 22 de junio de 2010** (Sala de lo Civil) estima parcialmente la demanda de D. Aníbal contra las entidades «Cuarzo Producciones S.L.», «Antena 3 Televisión S.A.» y D. Franco por violación de su derecho al honor. Los hechos fueron los siguientes: en el programa televisivo «Abierto al anochecer» se informó de la condición de homosexual de D. Aníbal, con intención de menosprecio, siendo este hecho inveraz. El TS, citando jurisprudencia anterior, manifiesta que cuando se imputa una condición sexual a una persona, si es cierta y ella no la había dado a conocer, constituye una intromisión en su derecho a la intimidad. Y si, como en este caso, esa imputación es incierta y se ha realizado con menosprecio del interesado, constituye vulneración de su derecho al honor.

g) *Libertad de información (artículo 20.1 CE). Los sindicatos son titulares del derecho a la libertad de información*

La **STS de 21 de abril de 2010** (Sala de lo Civil) confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que había exculpado a la sección sindical estatal de UGT en Radio-televisión Española de intromisión en el derecho al honor de D. Patricio por los hechos narrados en una carta que la mencionada sección sindical había remitido al Director de Informativos y a la Directora de Personal de TVE. Lo destacable del caso es que el TS afirma expresamente que los Sindicatos son titulares de la libertad de información: «Nada se opone a que un sindicato sea titular del derecho a la libertad de información y pueda ejercerlo en el contexto de la libertad sindical (artículo 28.1 CE) a través de un representante o dirigente que manifieste públicamente la opinión de la organización en relación con un asunto que afecta a los intereses de sus afiliados, lo cual a su vez debe encuadrarse entre las funciones de representación y reivindicación que el sindicato tiene constitucionalmente atribuidas por el artículo 20.1 CE».

2. SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) **Inviolabilidad del domicilio de personas jurídicas**

a) *Necesidad de mandamiento judicial o consentimiento en inspecciones tributarias*

STS del Pleno de la Sala Tercera de 23 de abril de 2010. Ponente D. Emilio Frías Ponce. Por la Inspección de los Tributos de la Delegación de la AEAT de Barcelona, se inician actuaciones contra Bazar El Regalo, por incumplimiento sustancial de las obligaciones contables y de los deberes fiscales relativos a diversos ejercicios del Impuesto sobre Sociedades. En dichas actuaciones, y contando con previa autorización del Delegado de la Agencia Tributaria, los inspectores se personan en el domicilio social del Bazar El Regalo, accediendo inicialmente los empleados a las actuaciones inspectoras, y oponiéndose con posterioridad los representantes de dicha empresa. A consecuencia de dicha inspección se impone una sanción, con base en los datos obtenidos que correspondían en su totalidad a las ventas de Bazar el Regalo, dedicado a la venta minorista de aparatos de uso doméstico, porcelana fina, joyería. El recurso planteado por la Agrupación Bazar el Regalo es estimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en relación con la ilegalidad de la prueba obtenida por la ilícita entrada en las dependencias de la entidad. La Sala de instancia considera que la información obtenida en dicha diligencia se utiliza en todos los informes y actas de la inspección que dieron lugar a la regularización tributaria, acuerdos liquidatorios y sancionadores, y estima que fuera de los casos de delito fragante o de existencia de resolución judicial que lo autorice, sólo el consentimiento del titular puede hacer legítima la entrada o registro de un domicilio, por lo que en el caso enjuiciado, al no haber tal consentimiento del titular, la Sala concluye que la prueba se obtuvo ilícitamente. Además se pone de manifiesto que no es la negativa lo que tiene que constar, sino el consentimiento, de conformidad con el artículo 18.2 de la CE. Apoya sus manifestaciones en la doctrina constitucional que establece que la prohibición de valoración de las pruebas originales no afecta a las derivadas, si entre ellas no hay relación natural o no se da la conexión de antijuridicidad. Concluyendo que la prueba ilícitamente obtenida, precisamente

por ser la única que permitió la actuación de la Inspección, al estar ilícitamente obtenida, determinaba la anulación de las actuaciones inspectoras y, a su vez, la estimación del recurso interpuesto, siendo por tanto igualmente disconformes a Derecho las liquidaciones tributarias y las sanciones impuestas.

El recurso de casación planteado por la Administración del Estado es desestimado por el Pleno, que confirma el criterio de la Sentencia de la Audiencia Nacional, sobre la necesaria autorización judicial o consentimiento del titular si se trata de espacios físicos indispensables para el desarrollo de la actividad sin intromisiones ajenas, por ser el centro de dirección de la sociedad o un establecimiento que dependa de ella, o servir a la custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros. La decisión del Pleno se aparta de la doctrina establecida en anteriores Sentencias de 30 de octubre de 2008 y 25 de junio de 2009, dictadas en los recursos de casación 5900/2006 y 3783/2006. Se formulan diversos Votos Particulares que consideran que existió suficiente consentimiento de quien podía otorgarlo para el acceso de la Inspección Tributaria y que de no haberse prestado éste, atendida la naturaleza del local, resultaba suficiente la autorización administrativa expedida a tal efecto.

B) Concesión de nacionalidad

STS, Sala Tercera, de 14 de mayo de 2010. Ponente D. Carlos Lesmes Serrano. Denegación de concesión de nacionalidad. El recurso se plantea por la Administración del Estado, ante la Sentencia estimatoria de la Audiencia Nacional, que declaraba el derecho del recurrente a obtener la nacionalidad española por residencia. Alega la existencia de un procedimiento penal por una falta, que fue archivado. La sentencia de la Audiencia Nacional estimaba que prevalecía la acreditada buena conducta cívica. El Tribunal Supremo considera que la Administración no alegó circunstancia alguna contraria a la apreciación de la buena conducta cívica apreciada, no existiendo infracción del artículo 22.4 CC, sino la interpretación correcta de dicho precepto.

STS, Sala Tercera, de 11 de mayo de 2010. Ponente D. Luis María Díez-Picazo Jiménez. Nacionalidad. La sentencia recurrida en casación estimaba el recurso planteado por persona argelina, contra la negativa a la concesión de nacionalidad española por el Ministerio de Justicia. Se le negaba la solicitud, porque aunque llevaba más de diez años de residencia en España, éstos no habían sido continuados en el tiempo inmediatamente anterior a la petición de la nacionalidad, constando sentencia de separación de su cónyuge español, y, por tanto, desde esa fecha desaparecían las causas que motivaban su concesión. La Audiencia Nacional señala que como consecuencia de la separación matrimonial del solicitante, la tarjeta de familiar de residente comunitario había perdido vigencia, pero consideraba que las peculiaridades del caso conducían a tener por satisfecho el tiempo de residencia en España que exige el artículo 22 CC. El Tribunal Supremo considera que el hecho de que se le concediese la custodia del hijo, atañe al requisito de la «integración en la sociedad española» del artículo 22 CC, además en el apartado tercero del mencionado artículo se exige que la residencia legal de al menos diez años sea «inmediatamente anteriores a la petición». Como la mera pérdida de vigencia de la tarjeta de familiar de residente comunitario no supone que automáticamente su titular pase a encontrarse en una situación de estancia ilegal en España, máxime cuando tenía derecho a residir en territorio

español, por el concepto de la custodia de su hijo menor de nacionalidad española, y al no estar establecida la pérdida de su condición de residente legal en el momento de la petición de nacionalidad española por residencia, se desestima el recurso de casación confirmando la sentencia de instancia.

STS, Sala Tercera, de 22 de junio de 2010. Ponente D. Luis María Díez-Picazo Giménez. 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 Tenerife. Alega que existen presuntos delitos contra la salud pública, y que no está justificada la buena conducta exigida en el artículo 22.4 CC. El Alto Tribunal considera que debe haber una relación necesaria entre ausencia de responsabilidad penal y buena conducta cívica, y que, para valorar esta conducta, es irrelevante el grado de integración en la sociedad.

C) Derecho de asilo

STS, Sala Tercera, de 4 de junio de 2010. Ponente Doña María del Pilar Teso Gamella. Denegación de Asilo. El recurso de casación se plantea ante la desestimación de los recursos presentados por nacional de Túnez, ante la denegación del derecho de asilo. La Audiencia Nacional alegaba que dicha protección no procede, pese a la existencia de persecución, o del temor fundado a sufrirla, por la adscripción del solicitante al grupo o movimiento político «Al Nahada». El Tribunal Supremo señala que se abordan razones humanitarias del artículo 17.2 de la Ley de Asilo, y que la solicitud ha sido denegada en aplicación del artículo 3.2 de la citada Ley, por considerar que el recurrente constituye un riesgo para la seguridad del Estado de acogida. Señala que la concesión de asilo no procederá cuando los solicitantes se encuentren comprendidos en algunos de los supuestos previstos en los artículos 1.F) y 33.2 de la referida Convención de Ginebra. Concurren razones convincentes, que revelan la peligrosidad concreta del recurrente en caso de permanecer en España, tanto mediante la concesión del asilo como por razones humanitarias, por constituir un riesgo real para la seguridad nacional, todo ello irreconciliable con la confianza y certeza que han de presidir las relaciones de un Estado democrático con sus ciudadanos. El recurso de casación es desestimado.

STS, Sala Tercera, de 14 de junio de 2010. Ponente D. Eduardo Calvo Rojas. Denegación de Asilo. Por Sentencia de la Audiencia Nacional se desestimó el recurso interpuesto contra resolución en la que se denegaba el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo a un nacional de Colombia. La Audiencia consideró que el demandante estuvo en otros dos países antes de España, y no pidió asilo en ellos aun cuando alegaba que era perseguido por las FARC, y que no había indicios suficientes para tener como acreditadas las alegaciones formuladas. La extorsión que denunciaba estaba vinculada a razones económicas y, por tanto, las amenazas y coacciones serían delitos comunes que justifican la protección del Estado pero no el otorgamiento de asilo. De igual forma consideraron que no concurrían razones humanitarias generadas por una situación de peligrosidad para la integridad física o para su vida, lo cual se exige en el Reglamento de la Ley de Asilo. El Tribunal Supremo considera que el recurrente no ha ofrecido una explicación mínimamente consistente de su proceder, lo que le priva de verosimilitud, y no cuenta con otros elementos de prueba que le sirvan de respaldo aunque sea con carácter

indiciario. Entiende que la fundamentación de la Sentencia recurrida de la persecución deja suficientemente motivada la no acreditación por el recurrente, ni con indicios, de la existencia merecedora del otorgamiento de asilo, conforme a lo previsto en los artículos 3 y 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, en relación con el artículo 1.A) de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados. El recurrente se limita a reiterar en casación la pretensión subsidiaria que hizo en instancia, sin justificar que sus circunstancias personales hagan procedente autorizar su permanencia en España por razones humanitarias, por lo tanto la casación es desestimada.

JAVIER GARCÍA ROCA
PABLO SANTOLAYA
ENCARNACIÓN R. CARMONA
ISABEL PERELLÓ

IV. FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. BASES ESTATALES.
 - A) **Prevalece el concepto material de bases, por lo que no cabe exigir su regulación en una norma con rango de ley.**
3. ESTATUTO DE AUTONOMÍA.
 - A) **No son expresión de un poder soberano.**
 - B) **Son leyes orgánicas subordinadas a la Constitución en virtud del principio de jerarquía que se ordenan respecto a las demás normas legales en virtud del principio de competencia.**
 - C) **Funciones de los Estatutos de Autonomía: diversificación del sistema normativo, garantía de la indemnidad del sistema autónomo, así como la atribución de competencias a la Comunidad Autónoma que influye en la delimitación de algunas competencias estatales.**
 - D) **Los Estatutos de Autonomía además de su contenido mínimo *ex* artículo 147.2 CE y del adicional derivado de las demás referencias de la Constitución pueden regular otras cuestiones complementarias.**
 - E) **Límites del contenido de los Estatutos de Autonomía: pueden ser de carácter cuantitativo o cualitativo.**
 - F) **Preámbulo del Estatuto de Autonomía: valor jurídico y posibilidad de impugnación.**
 - G) **No cabe el desarrollo de los derechos fundamentales a través de la Ley Orgánica que aprueba un Estatuto de Autonomía.**
 - H) **Reforma del Estatuto de Autonomía.**
4. LEY.
 - A) **La Ley autonómica es la competente para desarrollar los derechos subjetivos y los principios rectores establecidos por los Estatutos de Autonomía, en el marco de las competencias autonómicas.**
 - B) **La Ley autonómica puede regular la organización administrativa de la Comunidad Autónoma en el marco de las bases estatales, que tienen una menor extensión en este ámbito.**
 - C) **Control de constitucionalidad de las leyes autonómicas: no cabe adjudicárselo al Consejo de garantías estatutarias, ya que corresponde al Tribunal Constitucional, según la Constitución.**

5. REGLAMENTO.

- A) **La potestad reglamentaria sólo puede entenderse incluida en la competencia de ejecución atribuida a una Comunidad Autónoma si se refiere a la organización interna y a la ordenación funcional de la competencia autonómica.**
- B) **Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria.**
 - a) Una norma legal, cuya vigencia está suspendida temporalmente, no constituye una cobertura legal suficiente para el ejercicio de la potestad reglamentaria.
 - b) Principio de jerarquía normativa.
- C) **Ordenanzas municipales.**
 - a) Titularidad de la potestad normativa local: nulidad de ordenanzas de una entidad local menor por invasión de competencias municipales.
 - b) Procedimiento de elaboración: el incumplimiento del deber de exponer al público la ordenanza por el plazo legalmente establecido determina su nulidad.

6. INSTRUCCIÓN.

- A) **Naturaleza jurídica: las instrucciones no forman parte del ordenamiento jurídico.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Id Cendoj 28079130042010100256; y respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa de los Tribunales Superiores de Justicia hasta la referencia Id Cendoj 09059330022010100189. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 45/2010, de 28 de julio. En esta crónica tiene un interés especial la STC 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 8045/2006, interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En esta sentencia se analiza cuál puede ser el contenido de los Estatutos de Autonomía como normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas a la luz de lo establecido en la Constitución. El análisis de la citada sentencia que se incorpora en esta crónica se refiere a las cuestiones relativas a las fuentes del Derecho.

2. BASES ESTATALES

- A) **Prevalece el concepto material de bases, por lo que no cabe exigir su regulación en una norma con rango de ley**

El artículo 111 EAC establece que corresponde a la Comunidad Autónoma, «[e]n las materias que el Estatuto atribuye a la Generalitat de forma compartida con el Estado», las potestades legislativa y reglamentaria y la función ejecutiva «en el marco de las bases que fije el

Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto». Concluye el precepto con la afirmación de que «[e]n el ejercicio de estas competencias, la Generalitat puede establecer políticas propias» e imponiendo al Parlamento el deber de «desarrollar y concretar a través de una ley aquellas previsiones básicas».

En la **STC 31/2010, de 28 de junio**, FJ 11.º, se analiza el concepto de bases estatales al que hace referencia el citado artículo 111 EAC, que exige su regulación en normas con rango de ley. El Tribunal Constitucional rechaza este planteamiento alegando que «el precepto no se atiene estrictamente al concepto constitucional de las bases estatales, toda vez que las reduce a los “principios o mínimo común normativo” fijados por el Estado “en normas con rango de ley”, cuando es lo cierto que, conforme a nuestra jurisprudencia, siendo aquél el contenido que mejor se acomoda a la función estructural y homogeneizadora de las bases y ésta la forma normativa que, por razones de estabilidad y certeza, le resulta más adecuada (por todas, STC 69/1988, de 19 de abril), no lo es menos que también es posible predicar el carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución del Estado (STC 235/1999, de 16 de diciembre), y son factibles en las bases un alcance diferente en función del subsector de la materia sobre la que se proyecten e incluso sobre el territorio (SSTC 50/1990, de 6 de abril y 147/1991, de 4 de julio, respectivamente)».

A continuación, el Tribunal precisa que «el artículo 111 EAC no se ajusta, por tanto, al cometido de la sistematización de las categorías del régimen constitucional de distribución de competencias». El concepto de bases hace referencia a «principios» o «normación mínima». Su definición corresponde a la Constitución o, en su caso, a la interpretación que de ella hace el Tribunal Constitucional, no a un Estatuto de Autonomía. Para el Tribunal, el concepto, el contenido y el alcance de las bases no pueden ser, como regla general, distintos para cada Comunidad Autónoma, pues en otro caso el Estado tendría que dictar uno u otro tipo de bases en función de lo dispuesto en cada Estatuto de Autonomía. Además, «siendo mudables las bases (STC 1/2003, de 16 de enero), también lo es, en correspondencia inevitable, el ámbito disponible por la legislación de desarrollo, de manera que la rigidez procedimental de un Estatuto lo convierte en norma inapropiada para determinar con detalle el alcance de las potestades inherentes a esa legislación». En consecuencia, es inconstitucional y, por tanto, nulo, el inciso «como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto».

3. ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

A) No son expresión de un poder soberano

En la **STC 31/2010, de 28 de junio**, el Tribunal Constitucional declara que los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución, y por ella garantizada, para el ejercicio de la potestad legislativa en el marco de la Constitución misma (así desde el principio, STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3.º). Como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes (FJ 3.º).

B) Son leyes orgánicas subordinadas a la Constitución en virtud del principio de jerarquía que se ordenan respecto a las demás normas legales en virtud del principio de competencia

Según la citada **STC 31/2010, de 28 de junio**, los Estatutos de Autonomía se integran en el Ordenamiento bajo la forma de un específico tipo de ley estatal: la ley orgánica, forma jurídica a la que los artículos 81 y 147.3 CE reservan su aprobación y su reforma. 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. En su condición de normas legales, el de jerarquía es el principio que ordena su relación con la Constitución en términos de subordinación absoluta. En cuanto a normas legales a las que queda reservada la regulación de ciertas materias, el principio de competencia es el que determina su relación con otras normas legales, cuya validez constitucional se hace depender de su respeto al ámbito reservado a la ley orgánica. En consecuencia, el criterio competencial se erige en presupuesto para la actuación del principio de jerarquía, toda vez que de la inobservancia del primero resulta mediatamente una invalidez causada por la infracción de la norma superior común a la ley orgánica y a la norma legal ordinaria, es decir, por infracción de la Constitución (FJ 3.º).

C) Funciones de los Estatutos de Autonomía: diversificación del sistema normativo, garantía de la indemnidad del sistema autónomo, así como la atribución de competencias a la Comunidad Autónoma que influye en la delimitación de algunas competencias estatales

En la misma sentencia el Tribunal Constitucional declara que la primera función constitucional de los Estatutos de Autonomía radica en la diversificación del Ordenamiento mediante la creación de sistemas normativos autónomos, todos ellos subordinados jerárquicamente a la Constitución y ordenados entre sí con arreglo al criterio de competencia. Respecto de tales sistemas normativos autónomos, el Estatuto es norma institucional básica (artículo 147.1 CE). El Estatuto de Autonomía es, además, junto a las normas específicamente dictadas para delimitar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas (artículo 28.1 LOTC), norma de garantía de la indemnidad del sistema autonómico, ya que el Estatuto es condición de la constitucionalidad de todas las normas del Ordenamiento en su conjunto, incluso de las que comparten su forma y rango. Esta condición deriva de la Constitución. La inconstitucionalidad por infracción de un Estatuto es, en realidad, infracción de la Constitución, única norma capaz de atribuir (por sí o por remisión a lo que otra disponga) la competencia necesaria para la producción de normas válidas (FJ 4.º de la **STC 31/2010, de 28 de junio**).

El Estatuto de Autonomía atribuye competencias propias a la Comunidad Autónoma por él constituida y de la que es norma institucional básica. Tiene, pues, una función de atribución competencial que define, por un lado, un ámbito privativo de normativa y de ejercicio del poder público por parte de la Comunidad Autónoma (eventualmente ampliable con competencias *ex* artículo 150 CE que no le serán, por tanto, propias), y contribuye a perfilar, por otro, el ámbito de normativa y poder propio del Estado. Esto último se produce en la medida en que las competencias del Estado dependen mediatamente en su contenido

y alcance de la existencia y extensión de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en el marco flexible representado por el límite inferior o mínimo del artículo 148 CE y el máximo o superior, *a contrario*, del artículo 149 CE. Esto no hace del Estatuto, sin embargo, una norma atributiva de las competencias del Estado.

Las competencias estatales tienen siempre origen constitucional directo e inmediato; las autonómicas, origen siempre inmediatamente estatutario y, por tanto, sólo indirectamente constitucional. No pocas de las competencias estatales vienen mediatamente determinadas por los Estatutos, si bien únicamente en el *si* y en el *quantum*: en lo primero, porque algunas competencias sólo serán del Estado en la medida en que no las hayan asumido las Comunidades Autónomas (STC 61/1997, de 20 de marzo); en lo segundo, porque en aquellos supuestos en que el Estado deba tener siempre una competencia dotada de un contenido y alcance mínimos, la eventualidad de un contenido y alcance superiores dependerá de los términos en que las Comunidades Autónomas hayan asumido el margen que constitucionalmente les es accesible (FJ 4.º).

D) Los Estatutos de Autonomía además de su contenido mínimo ex artículo 147.2 CE y del adicional derivado de las demás referencias de la Constitución pueden regular otras cuestiones complementarias

En el Fundamento Jurídico 4.º de la **STC 31/2010, de 28 de junio**, se reitera lo establecido en la STC 247/2007, de 12 de diciembre, en relación con el contenido de los Estatutos de Autonomía. En este sentido, el Tribunal Constitucional considera que el contenido de los Estatutos de Autonomía incluye tanto el que la Constitución prevé de forma expresa, que se integra por el contenido mínimo o necesario previsto en el artículo 147.2 CE, y el adicional, al que se refieren las restantes remisiones expresas que la Constitución realiza a los Estatutos, por ejemplo, artículos 3.2 y 4.2 CE; así como por el contenido que, aun no estando expresamente señalado por la Constitución, es complemento adecuado del anterior por su conexión con las aludidas previsiones constitucionales. Este contenido complementario, que es consecuencia de la flexibilidad del modelo territorial, es inherente a la condición del Estatuto como norma institucional básica, que se proyecta en lo relativo al autogobierno, la autoorganización y la identidad de la Comunidad Autónoma correspondiente.

El Tribunal define el contenido mínimo, junto con el adicional, como contenido estatutario constitucionalmente explícito, en tanto que al no expresamente señalado por la Constitución lo denomina como contenido implícito. Constitucionalmente son igualmente admisibles la concepción restringida del contenido material de los Estatutos (limitada al mínimo explícito) y una concepción más amplia, que incluya el contenido implícito, en los términos anteriormente expuestos (FJ 5.º).

E) Límites del contenido de los Estatutos de Autonomía: pueden ser de carácter cuantitativo o cualitativo

Los límites de la regulación de los Estatutos de Autonomía tienen carácter cuantitativo y cualitativo. Los primeros se establecen para garantizar la eficacia del sistema en su conjunto, en tanto que los segundos derivan de la diferencia entre la Constitución y los poderes

constituidos. En relación con los límites de carácter cuantitativo, el Tribunal Constitucional parte de la consideración de que «la especial rigidez del Estatuto de Autonomía supone una petrificación de su contenido que puede llegar a no compatirse con un efectivo derecho a la participación política en el ejercicio de los poderes estatuidos» (FJ 6.º). Este principio se concreta en los siguientes parámetros:

- La democracia exige que las decisiones normativas sean reversibles, por lo que sólo se admite con carácter excepcional la exclusión del debate político de cuestiones determinadas mediante el establecimiento de procedimientos agravados, a través de mayorías cualificadas.
- En general, los reparos que se pueden oponer a la técnica de la regulación de detalle en normas especialmente rígidas tienen simplemente carácter de simple oportunidad, sin relevancia, por tanto, como juicio de constitucionalidad *stricto sensu*.
- En el FJ 6.º de la STC 247/2007, se afirmó que «los Estatutos de Autonomía también podrán establecer con diverso grado de concreción normativa aspectos centrales o nucleares de las instituciones que regulen y de las competencias que atribuyan en los ámbitos materiales que constitucionalmente les corresponden» (FJ 6.º). El Tribunal Constitucional, en su **STC 31 /2010, de 28 de junio**, FJ 6.º, afirma que, con las cautelas propias de toda consideración en abstracto, este planteamiento excluye la concreción en los aspectos de detalle.

En segundo lugar, desde el punto de vista material, se imponen a la regulación estatutaria determinados límites cualitativos. Estos límites proyectan la diferencia de concepto, naturaleza y funciones que existen entre la Constitución y los Estatutos, en otros términos, entre el poder constituyente y los poderes constituidos. En este sentido, destaca lo que se refiere a la definición de las categorías y conceptos constitucionales, entre otros, la definición de la competencia que como acto de soberanía sólo corresponde a la Constitución, es inaccesible a cualquier legislador y está sólo al alcance de la función interpretativa del Tribunal Constitucional (STC 76/1983, de 5 de agosto, *passim*).

F) Preámbulo del Estatuto de Autonomía: valor jurídico y posibilidad de impugnación

La jurisprudencia constitucional ha mantenido que los Preámbulos de las normas carecen de valor normativo propio y, en consecuencia, no pueden ser objeto de impugnación directa a través de un recurso de inconstitucionalidad. En la **STC 31/2010, de 28 de junio**, el Tribunal Constitucional ha precisado que la carencia de valor normativo de los Preámbulos de las normas «no equivale a carencia de valor jurídico, del mismo modo que la imposibilidad de erigirse en objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad no supone que los preámbulos sean inaccesibles a un pronunciamiento de nuestra jurisdicción en tanto que posible objeto accesorio de un proceso referido principalmente a una disposición normativa» (FJ 7.º).

A continuación el Tribunal distingue el valor de los preámbulos de las leyes y el de los correspondientes a los Estatutos de Autonomía. El valor jurídico de los preámbulos de las leyes se refiere a su condición como criterio hermenéutico: expresan las razones en las que

el legislador fundamenta el sentido de su acción legislativa, exponen los objetivos a los que pretende que dicha acción se ordene, constituye un elemento singularmente relevante para la determinación del sentido de la voluntad legislativa, y, por ello, para su interpretación. En consecuencia, su destinatario es el intérprete del Derecho antes que los destinatarios, dado que, por definición, el preámbulo no puede imponer conductas. Por lo que se refiere al preámbulo de un Estatuto de Autonomía, el Tribunal precisa que su condición de interpretación cualificada queda sometida a la autoridad interpretativa del Tribunal Constitucional. En la **STC 31/2010, de 28 de junio**, se precisa que los párrafos del Preámbulo del Estatuto de Cataluña cuestionados por los recurrentes, lo son por referirse a conceptos y categorías que, proyectadas después a lo largo del articulado, pretenden para el Estatuto, a su juicio, un fundamento y un alcance incompatibles con su condición de norma subordinada a la Constitución. Tales conceptos y categorías son los «derechos históricos», la «nación» y la «ciudadanía», todos ellos formalizados, efectivamente, en diversos preceptos del Estatuto que también han sido objeto de una impugnación expresa. El Tribunal considera que se pronunciará sobre estas cuestiones, al hilo del enjuiciamiento de tales preceptos. En ese momento analizará la interpretación de ellos en relación con lo dispuesto por el preámbulo y decidirá si es o no conforme con la Constitución, privando en su caso al Preámbulo del valor jurídico que le es característico.

En este sentido, el Tribunal, por ejemplo, en el FJ 12.º, señala que los términos «nación» y «realidad nacional» referidos a Cataluña, utilizados en el preámbulo, carecen de eficacia jurídica interpretativa, lo que dada la especial significación de un preámbulo estatutario exige su inclusión en el fallo; y el término «nacionales» del artículo 8.1 EAC es conforme con la Constitución interpretado en el sentido de que dicho término está exclusivamente referido, en su significado y utilización, a los símbolos de Cataluña, «definida como nacionalidad» (artículo 1 EAC) e integrada en la «indisoluble unidad de la nación española» como establece el artículo 2 CE, y así se dispondrá en el fallo.

G) No cabe el desarrollo de los derechos fundamentales a través de la Ley Orgánica que aprueba un Estatuto de Autonomía

El Tribunal hace referencia en el FJ 16.º de la **STC 31/2010, de 28 de junio**, al carácter de los distintos tipos de Leyes Orgánicas reguladas en la Constitución. En este sentido aclara que la distribución competencial que opera entre las propias leyes orgánicas explica que el Estatuto de Autonomía no pueda regular toda la materia que en principio se reserva al género de la ley mediante la cual se aprueba, pues en ocasiones la reserva orgánica lo es, de manera exclusiva y excluyente, a una ley orgánica determinada (así, LOPJ), o a una especie del género común. Este último es el caso de las leyes orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales (artículo 81 CE). La función de desarrollo de los derechos fundamentales no puede acometerse en una ley orgánica de aprobación de un Estatuto de Autonomía, tanto por la condición del Estatuto como norma institucional básica, como por su vigencia territorial limitada.

Lo primero supone que el Estatuto de Autonomía, como norma primera de un sistema normativo autónomo, tiene su ámbito más propio en el terreno de la generalidad, la abstracción y los principios, lo que no es compatible con la disciplina de desarrollo de un derecho fundamental cuya proclamación y definición sustancial (contenido mínimo) ya se habrá

verificado en la Constitución. Lo segundo implica que la participación del Estatuto en el desarrollo de los derechos redundaría en una pluralidad de regímenes de derechos fundamentales (tantos como Estatutos), lo que afectaría al principio de igualdad de los españoles en materia de derechos fundamentales.

Por otro lado, la división ley orgánica/ley ordinaria en materia de derechos fundamentales (desarrollo/regulación: artículos 81.1 y 53.1 CE) supone que el Estatuto, en tanto que ley orgánica, tampoco puede, no ya declarar o desarrollar derechos fundamentales o afectar a los únicos que son tales, sino siquiera regular el ejercicio de tales derechos. Podrá hacerlo, en su caso, el legislador autonómico, en tanto que legislador ordinario y de acuerdo con el reparto constitucional de competencias, pero no el legislador (orgánico) estatutario. En consecuencia, no se produce ninguna paradoja por el hecho de que por simple ley autonómica (ley ordinaria) pueda hacerse lo que no cabe en un Estatuto (norma superior a la autonómica). En realidad, no es que pueda hacerse más por ley autonómica; es que se trata de una cuestión distinta, como corresponde en el sistema de normas ordenadas con arreglo al criterio de competencia.

El Tribunal precisa en el FJ 18.º de la misma sentencia que el Estatuto catalán no ha creado derechos fundamentales distintos de los proclamados en la Constitución o en contradicción con ellos, ni ha podido afectar al régimen de tales derechos en lo que hace a su titularidad, regulación y condiciones de ejercicio. Además, establece que en lo que se refiere a los derechos y principios enunciados en el Estatuto, su proclamación ha de operar siempre, y sólo, sobre el presupuesto de las concretas competencias atribuidas a la Generalitat de Cataluña de conformidad con las previsiones constitucionales.

H) Reforma del Estatuto de Autonomía

En la **STC 31/2010, de 28 de junio** (FFJJ 143.º y siguientes), sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), se resuelve la impugnación de algunos preceptos del título VII de dicha norma que tienen por objeto «la reforma del Estatuto». En concreto, en relación con este título se impugna la regulación establecida en los apartados b) y d) del artículo 222.1 EAC y en los apartados d) e i) del artículo 223.1 EAC por entender los recurrentes que la intervención de las Cortes Generales en el procedimiento de reforma no puede reducirse a un mero trámite de ratificación, ni es constitucionalmente posible que la Generalitat someta a referéndum las reformas estatutarias sin previa autorización y convocatoria estatales.

El Tribunal Constitucional comienza su argumentación en relación con la primera cuestión analizando el artículo 147.3 CE. El Tribunal indica que dicho precepto es taxativo al disponer, por un lado, que los Estatutos de Autonomía son las normas competentes para establecer su propio procedimiento de reforma, y, por otro, que, sea cual sea el procedimiento estatutariamente establecido, la reforma «requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica». En este sentido, el Tribunal aclara que los artículos 222 y 223 del Estatuto de Autonomía de Cataluña se atienen estrictamente a lo previsto por la Constitución, arbitrando un procedimiento de reforma cuyas formalidades varían en función de los preceptos estatutarios objeto de revisión. El Tribunal afirma que es evidente el paralelismo entre la redacción del artículo 222.1.b) y el artículo 223.1.b), —que no es objeto de impugnación al hacer referencia expresa a la «aprobación» por parte de las

Cortes—, lo cual lleva necesariamente a entender que la utilización en uno y otro preceptos de los términos «ratificación» y «aprobación», respectivamente, no tiene en ningún caso el alcance pretendido por los recurrentes. El Tribunal precisa que «en efecto, ambos apartados coinciden en establecer un procedimiento de reforma que, en lo que hace a la intervención de las Cortes Generales, sólo se distingue por la circunstancia de que en el supuesto del artículo 222.1.b) EAC se permite que las Cortes reconduzcan la reforma por la vía del artículo 223 EAC. Ésta es la única diferencia sustantiva apreciable entre ambos preceptos, por lo que la utilización del término «ratificación» por el artículo 222.1.b) EAC no puede tener ningún alcance respecto del proceso de formación de la voluntad de las Cortes Generales, (...) desde el momento en que, a diferencia de lo que sucede en el artículo 223.1.d) EAC, el precepto no anuda a ese término ninguna previsión de orden procesal que lo diferencie de la tramitación de un procedimiento de aprobación en sentido propio, ni prevé para su formalización otro cauce que el de la ley orgánica exigida por el artículo 147.3 CE».

El artículo 223.1.d) EAC, por su lado, contempla la eventualidad de un «voto de ratificación» que, en efecto, se configura como un proceso específico de formación de la voluntad de las Cortes Generales en el que éstas se limitan a pronunciarse afirmativamente sobre una propuesta de reforma, sin incidir en su contenido en la forma característica de un procedimiento de aprobación. Ahora bien, esta especialidad procesal es sólo una alternativa al procedimiento establecido en el artículo 223.1.b) EAC, que expresamente impone «la aprobación de las Cortes Generales mediante una ley orgánica». Esta alternativa en ningún caso puede imponerse a las propias Cortes Generales, toda vez que el artículo 223.1.d) EAC deja claro que la propuesta de reforma «puede ser sometida a un voto de ratificación del Congreso y del Senado». Además, esta alternativa únicamente podría verificarse, si así lo deciden libremente las Cortes Generales, «de acuerdo con el procedimiento que establecen los reglamentos parlamentarios respectivos», según dispone también el mismo artículo.

Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones planteadas el Tribunal Constitucional concluye que la dicción del artículo 62.c) CE no se opone a que los referendos de reforma estatutaria, una vez autorizados por el Estado, sean convocados por el Presidente de la respectiva Comunidad Autónoma siempre en nombre del Rey.

4. LEY

A) La Ley autonómica es la competente para desarrollar los derechos subjetivos y los principios rectores establecidos por los Estatutos de Autonomía, en el marco de las competencias autonómicas

Los derechos fundamentales lo son precisamente por haber sido reconocidos por la Constitución. Los derechos reconocidos en los Estatutos de Autonomía no son derechos fundamentales. Pueden tener el carácter de derechos subjetivos aunque generalmente se trata de mandatos dirigidos al legislador autonómico, «bien imponiéndole un hacer o una omisión que se erigen en objeto de una pretensión subjetiva exigible ante los Tribunales de Justicia; bien obligándole a la persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzarlo y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo, que sólo nacerá, en su caso, de las normas dictadas para cumplir con ella. (...) Lo decisivo para

pronunciarse sobre su legitimidad constitucional será, en cada caso, si los mandatos en ellos comprendidos vinculan exclusivamente al poder público catalán y, naturalmente, si sólo pretenden hacerlo en el marco de sus competencias» (FJ 16.º, **STC 31/2010, de 28 de junio**).

El Tribunal precisa que este tipo de derechos estatutarios son mandatos a los poderes públicos (STC 247/2007, FFJJ 13.º a 15.º), operan técnicamente como pautas (prescriptivas o directivas, según los casos) para el ejercicio de las competencias autonómicas. En consecuencia, resulta un principio de diferenciación que no puede confundirse con la desigualdad o el privilegio que prohíben los artículos 138.2 y 139.1 CE, pues deriva de la esencia del Estado autonómico que supone la existencia de una pluralidad de ordenamientos que actúan en diferentes ámbitos competenciales.

B) La Ley autonómica puede regular la organización administrativa de la Comunidad Autónoma en el marco de las bases estatales, que tienen una menor extensión en este ámbito

En la **STC 31/2010, de 28 de junio**, FJ 31.º, se resuelve la impugnación del artículo 71.6 del Estatuto de Autonomía de Cataluña que remite a las leyes la regulación de la organización de la Administración de la Generalitat, previendo como contenido necesario de las leyes las modalidades de descentralización funcional y las distintas formas de personificación pública y privada que puede adoptar la Administración de la Generalitat; las formas de organización y de gestión de los servicios públicos, y, en fin, la actuación de la Administración de la Generalitat bajo el régimen de Derecho privado, así como la participación del sector privado en la ejecución de las políticas públicas y la prestación de los servicios públicos.

Los recurrentes imputan a esta regulación la atribución de una competencia ilimitada de la Generalitat para establecer las formas de personificación pública y privada y la actuación de su Administración en régimen de Derecho privado. No obstante, admiten que dicha regulación es conforme con la Constitución si la competencia se entiende limitada por la competencia básica estatal del artículo 149.1.18 CE.

El Tribunal Constitucional expone que, si bien es claro que la reserva de ley autonómica en materia de organización debe enmarcarse en el ámbito establecido por el artículo 149.1.18 CE, reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha declarado que la competencia estatal sobre las bases en esta materia tiene una extensión o alcance menor cuando se trata de la regulación de la organización autonómica (por todas, STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3.º).

En términos similares se pronuncia el Tribunal Constitucional en relación con la regulación de los Gobiernos locales (FFJJ 36.º y ss.).

C) Control de constitucionalidad de las leyes autonómicas: no cabe adjudicárselo al Consejo de garantías estatutarias, ya que corresponde al Tribunal Constitucional, según la Constitución

En el FJ 32.º de la **STC 32/2010, de 28 de junio**, se resuelve la impugnación relativa al artículo 76.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña que atribuye carácter vinculante a los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias, que crea el Estatuto de Autonomía de

Cataluña, «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».

El Tribunal Constitucional parte de analizar el modelo diseñado por el Estatuto señalando que en principio resulta indeterminado ya que el artículo 76.2 del Estatuto remite a «los términos que establezca la Ley». Este planteamiento hace posible una pluralidad de opciones que pasan por dos extremos:

- A) El control sobre los proyectos y proposiciones de ley se llevará a cabo en el momento de la presentación de las iniciativas legislativas en la Cámara y a lo largo de su debate en ella.
- B) El control se verificará una vez concluido el procedimiento legislativo, pero antes de la publicación de la ley.

Si el dictamen del Consejo es vinculante ha de entenderse que un juicio negativo impedirá, en el primer caso, la tramitación de la iniciativa o, en su caso, la continuación del debate en sus términos originales y, en el segundo supuesto, la publicación de la ley y su entrada en vigor. A juicio del Tribunal, «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; lo segundo configuraría el control ejercido por el Consejo en términos demasiado próximos (materialmente equivalentes, desde luego) 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».

5. REGLAMENTO

A) **La potestad reglamentaria sólo puede entenderse incluida en la competencia de ejecución atribuida a una Comunidad Autónoma si se refiere a la organización interna y a la ordenación funcional de la competencia autonómica**

El artículo 112 del Estatuto de Autonomía de Cataluña establece que, «en el ámbito de sus competencias ejecutivas», corresponde a la Comunidad Autónoma «la potestad reglamentaria, que comprende la aprobación de disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado, así como la función ejecutiva, que en todo caso incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, todas aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración pública».

La impugnación de los recurrentes se centra en el inciso «la potestad reglamentaria, que comprende la aprobación de disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado», alegando que con él se desconoce que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la competencia legislativa del Estado puede comprender en ocasiones el ejercicio de la potestad reglamentaria, por tratarse siempre de un concepto material de legislación. En este sentido, en el marco de sus competencias de ejecución, una Comunidad Autónoma no puede ejercer una potestad reglamentaria con carácter general, sino que sólo puede dictar normativa de carácter funcional de la que resulten reglamentos internos de organización de

los servicios y la ordenación funcional de la competencia autonómica (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 62.º).

B) Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria

a) *Una norma legal, cuya vigencia está suspendida temporalmente, no constituye una cobertura legal suficiente para el ejercicio de la potestad reglamentaria*

La STS de 25 de mayo de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª; ponente: Antonio Martí García), Id Cendoj 28079130042010100256, resuelve el recurso de casación 612/2009 interpuesto por la Comunidad Autónoma del País Vasco contra la Sentencia de 17 de diciembre de 2008 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En este pronunciamiento se daba respuesta al recurso interpuesto por la Administración del Estado contra la Resolución de 28 de mayo de 2007, del Director de Deportes 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 Tiro Olímpico e, indirectamente, contra el Decreto 16/2006, de 31 de enero, de las Federaciones Deportivas del País Vasco. Así, el fallo declaraba la nulidad parcial de ciertos preceptos del Decreto y los Estatutos precitados, en la medida en que incluían la expresión «internacional». Se apoyaba para ello en la inexistencia de cobertura legal suficiente, pues el Decreto y los Estatutos mencionados constituyen normativa de desarrollo y la norma legal a la que podrían referirse, la Ley vasca 14/1998, de 11 de junio, de Deporte del País Vasco, estaba suspendida de vigencia por Auto del Tribunal Constitucional de 9 de febrero de 1999. El resto del recurso se desestimaba (FJ 1.º).

El recurso de casación se fundamenta en tres motivos: a) abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción [artículo 88.1.a) Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)]; b) quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte [artículo 88.1.c) LJCA], y c) infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate [artículo 88.1.d) LJCA] (FJ 2.º).

Los dos primeros motivos, de tipo procesal, se desestiman. El tercer motivo, de carácter sustantivo, se analiza con detenimiento por el Tribunal. De acuerdo con la recurrente el motivo se divide en tres argumentos:

- a) La Sala *a qua* restringió indebidamente la potestad reglamentaria, con base en una decisión cautelar adoptada en sede constitucional. El propio Tribunal Constitucional no estableció ninguna limitación al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la Ley suspendida cautelarmente. Y ninguna norma del ordenamiento jurídico establece una prohibición de ejercicio de la potestad reglamentaria para desarrollar normas legales que estén suspendidas cautelarmente.
- b) La Sentencia recurrida aplica incorrectamente el principio de reserva de Ley en su doble dimensión material y formal.
- c) También se infringe por el TSJ del País Vasco el reparto competencial en materia de representación internacional con los límites expresados en el Auto del Tribunal Constitucional referido (FJ 5.º).

El Tribunal realiza en primer lugar una serie de consideraciones generales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria. En este sentido, apunta que como consecuencia del principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 CE) el reglamento debe someterse a la Ley, de forma que los posibles complementos y pormenorizaciones de las previsiones legislativas, e incluso las «innovaciones» deben resultar compatibles con el marco legal de referencia. En relación con el caso de autos, afirma que la suspensión de una norma de forma provisional no supone su derogación, pero sí la privación temporal de eficacia que impide, temporalmente, que se reconozcan derechos a su amparo. De modo que los preceptos anulados en instancia no encontraban amparo o cobertura en la normativa legal, lo que debía conducir inexorablemente a su anulación. En ese caso, continúa el Tribunal, no se trata de adelantar el juicio de constitucionalidad de la norma legal, sino simplemente de constatar que la norma reglamentaria se ha dictado sin la cobertura suficiente de una Ley (FJ 8.º).

Con base en estos argumentos el Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal en un caso análogo referido a los Estatutos de la Federación Vasca de Piragüismo: **STS de 4 de mayo de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª; ponente: Antonio Martí García), Id Cendoj 28079130042010100218, recurso de casación núm. 939/2009.

b) Principio de jerarquía normativa

La **STS de 7 de mayo de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente: Enrique Lecumberri Martí), Id Cendoj 28079130042010100225, resuelve el recurso de casación núm. 3507/2008 interpuesto por la Junta de Andalucía contra la Sentencia de 16 de abril de 2008 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía. Esta Sentencia estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Profesores del Instituto de Andalucía contra la Orden del Consejero de Educación de la Junta de Andalucía de 17 de febrero de 2005. Esta norma establecía los criterios para la elaboración de los calendarios escolares provinciales en la educación secundaria. En concreto, su Disposición Adicional Única establecía literalmente que «los Consejos Escolares de los Centros que impartan Educación Secundaria Obligatoria podrán acordar durante el mes de octubre de cada año, por mayoría absoluta de sus miembros y a propuesta de la Dirección del Centro, oído el Claustro de Profesores, que la celebración de las citadas pruebas extraordinarias para el alumnado con asignaturas no superadas, tendrán lugar del 1 al 5 de septiembre del curso académico siguiente» (FJ 1.º).

El TSJ apoyó la anulación de la citada Disposición Adicional en dos argumentos principales: a) La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, establece la competencia del Consejo Escolar para «aprobar y evaluar la programación general anual del centro sin perjuicio de las competencias del Claustro de Profesores, en relación con la planificación y organización docente», y b) el Decreto 544/2004, de 30 de noviembre, incluye entre las competencias del Claustro de Profesores de centros públicos: «aprobar la planificación general de las sesiones de evaluación» (FJ 2.º).

El recurso de casación se basa en la vulneración de los artículos 127 y 129 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, el artículo 3 del Código Civil, así como el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El Tribunal los examina de forma conjunta. En

consecuencia, afirma que al atribuir una competencia específica sobre el calendario escolar a los Consejos Escolares, la Disposición Adicional impugnada conculca la regulación de la Ley Orgánica señalada, que deposita esa competencia sobre el calendario de evaluaciones en el Claustro de Profesores (FJ 5.º).

Con base en esta argumentación se desestima el recurso de casación.

C) Ordenanzas municipales

a) *Titularidad de la potestad normativa local: nulidad de ordenanzas de una entidad local menor por invasión de competencias municipales*

La STSJ de Castilla y León de 12 de mayo de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ponente: Luis Miguel Blanco Domínguez), Id Cendoj 09059330022010100189, resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 1/2009 interpuesto por el Ayuntamiento de Santo Tomé del Puerto (Segovia) contra Acuerdo de 6 de junio de 2006, de la entidad local menor de Siguero (Segovia) sobre aprobación provisional de las ordenanzas fiscales referidas a las siguientes tasas: tasa por suministro de agua potable y saneamiento; tasa de cementerio municipal y tasa de contribuciones especiales. El recurso solicita la nulidad de dichas normas apoyándose en tres argumentos principales:

- a) La entidad local menor de Siguero no tiene competencia en materia de abastecimiento de aguas, saneamiento y cementerio. Esta competencia es del Ayuntamiento de Santo Tomé del Puerto y no la ha delegado.
- b) La Junta Vecinal de Siguero que ha aprobado los acuerdos, carece de competencia para ello, pues esa competencia corresponde al Pleno del Ayuntamiento de Santo Tomé del Puerto.
- c) Se ha infringido el procedimiento de aprobación de ordenanzas que exige la audiencia a los interesados, la intervención del Secretario del Ayuntamiento y un verdadero informe económico del coste del servicio (FJ 2.º).

Al respecto afirma el Tribunal que, conforme al artículo 50 de la Ley Territorial 1/1988, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León, las competencias propias de las entidades locales menores están limitadas, desde el punto de vista orgánico o por razón de la materia, a la administración y conservación de su patrimonio, incluido el forestal; a la regulación del aprovechamiento de sus bienes comunales; así como a la vigilancia, conservación y limpieza de vías urbanas, caminos rurales, fuentes, lavaderos y abrevaderos. Asimismo, estas entidades podrán ejecutar las obras y prestar los servicios que les delegue expresamente el Ayuntamiento. Además, en el ejercicio de sus competencias propias y delegadas las entidades locales menores tienen potestad reglamentaria y de autoorganización conforme al artículo 51 de la misma Ley; y se prevé expresamente su potestad de establecimiento de tasas, precios públicos y contribuciones especiales (FJ 3.º).

Pues bien, en el caso concreto, apunta el Tribunal que los acuerdos impugnados de la entidad local menor se referían a servicios de competencia municipal y, en concreto, de competencia del Ayuntamiento demandante: suministro de agua potable y saneamiento; cementerio municipal; realización de obras públicas y establecimiento o ampliación de servicios públicos. Y, puesto que no se probó que existiese ningún tipo de delegación de estas

competencias por parte del Ayuntamiento titular de ellas, el Tribunal concluye declarando la nulidad de los acuerdos impugnados conforme al artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (FJ 4.º).

Posteriormente, el Tribunal analiza brevemente el resto de alegaciones referidas al procedimiento de elaboración de las ordenanzas, que también conducirían a la declaración de su nulidad (FJ 5.º).

Con base en estos argumentos se estima el recurso.

b) Procedimiento de elaboración: el incumplimiento de exponer al público la ordenanza por el plazo legalmente establecido determina su nulidad

La **STS de 12 de abril de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª; ponente: Joaquín Huelin Martínez de Velasco), Id Cendoj 28079130022010100277, resuelve el recurso de casación núm. 4317/2009 interpuesto por la entidad mercantil «France Telecom España S.A.» contra la Sentencia de 18 de junio de 2009 del TSJ de Extremadura, que había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo de la misma entidad contra la Ordenanza fiscal reguladora de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local del Ayuntamiento de Oliva de Mérida.

El principal motivo en que se apoya el recurso de casación es la incongruencia de la Sentencia de instancia, que no dio respuesta a una alegación determinante para obtener la posible declaración de nulidad total de la ordenanza: la vulneración del artículo 17.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL) que impone la publicidad del texto de la ordenanza en el tablón de anuncios del municipio. Al respecto, afirma el Tribunal que este motivo debe prosperar, pues, en efecto, el Tribunal *a quo* omitió cualquier referencia a esta importante alegación (FJ 1.º). Una vez casada la Sentencia, el Tribunal procede a dar respuesta a la alegación de la entidad recurrente con base en el artículo 95.2.c) y d) de la LJCA.

Constata el Tribunal que la aprobación provisional de la ordenanza estuvo expuesta en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Oliva de Mérida durante 25 días, del 9 de noviembre al 10 de diciembre de 2007; mientras que el artículo 17.1 TRLRHL exige la exposición durante un plazo mínimo de 30 días, con el fin de que los interesados examinen el expediente y presenten las reclamaciones oportunas. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal el cumplimiento de este plazo es obligatorio y su inobservancia determina la nulidad del texto aprobado con posterioridad. De modo que, con base en este argumento, se estima íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto y se declara la nulidad de la ordenanza impugnada (FJ 2.º).

6. INSTRUCCIÓN

A) Naturaleza jurídica: las instrucciones no forman parte del ordenamiento jurídico

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de enero de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª; ponente: Raquel Iranzo Prades), Id Cendoj 02003330022010100068,

resuelve el recurso contencioso-administrativo núm. 243 de 2006 interpuesto por la Central Sindical Independiente de Funcionarios (CSI-CSIF) contra la Resolución de 14 de febrero de 2006, sobre procedimiento de evaluación de los docentes de la Dirección General de Coordinación y Política Educativa de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. El recurso se apoya en la trascendencia de la Resolución para la selección y promoción profesional de los funcionarios docentes que exige la previa negociación, consulta o comunicación a la Mesa Sectorial de Negociación.

La Junta de Comunidades solicita la inadmisión del recurso al entender que, conforme al artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la instrucción impugnada no constituye una disposición de carácter general, sino una simple orden jerárquica que no innova o integra el ordenamiento jurídico y que, por tanto, no puede ser objeto de impugnación en sede judicial. El Tribunal rechaza este motivo de inadmisibilidad del recurso al entender que es discutible que se esté ante orden o instrucción de carácter jerárquico sin naturaleza normativa. A continuación, recuerda los criterios tradicionales de distinción de instrucciones y reglamentos:

- a) El elemento jerárquico, conforme al cual las instrucciones contienen directivas de órganos superiores que obligan exclusivamente a sus subordinados. Esto supone que su fuerza vinculante no deriva de su carácter normativo, sino del principio de jerarquía, fundamentalmente, lo que lleva al comienzo de su eficacia sin necesidad de publicación previa.
- b) La eficacia interna o externa de la disposición: las obligaciones impuestas por una instrucción sólo pueden referirse a los funcionarios en su ámbito interno y no afectar a los ciudadanos.

Conforme a estos criterios, pueden diferenciarse las instrucciones que carecen de valor normativo, de las disposiciones generales de carácter reglamentario y que sí tienen calidad de norma. Para el caso concreto, el Tribunal no afirma de forma expresa la efectiva naturaleza jurídica de la Resolución impugnada, únicamente afirma que constituye un desarrollo del Decreto 133/2000, que precisa procedimientos y baremos para la evaluación de los docentes y que, por tanto, no puede quedar excluido del control judicial (FJ 2.º).

Con respecto a la vulneración del artículo 32 de la Ley 9/1987 que exige la negociación previa de los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios, afirma el Tribunal que la Resolución recurrida no afecta a ninguno de estos aspectos. Lo único que establece la Resolución son unos criterios para evaluar la experiencia profesional docente o el desempeño de puestos directivos que pueden tenerse en cuenta en los procesos selectivos para cubrir determinadas plazas o para conceder licencias por estudios. Pero en ningún caso regula los sistemas de selección o provisión de los puestos. Así que se rechaza el motivo alegado (FJ 3.º).

Con base en estos argumentos se desestima el recurso.

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) **Denegación de indulto.**
 - B) **Actos de trámite.**
 - a) Impugnabilidad de «informe» con contenido decisorio.
 - C) **Inactividad administrativa.**
3. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.
 - A) **Motivación.**
 - a) La motivación como causa de anulabilidad y su convalidación.
4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
 - A) **Iniciación.**
 - a) El inicio del procedimiento de apremio exige la previa notificación al administrado del fin de la suspensión y la apertura del plazo para el pago voluntario.
 - B) **Tramitación.**
 - a) Audiencia a los Consejos y Colegios profesionales en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos.
 - b) El escrito de alegaciones al acta de disconformidad es actuación inspectora que produce el efecto de hacer cesar la interrupción de las actuaciones.
 - C) **Finalización.**
 - a) Caducidad de un procedimiento de deslinde de vías pecuarias.
5. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA.
 - A) **Notificación del acto.**
 - a) Notificación a persona distinta del destinatario.

6. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

A) Revisión de oficio.

- a) Improcedencia de revisión de oficio frente a actos recurridos.
- b) Inadmisión procedente de solicitud de revisión de oficio.

B) Recursos administrativos.

- a) Plazo de interposición del recurso de alzada.
 - b) La responsabilidad patrimonial no constituye una vía alternativa para impugnar actos administrativos.
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de abril y junio de 2010, ambos incluidos, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.

En este período no existe ningún pronunciamiento jurisprudencial que, por su especial interés, merezca ser destacado.

2. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Denegación de indulto

La **STS de 14 de mayo de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), recurso 636/2008, se pronuncia sobre la impugnación de un acto del Consejo de Ministros por el que se desestima una petición de indulto. Afirma el Tribunal, recordando sentencias anteriores, que, en estos casos, no se trata de «auténticos actos administrativos», si bien no les da una calificación expresa de otra naturaleza, salvo la de «acto graciable», sino que se limita a afirmar el control jurisdiccional de los elementos reglados de dicho acto del Gobierno.

B) Actos de trámite

a) Impugnabilidad de «informe» con contenido decisorio

La **STS de 2 de junio de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), recurso de casación 4114/2007, conoce del recurso frente a una resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información por la que se inadmitía el recurso administrativo contra un acto de la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional. Esta Comisión había remitido a diversos operadores de red y prestadores de estos servicios una comunicación mediante la que ponía su «informe» en conocimiento de aquéllos, a los efectos de que procedieran a la resolución de los

contratos-tipo que les ligaban. En dicho informe, la Comisión enumeraba a los prestadores de servicios de tarificación adicional que habían incumplido el Código de Conducta de forma reiterada. Pues bien, frente a los argumentos esgrimidos por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo entiende que esta comunicación de la Comisión es recurrible en vía administrativa. No cabe negar el contenido declaratorio y decisorio de este acto, que tiene una directa incidencia en las relaciones y situaciones jurídicas de sus destinatarios. Por un lado, como ya se ha dicho, la citada Comisión declara la reiteración en el incumplimiento del código de conducta por parte del operador del servicio de tarificación adicional, con los efectos inherentes a tal juicio de conducta, concretados en que la resolución del contrato entre operadores (de red y de servicios) deviene obligatoria si dicho incumplimiento se reputa reiterado. Esta sola declaración justificaría por sí misma la posibilidad de su impugnación en vía administrativa, pues no se puede privar al afectado de las posibilidades de reacción frente a ella.

C) Inactividad administrativa

La **STS de 27 de abril de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), recurso de casación 3359/2008, estima el recurso administrativo deducido contra la desestimación del requerimiento efectuado al Servicio de Infraestructuras Agrarias del Gobierno de Navarra para que ejecute una Resolución del Servicio de Estructuras Agrarias que procede a aceptar el desistimiento de la recurrente contra las Bases Definitivas Modificadas de Concentración Parcelaria.

3. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación

a) *La motivación como causa de anulabilidad y su convalidación*

La **STSJ de Castilla y León de 19 de abril de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), sentencia núm. 872/2010, conoce de la impugnación de una Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Castilla y León que estimó, en parte, las reclamaciones económico-administrativas contra acuerdos dictados por la Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Valladolid. En lo que aquí interesa, se argumenta por la parte recurrente que los actos recurridos incurren en un vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.e) LRJ-PAC, por carecer de la necesaria motivación. El Tribunal considera que este alegato no puede prosperar, ya que la falta de motivación ha de considerarse sólo como un supuesto de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho, susceptible de convalidación. Recuerda jurisprudencia anterior conforme que afirma que los actos administrativos de valoración, faltos de motivación, son anulables. Pero, la Administración no sólo está facultada para dictar uno nuevo en sustitución del anulado, debidamente motivado, sino que está obligada a ello, en defensa del interés público y de los derechos de su Hacienda. Cierto es, añade, que el derecho de la Administración a corregir las actuaciones producidas con infracción de alguna garantía o formalidad o insuficiencia de motivación en las comprobaciones de valores, no tiene carácter limitado,

pues está sometido, en primer lugar, a la prescripción, es decir, puede volver a practicarse, siempre que no se haya producido dicha extinción de derechos. Y, en segundo lugar, a la santidad de la cosa juzgada, es decir, si se repite la valoración con la misma o similar ausencia de motivación, compartiría la pérdida (entonces sí) del derecho a la comprobación de valores y en ambos casos (prescripción o reincidencia), la Administración había de pasar por la valoración formulada en su día por el contribuyente.

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Iniciación

a) *El inicio del procedimiento de apremio exige la previa notificación al administrado del fin de la suspensión y la apertura del plazo para el pago voluntario*

La **STS de 14 de abril de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), recurso de casación para la unificación de doctrina 15/2005, estima el recurso de casación en relación con una providencia de apremio, dado que es improcedente el inicio del procedimiento de apremio sin la previa notificación al administrado del fin de la suspensión y la apertura del plazo para el pago voluntario.

En este sentido, señala el TS que «el recurso debe estimarse, pues, aunque el artículo 20.8 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, en su inicial redacción (aplicable al presente supuesto), dispone que “resuelto el recurso o reclamación que dio lugar a la suspensión, si el acuerdo no anula la liquidación impugnada, deberá pagarse en el plazo voluntario que restaba en el momento de la suspensión”, es lógico que el *dies a quo* para computar ese plazo que resta sea cierto, y común tanto para la Administración como para el sujeto pasivo, y no ser diferente para ambos como ocurriría en el caso de que se notificase en distintos momentos a uno y a otro la resolución del recurso o reclamación. Esta certeza y unidad de plazo sólo se consigue mediante la notificación al obligado al pago, de que comienza a computarse el tiempo que resta para el pago voluntario». La falta de notificación frente a la providencia de apremio constituye un defecto formal en el título expedido para la ejecución, al carecer de la notificación adecuada del plazo que resta para abonar la deuda tributaria. Tras la nulidad de la providencia de apremio, se retrotraen las actuaciones para que la Administración tributaria notifique al sujeto pasivo el plazo que tiene para efectuar el pago voluntario de la deuda tributaria.

B) Tramitación

a) *Audiencia a los Consejos y Colegios profesionales en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos*

La **STS de 23 de abril de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), recurso de casación 6098/2008, casa la sentencia de instancia (de septiembre de 2008) y anula la Orden del Ministerio de Justicia que expidió un título de Procurador de los Tribunales, sin haber otorgado la preceptiva audiencia al Consejo General de Colegios Oficiales de Procuradores de los Tribunales, infringiendo el artículo 84 LRJ-PAC. Con ello se reitera

la jurisprudencia consolidada desde las SSTs de 20, 21, 22 y 23 de mayo de 2008, en las que se realiza una reconsideración del interés de dichos Consejos y Colegios profesionales en los procedimientos administrativos de concesión y homologación de títulos, y en las que se afirma con toda claridad que los Colegios Oficiales de Procuradores de los Tribunales tienen interés legítimo y directo en los procedimientos administrativos dirigidos a la expedición de títulos de Procurador de los Tribunales en favor de personas no licenciadas en Derecho, por lo que tienen derecho a la notificación de la incoación, a la personación en el procedimiento y al trámite de audiencia a los interesados.

b) *El escrito de alegaciones al acta de disconformidad es actuación inspectora que produce el efecto de hacer cesar la interrupción de las actuaciones*

La **STS de 26 de abril de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), recurso de casación 440/2005, conoce la impugnación de la decisión del Tribunal Económico-Administrativo Central en resolución de reclamación formulada frente a varios Acuerdos de la Oficina Nacional de Inspección. Entre otros argumentos, el demandante alegaba la aplicación del artículo 31.4 del Reglamento General de la Inspección de Tributos, de forma que la interrupción injustificada del procedimiento por plazo superior a seis meses tendría como efecto que no se considerase interrumpida la prescripción, y si bien reconocía haber presentado un escrito de alegaciones al acta de disconformidad, el demandante negaba que tal documento tuviera el carácter de actuación inspectora. El Tribunal Supremo, conforme a un criterio jurisprudencial hoy unánime (así, entre otras, SSTs de 7 de noviembre de 2008, de 21 y de 27 de mayo de 2009), afirma que el escrito de alegaciones al acta de disconformidad (o, en su defecto, el traslado para que se formule), en cuanto trámite esencial del procedimiento inspector, hace cesar la situación de interrupción en la que éste se encontraba. Por ello, dado que el demandante presentó alegaciones frente a las actas, no se produjo el efecto señalado en el artículo 31.4 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, con la consecuencia de que, en modo alguno, prescribió la potestad administrativa para dictar los actos recurridos.

C) Finalización

a) *Caducidad de un procedimiento de deslinde de vías pecuarias*

La **STS de 19 de mayo de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a), recurso de casación 2993/2006, analiza la normativa aplicable sobre caducidad en relación con un procedimiento de deslinde de vías pecuarias. Dado que atendiendo a la fecha del inicio del procedimiento de deslinde son aplicables los preceptos de la Ley 30/1992, en su redacción originaria, no existe la caducidad del procedimiento de deslinde apreciada por la Sala de instancia, por lo que se casa la sentencia recurrida. A este respecto se reiteran las consideraciones de la STS de 28 de enero de 2009: «Es claro que la propia y específica naturaleza del procedimiento de deslinde, en cuanto a través del mismo se procura la exacta identificación del dominio público, promueve y defiende intereses generales que revierten en beneficio de los ciudadanos, y esta constatación es la que nos lleva a excluir la aplicabilidad del tan citado artículo 43.4», que en la redacción original de la LRJ-PAC se refiere a los procedimientos iniciados de oficio «no susceptibles de producir efectos favorables para los ciudadanos».

5. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Notificación del acto

a) *Notificación a persona distinta del destinatario*

En la **STS de 4 de mayo de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), recurso de casación 161/2008, la parte recurrente niega validez a la notificación del acto por correo certificado con base en el hecho de que se trata de un «giro postal» remitido a una asesoría jurídica. Considera el Tribunal que la notificación se practicó en forma, ya que se practicó en la persona de un sujeto debidamente identificado, pues su nombre figura legible, que, además, identificó su relación con el sujeto al que debía entregarse la notificación. Además, el documento, ciertamente, tanto sirve para «giro postal», como para «envío certificado».

6. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Revisión de oficio

a) *Improcedencia de revisión de oficio frente a actos recurridos*

En la **STS de 18 de mayo de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), recurso de casación 3238/2007, el Tribunal recuerda que la potestad de revisión de oficio es una potestad excepcional que se le otorga a la Administración para revisar los actos administrativos sin acudir a los Tribunales y sin tan siquiera esperar a su impugnación por los interesados. Prevista para vicios especialmente graves provocadores de la nulidad o anulabilidad de los actos, constituye, en definitiva, una manifestación extrema de la autotutela administrativa. Debido a esta especial configuración de dicha potestad administrativa, existen importantes límites o condicionantes a la misma. Por lo que a esta sentencia interesa, uno de ellos es que el artículo 102 LRJ-PAC deja claro que no procede la revisión de oficio en el caso de que un interesado hubiera entablado en plazo el correspondiente recurso contencioso-administrativo, puesto que, en tal supuesto, o bien la Administración hubiera podido allanarse, o bien la resolución judicial habría resuelto sobre la nulidad pretendida por dicho interesado. No cabe, en cambio, que un interesado, tras no obtener judicialmente dicha nulidad, solicite la nulidad de oficio por las mismas u otras causas a las ya alegadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En este supuesto, la actora interpuso dos recursos contencioso-administrativos, que fueron desestimados. Es evidente, con esto, que la entidad recurrente ha obtenido una efectiva tutela judicial.

b) *Inadmisión procedente de solicitud de revisión de oficio*

La **STS de 14 de abril de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), recurso de casación 3533/2007, tras reiterar el carácter excepcional de esta potestad administrativa, afirma que, en el caso concreto, se ha de descartar la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) LRJ-PAC que, según reiterada jurisprudencia, se reserva únicamente para los supuestos de omisión absoluta del procedimiento. Puesto que, en el caso de autos,

el procedimiento administrativo se atuvo a lo dispuesto en la Orden de 10 de febrero de 1999, que regula el procedimiento de integración en la Red Básica de Loterías y Apuestas del Estado, no concurre esta causa de nulidad. Tampoco puede admitirse que haya existido un acto contrario al ordenamiento jurídico que otorgase a la codemandada derechos y facultades para los cuales carecía de los requisitos esenciales [artículo 62.1.f) LRJ-PAC].

En consecuencia, analizadas estas dos causas de nulidad de pleno derecho, el Tribunal concluye que puede razonablemente sostenerse que carecen manifiestamente de contenido.

En cuanto a la alegación de lesión de derechos o libertades susceptibles de amparo constitucional [artículo 62.1.a) LRJ-PAC], también puede concluirse razonablemente que carecía manifiestamente de contenido. Es cierto que el simple hecho de que la Orden reguladora del procedimiento no contemple el trámite de audiencia no impide que dicha disposición pudiera interpretarse a la luz de la previsión del artículo 84 LRJ-PAC. Y es cierto, también, que no puede excluirse la posibilidad de que en determinadas circunstancias la omisión del trámite de audiencia implique una situación de plena indefensión causante de una nulidad de pleno derecho. Sin embargo, en el caso presente, tiene razón la Administración al apreciar que se trata de un procedimiento reglado en el que basta la comprobación de ciertos requisitos para que proceda otorgar la integración que se solicita, por lo que no resulta ineludible la llamada al procedimiento de otros sujetos potencialmente interesados ni su ausencia podría ser causante por sí misma de indefensión que pudiera determinar una nulidad de pleno derecho, ya que la concesión o no de la integración es exclusivamente dependiente de circunstancias ajenas a tales posibles terceros. Así las cosas, parece manifiesto que no podría concurrir la causa de nulidad de pleno derecho consistente en una lesión de derechos susceptibles de amparo constitucional prevista en la letra a) del artículo 62.1 LRJ-PAC.

B) Recursos administrativos

a) *Plazo de interposición del recurso de alzada*

La **STS de 8 de abril de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), recurso de casación 5720/2004, considera que la fecha de notificación al Director General del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria es la de entrada de la comunicación en la Delegación Regional de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sin que, frente a ello, puedan oponerse consideraciones tales como la complejidad de servicios, volumen de trabajo o cualquier otra similar, que no son propias de los principios que deben regir la comunicación inter-órganos de un mismo Departamento y que, en cualquier caso, no pueden perjudicar al contribuyente, tanto más cuanto que éste cuenta con la confianza legítima que deriva de haber recibido una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional que resulta favorable a sus intereses.

b) *La responsabilidad patrimonial no constituye una vía alternativa para impugnar actos administrativos*

La **STS de 26 de mayo de 2010** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), recurso de casación 3431/2008, afirma, reproduciendo jurisprudencia anterior, que la respon-

sabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no constituye una vía alternativa para impugnar actos administrativos que se dejaron consentidos. Con igual o más razón, no la constituye tampoco cuando esos actos se impugnaron jurisdiccionalmente, recayendo sentencias que los declararon conformes a Derecho.

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO

CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS.
 - A) **Aplicación del Derecho a la tutela judicial efectiva en la contratación pública.**
 3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.
 - A) **Requisitos para la aplicación del «principio de enriquecimiento injusto» en caso de modificaciones respecto del proyecto inicial en la ejecución del contrato.**
 - B) **La revisión de precios resulta *ex contractu* y no *ex lege*.**
 - C) **Devengo de los intereses legales de los intereses vencidos derivados de cantidades «líquidas y vencidas» adeudadas por la Administración por demora en el pago, desde el momento de la interposición del recurso contencioso-administrativo. Aplicación supletoria de la figura del «anatocismo» (artículo 1109 CC).**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de mayo a agosto 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, sin que se aprecie ninguna cuestión digna de resaltar.

2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) **Aplicación del Derecho a la tutela judicial efectiva en la contratación pública**

La STJCE de 6 de mayo de 2010, Sala Cuarta, Asuntos Acumulados C-145/08 y C-149/08, apartado 88, afirma que el Derecho de la Unión, en particular, el derecho a una tutela judicial efectiva, se opone a que una normativa nacional establezca que los miembros de una unión temporal de empresas, licitadora en un procedimiento de adjudicación de un con-

trato público, sean privados de la posibilidad de solicitar, a título individual, la reparación del perjuicio que hayan sufrido de forma individual a raíz de una resolución, adoptada por una autoridad distinta del poder adjudicador, que forme parte de dicho procedimiento de conformidad con las normas nacionales aplicables y que pueda influir en su desarrollo.

3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) **Requisitos para la aplicación del «principio de enriquecimiento injusto» en caso de modificaciones respecto del proyecto inicial en la ejecución del contrato**

La STSJ del Principado de Asturias 638/2010, de 24 de mayo (recurso contencioso-administrativo 1126/2006), FD 3.º, afirma, en plena consonancia con una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que «si bien es cierto que el contratista tiene derecho al abono de la obra realmente ejecutada, constituye regla general que el cumplimiento y efecto de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes y, en consecuencia, ningún contratista puede pretender el abono de obras que excedan en calidad o cantidad de las que expresamente fueron convenidas (cuando no ha mediado orden alguna de la Administración para su realización). (...) los empresarios que ejecuten modificaciones no autorizadas, con conocimiento de su irregularidad, no tendrán derecho al abono de las mismas».

B) **La revisión de precios resulta *ex contractu* y no *ex lege***

La STSJ del Principado de Asturias 607/2010, de 24 de mayo (recurso contencioso-administrativo 113/2008), FD 3.º, afirma, en aplicación de una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que para la aplicación de la figura de la revisión de precios «se exige pacto expreso en el contrato, es decir, la revisión de precios resulta *ex contractu* y no *ex lege*». Argumenta la sentencia que «(...) para que sea procedente la revisión de precios “ha de haberse ello pactado expresamente, pues el derecho de revisión surge del pacto (*pacta sunt servanda*) y no de la Ley” (...) el sistema de revisión de precios supone una excepción a los principios contractuales de riesgo y ventura, precio cierto e inmutabilidad del contrato, siendo calificadas estas disposiciones de excepcionales por la jurisprudencia no siendo susceptibles de una interpretación extensiva (...) precisamente por ser una excepción, la revisión debe realizarse dentro de los límites establecidos por la norma una vez pactada; pues, en definitiva, se está ante un contrato administrativo, en que el recurrente aceptó los términos y el precio del contrato, ya que se interesa la actualización generalizada del precio del contrato que ya había aceptado».

C) **Devengo de los intereses legales de los intereses vencidos derivados de cantidades «líquidas y vencidas» adeudadas por la Administración por demora en el pago, desde el momento de la interposición del recurso contencioso-administrativo. Aplicación supletoria de la figura del «anatocismo» (artículo 1109 CC)**

La STSJ de la Comunidad de Madrid 516/2010, de 7 de junio (recurso contencioso-administrativo 3449/2008), FD 4.º, aplica la Jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo

que entiende ajustada al ordenamiento jurídico la pretensión de pago de intereses sobre intereses vencidos, con la siguiente fundamentación jurídica:

«Tal como tiene declarado el Tribunal Supremo mientras que en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se prevé expresamente el efecto de la demora de la Administración en el pago de las certificaciones, facturas, etc., no ocurre otro tanto respecto de las obligaciones y consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento por la Administración de aquel pago, cuando se trata ya de una cantidad “líquida vencida” aunque lo sea por el concepto jurídico de “intereses vencidos y adeudados”. Al faltar dicha específica regulación, tanto en la LCAP como en el Reglamento, ni contemplarse tampoco en otras normas del Derecho Administrativo eventualmente aplicables, es por lo que habrá de acudir a la aplicación de las normas de Derecho privado, en este caso al artículo 1109 del Código Civil “... pues, caso de no ser así se habrían de originar unos daños y perjuicios en el contratista al que no se le abonan aquellos primeros intereses legales vencidos, constriñéndole a seguir un proceso jurisdiccional que podría haber evitado si aquélla a su tiempo hubiera cumplido, cuyo resarcimiento se logra, en cierta manera, con el abono de los intereses legales sobre dichos intereses vencidos y no satisfechos (...) resolución esta que manifiesta que el artículo 1109 del Código Civil, es de aplicación como consecuencia de la aplicación del artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado que reenvía al Derecho privado —Código Civil— cuando no existan normas específicas rectoras de situaciones singulares y, sin embargo, sean objeto de regulación por el *ius civile*, es evidente que a él se ha de acudir, y en este aspecto el Código Civil en artículo 1109 dispone “los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados aunque la obligación haya guardado silencio en este punto”. En consecuencia nos encontramos ante unos intereses que como suma o deuda principal vencida, líquida y exigible entra de pleno, ante la ausencia de norma específica en contrario en las previsiones del artículo 1109 del Código Civil al cual reenvía el indicado artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, lo contrario quebraría el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución y rompería el equilibrio objetivo de las prestaciones que como principio esencial de toda manifestación contractual debe primar. Ello determina que debemos reconocer, también, a la hoy actora, el derecho que ostenta al abono de los intereses a que alude dicho artículo 1109 del Código Civil y que previene que los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto, en relación a la cantidad que se concede en este recurso en concepto de interés de demora por retraso en el pago de la revisión de precios, cantidad que era líquida cuando se interpuso el recurso y que no es modificada en Sentencia, y que constituía una reclamación autónoma distinta de la de los intereses de demora por retraso en el pago de la certificación final».

En el mismo sentido, véase la **STSJ del Principado de Asturias 614/2010, de 24 de mayo** (recurso contencioso-administrativo 1756/2008), FD 3.º.

Ha de tenerse en cuenta que, en la actualidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 205.4 LCSP, la Administración deberá liquidar dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha de recepción (excepto en los contratos de obras —artículo 218 LCSP—). Si se produce demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha

contra la morosidad, aplicables a los contratos adjudicados con posterioridad al 8 de agosto de 2002, cuyo artículo 5 dispone que «El obligado al pago de la deuda dineraria surgida como contraprestación en operaciones comerciales incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por esta Ley automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimidación alguna por parte del acreedor». Añadiendo el artículo 7.2 de dicha ley 3/2004, que «El tipo legal de interés de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el banco central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales». Estableciendo la jurisprudencia asentada que la cantidad resultante de las operaciones anteriormente expuestas, a su vez devengará, conforme reiterada jurisprudencia, intereses legales desde la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo (y no desde la presentación de la demanda) y hasta la fecha de notificación de la sentencia firme, por aplicación del artículo 1109 del Código Civil (en aras de lo dispuesto en el artículo 7.1 de la LCAP —actual artículo 19.2 LCSP—) a la contratación administrativa, que permite, en casos como el presente, —en el que está determinada la cantidad a satisfacer en concepto de intereses y sólo requiere para su concreción de una simple operación matemática— que se devenguen intereses legales sobre intereses de demora vencidos (anatocismo).

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL.
 - A) **Competencias municipales.** Ordenanzas reguladoras de telecomunicaciones. Las competencias del Estado no excluyen las del municipio para atender los intereses derivados de sus competencias. Doctrina general.
 - B) **Organización municipal.** El Pleno puede delegar en la Junta de Gobierno Local la competencia para revisar de oficio el Acuerdo de Condiciones Comunes para el personal del Ayuntamiento.
 - C) **Organización provincial.** La creación de veguerías por el Estatuto de Autonomía de Cataluña como fórmula de organización territorial del Gobierno autonómico no afecta a la existencia de las Provincias en la Comunidad Autónoma de Cataluña. Si la veguería fuese la nueva denominación de la provincia en Cataluña en ningún caso la «creación, modificación y supresión, así como el desarrollo del régimen jurídico de las veguerías» podrían regularse por ley del Parlamento catalán.
 2. ORGANISMOS PÚBLICOS.
 - A) **Organismos autónomos.** La estructura orgánica de los organismos autónomos no se corresponde simétricamente con la de los Departamentos ministeriales.
 - B) **Autoridades independientes.** Banco de España. Competencias concurrentes de las Comunidades Autónomas.
 3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS.
 - A) **La modificación estatutaria hecha conforme a estatutos luego anulados es nula, no cabiendo la subsanación por otros estatutos nuevos.**
 - B) **La exigencia de mayoría absoluta para los acuerdos de mayor importancia no es anti-democrática.**
 - C) **Profesiones tituladas.** Lo trascendente a los efectos de homologación es la normativa existente en el momento en el que se cursaron los estudios y no en el momento en el que se solicita la homologación pretendida.
-

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Competencias municipales. Ordenanzas reguladoras de telecomunicaciones. Las competencias del Estado no excluyen las del municipio para atender los intereses derivados de sus competencias. Doctrina general

La STS de 6 de abril de 2010 (recurso 4450/2007), estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por una operadora de telefonía móvil contra la STSJ de Andalucía de 25 de junio de 2007, que a su vez estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada mercantil contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Almería de 22 de noviembre de 2001, por el que se aprobó la Ordenanza municipal para la instalación y funcionamiento de instalaciones de radiocomunicación.

La sentencia de instancia, citando la STS de 23 de mayo de 2006, partía de la premisa de que «la competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con inclusión de los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales, pudiendo establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, así como requisitos o exigencias para preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos, ordenación del tráfico y personas en vías urbanas, protección civil, prevención y extinción de incendios, ordenación, gestión ejecución y disciplina urbanística, protección del medio ambiente, patrimonio histórico-artístico y protección de la salubridad pública, pero, siempre, en el bien entendido de que el ejercicio de dicha competencia municipal, en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento jurídico a los Ayuntamientos, no puede entrar en contradicción de ninguna manera con la legalidad, ni traducirse en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones o en limitaciones que resultan manifiestamente desproporcionadas».

Tras ello la sentencia analizó los diferentes artículos impugnados por la parte recurrente, anulando algunos de ellos, pero salvando otros, que son ahora impugnados en casación. En esta sentencia el Tribunal Supremo va revisando una a una las distintas cuestiones planteadas.

El Tribunal empieza afirmando que «las restricciones establecidas por los Municipios, en el ejercicio de sus competencias normativas manifestado en las Ordenanzas Municipales, no pueden suponer una limitación absoluta del derecho de los operadores a establecer sus instalaciones; pero la utilización del término absoluta es indicativa de que la Sala de instancia no se manifiesta en contra de prohibiciones relativas, es decir, que limiten el derecho a la instalación de los operadores en determinado momento, circunstancia o lugar». Por ello, la Ordenanza no puede ser anulada en su totalidad como dijo la Sala de instancia y como se ha mantenido por reiterada doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 15 de diciembre de 2003 y de 4 de julio de 2006, entre otras), en las que se manifiesta lo siguiente:

«1.º) La competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales.

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 [artículos 4.1.a) LRBRL y 5 RSCL], tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos [artículo 25.2.a)], ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas [artículo 25.2.b)], protección civil, prevención y extinción de incendios [artículo 25.2.c)], ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística [artículo 25.2.d)], protección del medio ambiente [artículo 25.2.f)], patrimonio histórico-artístico [artículo 25.2.e)] y protección de la salubridad pública [artículo 25.2.f)].

2.º) El ejercicio de dicha competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.

Por ello puede resultar útil, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, el examen de los preceptos cuestionados desde las perspectivas de los parámetros que sirven para determinar la existencia de proporcionalidad; esto es, la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar.

Pero, claro está, sin negar *in radice* la competencia municipal para establecer mediante ordenanza una regulación que contemple los intereses indicados».

A continuación analiza el problema de las llamadas «zonas sensibles», es decir, la posibilidad de que la Ordenanza pueda imponer distancias mínimas de separación entre las instalaciones y ciertas zonas del municipio (viviendas, colegios, espacios públicos, hospitales, etc.). El Tribunal Supremo rechaza la impugnación del precepto relativo a la protección de estos espacios y confirma la posibilidad de que las ordenanzas municipales puedan establecer ciertas distancias a respetar por estas instalaciones citando lo manifestado, entre otras, por la STS de 17 de noviembre de 2009 (recurso 5583/2007), que viene a decir:

«El riesgo que la exposición prolongada a radiaciones electromagnéticas, en especial las procedentes de las estaciones-base de telefonía móvil, pueda ocasionar a la salud ha producido una honda preocupación a la sociedad; por ello, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas.

Esta disposición general establece unos límites máximos de emisión que dependen de las frecuencias utilizadas y recoge los criterios de protección sanitaria frente a campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas establecidos en la Recomendación del Consejo de Europa de doce de julio de mil novecientos noventa y nueve, relativa a la exposición al público en general a los campos electromagnéticos.

El hecho que este riesgo por los campos electromagnéticos procedentes de emisiones radioeléctricas no puede ser considerado cerrado desde una perspectiva estrictamente científica, es lógico que los Ayuntamientos en el ámbito de su propia competencia se sientan tentados a imponer medidas adicionales de protección en esta materia, bien exigiendo, como acon-

tece en el caso que enjuiciamos, límites o condiciones complementarios a los establecidos en el citado Real Decreto 1066/2001, bien, estableciendo distancias de protección frente a determinadas zonas sensibles —colegios, hospitales, parques y jardines públicos— estableciendo unas áreas de seguridad alrededor de esas zonas sensibles en los que no se permita la instalación de estaciones emisoras de radiaciones electromagnéticas.

De ahí, estas normas dentro del marco de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, tienen una finalidad preventiva y pretenden la adaptación de las licencias y mejoras técnicas disponibles».

También, con cita de la STS de 16 de julio de 2008, considera ajustada a Derecho la posibilidad de que las Ordenanzas municipales establezcan la llamada «cláusula de progreso», en virtud de la cual las instalaciones de radiocomunicación deberán utilizar aquella tecnología disponible en el mercado que comporte un menor impacto ambiental y visual. Lo mismo sucede con el establecimiento por el Ayuntamiento de la obligación de compartir emplazamientos por los distintos operadores, atendiendo a razones urbanísticas, paisajísticas o medioambientales, lo que ya se declaró en las SSTS de 17 de noviembre de 2009, 24 de octubre de 2006 y 23 de noviembre de 2006.

En relación con la exigencia por la Ordenanza reguladora de un plan técnico de implantación, cuya finalidad es racionalizar el uso del dominio público y reducir el impacto negativo que sobre el medio ambiente producen con frecuencia las instalaciones de radiocomunicación, el Tribunal Supremo reitera su doctrina contenida en las SSTS de 24 de mayo de 2005 y 17 de enero de 2009, según la cual «la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que antes se han relacionado. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el Ayuntamiento».

Igualmente el Tribunal Supremo confirma la validez de la exigencia de licencias de instalación y de funcionamiento para estas instalaciones, aunque anula, tal y como se hizo ya en la STS de 11 de octubre de 2006, la necesidad de presentar una póliza de seguro de responsabilidad civil que garantice la indemnización del daño que se pueda producir con vistas a obtener la licencia de instalación.

Otra sentencia de la misma fecha que la comentada, **STS de 6 de abril de 2010** (recurso 6553/2005), reitera la doctrina anterior sobre la competencia municipal para ordenar las instalaciones de telecomunicación y sobre la necesidad de exigir un informe técnico previo y unas distancias de separación entre éstas y las denominadas «zonas sensibles».

B) Organización municipal. El Pleno puede delegar en la Junta de Gobierno Local la competencia para revisar de oficio el Acuerdo de Condiciones Comunes para el personal del Ayuntamiento

La **STSJ de Castilla y León de 16 de abril de 2010** (recurso 944/2008), desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al acuerdo de la Junta de Gobierno

Local del Ayuntamiento de Burgos de 14 de octubre de 2008, por el que se declara de oficio la nulidad de pleno derecho del Acuerdo de Condiciones Comunes para todo el personal del Ayuntamiento de Burgos que fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de 27 de diciembre de 2006.

La parte recurrente sostiene que la Junta de Gobierno Local es incompetente para iniciar el procedimiento de revisión de oficio, por corresponder dicha competencia al Pleno del Ayuntamiento sin que ésta sea delegable, ni haya sido expresamente delegada. En consecuencia invoca la vigencia del acuerdo de condiciones comunes que debe serle de aplicación.

El Tribunal, en cambio, no acoge esta argumentación y señala que la revisión de oficio, aunque es competencia del Pleno, es susceptible de delegación de acuerdo con las previsiones del artículo 22.4 de la LBRL. En concreto afirma:

«Es cierto que aunque no hay una previsión expresa en concreto, sobre el órgano competente para la declaración de oficio de la nulidad de pleno derecho de los actos o disposiciones generales de la Administración local, lo cierto es que tanto doctrinal como jurisprudencialmente se ha entendido que se trata de una competencia del Pleno, máxime si se tiene en cuenta que, en el supuesto de actos anulables generadores de derechos, es competencia del Pleno la declaración de lesividad, artículo 22.2.k) de la LBRL, aun en el caso de actos emanados del Alcalde en el ejercicio de sus propias competencias.

Dicho esto sin embargo tratándose la anulación de oficio de un ejercicio de potestades de autotutela de carácter administrativo, como acción administrativa que es, según ha considerado igualmente la doctrina administrativista y la propia jurisprudencia, que incluso han de ejercitarse de oficio, para eliminar los actos y disposiciones nulos de pleno derecho, resulta que como tal acción administrativa, aunque competencia del Pleno, artículo 22.2.j) de la LBRL, es susceptible de delegación de acuerdo con las previsiones del artículo 22.4 de la LBRL, de las que resulta también la posibilidad de delegación de las competencias en materia de declaración de lesividad. Por ello sin perder de vista que de acuerdo con el artículo 13 de la LRJAP y PAC los actos dictados por delegación son imputables al órgano delegante, en este caso el Pleno, que en cualquier momento puede abocar su potestad, lo cierto es que no se puede admitir la falta de competencia que viene determinada por el acto ejecutado, ejercicio de acciones administrativas, no por el contenido del acuerdo al que se refieren esas acciones».

C) Organización provincial. La creación de veguerías por el Estatuto de Autonomía de Cataluña como fórmula de organización territorial del Gobierno autonómico no afecta a la existencia de las Provincias en la Comunidad Autónoma de Cataluña. Si la veguería fuese la nueva denominación de la provincia en Cataluña en ningún caso la «creación, modificación y supresión, así como el desarrollo del régimen jurídico de las veguerías» podrían regularse por ley del Parlamento catalán

Dentro de los numerosos pronunciamientos que efectúa el Pleno del Tribunal Constitucional en su **STC 31/2010, de 28 de junio**, sobre el análisis de constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía

de Cataluña, nos detenemos únicamente en aquellos que afectan al contenido de esta crónica y que se refieren fundamentalmente a la creación de la veguería como posible fórmula de organización territorial del Gobierno de Cataluña y a su relación con la provincia.

Previamente, el Alto Tribunal ha dejado claro que el artículo 86.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, —en adelante, EAC— no priva al Estado de los medios de control o de acción sobre los acuerdos de los municipios *ex* artículo 149.1 CE. También en su FJ 100.º considera que el artículo 160.1.b) EAC atribuye a la Generalitat la determinación concreta de las competencias que hayan de tener los entes locales, pero ello deberá circunscribirse a las áreas de competencia de la Comunidad Autónoma y, por tanto, respetar las competencias del Estado.

Entrando ya en la cuestión de mayor interés, los artículos 83, 90 y 91 EAC se refieren a la institución de la veguería, entendiéndolos recurrentes que el EAC suprime la provincia en Cataluña como ente local, infringiendo así los artículos 137 y 141 CE. Ello, sin embargo, no es entendido de igual forma por el Tribunal Constitucional que analiza primero la función de la provincia en Cataluña para posteriormente centrarse en la veguería.

En concreto, el TC afirma que «el hecho de que el Estatuto de Autonomía no haga mención de la provincia, salvo en su artículo 91.4 EAC, no puede suponer, en absoluto, la desaparición de esa entidad local en Cataluña. La provincia es una entidad asumida y asegurada en su existencia por la Constitución, que la define, al tiempo, como «entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios», y como **«división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado»** (artículo 141.2 CE). En ninguno de ambos conceptos está condicionada la provincia a confirmación alguna por parte de los Estatutos de Autonomía, de manera que su silencio sobre la institución no puede significar una excepción de las previsiones constitucionales al respecto». Considera el Tribunal que el Estatuto catalán ha querido ceñirse a la disciplina de la organización territorial en la que se estructura la propia Generalitat de Cataluña, ya que ésta es la única realidad que le es disponible, pues carecería de toda competencia para pronunciarse sobre la organización territorial del Estado en esa Comunidad Autónoma. Por tanto, «su objeto es la «organización del gobierno local de Cataluña», nunca la del gobierno local del Estado en ese territorio». Por ello, el EAC ha decidido estructurar la organización territorial básica de la Generalitat en municipios y veguerías (artículo 83.1 EAC), contando además con la comarca como ente de organización supramunicipal (artículo 83.2 EAC) y previendo la posible creación autonómica de otros entes supramunicipales (artículo 83.3 EAC).

El EAC configura la veguería como «la división territorial adoptada por la Generalitat para la organización territorial de sus servicios» (artículo 90.1 EAC), lo que en nada afecta a la provincia como «división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado» (artículo 141.2 CE), pues «ni la estructura provincial es el único criterio de organización territorial de los servicios públicos, ni con la opción estatutaria por la división del territorio catalán en veguerías se perjudica a la división del territorio del Estado en provincias». Por este motivo, la veguería en su condición de «división territorial» autonómica, no afecta en absoluto a la existencia de la provincia, «toda vez que la garantía constitucional de la provincia como entidad local no excluye la existencia de otras entidades de gobierno supramunicipal, fuera, claro está, de aquellas que pudieran perjudicar la existencia y autonomía de la única que en ese ámbito está constitucionalmente garantizada».

Por tanto, a juicio del Pleno del Tribunal Constitucional, el artículo 83.1 EAC no afecta a la división territorial del Estado en provincias, ni, en particular, a la división de Cataluña en las cuatro provincias actualmente existentes. Lo mismo sucede con el artículo 90.1 y 2 EAC, «pues ninguna de las dos dimensiones definidoras de la veguería (como división del territorio a efectos intraautonómicos y como gobierno local para la cooperación intermunicipal, que goza de autonomía para la gestión de sus intereses) perjudica en absoluto a la provincia como división territorial del Estado y como entidad local ni a las funciones constitucionales que le son propias; esto es, las de circunscripción electoral (artículos 68.2 y 69.2 CE), división territorial del Estado para el cumplimiento de sus actividades y la de entidad local con personalidad jurídica propia y dotada de autonomía (artículo 141.1 CE). En tal sentido, la previsión estatutaria de la existencia de veguerías, sean cuales sean sus límites geográficos, no puede suponer la supresión de las provincias en Cataluña ni la de sus funciones constitucionales».

En conclusión, el Tribunal Constitucional interpreta que «la veguería se constituye como una entidad local que, sin perjuicio de la provincia y de sus funciones constitucionalmente garantizadas, concurre con los municipios en la estructuración de la organización territorial básica de la Generalitat de Cataluña, también organizada en comarcas y otros entes supramunicipales de posible creación por la Comunidad Autónoma; esto es, como una entidad local propia de la Generalitat y distinta de la provincia, con la que convive en el respeto a su autonomía garantizada por la Constitución».

Dicho esto, el Tribunal Constitucional analiza el artículo 91 EAC que podría interpretarse de forma que se considerase a la veguería no como una nueva entidad local sino como una nueva denominación para la provincia en Cataluña y en este sentido podría interpretarse la previsión contenida en el artículo 91.3 EAC en virtud del cual los Consejos de veguería (en tanto que órganos de «gobierno y administración autónoma de la veguería» —artículo 91.1 EAC—) «sustituyen a las Diputaciones».

Para el Tribunal, tal posibilidad no es contraria a la Constitución, habida cuenta de 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 opone, por tanto, a que, a efectos estrictamente autonómicos, las provincias catalanas pasaran a denominarse veguerías. Como nada impide, tampoco, que, en ese supuesto, los Consejos de veguería sustituyeran a las Diputaciones provinciales, pues el artículo 141.2 CE prescribe que el gobierno y la administración autónoma de las provincias han de encomendarse «a Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo», como, a la vista del artículo 91.1 y 2 EAC, han de serlo los Consejos de veguería. De sustituir los Consejos de veguería a las Diputaciones corresponderá a la legislación del Estado determinar su composición y el modo de elección de sus miembros, correspondiendo también a la normativa básica estatal regular sus competencias en el orden local». Se trataría, en consecuencia, de una cuestión de denominación, pero no de regulación, que seguiría correspondiendo al Estado en el caso de que las provincias catalanas pasaran a denominarse veguerías.

Para el Tribunal Constitucional es posible interpretar tanto que la veguería es una fórmula de organización propia de la Administración autonómica catalana, distinta de la provincial del Estado, como que es una denominación de las provincias en Cataluña.

Aunque ello ha sido criticado en algún voto particular, ambas interpretaciones tienen, por tanto y en principio, 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».

Ahora bien, el Tribunal Constitucional precisa lo siguiente:

«Si la veguería no fuera sino la denominación de la provincia en Cataluña no cabría objeción constitucional alguna a la sustitución de la Diputación provincial por el Consejo de veguería, según prescribe el artículo 91.3 EAC. Sin embargo, en ningún caso la “creación, modificación y supresión, así como el desarrollo del régimen jurídico de las veguerías” podrían regularse entonces por ley del Parlamento catalán, como dispone el artículo 91.4 EAC, pues es obvio que, como ente local garantizado por la Constitución, la provincia denominada “veguería” en Cataluña es indisponible por el legislador autonómico, reservada como está a la ley orgánica cualquier alteración de los límites provinciales, según recuerda el propio artículo 91.4 EAC, con expresa remisión al artículo 141.1 CE. En tal caso, esta previsión estatutaria del artículo 91.4 EAC hay que interpretarla en el sentido de que, cuando se dé coincidencia geográfica de las provincias con las veguerías, es la simple denominación como veguería, es decir, la creación de esa institución a efectos exclusivamente autonómicos, o su desaparición o supresión, lo único que puede hacer la ley del Parlamento catalán, no la creación, modificación o supresión de las provincias, algo que, de ninguna manera, está al alcance del legislador autonómico.

Por el contrario, si la veguería es una entidad local de nuevo cuño no sería constitucionalmente admisible que los Consejos de veguería sustituyeran a las Diputaciones, de manera que el artículo 91.3 EAC, para ser conforme con la Constitución, ha de interpretarse de modo condicional, esto es, que los Consejos de veguería pueden sustituir a las Diputaciones en el exclusivo caso de que los límites geográficos de las veguerías coincidan con los de las provincias».

Entre los votos particulares de la sentencia los de los Magistrados D. Vicente Conde Martín de Hijas y D. Ramón Rodríguez Arribas se refieren a esta cuestión. El primero, entre otros motivos, considera que el artículo 83.1 EAC debe ser declarado inconstitucional —lo que arrastraría la misma declaración para los artículos 90 y 91—, en cuanto no incluye las provincias y ello contradice el artículo 137 CE. El Magistrado critica que el Tribunal Constitucional no se pronuncie sobre qué es exactamente la veguería y deje su concreción en manos del legislador de desarrollo «con lo que se deja abierto un amplio y preocupante espacio de seguridad jurídica en una cuestión de tan enorme trascendencia como es la de la estructura territorial del Estado y sus partes». Para el segundo, el mantenimiento del artículo 160.1.b) en unión de lo que dice el artículo 84 pone en peligro la homogénea estructura territorial del Estado. Tampoco considera aceptable que se deje abierta la constitucionalidad del artículo 91 en función de lo que haga el legislador autonómico, pues esta fórmula lo que hace es crear problemas o aplazarlos en lugar de resolverlos. Por ello, «no queda debidamente resguardado el principio constitucional de la homogénea estructura territorial del Estado en Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios, lo que unido a cuanto se acaba de decir sobre los municipios en Cataluña resulta particularmente grave».

2. ORGANISMOS PÚBLICOS

A) Organismos autónomos. La estructura orgánica de los organismos autónomos no se corresponde simétricamente con la de los Departamentos ministeriales

La **STS de 12 de abril de 2010** (recurso 152/2008), desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Asociaciones de Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado (FEDECA) contra el RD 1383/2008, de 1 de agosto, por el que se aprueba la estructura orgánica y de participación institucional del Servicio Público de Empleo Estatal (SPE).

El artículo 8 del RD 1383/2008, de 1 de agosto, que establece el régimen de competencias de la Subdirección General de Relaciones Institucionales y de Asistencia Jurídica del SPE, en sus apartados 5 y 6, recoge que corresponde a dicha Subdirección General: «La emisión de informes jurídicos sobre normas y proyectos y la coordinación de los proyectos normativos del organismo (...) La coordinación y el apoyo técnico jurídico a las distintas unidades del SPE, la tramitación y resolución de consultas jurídicas, así como la salvaguardia de la adecuada cobertura legal y defensa de los intereses del organismo y de la eficacia jurídica de los actos realizados».

La FEDECA pretendía la nulidad de estos preceptos basándose en la infracción del principio de legalidad y, concretamente, del artículo 1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Sostiene el argumento de que el artículo 1 de la Ley 52/1997 establece las competencias de asistencia jurídica que corresponden a los Abogados del Estado «sin perjuicio de las competencias atribuidas por la legislación a los Subsecretarios y Secretarios generales técnicos», que se concretan en los artículos 15 y 17 LOFAGE, de donde se desprende —según se aduce— que sólo a estos órganos departamentales pueden atribuirse responsabilidades en materia de asesoramiento jurídico. Sin embargo, el TS entiende que esta teoría no puede aceptarse puesto que la estructura orgánica de los organismos autónomos no se corresponde simétricamente con la de los Departamentos ministeriales establecida en el artículo 5 de la norma legal considerada, al regirse, con pleno respeto al principio de legalidad, por los principios de autonomía y descentralización funcional respecto de su organización y funcionamiento, en los términos que establece, en este supuesto, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

Por otro lado, el TS entiende que su pretensión no puede ser acogida, puesto que considera que de ningún modo puede estimarse que las específicas y singulares competencias atribuidas a la Subdirección General de Relaciones Institucionales y de Asistencia Jurídica del SPE en materia de asesoría técnico-jurídica interna invadan las competencias de asistencia jurídica de carácter integral y unitario que corresponden, por atribución legal, a los Abogados del Estado, que asumen la tutela de los derechos e intereses del Estado, y, en particular, el asesoramiento jurídico y la representación y defensa en juicio del Estado y de sus Organismos Autónomos.

En este sentido, cabe distinguir, entre las competencias de contenido jurídico que pueden atribuirse a órganos de la AGE o de sus Organismos Autónomos, que se revelen adecuadas y necesarias para garantizar la actuación regular de la entidad pública conforme a la Ley y al Derecho, que constituye un imperativo organizativo que emana del artículo 103 de la Constitución, de aquellas competencias de alcance general, que se refieren al

asesoramiento jurídico, a la representación y defensa procesal del Estado y de sus Organismos Autónomos, que corresponden a los Abogados del Estado, integrados en el Servicio Jurídico del Estado, reguladas en la Ley 52/1997, y que incluye la atribución de funciones consultivas y contenciosas, conforme a lo dispuesto en el artículo 551 LOPJ.

Por todo ello, el TS sostiene que la adecuada comprensión del contenido de las atribuciones en materia de asistencia técnico-jurídica a que se refieren los apartados 5 y 6 del artículo 8 del RD recurrido, que permite determinar su alcance y extensión, exige su integración con lo dispuesto en la Ley 56/2006, de 16 de diciembre, de Empleo, que configura el Servicio Público de Empleo Estatal como un organismo autónomo de los previstos en el Capítulo II del Título III de la LOFAGE, adscrito al MTAS, que tiene atribuidas competencias y facultades de carácter jurídico necesarias para el cumplimiento de sus fines de ordenación, ejecución y control de las políticas de empleo, por lo que no resulta extravagante la asignación de funciones de apoyo técnico-jurídico y de coordinación en este ámbito de las distintas unidades del Servicio, o de resolución de consultas jurídicas encaminadas a la salvaguarda de la actuación del Organismo conforme al principio de legalidad, por lo que el recurso debe ser desestimado.

B) Autoridades independientes. Banco de España. Competencias concurrentes de las Comunidades Autónomas

La **STS de 4 de mayo de 2010** (recurso 3856/2007), estima el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Vasco contra la Sentencia del TSJ del País Vasco de 17 de mayo de 2007 que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Banco de España contra el Informe de la Inspección realizado por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno autonómico a los estados financieros de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián.

El motivo de casación aceptado se ampara en la infracción de diversos artículos de la Ley de regulación de las Normas Básicas sobre órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, infracciones que se deberían a no haber reconocido la competencia a la Administración Vasca a efectuar la inspección realizada a la mencionada Caja de Ahorros. El Gobierno Vasco sostiene que la actuación inspectora realizada es conforme a las normas constitucionales y estatutarias atributivas de competencias, en particular, con la Disposición Adicional Primera de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, el artículo 43 bis de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, así como con otras Leyes más específicas como la Ley de Autonomía del Banco de España.

El TS confirma las conclusiones del TSJ del País Vasco en relación con la competencia controvertida. De este modo, entiende que la inspección y sanción de las entidades de crédito, incluso en la vertiente de ejecución, esto es, la vigilancia del cumplimiento de las normas de ordenación y la adopción de medidas concretas al objeto de garantizar la solvencia y buen funcionamiento del sistema financiero, pertenece al Estado, en concreto al Gobierno y al Banco de España en el marco de sus respectivas competencias, en la medida en que dichas facultades deben reputarse como bases de la ordenación del crédito competencia exclusiva del Estado, según el artículo 149.1.11 de la CE. Así cabe deducirlo de las SSTC 235/1999, de 16 de diciembre, 49/1988, de 22 de marzo o 96/1996, de 30 de mayo,

que atribuyen al Estado facultades concretas de supervisión y disciplina de las Entidades de Crédito.

Ahora bien, tiene razón el Gobierno Vasco en su recurso de casación en entender que no corresponden al Estado en exclusiva tales tareas, sino que también le corresponde a él una coparticipación en ellas, en los términos en que se deduce el Estatuto de Autonomía, las leyes básicas del Estado y el resto de la legislación autonómica y estatal aplicable. Como pone de relieve la Sentencia recurrida, o que se discute en este litigio no es tanto las facultades del Banco de España cuanto las posibles facultades concurrentes de la Administración autonómica en la supervisión de las Cajas de Ahorro. Ahora bien, no es posible determinar cuáles sean éstas sin delimitar previamente las competencias estatales básicas sobre la materia, pues sólo a partir de ellas pueden definirse las que correspondan a la Administración Vasca.

El TS entiende que las funciones de disciplina, inspección y sanción, solvencia y seguridad sobre las cajas de ahorro corresponden al Gobierno y al Banco de España dentro de sus respectivas competencias como competencias básicas del Estado. Y en materia de disciplina e Inspección, el Banco de España podría celebrar convenios con las Comunidades Autónomas, incluso dentro de las propias competencias del órgano regulador.

Por el contrario, las funciones análogas de las Comunidades Autónomas (disciplina, inspección y sanción) quedan referidas, aparte de a su propio territorio, a una cláusula de remisión a las materias que sean de su competencia. Esta referencia hay que buscarla en los Estatutos de Autonomía pero interpretada en todo caso a la vista de las referidas competencias básicas estatales. En cuanto a éstas es preciso advertir que la propia Ley de Autonomía del Banco de España les atribuye a las Comunidades Autónomas «una supervisión prudencial» en el ámbito de sus competencias. Pues bien, el artículo 10 del Estatuto de Autonomía del País Vasco atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre «26. Instituciones de crédito corporativo, público y territorial y Cajas de Ahorro en el marco de las bases que sobre ordenación de crédito y la banca dicte el Estado y de la política monetaria general». Tal competencia exclusiva ha sido desarrollada por la Ley Vasca 3/1991, competencia que le atribuye las funciones de «ordenación y disciplina aplicables a las entidades de crédito». Esta competencia, ha de entenderse, evidentemente, con pleno respeto a las competencias básicas delimitadas por la Disposición Adicional de la Ley Básica Estatal 31/1985. De este marco normativo deduce el TS que, en defecto de convenio entre el Banco de España y el País Vasco en materia de solvencia y seguridad de las cajas de ahorro, le corresponden al Banco de España en integridad las funciones de inspección, disciplina y sanción, y al Gobierno Vasco, con respeto a las estatales, la de vigilar el cumplimiento por parte de dichas entidades de las normas de ordenación y disciplina, lo que implicaría la facultad de recabar la información necesaria para valorar dicha actuación, pero defiriendo al Banco de España la decisión sobre el cumplimiento o incumplimiento de las normas.

Ahora bien, estimado en parte el recurso de casación, el TS estima en parte también el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Banco de España en su día pues, en el caso concreto, aunque se trata de una inspección de alcance limitado la del Banco de España, las actuaciones inspectoras abarcaron aspectos sustantivos cuya competencia corresponde en exclusiva al Estado y, por tanto, al Banco de España.

3. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

A) La modificación estatutaria hecha conforme a estatutos luego anulados es nula, no cabiendo la subsanación por otros estatutos nuevos

La **STS de 15 de junio de 2010** (recurso 5921/2006), desestima el recurso de casación, interpuesto por el Colegio Oficial de Enfermería de Valencia contra la Sentencia del TSJ de Valencia de 15 de septiembre 2006.

Los Estatutos del Colegio Oficial de Enfermería de Valencia de 10 de junio de 1999 fueron anulados por Sentencia de la Sala de Valencia de 21 de abril de 2004, sentencia que es firme. Mientras se tramitaba ese proceso, tuvieron lugar dos modificaciones de los Estatutos: una primera modificación estatutaria, de fecha 5 de marzo de 2002, que fue anulada por Sentencia del TSJ de Valencia de 18 de julio de 2005 y confirmada por la STS de 23 de septiembre de 2008; y una segunda modificación estatutaria inscrita mediante resolución de la Directora General de Justicia de la Comunidad Valenciana de 27 de febrero de 2004. Contra este acto interpuso recurso contencioso-administrativo el Consejo General de Diplomados en Enfermería de España, que fue estimado por la sentencia ahora impugnada.

Como consecuencia de la Sentencia del TSJ de la Sala de Valencia de 21 de abril de 2004, que anuló los Estatutos originarios, fueron aprobados unos nuevos Estatutos con fecha 29 de septiembre de 2004. Estos nuevos Estatutos fueron inscritos en virtud de resolución de la Directora General de Justicia de la Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 2006, es decir, antes de que se dictase la sentencia impugnada. En el fundamento tercero de esa resolución de 6 de marzo de 2006 se dice: «Dichos Estatutos han sido aprobados con los requisitos y formalidades previstos en el citado artículo 10 de la ley y en los propios Estatutos del Colegio, habiendo aprobado la Asamblea General la totalidad de los mismos, subsanando por tanto el defecto advertido en las sentencias anteriormente citadas e incorporándose, en ejercicio del control de legalidad, las correcciones a que se hace referencia en el fundamento anterior».

La sentencia impugnada estima el recurso contencioso-administrativo del Consejo General de Diplomados en Enfermería de España, básicamente sobre la base de dos argumentos. En primer lugar, considera que el acto administrativo recurrido —es decir, la resolución de la Directora General de Justicia ordenando la inscripción de la modificación estatutaria— está conectado, aun siendo distinto, con el objeto de las sentencias de la propia Sala de instancia de 21 de abril de 2004 y 18 de julio de 2005. Igualmente sostiene que habiendo sido anulados los Estatutos originarios, carecen de validez las posteriores modificaciones estatutarias efectuadas con fundamento en aquéllos pues «sería en efecto un contrasentido declarar la validez del acto de inscripción de una modificación estatutaria producida absolutamente en el vacío, al haberse anulado previamente el acto que acuerda la inscripción de la norma estatutaria que pretendía modificarse».

La sentencia impugnada rechaza que los nuevos Estatutos del año 2004 hayan convalidado el acto administrativo recurrido, de manera que se haya producido una subsanación sobrevenida de los vicios de que pudiera adolecer. Dice a este respecto que «aquí sí nos encontramos, precisamente, ante un acto absolutamente independiente del anterior. La aprobación de los nuevos estatutos no subsana los vicios de invalidez del acuerdo de inscripción de la modificación de los estatutos anteriores, que, como se ha razonado, trae

su causa de los antiguos estatutos, y no de los nuevos. Es decir, la aprobación de los nuevos estatutos no provoca la validación sobrevenida de la modificación de los antiguos, porque precisamente los nuevos estatutos se han aprobado *ex novo*, sin que los mismos hayan en modo alguno asumido, con efectos *ex tunc*, las modificaciones de los estatutos anteriores cuya inscripción fue anulada».

El TS comparte la opinión de la sentencia recurrida, si bien entra a analizar el segundo motivo de casación de los recurrentes haciendo un análisis jurídico de la figura del error en el recurso de casación, concluye que dista de ser evidente que la sentencia impugnada incurriera en error al afirmar que la resolución de 6 de marzo de 2006, por la que se ordenó la inscripción de los nuevos Estatutos, subsanara el acto administrativo recurrido. Incluso admitiendo a efectos argumentativos que ésa fuera la intención de la Administración, es lo cierto que en ejercicio de su función revisora podía la Sala de instancia analizar hasta qué punto los nuevos Estatutos eran idóneos para convalidar *ex tunc* anteriores modificaciones estatutarias inválidas. Puede discutirse si la respuesta negativa de la sentencia impugnada es absolutamente convincente; pero se trata de una respuesta motivada y razonable, que mal puede tacharse de «error patente».

B) La exigencia de mayoría absoluta para los acuerdos de mayor importancia no es antidemocrática

La STSJ de Galicia de 15 de abril de 2010 (recurso 4205/2004), admite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Técnicos Agrícolas contra el Decreto 448/2003, de 24 de abril, sobre creación, por segregación del de A Coruña, del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Agrícolas y Peritos Agrícolas de Ourense, anulando tal disposición.

La entidad actora sostiene que el decreto impugnado es nulo porque se produjo una infracción de lo dispuesto en el artículo 15.2 de la Ley 11/2001, pues no existía un acuerdo del Colegio afectado que se hubiese adoptado de forma válida según sus estatutos.

El TSJ entiende que el acuerdo de segregación que tiene en cuenta el Decreto impugnado se tomó el 17 de diciembre de 1994. El procedimiento de segregación quedó en suspenso porque en la provincia de Ourense no existía el número mínimo de colegiados (200) que exigían para un nuevo Colegio los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Ingenieros Técnicos y Peritos Agrícolas, aprobados por el Real Decreto 2772/1978. Esta norma era la aplicable cuando se tomó dicho acuerdo, pues el Colegio de A Coruña no tenía estatutos particulares. Su artículo 10 contempla en su apartado k), al regular las competencias de la Asamblea General, la propuesta de segregación del Colegio; y el párrafo final de este precepto exige la mayoría absoluta para los acuerdos indicados en el epígrafe k). Su artículo 9 define así la mayoría absoluta «Cuando el número de votos en un sentido supere a la mitad de los votos posibles, o sea, todos los votos emitidos y los ausentes y abstenciones». El acuerdo de 17 de diciembre de 1994 se tomó por 15 votos favorables, 4 contrarios y 14 en blanco; es decir, por una mayoría relativa de los presentes y no por la absoluta que define el citado precepto de los estatutos ni por la absoluta de los presentes. En dicho momento no estaba en vigor, como es obvio, la Ley 11/2001, pero no puede decirse que la exigencia de una mayoría absoluta, cuando menos de los presentes, sea contraria a sus determinaciones. La Ley concede autonomía a los Colegios para la elaboración de sus estatutos, que han de

contener el régimen de funcionamiento de sus órganos [artículo 17.g)], y sólo les impone que sea democrático (artículo 5); pero la exigencia de mayoría absoluta para los acuerdos de mayor importancia no es antidemocrática, como lo pone de manifiesto que la Constitución Española la exija para la aprobación de las Leyes Orgánicas (artículo 81.2). Por ello no cabe aceptar lo alegado por las partes demandadas sobre que la normativa vigente cuando se tomó el acuerdo de segregación no puede ser tenida en cuenta, y tampoco el argumento de que el Colegio de A Coruña no adoptó sus estatutos a la Ley 11/2001, pues de haberlo hecho también habría podido incluir en ellos la exigencia una mayoría reforzada para la adopción de determinados acuerdos. Y no cabe omitir que el número de colegiados sufrió un cambio significativo desde 1994, cuando se tomó el acuerdo, a 2003, cuando se dictó el Decreto impugnado, por lo que, al ser tan exiguo el número de votantes, cabe razonablemente dudar de si la voluntad colegial acerca de la segregación seguía siendo la misma que la expresada en la primera de dichas fechas. Por todo ello tiene que ser apreciada la existencia de la infracción que denuncia la parte actora y acogido su recurso.

C) Profesiones tituladas. Lo trascendente a los efectos de homologación es la normativa existente en el momento en el que se cursaron los estudios y no en el momento en el que se solicita la homologación pretendida

La SAN de 14 de abril de 2010 (recurso 760/2007), estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una Resolución de 29 de junio de 2007 del MEC, que acordó denegar la homologación del título de Bachelor of Arts in Business Administration —obtenido en University of Wales (Reino Unido)— al título español de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas anulando la resolución recurrida, y retrotrayendo el procedimiento al momento inicial de la solicitud de homologación donde se deberá emitir el oportuno dictamen del comité técnico competente sobre el juicio de equivalencia entre la formación correspondiente a la titulación cursada por la interesada y la exigida en España para la obtención del título cuya homologación solicita, previo al dictado de la resolución que proceda. La temática que plantea el actual recurso es análoga a la suscitada en el recurso 758/2004, en el que ya ha recaído sentencia, y cuyos razonamientos sigue la AN en observancia del principio de unidad de doctrina.

Se plantea en el presente recurso la homologación al título español de Licenciado en Administración y Dirección de Empresas del título de *Bachelor of Arts in Business Administration* expedido por la Universidad de Wales, tras la realización por el recurrente de los correspondientes estudios de cuatro años de duración (2000-2004) en la Escuela Superior de Gestión y Administración de Empresas (Castellón). La Administración cuestiona que el mencionado centro obtuviera la autorización para impartir enseñanzas conducentes a la obtención de un título universitario extranjero, en concreto del título de *Bachelor of Arts in Business Administration* conforme el sistema educativo vigente en Gran Bretaña, con efectos a partir del curso 1998/1999, por Orden de la Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia de la Generalitat Valenciana de 10 de febrero de 1998 (DOGV de 11 de marzo de 1998) ya que dicha Orden se refiere a E&S Escuela Superior SL.

La AN ha venido afirmando en numerosas sentencias la conformidad a derecho de aquellas resoluciones administrativas que, al amparo del artículo 86.3 de la LO 6/2001, de Universidades, y del artículo 5.2.b) del RD 285/2004, por el que se regulan las condiciones

de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior, deniegan la homologación de los títulos extranjeros cuando el centro en que se realizaron los estudios, radicado en España, no contaba con la preceptiva autorización para impartir enseñanzas conducentes a la obtención de un título universitario extranjero conforme al RD 557/1991, siempre que la solicitud de homologación se presentase tras la entrada en vigor de la LO 6/2001 y el Real Decreto 285/2004, al considerar que la normativa por la que ha de regirse la homologación es la vigente en el momento en que se presenta la solicitud de homologación y no la fecha en la que se cursaron los estudios cuya homologación se pretende.

Sin embargo, el TS ha cambiado este criterio y en recientes y numerosas sentencias, como las SSTS de 16 de junio de 2009 (recurso 1921/2008), de 21 de julio de 2009 (recurso 1719/2008), de 21 de julio de 2009 (recurso 7157/2005), de 23 de julio de 2009 (recurso 828/2008), entre otras muchas, se casan las sentencias dictadas por la AN en asuntos similares y se acoge la tesis consistente en que lo trascendente a los efectos de homologación es la normativa existente en el momento en el que se cursaron los estudios y no en el momento en el que se solicita la homologación pretendida por lo que habrá que estar a la normativa entonces vigente para determinar si era necesario o no que el centro radicado en España contase con la preceptiva autorización administrativa. Por lo que si los estudios se cursaron antes de que entrase en vigor la Ley Orgánica 6/2001 y el RD 285/2004, resultaba aplicable para la homologación la anterior normativa, constituida por la LO 11/1983 y el RD 86/1987, normas en las que no era exigible para obtener la homologación el requisito de que los centros radicados en España en los que se hubiera seguido toda o parte de la formación necesaria para obtener el título universitario extranjero contaran con la autorización prevista en el RD 557/1991.

Esta nueva línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo argumenta lo siguiente: lo determinante para la homologación de títulos extranjeros de educación superior de cuya oficialidad no se duda, como aquí sucede, es la formación que comportan. Y esa formación depende de sus contenidos, no del lugar en el que se imparten las enseñanzas. No cabe, pues, intercalar en el régimen dispuesto para la homologación de títulos extranjeros previsiones sobre los requisitos necesarios para reconocer en España Universidades o Centros Universitarios. En definitiva, se ha producido una indebida aplicación del Real Decreto 557/1991, mientras que se inaplicaba, también indebidamente, el Real Decreto 86/1987.

Este Tribunal acata esta nueva jurisprudencia, dado que nos encontramos ante un gran número de sentencias que se pronuncian en el mismo sentido y que, por lo tanto, deben considerarse como una jurisprudencia reiterada. Ello no implica, tal y como afirma dicha jurisprudencia, que deba accederse a la homologación pretendida sino que deben retrotraerse las actuaciones al momento de la solicitud inicial de la homologación, ordenando iniciar y tramitar al Ministerio de Educación y Ciencia el correspondiente expediente en el marco del Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, en el que se emita el oportuno dictamen por el comité técnico competente acerca del juicio de equivalencia de la formación cursada por el interesado, en relación con la exigida en España y tras los trámites pertinentes se dicte la resolución que proceda.

JESÚS DEL OLMO ALONSO
VANESA RODRÍGUEZ AYALA
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

SUMARIO

1. CONCEPTO DE SANCIÓN.
 - A) **No constituye sanción la obligación de publicar en el BOE las resoluciones por las que se sancionan infracciones graves en el ámbito del mercado de valores.**
 - B) **La obligación de reparar los daños y perjuicios causados al dominio público y de reponer las cosas al estado que tenían no es una forma de responsabilidad *ex delicto*.**
2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD.
 - A) **La integración del tipo por remisión a otras normas de rango legal no constituye una norma sancionadora en blanco.**
 - B) **Nulidad de las sanciones impuestas en virtud de infracciones tipificadas por reglamento de la denominación de origen «Rioja».**
 - C) **Prohibición de una interpretación extensiva del tipo.**
 - D) **El principio de tipicidad también exige atenerse a las categorías de sujetos infractores que haya establecido la norma sancionadora.**
3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE.
 - A) **Se extiende también al plazo de prescripción.**
 - B) **Aplicación retroactiva de la norma que declara la caducidad de la acción.**
 - C) **Límites: aplicación íntegra de la norma más beneficiosa.**
 - D) **Alcance del principio de irretroactividad: retroactividad impropia y derechos objeto de protección.**
4. ANTIJURIDICIDAD.
 - A) **Aceptación de las infracciones de riesgo.**
 - B) **El ejercicio legítimo de un derecho fundamental constituye una causa de justificación que excluye la antijuridicidad: libertad sindical.**
5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD.
 - A) **Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad. Especial relevancia de las manifestaciones de la Administración en relación con el precepto controvertido.**

- B) Especial extensión del deber de diligencia cuando las conductas afectan a derechos constitucionales.
 - C) La falta de concurrencia de cualquiera de las causas de exclusión de la culpabilidad no implica que exista culpabilidad.
6. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: *NON BIS IN IDEM*.
- A) **Infracción continuada. Elementos y especialidades en el ámbito administrativo sancionador.**
 - B) **Hechos relacionados, aunque distintos.**
 - C) **Identidad de hechos y fundamento, pero distintos sujetos.**
 - D) **Prohibición de que un mismo hecho sea valorado como infracción y como criterio de graduación.**
7. COMPETENCIA SANCIONADORA.
- A) **Irrelevancia de que el agente instructor sea el mismo que denunció los hechos.**
8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- A) **Abstención y recusación.**
 - B) **Formular un segundo pliego de cargos que agrave la acusación inicial antes de la propuesta de resolución y con posibilidad de alegaciones ulteriores no es una irregularidad procedimental invalidante.**
 - C) **Derecho del imputado a que se le remitan copia de los documentos e informes del expediente sancionador.**
 - D) **La imposición de una sanción superior a la recogida en la propuesta de resolución no exige nuevo trámite de audiencia.**
9. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.
- A) **Modulación de la carga de la prueba por el principio de facilidad o disponibilidad probatoria.**
 - B) **Admisión de la prueba indiciaria.**
 - C) **Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.**
10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- A) **Debe motivar la existencia de culpabilidad.**
 - B) **La falta de motivación de la resolución sancionadora no puede subsanarse en vía de recurso administrativo o contencioso-administrativo.**
11. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.
- A) **La caducidad del procedimiento sancionador no impide la incoación de un nuevo procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios, aun cuando la responsabilidad sancionadora hubiera prescrito.**

12. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES.
 - A) **La resolución debe especificar la cuantía de la sanción correspondiente a cada una de las infracciones cometidas.**
 - B) **Toma en consideración de todas las circunstancias concurrentes.**
 13. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN.
 - A) **Valor interruptivo de las actuaciones inspectoras tributarias por la simple aceptación por el administrado de que se llevaran a cabo.**
 - B) **Valor interruptivo de la presentación de un escrito de alegaciones por parte del sancionado.**
 14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA.
 - A) **La anulación en vía judicial de una sanción puede originar la responsabilidad patrimonial de la Administración por las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento sancionador.**
-

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

- A) **No constituye sanción la obligación de publicar en el BOE las resoluciones por las que se sancionan infracciones graves en el ámbito del mercado de valores**

El artículo 102 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, *in fine*, establece que «las sanciones por infracciones muy graves serán publicadas en el Boletín Oficial del Estado una vez sean firmes en vía administrativa». La **STS de 21 de julio de 2009**, Sección Tercera (recurso de casación para la unificación de doctrina 507/2008), afirma la «naturaleza no sancionadora» de la medida, «que se justifica por motivos de tutela jurídica de intereses públicos vinculados con el deber de información, con la finalidad de preservar los principios de transparencia y publicidad de la actividad financiera, con el objetivo de promover y reforzar la confianza de los operadores económicos y los inversores», gozando, por tanto, de un «fundamento autónomo» que no puede equipararse con «la idea de sanción». De este modo, la sentencia parece identificar la medida con una actuación propia de la actividad administrativa de limitación, cuya finalidad sería el mantenimiento del orden público financiero, y no con una medida sancionadora destinada a aumentar la carga afflictiva del sancionado. En este sentido, interpreta que «el designio del legislador (...) de concretar el sistema de divulgación de las resoluciones sancionadoras de la Comisión Nacional del Mercado de Valores mediante su inserción en el Boletín Oficial del Estado, es reforzar el general conocimiento de los operadores económicos y de los inversores de aquellas prácticas o conductas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el mercado de valores e impedir el flujo de informaciones privilegiadas, con el fin de proteger al inversor, y trata, por ello, de garantizar que la Comisión Nacional del Mercado de Valores desarrolle

eficientemente la función legalmente atribuida de informar de aquellos hechos que puedan contribuir a distorsionar el adecuado funcionamiento del mercado bursátil y que resulten necesarios para asegurar la consecución de sus fines».

B) La obligación de reparar los daños y perjuicios causados al dominio público y de reponer las cosas al estado que tenían no es una forma de responsabilidad *ex delicto*

Iniciado un procedimiento sancionador contra una Sociedad Agraria de Transformación, éste concluyó con una resolución por la que se acordaba el archivo de las actuaciones sancionadoras, por prescripción de la infracción, y la tramitación de un nuevo expediente para exigir la reparación de los daños y perjuicios causados al dominio público y la reposición de las cosas al estado que tenían, para lo cual el Reglamento de Dominio Público Hidráulico prevé un plazo de 15 años. La SAT impugna esta decisión alegando que el plazo carece de base legal y resulta contrario al artículo 1968.2 del Código Civil, que prevé un plazo de prescripción de un año en caso de obligaciones extracontractuales. Para resolver la cuestión, la **STS de 15 de octubre de 2009**, Sección Quinta (recurso de casación 272/2005), comienza por analizar si la acción para exigir la reparación y la reposición nace de la infracción cometida, tal y como sostenía la Administración, aunque ésta no pueda perseguirse por haber prescrito la acción para ello, razonando que «esta tesis no es jurídicamente correcta, porque la prescripción de la acción para sancionar un hecho, que pudo constituir una infracción administrativa, no permite tener por cometida la infracción, al no existir posibilidad de pronunciarse acerca de su existencia por haber prescrito la acción para perseguirla, de manera que no cabe entender (...) que exista una obligación personal nacida *ex delicto*». Afirmado lo anterior, y atendiendo a las circunstancias del caso, la sentencia concluye que la relación existente entre la SAT y la Administración impedirían que pudiera aceptarse la tesis de la responsabilidad extracontractual, inclinándose, en consecuencia, por considerarla una obligación personal sujeta al plazo de prescripción de quince años del artículo 1964 del Código Civil. Este tipo de situaciones se encuentran ahora resueltas por la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental que, sin embargo, no resultaba aplicable a los hechos por cuestiones temporales.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) La integración del tipo por remisión a otras normas de rango legal no constituye una norma sancionadora en blanco

La entidad mercantil Eurobank del Mediterráneo, SA, fue sancionada por incumplir la obligación de comunicar al Banco de España ciertas adquisiciones y cesiones de participaciones significativas en su capital. El tipo por el que fue sancionada establece que son infracciones graves «la realización meramente ocasional o aislada de actos u operaciones prohibidas por normas de ordenación y disciplina *con rango de Ley*, o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas», lo que debía integrarse con la previsión contenida en el artículo 61.1 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, conforme al cual «las entidades de crédito deberán comunicar al Banco de España,

en cuanto tengan conocimiento de ello, las adquisiciones o cesiones de participaciones en su capital (...). La **STS de 14 de octubre de 2009**, Sección Tercera (recurso de casación 3538/2007), no sólo confirma que «la conducta sancionada se incardina plenamente en el tipo infractor», sino que, además, precisa que «no se trata de un tipo en blanco, puesto que se remite a prohibiciones o exigencias expresas de normas con fuerza de ley específicas sobre la actividad de las entidades de crédito, siendo la primera la propia Ley 26/1988, específicamente denominada de ordenación y disciplina de dichas entidades». De este modo, desaparecen todas las posibles prevenciones que las normas sancionadoras en blanco pueden generar en relación con el principio de reserva de ley, aunque no así respecto del principio de tipicidad. En idénticos términos, y sobre los mismos hechos, se pronuncia también la **STS de 14 de octubre de 2009**, Sección Tercera (recurso de casación 5114/2006).

B) Nulidad de las sanciones impuestas en virtud de infracciones tipificadas por reglamento de la denominación de origen «Rioja»

La entidad Bodegas Berberana, SA, es sancionada con multa de 40.064 euros con sustento en el artículo 51.1.1 del Reglamento de la denominación de origen calificada «Rioja», aprobado por Orden de 3 de abril de 1991 del Ministerio Agricultura, Pesca y Alimentación, por infracción del artículo 28 de dicho Reglamento, consistente en comercializar coetáneamente vinos amparados y no amparados con el mismo distintivo. Alega la sancionada que la multa ha vulnerado las garantías de reserva de Ley y de tipicidad consagradas en el artículo 25.1 CE, por cuanto que se ha sustentado en una norma de rango infralegal y cuyo contenido no contiene la necesaria predeterminación normativa de las infracciones y sanciones a imponer. Según la **STC 35/2010, de 19 de julio**, Sala Segunda (recurso de amparo), el supuesto es similar a los resueltos en las SSTCC 297/2005, de 21 de noviembre, y 77/2006, de 13 de marzo. En concreto, en la Sentencia 77/2006, concluía este Tribunal que la resolución sancionadora había vulnerado el principio de reserva de Ley en materia sancionadora, en la medida en que las infracciones imputadas a la recurrente, previstas en el apartado 1 del artículo 51 del Reglamento de la denominación de origen «Rioja», carecen del rango normativo mínimo exigido en aplicación del artículo 25.1 CE para la tipificación de los ilícitos administrativos, al estar previstas en una norma reglamentaria carente de cobertura legal suficiente. Además, continúa diciendo la Sentencia 77/2006, la declaración de nulidad del Reglamento de la denominación de origen «Rioja» por parte de la STS de 10 de junio de 2004, por tratarse de un reglamento ejecutivo que no había sido sometido al dictamen preceptivo del Consejo de Estado, hace que las conductas prohibidas originariamente tipificadas —aunque fuese por norma de rango insuficiente— hayan dejado de estarlo. Por tanto, el mantenimiento de la sanción cuestionada en amparo infringiría la exigencia de predeterminación normativa, y con ello el principio de tipicidad en materia punitiva. Pues bien, según la Sentencia 35/2010, la jurisprudencia expuesta *ut supra* es de todo punto aplicable al presente supuesto, por lo que se declara la nulidad de la multa impugnada:

«procede otorgar el amparo (...) puesto 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 [sancionadora] resulta (...) contrari[a] tanto a la garantía constitu-

cional formal inherente al artículo 25.1 CE como a su garantía material (...). Se debe añadir (...) que la inclusión con carácter accesorio, por la resolución sancionadora impugnada, de las menciones a la Ley 25/1970 [que aprueba el Estatuto de la Viña y el Vino] 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) Prohibición de una interpretación extensiva del tipo

Doña Teresa es sancionada con multa de 300 euros por el Director General de Movilidad del Área de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid por infracción consistente en el incumplimiento del deber de identificar en tiempo y forma al conductor de su vehículo al tiempo de cometerse con él una posible infracción de tráfico (estacionar en lugar con limitación horaria sin distintivo que lo autorice), previsto en el artículo 72.3 de la Ley de Tráfico. Alega en amparo que la conducta por la que se le ha sancionado no encaja en el tipo y que, con ello, se ha lesionado el artículo 25.1 CE. En el caso, consta que la recurrente informó, tras ser requerida para ello, del nombre, apellidos, núm. del permiso de conducir y domicilio del conductor al tiempo de realizarse la posible infracción. Se trataba de un ciudadano extranjero con domicilio en Santiago (Chile). Posteriormente, a instancia de la Administración, también facilitó una fotocopia del permiso de conducir de la persona identificada. Lo que no aportó, aunque también se lo pidió la Administración, fue «prueba acreditativa de que el conductor identificado era el que realizaba la conducción del vehículo en el momento de la denuncia». Como consecuencia de ello, se la sancionó argumentando que «el titular no sólo no ha acreditado que la persona identificada como conductor (no residente en territorio nacional) era la que conducía el vehículo, ni siquiera ha demostrado que estuviese en esta Capital el día de la denuncia». El Ministerio Fiscal, que interesa el otorgamiento del amparo, reprocha a la Administración que no iniciara ninguna actuación para comprobar los datos de la persona identificada y se limitara únicamente a sancionar a la recurrente sobre la base de que no había realizado una identificación veraz. Al respecto, la **STC 36/2010, de 19 de julio**, Sala Segunda (recurso de amparo), declara que el supuesto analizado es igual al resuelto en la Sentencia 54/2004, de 14 de abril, por lo que aplica su misma doctrina.

De conformidad con ésta, la motivación de la resolución sancionadora impugnada, al exigir al recurrente que acreditase la presencia en Madrid del conductor de su vehículo en la fecha en que se cometió la infracción, así como que, en realidad, era él el conductor, no respondía a una argumentación lógica ni razonable que permitiera subsumir la conducta en el tipo aplicado, pues ni la norma exigía expresamente que se facilitaran esos datos concretos ni, conforme a la interpretación aceptada en la comunidad jurídica, cabía extraer tal exigencia de ella. De este modo, se afirmaba que «no pued[e] inferirse en modo alguno de aquel precepto legal un distinto régimen en la obligación de identificar al conductor responsable de la infracción en función de que resida o no en el extranjero». Es decir, «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 ha de reputarse contraria al principio de legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE)», por lo que se declara la nulidad de la sanción impuesta.

D) El principio de tipicidad también exige atenerse a las categorías de sujetos infractores que haya establecido la norma sancionadora

Una empresa propietaria de una avioneta es sancionada solidariamente con el piloto de un barco de pesca como autores de una infracción consistente en la ayuda mediante el uso de aeronaves a la pesquería de atún rojo en el Mediterráneo, pues, según la Administración, la citada avioneta realizó cuatro horas de vuelo con intención de observar la pesca del atún. La **STSJ de Madrid de 26 de enero de 2010** (recurso contencioso-administrativo 322/2007), subraya que la Ley de Pesca Marítima cita entre las posibles personas que pueden incurrir en las infracciones en materia de pesca marítima a patrones, armadores, capitanes y propietarios de buques, y no a empresas aeronáuticas, sujetas, en principio, a otro sector del ordenamiento jurídico como es la ordenación del espacio aéreo. En consecuencia, anula la sanción impuesta por vulneración del principio de tipicidad en lo que se refiere a la definición de los sujetos infractores, dado que «la aplicación del mencionado principio (...) se concreta no sólo en la descripción de la conducta considerada censurable por incumplir una norma prohibitiva o imperativa sino también en la concreción de las personas responsables de su comisión que son aquellas que ejercen su actividad en el correspondiente sector y, como tales, figuran en el correspondiente Registro Público, por lo que están incluidos en el ámbito subjetivo de las normas aplicables a dicho sector tanto a efectos de ostentar derechos y deberes como a efectos de estar sometidos al Derecho Sancionador de la Administración competente».

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

A) Se extiende también al plazo de prescripción

Lo confirman una vez más, en materia tributaria, dos **SSTS de 15 de octubre de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 4493/2003 y 5558/2006) y la **STS de 4 de marzo de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 2421/2005).

B) Aplicación retroactiva de la norma que declara la caducidad de la acción

Mediante una modificación del artículo 49 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, que entró en vigor el 11 de septiembre de 1998, se instauró un régimen de caducidad de la acción para iniciar el procedimiento sancionador en materia tributaria de un mes de duración a partir de la fecha del acta de conformidad. La **STS de 17 de marzo de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 7266/2004), siguiendo la anterior STS de 10 de noviembre de 2009, y aceptando un caso de retroactividad impropia, entiende que la modificación introducida «tuvo eficacia inmediata, no retroactiva, sin excepción alguna, por lo que resulta aplicable a cualquier expediente sancionador instruido con posterioridad, aunque afectase a actas levantadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor». En el supuesto de hecho, el acta de conformidad fue levantada el 15 de septiembre de 1998 y la comunicación de iniciación del expediente sancionador se produjo el 30 de noviembre de 1998, transcurrido, por tanto, el plazo de caducidad de la acción de un mes, por lo que se anula la sanción impuesta por la Administración al entender caducada su acción en el momento de iniciar el procedimiento sancionador.

C) Límites: aplicación íntegra de la norma más beneficiosa

Recuerda la **STS de 30 de octubre de 2009**, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo 334/2006), que «la aplicación retroactiva de la norma más beneficiosa ha de hacerse determinando qué disposición es más favorable, mediante el contraste entre ambas, anterior y posterior, consideradas de modo global, no tomando lo que resulte más beneficioso de una y otra para crear, en realidad, una nueva disposición». En el supuesto enjuiciado, la ley posterior preveía sanciones de multa muy inferiores a las previstas en la ley derogada para el mismo tipo de infracciones, por lo que se sustituye la multa impuesta originalmente, de 90.151,82 euros, por otra de 60.000 euros.

**D) Alcance del principio de irretroactividad:
retroactividad impropia y derechos objeto de protección**

La Comisión Nacional del Mercado de Valores dictó con fecha de 29 de junio de 2005 una resolución sancionadora que, por resolución posterior del Ministerio de Economía y Hacienda, debía ser publicada en el BOE. Dicha publicación venía exigida por una modificación introducida por la Ley 44/2002 en la Ley del Mercado de Valores y producida con posterioridad a que sucedieran los hechos constitutivos de la infracción. Ante estas circunstancias, los sancionados alegaron una vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Sin embargo, la **STS de 21 de julio de 2009**, Sección Tercera (recurso de casación para la unificación de doctrina 507/2008), rechaza la alegación. Para ello, y según se indicó en el epígrafe 1.A), comienza por rechazar que la publicación de la resolución sancionadora constituya, en sí misma, una sanción. Pero, a mayor abundamiento, la sentencia razona que, «aunque pueda considerarse en abstracto que tiene un componente afflictivo o de gravamen, la prohibición de la retroactividad que se impone al legislador y a los tribunales de justicia no comprende todos los derechos, ni siquiera los derechos adquiridos, sino que se refiere únicamente a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona (...) y a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio de la persona, en virtud de relaciones consagradas y situaciones agotadas, y no a los pendientes, futuros, condicionados o consistentes en expectativas», que serían los presentes en el supuesto enjuiciado. A esto se añadiría, finalmente, que no se trataría de un verdadero caso de retroactividad, sino de «retroactividad impropia, o de mera retrospección o retroconexión, en la medida en que [la norma] incide en situaciones jurídicas infractoras no sancionadas, y por ello actuales, no concluidas, ni consumadas ni agotadas».

4. ANTIJURIDICIDAD

A) Aceptación de las infracciones de riesgo

La entidad Casa Gaillard, SA, fue sancionada por la venta de 150 kilogramos de permanganato potásico sin encontrarse inscrita en el Registro de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, lo que suponía la comisión de la infracción muy grave prevista en el artículo 14.3 de la Ley 3/1996, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas sus-

ceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas. La sancionada alega que el permanganato potásico no fue utilizado para ninguna actividad ilícita, negando así el desvalor de su conducta y solicitando una calificación de su conducta como falta leve. La **STS de 30 de octubre de 2009**, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo 334/2006), considera que, si bien es cierto que «no se constata que el empleo del permanganato potásico haya tenido una finalidad prohibida, lo cierto es que la conducta que describe el tipo sancionador es ajena a este tipo de circunstancias esgrimidas». Ello se justificaría porque «estamos ante una actividad de riesgo, que pretende sancionar también la negligencia en el cumplimiento de los controles legalmente establecidos, con independencia de la finalidad de la transacción, y al margen de la voluntad de burlar dichas normas (...) [L]a necesidad de este específico control (...) precisa que se verifique no sólo con respecto a los estupefacientes y sustancias psicotrópicas propiamente dichas y una vez elaboradas, sino que se trata de intervenir en la manipulación de productos químicos necesarios para su fabricación o transformación. En definitiva, no puede hacerse depender la concurrencia de la infracción muy grave del artículo 14.3, por incumplimiento de la inscripción registral obligatoria, en si la sustancia posteriormente se ha empleado, o no, para la fabricación ilícita de drogas».

B) El ejercicio legítimo de un derecho fundamental constituye una causa de justificación que excluye la antijuridicidad: libertad sindical

El sindicato UGT remitió a sus afiliados trabajadores de la Diputación Provincial de Huelva copia de las actas de determinadas reuniones celebradas por la Comisión de Prestaciones Sociales y por la Comisión de Seguimiento y Control de dicha Diputación. En dichas Actas se reflejaban los problemas dermatológicos de una persona y la discapacidad padecida por la hija de otra. La Agencia de Protección de Datos sancionó al citado sindicato por una infracción del deber de secreto profesional. La **SAN de 4 de marzo de 2010** (recurso contencioso-administrativo 309/2009), estima que la actuación del sindicato formaba parte del derecho a la libertad sindical, al justificarse en el deber sindical de informar a sus afiliados de las diferentes prestaciones sociales a las que tienen derecho si reúnen los requisitos para ello, y valora especialmente el hecho de que la información se hubiera limitado estrictamente al ámbito del centro de trabajo al que pertenecían los afiliados a los que se les transmitió la información. En consecuencia, determina que «el derecho a la libertad sindical ha de prevalecer sobre el derecho a la protección de los datos personales, cuando, como sucede en el caso examinado, la acción sindical ampara la actuación del sindicato recurrente para divulgar entre los trabajadores de la Diputación los referidos datos de carácter personal de los trabajadores beneficiados por determinadas prestaciones sociales», por lo que anula la sanción.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

A) Interpretación razonable de la norma tributaria que excluye la culpabilidad. Especial relevancia de las manifestaciones de la Administración en relación con el precepto controvertido

La **STS de 8 de octubre de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 5895/2003), reconoce la existencia de una interpretación razonable, aunque errónea, del artículo 38 de la

Ley de 16 de diciembre de 1940, que excluye la culpabilidad de la conducta del infractor. Dicha exclusión se justifica en «las modificaciones operadas en lo que constituyó el régimen del artículo», en «una redacción de los preceptos no totalmente precisa [que obligaba] a la utilización de gran parte de las herramientas precisas para proceder a la interpretación de las normas», así como en sucesivas interpretaciones contradictorias sostenidas por la propia Inspección de Hacienda. En esta misma línea interpretativa, que concede especial importancia a las manifestaciones de la propia Administración en relación con el precepto discutido, se sitúa la **STS de 10 de marzo de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 5939/2004), relativa a una sanción impuesta a Osborne y Cía., SA, por una infracción tributaria, que entiende que «cuando existen órganos administrativos que comparten la posición del recurrente, queda excluida la culpabilidad mínima exigible a cualquier infracción. Parece evidente que si hay un órgano administrativo que sobre un punto sostiene idéntica posición que el administrado, tal circunstancia, salvo la lesividad, elimina de raíz la culpabilidad que es presupuesto de toda infracción». Y algo similar ocurre también en la **STS de 15 de octubre de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 7150/2003), dictada en relación con una sanción impuesta a la entidad Fútbol Club Barcelona por no haber repercutido el IVA correspondiente a la participación en las finales de la Copa de S.M. el Rey y de la Supercopa, y en la que se concede especial importancia a la postura adoptada por la Federación Española de Fútbol. A juicio de la sentencia, «la regulación de la participación de los clubs de fútbol en la final de los trofeos de Copa de S.M. el Rey y de Supercopa no es lo suficientemente precisa como para poder asegurar la inexistencia de duda razonable en la interpretación, tanto más cuanto (...) la Federación Española de Fútbol tiene criterio contrario al de la consideración como prestación de servicios sujeta a IVA».

En sentido contrario, la **STS de 17 de marzo de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 7124/2004), rechaza la interpretación razonable alegada por el sancionado para justificar su conducta, al considerar que resultaba imposible entender como «necesarios» y, por tanto, deducibles, ciertos gastos como «un viaje efectuado a Sevilla por 46 personas, y que incluye desplazamientos, hotel, entradas, toros, teatro, crucero por el Guadalquivir, regalos y varios». En una situación así, resultaría insuficiente que el contribuyente no hubiese sustraído el conocimiento de los elementos de la base imponible para rechazar la existencia, al menos, de negligencia. Y también la **STSJ de Extremadura de 19 de enero de 2010** (recurso contencioso-administrativo 166/2008), rechaza la interpretación razonable alegada por la entidad sancionada al entender que una finca rústica adquirida tan sólo quince días antes podía haber adquirido la cualidad de «rama de la actividad» de la empresa (y, por tanto, estar exenta de tributación a efectos del ITPAJD), pues «en ese breve plazo difícilmente la sociedad transmitente pudo organizar, con el personal y los medios necesarios, una unidad económica objeto de transmisión que funcionase de manera diferenciada del resto de su actividad».

B) Especial extensión del deber de diligencia cuando las conductas afectan a derechos constitucionales

La Agencia de Protección de Datos impuso una multa de 300.506,06 euros a la entidad

Axa Aurora Ibérica, SA, por cesión de datos de carácter personal procedentes de sus clientes a Solred, SA. Alegada la falta de culpabilidad en la conducta, la **STS de 9 de octu-**

bre de 2009, Sección Sexta (recurso de casación 5285/2005), haciendo suya jurisprudencia anterior también empleada por la sentencia de instancia, señala que «cuando existe un deber específico de vigilancia la culpa se interpreta por el simple incumplimiento del deber de vigilancia, sin que sea necesaria ninguna mayor acreditación a la hora de valorar si se ha producido la transgresión del deber de guardar silencio». Dado que el artículo 10 LOPD impone el deber de secreto profesional al responsable del fichero y a quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal, se estima la concurrencia de culpabilidad suficiente y se confirma la sanción impuesta.

C) La falta de concurrencia de cualquiera de las causas de exclusión de la culpabilidad no implica que exista culpabilidad

Insisten en ello una vez más, de nuevo en materia tributaria, dos **SSTS de 15 de octubre de 2009**, Sección Segunda (recursos de casación 4493/2003 y 6567/2003) y dos **SSTS de 11 de marzo de 2010**, Sección Segunda (recursos de casación 10315/2003 y 6070/2004).

6. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS:
NON BIS IN IDEM

A) Infracción continuada. Elementos y especialidades en el ámbito administrativo sancionador

Telefónica SAU es sancionada por la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones con una multa de 13 millones de euros por la comisión de una infracción consistente en incumplir el deber de poner en marcha un determinado sistema de gestión de operadores y determinadas bases de datos entre 2002 y 2007. La citada compañía alega una resolución sancionadora anterior por la realización del mismo tipo infractor, considerando que la Administración hubiera debido tratar el caso como una infracción continuada. La **SAN de 18 de enero de 2010** (recurso contencioso-administrativo 1270/2007), sin embargo, y sobre la base de jurisprudencia anterior, rechaza este planteamiento. En primer lugar, el Tribunal llama la atención acerca del hecho de que el régimen de la infracción continuada establecido en el REPEPOS es insuficiente en el sentido de que su «traslación al Derecho Administrativo sancionador [desde el Derecho Penal] se produce de manera meramente parcial o fragmentaria pues en el reglamento administrativo no se contiene la agravación de la sanción, natural consecuencia de la mayor gravedad del conjunto, que sí se recoge, por el contrario, en el Código Penal». En consecuencia, si se sancionara «como una única infracción (...) un conjunto de actos (...) [se] produciría un directo incremento, exponencial si se quiere, de la utilidad económica que tiene su comisión para la empresa de que se trate, al tiempo que produciría una gradual y paralela reducción de sus costes (sancionadores). Con ello, al obtener mayor beneficio las empresas cuantos más actos (...) produzcan y, al tiempo, al minimizar sus costes sancionadores de modo correlativo, la aplicación de la norma en la manera que la recurrente pretende serviría para fomento de la infracción en lugar de cauce de prevención». En segundo lugar, la sentencia considera imprescindible «aquilatar la dimensión de las categorías “plan preconcebido”, “idéntica ocasión” y “mis-

mo o similares preceptos infringidos”, propios del delito continuado, por exigencias de la teleología de las instituciones aplicadas». Pues, de otro modo, «podría llegar a decirse (...) que todo acto de una empresa con poder significativo de mercado en uno de los llamados “sectores regulados” que tuviera por finalidad entorpecer la competencia en el mercado en el que opera, podría estar abrazado por el mismo dolo genérico y responder a idéntico “plan preconcebido” (entorpecer la libre competencia); de ahí que todos y cada uno de sus actos de obstaculización a la competencia debieran ser siempre objeto de una única y misma sanción por aplicación de la infracción continuada». Frente a ello, la sentencia considera que «resulta patente que aceptar tal cosa comporta otorgar una dimensión desmesurada al concepto “plan preconcebido” y al dolo unitario, y tendría por efecto socavar la misma razón de existir de la norma de regulación». En consecuencia, el Tribunal confirma la sanción impuesta por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la calificación de las conductas como una infracción no continuada.

B) Hechos relacionados, aunque distintos

La entidad Unión Fenosa Comercial, SL, fue sancionada por la Agencia de Protección de Datos con dos multas por importe de 300.506,06 y 60.101,22 euros por sendas infracciones consistentes en la cesión a varias compañías aseguradoras de datos de carácter personal procedentes de sus clientes sin contar con su consentimiento. Anteriormente, la misma entidad ya había sido sancionada por haber realizado una cesión de datos idéntica, en favor de la entidad Retevisión, para realizar una campaña de divulgación telefónica en promoción de los servicios de esta última. Frente a la alegación de una posible vulneración del principio *non bis in idem*, por sancionar dos veces unos mismos hechos, la **STS de 14 de octubre de 2009**, Sección Sexta (recurso de casación 5336/2005), aclara que «la sanción impuesta en el presente expediente viene referida a hechos distintos, aunque también nos encontremos (...) con el mismo *modus operandi* de tratamiento de datos que en los otros hechos por los que, igualmente, se le impuso a esa entidad una sanción con base al mismo precepto en el expediente. En consecuencia, el principio *non bis in idem* no ha sido vulnerado por la resolución recurrida ni naturalmente por la sentencia de instancia».

C) Identidad de hechos y fundamento, pero distintos sujetos

El trabajador Don Pedro Enrique cayó por el hueco de la primera planta de un edificio en construcción resultando lesionado porque las redes de seguridad estaban sin sujetar y existían zonas sin protección. Consta, además, que los trabajadores no usaban los cinturones de seguridad reglamentarios. Por tales hechos se impusieron tres penas judiciales por delitos contra la seguridad de los trabajadores y lesiones imprudentes al arquitecto superior, al arquitecto técnico y al encargado de seguridad de la empresa como responsables de las obras que se estaban realizando. Además, se sancionó a la entidad COMOA, SL, con multa de cinco millones de pesetas por infracción muy grave tipificada en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La sentencia de instancia anuló la sanción administrativa por considerar que la garantía *non bis in idem* prohíbe la pena y la sanción por los mismos hechos. Sin embargo, la **STS de 31 de marzo de 2010**, Sección Cuarta (recurso de casación para unificación de doctrina 457/2008), estima el recurso, casa la sentencia de instancia y confirma la multa

impuesta «al contener la misma una doctrina errónea (...) En el sentido de que para aplicar el principio *non bis in idem*, no sólo debe existir una identidad de hechos o fundamentos, objeto y causa material o punitiva, sino también de sujetos y ello no sucede en el caso de autos pues la sentencia penal condenó a tres personas (...) como responsables de los delitos de los que se les acusaba, mientras que la sanción administrativa recae sobre la empresa por la no adopción de medidas de seguridad en el trabajo de modo que no existe infracción al principio de *non bis in idem* al no sancionarse por los mismos hechos a idénticas personas».

D) Prohibición de que un mismo hecho sea valorado como infracción y como criterio de graduación

Un empresario es sancionado por infracción grave consistente en dejar de declarar e ingresar en plazo la deuda tributaria. Dicha sanción además es incrementada por «ocultación de datos y utilización de medios fraudulentos». La **STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 2010** (recurso contencioso-administrativo 459/2007), confirma la liquidación pero reduce la sanción impuesta al excluir la concurrencia de la citada agravante. A este respecto, el Tribunal entiende que «la simple circunstancia de la falta de autoliquidación, en plazo, o la presentación de declaraciones incompletas o inexactas no puede integrar a su vez y por sí sola una conducta de ocultación que mediante tales comportamientos derive en una disminución de la deuda tributaria, ya que de entenderlo así supondría una reduplicación del tipo descrito, esto es, convertiría cualquier infracción tributaria de omisión de ingreso por falta de declaración o por declaración incompleta o inexacta en una conducta agravada. Un mismo criterio no puede servir de fundamento de la infracción y, a su vez, como agravante. Por ello, debe suprimirse de la sanción recurrida la cuantía correspondiente a la agravante “ocultación”, e igual cabe hacer respecto de la utilización de medios fraudulentos en cuanto que no se determinen éstos ni tampoco falsedad alguna».

En sentido similar se pronuncia la **STSJ de Madrid de 19 de febrero de 2010** (recurso contencioso-administrativo 800/2007), en relación con dos sanciones de 180.000 euros impuestas al capitán de un buque y a la compañía propietaria por no hacer uso de los servicios de practicaje del puerto y navegar sobrecalado y por desobediencia de las instrucciones y órdenes de la Administración portuaria. El Tribunal confirmó la imposición de las sanciones pero las rebajó al mínimo al estimar que «en el supuesto que estamos examinando, la gravedad de las conductas, en cuanto ponían en peligro la seguridad de la nave y de la navegación, ya se tuvo en cuenta para calificar la infracción».

7. COMPETENCIA SANCIONADORA

A) Irrelevancia de que el agente instructor sea el mismo que denunció los hechos

El Ayuntamiento de Mendata fue sancionado por el Gobierno Vasco por la concesión de una licencia de reconstrucción de un caserío en el ámbito de la Reserva de la Biosfera de Urdai-bai. Los hechos fueron denunciados por el mismo funcionario que, posteriormente, sería nombrado instructor del expediente, lo que, unido a su dependencia jerárquica respecto del órgano decisor, permite alegar al Ayuntamiento sancionado que dicho funcionario carecía

de la exigible idoneidad e imparcialidad. La **STS de 3 de marzo de 2010**, Sección Quinta (recurso de casación 7561/2005), sin embargo, aclara que «el hecho de que el instructor designado por la Administración hubiese sido quien puso los hechos en conocimiento de ésta, no es un obstáculo para que sea nombrado instructor, ya que la garantía prevista en el artículo 134.2 de la Ley 30/1992 es la existencia de la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que en este caso se ha producido».

8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Abstención y recusación

Durante la tramitación de un procedimiento sancionador, el instructor fue recusado por uno de los imputados. A pesar de ello y de lo previsto en los artículos 29 y 77 LRJPAC, no se tramitó expediente alguno de recusación ni se suspendió la tramitación del procedimiento. La **STS de 3 de marzo de 2010**, Sección Quinta (recurso de casación 7561/2005), aclara, sin embargo, que la situación descrita no comporta la existencia de vicios que pudieran dar lugar a la invalidez de las actuaciones, «sin que el hecho de que la Administración no sustanciase un incidente de recusación ni suspendiese el procedimiento, sino que la rechazó en la propia resolución del expediente sancionador, constituya una causa de nulidad o anulabilidad de ésta, ya que, en primer lugar, se planteó en las alegaciones a la propuesta de resolución, y, además, lo relevante es si concurren o no las causas de abstención denunciadas», las cuales, a juicio de la sentencia, no existían.

B) Formular un segundo pliego de cargos que agrave la acusación inicial antes de la propuesta de resolución y con posibilidad de alegaciones ulteriores no es una irregularidad procedimental invalidante

La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba (Cajasur) es sancionada por el Consejo de Ministros con multa de 300.000 euros y amonestación pública por infracción muy grave por incumplimiento injustificado de la obligación de comunicación del artículo 3.4.a) de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, cuando un empleado o directivos de la entidad hubiera manifestado a los órganos de control interno la existencia de indicios o la certeza de que una operación estaba relacionada con el blanqueo de capitales. Alega la sancionada que en el procedimiento sancionador el instructor formuló un segundo pliego de cargos en el que agravó la acusación inicial y que ello es una irregularidad procedimental que la normativa reguladora del procedimiento sancionador no contempla, que supone una invasión de las competencias de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales por parte del instructor y que ha vulnerado su derecho de defensa. Pero la **STS de 31 de marzo de 2010**, Sección Tercera (recurso contencioso-administrativo 2/2009), rechaza la alegación pues, aunque este trámite no esté previsto expresamente en la normativa aplicable (Real Decreto 2119/1993), «al ser una actuación que no sólo no perjudica el derecho de defensa sino que lo potencia —en contra de lo que sostiene la recurrente—, al permitir a la parte alegar respecto a la modificación de la imputación con anterioridad a la propia propuesta de resolución, nada puede objetarse a la legalidad de la formulación de un nuevo pliego de cargos».

C) Derecho del imputado a que se le remitan copia de los documentos e informes del expediente sancionador

Una televisión de ámbito local, ubicada en la provincia de Vitoria, comenzó a emitir sin contar con la previa concesión administrativa, invadiendo las frecuencias radioeléctricas de Televisión Española y Antena 3. Tras las oportunas denuncias, la televisión local fue sancionada por la Subsecretaría de Industria, Turismo y Comercio con una multa global de 120.202 euros por la comisión de tres infracciones graves tipificadas en la Ley General de Telecomunicaciones. En varias ocasiones, y para evitar repetidos desplazamientos a Madrid, sede del órgano instructor, durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador la televisión local solicitó el envío de copias de las actuaciones instructoras realizadas. El órgano instructor se limitó a remitir las resoluciones que se iban adoptando, sin adjuntar copia de los documentos e informes en que se apoyaban, dando la oportunidad de consultar en su sede cuantos documentos fueran del interés de la imputada. La **SAN de 2 de febrero de 2010** (recurso contencioso-administrativo 150/2006), acogiendo las alegaciones de la empresa sancionada, estima que, si bien el REPEPOS sólo habla de «puesta de manifiesto» como derecho del administrado, los artículos 35.a) LRJPAC («derecho a obtener copias de los documentos») y 3.2.f) LOFAGE («servicio efectivo a los ciudadanos»), «resultan inconciliables con el establecimiento del gravamen, a una empresa radicada fuera de la sede del órgano administrativo, de desplazarse a él para que, una vez comparecida, se proceda a la material expedición de los documentos que pide; máxime cuando la remisión por cualquier cauce legítimo, de precisos documentos, no comporta coste ni esfuerzo de clase algunos (...) Los recursos disponibles nos llevan a concluir que el órgano administrativo estaba obligado a enviar la información requerida y que era necesaria para el ejercicio del derecho de defensa». El Tribunal estima, además, que «la inactividad de la Administración en este punto no sólo produjo la contravención de los preceptos legales y reglamentarios citados sino que debe calificarse de productora de indefensión (...) pues evidentemente ha sido emitida una resolución sancionadora sin haberse dado oportunidad a la interesada de contradecirla y de ejercer su derecho de defensa en modo adecuado».

D) La imposición de una sanción superior a la recogida en la propuesta de resolución no exige nuevo trámite de audiencia

La sociedad Banesto Bolsa publicó determinadas recomendaciones de inversión en relación con Solaria Energía y Medio Ambiente, SA, sociedad con la que mantenía relaciones comerciales, sin informar de esta última circunstancia, incumpliendo así el concreto deber de imparcialidad impuesto por la normativa en el sector. Con base en tales hechos, fue sancionada por la Comisión Nacional del Mercado Valores como autora de una infracción grave con multa de 24.000 euros, en contraste con la propuesta de resolución, que se refería a 12.000 euros. La sociedad sancionada alega indefensión, al no habersele dado traslado de una nueva propuesta de resolución acorde con el incremento de la multa finalmente impuesta. La **SAN de 30 de marzo de 2010** (recurso contencioso-administrativo 290/2009), confirma la sanción, al estimar, aludiendo a jurisprudencia del TS, que «sólo procede abrir una nueva fase de alegaciones cuando el órgano competente para resolver estima que la infracción resulta de mayor gravedad, más no cuando considera que procede una sanción

distinta de la recogida en la propuesta de resolución pero en todo caso prevista por la Ley, como una de las varias aplicables a una misma clase de infracción».

9. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) **Modulación de la carga de la prueba por el principio de facilidad o disponibilidad probatoria**

Frente a la regla general de que la carga de la prueba de los hechos constitutivos o excluyentes de la infracción recae sobre la Administración, la **STS de 27 de octubre de 2009**, Sección Quinta (recurso de casación 3467/2006), recoge uno de los supuestos excepcionales en los que dicha carga se hace recaer sobre el imputado, en atención a la mayor disponibilidad o facilidad con que éste cuenta para probar el hecho de que se trate. En el supuesto enjuiciado, la Confederación Hidrográfica del Segura impuso dos sanciones de 500.000 pesetas a dos entidades mercantiles por derivar agua de un paraje propiedad de la primera, a través de una conducción, a un terreno perteneciente a la segunda, con la finalidad de poner en regadío 80 ha de vid de secano, sin contar con autorización o concesión administrativa de ninguna clase. Las sancionadas alegaron que el agua empleada en regar las nuevas hectáreas puestas en regadío se había dejado de emplear en la primera finca, por lo que no habría habido alteración de las condiciones o régimen de aprovechamiento, y que debía haber sido la Administración quien acreditara el incremento de los caudales totales utilizados. Frente a tal alegación, la sentencia señala que la Administración carecía de datos del aprovechamiento original, porque la propietaria de las aguas había incumplido el deber legal de solicitar su anotación en el Catálogo de Aguas Privadas y que, «por consiguiente, si ha habido una puesta en riego de 80 nuevas hectáreas resulta fundadamente razonable concluir que ese incremento se ha realizado a costa de sobreexplotar el acuífero en la medida necesaria para posibilitar ese riego. Si no fuese así, correspondía a las actoras, y no a la Administración, probar cumplidamente que ese nuevo riego equivalía a otro que había dejado de hacerse ya que la base de incertidumbre de que se parte ha sido creada por las propias actoras».

B) **Admisión de la prueba indiciaria**

La **STS de 3 noviembre de 2009**, Sección Tercera (recurso de casación 1820/2007), admite una vez más el uso de la prueba indiciaria como prueba de cargo en un procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia. En los hechos, varias empresas navieras habían sido sancionadas por realizar acuerdos colusorios en relación con la línea marítima Algeciras-Tánger-Algeciras fuera del período comprendido dentro de la «Operación paso del estrecho». Remitiéndose a la sentencia de instancia, la Sala entiende que «el acuerdo sobre precios se considera acreditado por la identidad de las clases de pasajes, precios de los mismos y fechas en que cambiaban. Así, todas las compañías establecían las mismas clases o categorías de pasajes (...) Los precios de todas esas clases de pasajes (...) eran idénticos en las seis compañías navieras citadas, y además todas ellas cambiaban los precios de forma idéntica en las mismas fechas (...) Esta identidad de tarifas o precios, mantenida a través del tiempo y que ha persistido no obstante los incrementos de precios aplicados por todas las navieras, que son empresas competidoras, con diferentes estructuras

y costes distintos, encuentra una explicación racional, sin ningún salto de lógica o ausencia de premisas intermedias, en un acuerdo previo de fijación de precios entre las Compañías navieras. Dicha explicación, además de racional, lógica y coherente, es la única posible».

C) Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes

Don Paulino fue denunciado por conducir mientras utilizaba manualmente el teléfono móvil. Como pruebas de descargo, Don Paulino solicitó, por un lado, que se oficiara a su compañía de telefonía para que certificara si desde su único teléfono móvil se realizó o recibió alguna llamada el día y a la hora indicadas en la denuncia y, por otro, el interrogatorio de los agentes denunciadores. La Administración rechazó la práctica de ambas pruebas y finalmente le impuso una multa de 150 euros. La **STSJ de Madrid de 6 de abril de 2010** (recurso de apelación 1675/2009), confirma la improcedencia o irrelevancia de la prueba dirigida a comprobar las llamadas de su número de teléfono móvil, pues es evidente que en el momento de la infracción podría haber estado utilizando otro teléfono móvil distinto del suyo. En cambio, el Tribunal no estima «innecesaria» la declaración testifical de los agentes denunciadores a presencia del instructor y del interesado, a pesar incluso de que ya constaba la ratificación escrita de uno de los dos agentes. Citando jurisprudencia anterior, la sentencia entiende que «es imposible negar la relevancia de la solicitud de interrogar personalmente al agente denunciador dado que se trata de una infracción de tipo instantáneo en la que la única prueba es, precisamente, la denuncia del agente, sin que haya un registro de la infracción por medios técnicos de medición o reproducción. El agente afirma una versión de los hechos, y el denunciado otra; la denuncia hace prueba, pero admite la prueba en contrario; si no se permite interrogar a la persona cuya afirmación sustenta, en exclusiva, la imputación, vale más que la sanción se imponga sin necesidad de tramitación del procedimiento, pues se desconoce, en tal caso, para qué se tramita exactamente el mismo, en lugar de meramente imponer la sanción sobre la base de la denuncia. (...) Ante una situación así, la presunción de veracidad de las denuncias se transforma prácticamente en una presunción *iuris et de iure*, y la necesidad de verificar el procedimiento administrativo con las debidas garantías en un trámite carente de contenido real». Así pues, el Tribunal anula la sanción por vulneración de los derechos fundamentales del recurrente a la prueba y a la presunción de inocencia reconocidos en el artículo 24 CE.

10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Debe motivar la existencia de culpabilidad

Ampliando un poco más esta consolidada jurisprudencia en materia tributaria [*vid. JA*, núm. 44.VII.9.B) y C), núm. 45.VII.12.B), núm. 46.VII.11.C) y núm. 47.VII.9.B)], la **STS de 8 de octubre de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 5895/2003), rechaza por insuficiente la motivación relativa a la culpabilidad contenida en una resolución sancionadora por considerar que ésta «se limita a señalar que el Código de Comercio exige que toda empresa actúe con la diligencia de un buen comerciante, diligencia que no ha sido tenida al actuar el sujeto pasivo en sus propios intereses, motivación genérica y claramente insuficiente respecto a la culpabilidad».

B) La falta de motivación de la resolución sancionadora no puede subsanarse en vía de recurso administrativo o contencioso-administrativo

La **STS de 8 de octubre de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 5895/2003), que anula una sanción tributaria por falta de motivación relativa a la culpabilidad del infractor en la resolución sancionadora, estima que se trata de una situación irreversible, «sin que el defecto pueda ser subsanado por lo que señalen los órganos de la resolución de reclamaciones económico-administrativas o la Sala de instancia, al corresponder a estos órganos efectuar sólo el control de la decisión sancionadora». En términos muy similares, y también en materia tributaria, se expresa la **STS de 11 de marzo de 2010**, Sección Segunda (recurso de casación 10315/2003).

11. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) La caducidad del procedimiento sancionador no impide la incoación de un nuevo procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios, aun cuando la responsabilidad sancionadora hubiera prescrito

La Administración inició un procedimiento sancionador contra una Sociedad Agraria de Transformación por la comisión de una infracción en materia de dominio público hidráulico. Transcurrido más de un año desde su incoación, se declaró la caducidad del procedimiento y, con ella, la prescripción de la infracción, al considerar que su cómputo no se había visto interrumpido. La Administración acordó entonces la incoación de un nuevo procedimiento, esta vez encaminado únicamente a la determinación de la obligación de reparar los daños y perjuicios causados al dominio público y de reponer las cosas al estado que tenían. La SAT impugna la incoación de este nuevo procedimiento, toda vez que la normativa exigía que dicha responsabilidad fuera fijada en el procedimiento sancionador de modo que, al no poder iniciarse éste, por haber prescrito la infracción, no resultaría posible iniciar un nuevo procedimiento. La **STS de 15 de octubre de 2009**, Sección Quinta (recurso de casación 272/2005), rechaza este planteamiento y confirma que la Administración actuó correctamente, pues, «lo adecuado, al no haber prescrito la acción para exigir la reparación de los daños y la reposición de las cosas, es la incoación y tramitación de un nuevo procedimiento para este exclusivo fin».

12. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO.
PROPORCIONALIDAD E INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES

A) La resolución debe especificar la cuantía de la sanción correspondiente a cada una de las infracciones cometidas

La Administración impuso a una Televisión local una multa global de 120.202 euros por la comisión de tres infracciones graves diferentes tipificadas en la Ley General de Telecomunicaciones, sin indicar qué parte de la sanción correspondía a cada una de ellas. La **SAN de 2 de febrero de 2010** (recurso contencioso-administrativo 150/2006), estima que

la imposición global de la sanción por tres infracciones diferentes, sin individualización de ninguna clase, vulnera el principio de legalidad sancionadora y, por ello, anula la sanción impuesta. A tal efecto, la sentencia constata que «no es cierto que en la resolución sancionadora se expresase razón alguna de individualización proporcional, con contravención del artículo 131 de la Ley 30/1992, y no es admisible una remisión global o en masa a las circunstancias reflejadas en el expediente para eludir el deber legal de realizarla. Además de ello, el principio de legalidad sancionadora, que se extiende a las sanciones (artículo 129.2 de la Ley 30/1992), obliga al órgano administrativo a expresar las que impone como consecuencia de cada infracción, y ello para que el interesado pueda conocerlas, acaso impugnarlas y para que los Tribunales puedan ejercer un control de legalidad individualizado de cada una de ellas; de modo que la suma global de las multas impuestas, que impide conocer cada uno de los montantes de tales sanciones, debe estimarse como ilegal por contravenir el citado artículo 129.2».

B) Toma en consideración de todas las circunstancias concurrentes

Tras dirigirle diversos requerimientos, la Comisión Nacional de la Energía incoó procedimiento sancionador contra Iberdrola, SA, por haber adquirido un nivel significativo de participaciones de otra entidad del sector energético sin haber solicitado la preceptiva autorización para ello. Una semana después de que se adoptara propuesta de resolución, Iberdrola, SA solicitó dicha autorización. Al día siguiente, la Comisión Nacional dictó resolución sancionadora de multa en su importe máximo (60.101,21 euros), por entender que hubo «una manifiesta resistencia de la actora a cumplir con la CNE, y a que la misma ha impuesto al Organismo una situación *facta consumata* que, de ser permisivos con ella, podría dar lugar a que los restantes operadores del sistema actuasen de igual modo». Ello no impidió, sin embargo, que un mes y medio más tarde, la autorización solicitada fuera concedida. Frente al rigor de la sanción impuesta, la **STSJ de Madrid de 22 de abril de 2010** (recurso contencioso-administrativo 1011/2007), estima, sin embargo, que las razones aducidas por la Administración no son suficientes para la imposición de la sanción en su grado máximo, entendiéndose que, «aunque es cierto que hubo renuencia de la actora a solicitar la autorización, también lo es que, finalmente, la pidió antes de que se le notificase la sanción y fue concedida». En consecuencia, la sentencia anula la sanción impuesta por la Administración, sustituyéndola por otra de sólo 30.000 euros.

13. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRESCRIPCIÓN

A) Valor interruptivo de las actuaciones inspectoras tributarias por la simple aceptación por el administrado de que se llevaran a cabo

De conformidad con el artículo 31.4 de la anterior LGT, la interrupción injustificada por un período superior a seis meses del procedimiento de inspección tributaria permitía entender que éste no había producido la interrupción del cómputo de prescripción de la responsabilidad sancionadora. A tales efectos, resulta esencial determinar qué diligencias tenían efecto interruptivo de la paralización injustificada del procedimiento de inspección, lo que ha venido siendo entendido por la jurisprudencia en el sentido de rechazar las «diligencias argu-

cia», carentes de verdadero contenido comprobador y dirigidas únicamente a interrumpir la prescripción. A estos efectos, la **STS de 29 de octubre de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 7790/2003), citando jurisprudencia reciente, estima posible conceder «valor interruptivo a actuaciones inspectoras llevadas a cabo según reconocimiento firmado de conformidad por el representante del sujeto pasivo, entendiéndose que ello comporta un acto propio que le vincula». En consecuencia, si el sancionado «mantiene ahora que las mismas [actuaciones inspectoras] carecían de *verdadero contenido comprobador* debe demostrar las circunstancias o motivos de su alegación. En otro caso, debemos entender que las actuaciones tuvieron por objeto «verificar el adecuado cumplimiento por los sujetos pasivos obligados tributarios de sus obligaciones y deberes para con la Hacienda pública». En voto particular formulado a esta sentencia, se razona, sin embargo, que la mera aceptación de que se llevara a cabo una actuación administrativa, sin que haya quedado constancia de su contenido ni de su finalidad, no es suficiente para determinar si dicha actuación reúne los requisitos definidos jurisprudencialmente para entender producida la interrupción, indicando que «por el contrario (...) para tener efecto interruptivo (...) [estas actuaciones] han de cumplir, al menos y en todo caso, con las exigencias reglamentarias y expresar, además, el contenido necesario para que puedan ser calificadas y valoradas por este Tribunal».

B) Valor interruptivo de la presentación de un escrito de alegaciones por parte del sancionado

Remitiéndose a jurisprudencia anterior (STS de 5 de junio de 2006), la **STS de 15 de octubre de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 4493/2003), recaída en relación con una sanción tributaria, confirma que, a pesar del tenor de la norma, que se refería únicamente a «la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase», también «el escrito de alegaciones, presentado en la sustanciación de las reclamaciones económico-administrativas, interrumpe la prescripción, con más razón que el mero y simple escrito de interposición, pues es en aquel donde el recurrente manifiesta su pretensión y expone sus fundamentos jurídicos; es decir, donde realmente rompe su silencio y exterioriza, con efectos jurídicos, su oposición a la obligación tributaria que se le exige».

14. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

A) La anulación en vía judicial de una sanción puede originar la responsabilidad patrimonial de la Administración por las medidas cautelares adoptadas en el procedimiento sancionador

Tras localizar en la discoteca XQUE de Palafrugell ciertas sustancias que podían ser tóxicas o estupefacientes, la Administración autonómica catalana inició un procedimiento sancionador y acordó el cierre cautelar de la discoteca mediante su precinto, que se prolongó por espacio de cuatro meses. La Administración acabó imponiendo una sanción pecuniaria y otra de cierre del establecimiento que, sin embargo, fueron anuladas por sentencia judicial. Sobre estos hechos, la entidad propietaria de la discoteca reclama una indemnización por los daños y perjuicios causados por su cierre cautelar. La **STS de 21 de octubre de 2009**, Sección Cuarta (recurso de casación 679/2008), acepta la posibilidad de que una

situación como la descrita pueda generar la responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque aclara que la anulación de una sanción y de las medidas cautelares adoptadas con carácter previo no implica, *per se*, la existencia de un daño antijurídico. En particular, la sentencia aclara que «para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se ha atribuido la potestad que ejercita». Trasladando esta construcción al supuesto enjuiciado, la sentencia concluye que «el cierre cautelar adoptado era innecesario para salvaguardar la decisión final, por lo que constituye un indicio de desproporción que hace pensar en una inadecuada actuación administrativa (...) Se constata, por tanto, que [la recurrente] no se encuentra jurídicamente obligada a soportar el daño que pueda haberle ocasionado la actuación administrativa, pues la solución adoptada no se ha producido dentro de los márgenes razonables en los que debe moverse la Administración». Todo lo cual, junto con la concurrencia del resto de requisitos legalmente exigidos, le lleva a apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

ANTONIO BUENO ARMJO

MANUEL A. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
 2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL.
 - A) **Juego de la responsabilidad patrimonial para cubrir daños indirectamente producidos por una expropiación.**
 - B) **Imprudencia de instar un procedimiento de responsabilidad patrimonial para reclamar el daño sufrido por la desposesión durante el tiempo que media entre la ocupación expropiatoria y la reversión del bien.**
 3. GARANTÍAS FORMALES.
 - A) **Los efectos compensatorios de las vías de hecho expropiatorias han de ser mayores que en los supuestos en que se sigue el procedimiento legalmente establecido, pues de lo contrario se estaría premiando una práctica ilegal.**
 4. GARANTÍAS JURISDICCIONALES.
 - A) **La jurisdicción civil es incompetente para anular una expropiación aunque se haya seguido el expediente con quien no era el verdadero propietario, aunque sí está habilitada para condenar al falso propietario a reintegrar el precio obtenido al verdadero dueño.**
 - B) **Cuantía de la casación en materia expropiatoria y cálculo de ésta.**
-

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analiza en este número la jurisprudencia en materia expropiatoria producida entre el 15 de mayo y el 31 de julio de 2010. Merece la pena resaltar preliminarmente los dos pronunciamientos —uno de la Audiencia Nacional y otro del Tribunal Supremo— que se comentan en relación con la naturaleza y el alcance de la garantía patrimonial, que contribuyen a precisar el alcance y los límites del juego que ha de reconocerse a la responsabilidad patrimonial como garantía auxiliar y complementaria de la expropiación forzosa. Asimismo tiene especial interés la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a las vías de hecho expropiatorias, que avala que el montante de la compensación comprenda en estos casos conceptos específicos o se incremente en los términos legalmente permitidos

para evitar que las consecuencias económicas de las expropiaciones «formales» o legales y de las ilegales sean idénticas para la Administración, que en un caso aplica el procedimiento debido mientras que en el otro actúa al margen de la legalidad.

2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

A) Juego de la responsabilidad patrimonial para cubrir daños indirectamente producidos por una expropiación

En varias ocasiones hemos puesto de relieve desde estas líneas que la institución de la responsabilidad patrimonial juega un importante papel auxiliar de la garantía expropiatoria para resarcir patrimonialmente al ciudadano en ciertos supuestos, como los daños que se producen en el contexto de la expropiación pero que no quedan cubiertos por el justiprecio, la inexistencia de justiprecio o el mayor daño inferido en las vías de hecho expropiatorias o para compensar la imposibilidad de restitución *in natura* en supuestos de reversión.

En relación al primer supuesto señalado, los daños derivados de la expropiación no contemplados por el justiprecio, existe una errónea creencia —fundada en una cierta jurisprudencia— de que no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad extracontractual de la Administración cuando el supuesto de hecho causante y la correspondiente reparación del daño tienen otra vía procedimental específica, como son los eventuales efectos lesivos que se producen en el seno de una actuación expropiatoria. Según esta tesis, todos aquellos daños que sean consecuencia directa o indirecta de la expropiación en sí misma considerada, deben entenderse compensados económicamente mediante el justiprecio, fijado por mutuo acuerdo o contradictoriamente en el propio expediente expropiatorio, sin que quepa volver a cuestionarlos en un nuevo expediente por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Este argumento es el que sirvió al Ministerio de Industria y Turismo para desestimar la pretensión de unos expropiados de que la entidad beneficiaria de una expropiación para el paso de un gaseoducto reparase los daños derivados de lo que los reclamantes consideraban un exceso de ocupación sobre la superficie de ocupación temporal fijada en el acta previa de ocupación, que conllevó la destrucción de parte del arbolado y de las cañerías provocando grandes pérdidas de agua y un descenso del rendimiento de la explotación agrícola por falta de riego. En el proceso seguido ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el Abogado del Estado defendió la improcedencia de la responsabilidad administrativa con el mismo argumento seguido por el Consejo de Estado en su dictamen previo a la resolución denegatoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial: que los daños directos o indirectos de una expropiación han de ventilarse exclusivamente en el expediente de justiprecio. Frente a ello, la SAN, que resuelve el caso, **de 31 de mayo de 2010** (recurso 1518/2007), siguiendo una sentencia precedente de la propia Sala, de 13 de abril de 2009, afirma la compatibilidad de ambas vías y la consiguiente procedencia de reclamar la responsabilidad patrimonial respecto de daños no cubiertos por el justiprecio, siempre —claro es— que se den los requisitos sustanciales y procedimentales oportunos. De modo que

«aunque el cauce más habitual para discutir la indemnización por los daños derivados de una expropiación sea el cuestionamiento del justiprecio, ello no obsta a la aplicabilidad

de la institución de la responsabilidad patrimonial cuando por alguna causa esos mismos daños no pudieron incluirse en dicho justiprecio».

Dicho lo cual, y analizados los requisitos del daño y demás requerimientos del instituto de la responsabilidad patrimonial, la Sala rechaza en este caso la pretensión resarcitoria de los demandantes por no haber éstos acreditado debidamente la realidad de los daños que reclamaban.

B) Improcedencia de instar un procedimiento de responsabilidad patrimonial para reclamar el daño sufrido por la desposesión durante el tiempo que media entre la ocupación expropiatoria y la reversión del bien

Acabamos de señalar que el juego complementario que presta el instituto de la responsabilidad patrimonial a la garantía expropiatoria (paliando carencias y salvando impedimentos de la expropiación) depende de que se den los requisitos legales y procedimentales de la responsabilidad patrimonial. Para ilustrar esta condición viene muy al caso una **STS de 2 de junio de 2010** (recurso 1292/2006), que resuelve el recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que desestimó el recurso interpuesto para la reclamación de daños por la propiedad de unos bienes expropiados que luego revertieron a su favor. Lo que pretende la interesada es reclamar por la vía de la responsabilidad patrimonial una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados sufridos durante el tiempo en que estuvo privada de la propiedad de la finca desde su ocupación hasta la efectividad de la reversión.

La pretensión y el argumento que la sostiene no resiste el análisis a la luz del instituto de la responsabilidad patrimonial, pues el daño demandado —de existir ciertamente un daño tal cuando ha mediado justiprecio— carece por completo del requisito de la antijuridicidad. Así lo viene a reconocer el Tribunal Supremo, al declarar que no hay lugar a la casación planteada porque

«se solicita la indemnización de daños y perjuicios fundada en la misma existencia de la reversión, que se estimó procedente al resultar improcedente la expropiación, vinculación que la Sala de instancia niega por cuanto que parte de considerar, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, que la reversión constituye un derecho autónomo, independiente de la expropiación, y una causa revocatoria de ésta, resultando hasta entonces plenamente eficaz la expropiación, y legítima la privación singular que por efecto de ley comporta la expropiación.

Añade, además, que si la recurrente aduce haber estado privada de la finca durante diecisiete años, es cierto que durante ese tiempo ha venido disfrutando del justo valor de la finca y el rendimiento de ese equivalente económico, por lo que, pretender ahora retener ese justiprecio y sus frutos y reclamar los rendimientos por la vía indemnizatoria de la finca, comportaría un enriquecimiento sin causa que no cabe amparar.

(...) la reversión constituye un fenómeno de invalidez sobrevenida a la expropiación por la desaparición del elemento esencial que lo motiva y los efectos de esta invalidez se producen *ex nunc*, es decir, sin cuestionar la validez originaria con que la expropiación fue realizada, no anulándose la expropiación sino haciendo cesar tan sólo sus efectos, resolviendo la misma y obligando a devolver recíprocamente las prestaciones que realizaron entre sí el expropiante y el expropiado, debiendo devolver aquél los terrenos y éste el justiprecio abonado por la Administración (...), pretender otra cosa supondría, como la sentencia pone

de manifiesto, reconocer un enriquecimiento sin causa, puesto que el reversionista no solamente habría de recibir los terrenos sino, además, las rentas que los mismos hubieran producido durante la expropiación, siendo así que el mismo se benefició ya del justiprecio y de su rentabilidad durante el período en que la expropiación estuvo vigente».

3. GARANTÍAS FORMALES

A) **Los efectos compensatorios de las vías de hecho expropiatorias han de ser mayores que en los supuestos en que sigue el procedimiento legalmente establecido, pues de lo contrario se estaría premiando una práctica ilegal**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no considera igual a efectos compensatorios las expropiaciones en vía de hecho que las que siguen el procedimiento legalmente establecido. En casos de vía de hecho, hemos visto muchas veces que, cuando no procede la retrocesión *in natura* de lo indebidamente expropiado, el justiprecio expropiatorio se incrementa en un porcentaje (un 25%) que penaliza la práctica abusiva de la Administración y, en última instancia, se justifica en el principio de que nadie puede beneficiarse de sus propios errores o torpezas (*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*).

En este orden de consideraciones tiene interés la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos recientemente consagrada por la **Sentencia de la Sección 2.^a recaída en el caso *Sarica y Dilaver contra Turquía, de 27 de mayo de 2010*** (demanda núm. 11765/2005), que se inscribe en esta misma línea de razonamiento.

El caso hace referencia a unos nacionales turcos que en 1983 demandaron al Ministerio de Defensa turco la expropiación de unos terrenos de su propiedad que venían siendo utilizados *de facto* como zona militar. Reconociendo el hecho, las autoridades turcas respondieron que la expropiación no se haría esperar, pese a que el procedimiento expropiatorio nunca se abrió. Los interesados demandaron en diversas ocasiones su iniciación, e incluso llegaron a formular una hoja de aprecio que jamás tuvo respuesta. Antes bien, en 2001, la Administración inscribió los terrenos en el Registro de la propiedad a nombre del Tesoro prevaleándose del régimen veintañal de la prescripción adquisitiva que regía en el mencionado país. La cuestión de si había habido o no prescripción fue discutida ante los Tribunales turcos, que acabaron por dar la razón a los reclamantes, reconociéndoles un determinado justiprecio por la expropiación producida en vía de hecho. En ejecución de este proceso, que es la vía en la que tenían que liquidarse los intereses devengados, las autoridades turcas aplicaron el tipo de interés legal en detrimento del tipo mayor que prevé el artículo 46 de la Constitución turca, según el cual, la indemnización derivada de una expropiación que permanezca impagada por cualquier razón devengará el tipo máximo de interés aplicable a las deudas públicas. Recurrida la decisión por los propietarios, la Corte de Casación turca estimó en última instancia que dicho precepto constitucional sólo se aplica a las expropiaciones «formales» en las que se ha seguido un procedimiento expropiatorio y se ha fijado un justiprecio que, por la razón que sea, no se abona en el plazo establecido, pero no a las expropiaciones producidas en vía de hecho.

Los propietarios acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por considerar que esa discriminación entre expropiaciones formales y vía de hecho expropiatoria perjudicaba su derecho de propiedad, que estimaban vulnerado a la luz del Protocolo Adicional

Primero al Convenio Europeo de Derechos Humanos porque las autoridades judiciales turcas equipararon su situación de expropiados en vía de hecho a la de los expropiados «ordinarios» a efectos del cobro de intereses. El Tribunal estima la demanda en este punto, señalando que

«La práctica de la expropiación en vía de hecho permite a la Administración ocupar un bien inmueble y transformar irreversiblemente su destino, de suerte que el bien se considera adquirido para el patrimonio público sin el menor acto formal ni la oportuna declaración de transferencia de propiedad. En ausencia de tal acto, el único elemento que permite legitimar retrospectivamente la transferencia de la propiedad y garantizar la seguridad jurídica es la asignación a los expropiados de la compensación por los daños provocados por esa expropiación de hecho. Pero esta práctica tiene el efecto de obligar a los así expropiados —que siguen siendo formalmente dueños de la propiedad en términos legales— a emprender acciones legales contra la Administración, que hasta entonces nunca había tenido que justificar su actuación ni esgrimir ningún motivo de interés público, que —en su caso— podrá ser objeto de evaluación posterior por los Tribunales. En otras palabras, una expropiación *de facto* tiende en todo caso a confirmar una situación irregular voluntariamente creada por la Administración para que pueda beneficiarse de su conducta ilícita.

De ello se deduce que la expropiación en vía de hecho es una práctica que permite a la Administración ocupar un inmueble sin pagar de antemano al propietario. Son éstos los que asumen la carga de entablar una acción para obtener la indemnización y, por tanto, incurrir en costos legales para defender sus derechos; mientras que una expropiación que siga el procedimiento formal se inicia por la autoridad expropiante que debe abonar el justiprecio.

En vista de lo anterior, el Tribunal considera que este método no es capaz de garantizar un grado suficiente de seguridad jurídica y no constituye una alternativa a la expropiación en buena y debida forma» (la traducción no es oficial, la hacemos nosotros mismos del texto original en francés).

En línea con su jurisprudencia anterior (SSTEDH *Scordino vs. Italia*, de 17 de mayo de 2005, y *Guiso-Gallisay vs. Italia*, de 8 de diciembre de 2005), el Tribunal estima, en suma, que la expropiación en vía de hecho ha de tener consecuencias más gravosas para la Administración, pues otra cosa sería premiar la arbitrariedad y desconocer el principio de *nemo auditur*.

4. GARANTÍAS JURISDICCIONALES

A) La jurisdicción civil es incompetente para anular una expropiación aunque se haya seguido el expediente con quien no era el verdadero propietario, aunque sí está habilitada para condenar al falso propietario a reintegrar el precio obtenido al verdadero dueño

La STS de 20 de junio de 2010, Sala de lo Civil (recurso 1444/2006), conoce en casación la pretensión de una empresa constructora de que fuera anulada una expropiación en la que la Administración tuvo por sujeto expropiado a la empresa que figuraba como titular registral y no a la recurrente, verdadera dueña de la cosa —condición que quedó probada en instancia—. Asimismo, solicitaba el reintegro de la propiedad (o, subsidiariamente, de su valor económico en metálico) y la cancelación de la inscripción registral de la finca a favor de la Administración expropiada.

La pretensión relativa a la anulación de la expropiación fue rechazada tanto en primera instancia como en apelación, en ambos casos por incompetencia de jurisdicción; reconociéndose, no obstante, el derecho de la propietaria a ser resarcida por la titular registral por el importe que ésta había obtenido indebidamente. La sentencia dictada en casación por el Tribunal Supremo confirma que la jurisdicción civil es incompetente para dejar sin efecto la expropiación aunque se haya seguido el expediente con quien era titular registral de la finca pero no era su propietario, aunque sí está habilitada dicha jurisdicción para condenar al falso propietario a reintegrar el precio obtenido al verdadero dueño para evitar el enriquecimiento injusto de quien no lo es; sin perjuicio, claro está, de que el primero pueda hacer valer su pretensión anulatoria ante la Administración y los órganos competentes del orden contencioso-administrativo. En palabras de la sentencia,

«La utilidad pública que justifica para la Administración el ejercicio de una facultad de carácter extraordinario y excepcional como es la de expropiar concurre de igual modo aun cuando la actora hubiera sido la titular registral y cualquier derecho que a la misma corresponda por no haber sido tenida como titular en el expediente administrativo podrá hacerlo valer ante la propia Administración y, en su caso, en la vía contencioso-administrativa».

B) Cuantía de la casación en materia expropiatoria y cálculo de ésta

Como recuerda la **STS de 25 de mayo de 2010** (recurso 350/2008), es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que la cuantía del recurso «ordinario» de casación que determina la posibilidad de acceder a esta vía dentro de los límites cuantitativos previstos por el artículo 86.2 de la LJCA se fija por la diferencia entre el valor del bien expropiado fijado en la resolución del Jurado y el asignado a éste por el recurrente en su hoja de aprecio, en aplicación de lo prevenido en el artículo 42.1.b), regla segunda, de la LJCA (diferencia del valor entre el objeto de reclamación y el del acto que motivó el recurso), salvo que la Sala de instancia haya elevado el justiprecio fijado por el Jurado, en cuyo caso la valoración de aquélla sustituye a la de éste como término de comparación.

En el recurso de casación para la unificación de la doctrina (que procede cuando no es posible la impugnación de las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia o por la Audiencia Nacional por razón de la cuantía litigiosa y se dan los presupuestos procesales que indica el artículo 96 de la LJCA), la cuantía está limitada a los tres millones de pesetas (18.000 euros) que señala como mínimo el apartado 3.º del artículo 96 de la LJCA.

Junto a lo anterior ha de precisarse que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 41.2 de la LJCA, cuando existan varios demandantes ha de atenderse al valor económico de la pretensión deducida por cada uno de ellos y no a la suma de todos, siendo jurisprudencia reiterada que la cuantía litigiosa en los supuestos de comunidad de bienes se determina en función de la participación de cada comunero en la titularidad compartida y, a falta de previsión especial o de su constancia, por iguales partes entre todos ellos, en aplicación de la presunción establecida en el artículo 393.2 del CC.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.
2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.
 - A) **Responsabilidad del Estado por las amputaciones sufridas por los motoristas como consecuencia del diseño de las biondas o «quitamiedos».**
 - B) **Responsabilidad médica por desviación respecto de la *lex artis ad hoc*. Reglas sobre la carga de la prueba.**
 - C) **Responsabilidad médica por omisión del deber de recabar el consentimiento informado del paciente.**
 - D) **Antijuridicidad. Anulación de un acto por razones de forma, siendo el fondo ajustado a Derecho: indemnización improcedente.**
3. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. PRISIÓN PREVENTIVA: INDEMNIZACIÓN POR INEXISTENCIA OBJETIVA.
4. RESPONSABILIDAD DE OTROS PODERES PÚBLICOS DISTINTOS DEL LEGISLADOR, EL EJECUTIVO Y EL JUDICIAL: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DEFENSOR DEL PUEBLO.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Sabe el asiduo lector de estas crónicas que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración no hay ni un solo número de la Revista que no ofrezca pronunciamientos de importancia en el período correspondiente, bien por la envergadura del asunto o bien por sus aportaciones doctrinales sobre los numerosos aspectos del régimen jurídico de institución tan central y tan compleja, siempre susceptible de concreciones y de perfeccionamientos técnicos. Lo que se contiene en esta crónica no es una excepción a lo dicho sino su confirmación más plena. En esta ocasión, su interés viene poderosamente representado por dos Sentencias del Tribunal Supremo que vienen a rellenar dos parcelas del instituto de la responsabilidad siempre intuitas pero no exploradas: la posición del Tribunal Constitucional y del Defensor del Pueblo por los daños que su funcionamiento pueda irrogar a los ciudadanos, dos grandes asuntos que, como suele suceder por una suerte de determinismo histórico bien conocido, tienen por objeto litigios «modestos», o sea, no caracterizados

precisamente por el mucho nivel económico o social de las controversias que en ellos se dirimen. Ya hemos considerado abundantemente en estas páginas la responsabilidad de los otros dos Poderes del Estado que no son el Ejecutivo y su Administración, esto es, la responsabilidad del Poder Judicial y la del Legislador (señaladamente para la de éste en el número 44 con ocasión de la STS de 16 de diciembre de 2008). Ahora, con la incorporación de los órganos mencionados, queda prácticamente casi al completo el panel compuesto por los órganos constitucionales dentro de este nuestro Estado «policéntrico».

La solución al tema de la responsabilidad del Tribunal Constitucional —STS de 26 de noviembre de 2009— en este caso imputado por un «funcionamiento anormal» inherente a su dilación en resolver un incidente de recusación en el seno de un recurso de amparo, sigue la huella de lo ya establecido para los supuestos de responsabilidad del Legislador, si bien con sus propias peculiaridades. En suma, el TS siguiendo lo ya previsto por el novísimo apartado 5 del artículo 139 de la LRJAP-PAC, admite la posible existencia de responsabilidad por parte del TC, por su funcionamiento *anormal*, atribuyendo en primer término al propio Tribunal la apreciación de la existencia de responsabilidad y, respectivamente, al Ministerio de Justicia, Consejo de Estado y Consejo de Ministros, las funciones impulsoras del procedimiento, la emisión de dictamen no vinculante y la decisoria sobre el *quantum* indemnizatorio, todo ello sin perjuicio del posible control ulterior del orden contencioso-administrativo —ocioso es decir que éste es un punto de fricción controvertido— al versar el asunto «no sobre materia jurisdiccional, sino gubernativa», afirmación esta que, como puede comprenderse, viene a ser la manzana de la discordia que da pie a los votos particulares presentados contra la Sentencia.

Por su parte, la Sentencia del día siguiente —27 de noviembre de 2009— sobre responsabilidad del Defensor del Pueblo por presuntas irregularidades en la tramitación de una queja, acepta lisa y llanamente la posibilidad de reconocer tal responsabilidad con base en el artículo 9.3 CE, máxime cuando «su función se presenta como una prolongación natural de la tarea administrativa», es decir, «una dimensión prestacional que autoriza incluir esta institución en la cláusula general del artículo 106.2 CE». La Sentencia señala al Consejo de Ministros como el órgano competente para declarar la responsabilidad así como para cuantificar la indemnización y hacerla efectiva. También cuenta esta Sentencia con votos particulares que, análogamente al caso anterior, vienen a postular que las funciones *típicas* de estos órganos no generan responsabilidad rescindible en la jurisdicción contencioso-administrativa, sino sólo los genuinos «actos de administración» referidos en el artículo 2.e) de la LJCA.

La presente impronta sobre el estado de la cuestión no supe desde luego la cumplida lectura de dichas sentencias con su riqueza de matices, según exponemos más abajo.

2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A) Responsabilidad del Estado por las amputaciones sufridas por los motoristas como consecuencia del diseño de las biondas o «quitamiedos»

La STS de 1 de diciembre de 2009, Ar. 8129, resuelve un caso dramático del que de forma recurrente se hacen eco los medios de comunicación y que ha dado pie a una insistente

reivindicación por parte de los motoristas: el diseño de las biondas o «quitamiedos» más extendidos en las carreteras españolas provoca todos los años un buen número de amputaciones en los accidentes de carretera en que están implicados motoristas.

En el caso de autos, el tribunal de instancia había apreciado causa exclusiva de la víctima por exceso de velocidad.

El Tribunal Supremo, por el contrario, considera acreditada la peligrosidad de las biondas y reconoce el derecho a indemnización, de la que el demandante debe asumir el 50% por concurrencia de causas debidas al exceso de velocidad. Valora la pérdida de una pierna por una persona relativamente joven en torno a los 240.000 euros, por lo que la reducción de esa cifra a la mitad conduce a fijar la cuantía de la indemnización en 120.000 euros actualizados a la fecha de la sentencia.

Además, aclara que la obligación de pagar la mencionada indemnización pesa exclusivamente sobre la Administración General del Estado, no sobre la empresa que tenía a su cargo la conservación de la autovía en el lugar donde se produjo el accidente, y que figuraba como codemandada, puesto que ésta debía acomodarse a la normativa técnica establecida por la Administración. Ello significa que la presencia o ausencia de las biondas quedaba fuera de su esfera de decisión, de manera que no cabe imputarle responsabilidad alguna por la lesión sufrida por el recurrente.

B) Responsabilidad médica por desviación respecto de la *lex artis ad hoc*. Reglas sobre la carga de la prueba

En la STS de 23 de diciembre de 2009, Ar. 1339, se discute a quién corresponde acreditar que se hizo un seguimiento permanente del paciente, con la correspondiente monitorización, en el caso de una mujer ingresada para un parto. En el caso de autos, no quedaba constancia de los registros cardiotocográficos, lo que impedía constatar si había existido una permanente monitorización exigida en este caso de embarazo de riesgo.

El tribunal de instancia obvió esta cuestión y desestimó la reclamación por falta de prueba por la demandante de la existencia de una desviación respecto a la *lex artis ad hoc*.

El Tribunal Supremo apela al principio de disponibilidad y facilidad probatoria. En la medida en que era la Administración quien tenía el deber de custodia de aquellos registros y documentación que se echan en falta y que hubieran permitido una mayor luz sobre lo realmente acontecido, la condena a indemnizar por un importe de 510.860 euros, solicitado, en la que suman tanto la entidad de las lesiones y secuelas que padece su hija y su carácter permanente, para toda su vida, como el sufrimiento y daño moral inherente para sus padres.

C) Responsabilidad médica por omisión del deber de recabar el consentimiento informado del paciente

Como ya hemos expuesto a lo largo de estas Crónicas —por última vez, en el número anterior—, en materia de responsabilidad sanitaria, la omisión del deber de recabar el consentimiento informado sólo es indemnizable cuando se actualizan los riesgos de la intervención médica pese a que se lleve a cabo siguiendo la *lex artis ad hoc*. La prueba de que se prestó el consentimiento corresponde a la Administración.

Es el caso, en el período de esta Crónica, de las **SSTS de 24 de noviembre de 2009**, Ar. 8084 (daños derivados de la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo) y **de 10 de diciembre de 2009**, Ar. 8152 (perjuicios a resulta de operación quirúrgica con secuelas de estenosis, incontinencia urinaria e impotencia eréctil). En palabras de esta última:

«Cuando la intervención es enteramente satisfactoria para el paciente; cuando no existe un daño físico, *prima facie* parece claro que aun cuando el consentimiento informado se hubiera omitido o practicado de forma irregular, no hay términos hábiles para el acogimiento de una acción resarcitoria *ex* artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común *ex* artículos 1902 y demás citados del Código Civil (LEG 1889, 27).

Pero si tenemos en consideración que el consentimiento informado se fundamenta en la autonomía del paciente para decidir con conocimiento si se somete a una intervención, en el respeto a su dignidad, pueden surgir dudas de si a pesar del signo absolutamente satisfactorio de la intervención cabe apreciar la causación de una lesión de naturaleza moral o espiritual.

En el supuesto expresado de intervención enteramente satisfactoria para el paciente e inexistencia de daño físico, difícilmente puede entenderse que se origine una reclamación, pero caso de producirse estaría condenada al fracaso. Al respecto parece oportuno citar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2007. En ella se considera el defecto del consentimiento informado como incumplimiento de la *lex artis* y se afirma que revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, para acto seguido sostener que para apreciar la responsabilidad “obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado”. En iguales términos las Sentencias de 10 de octubre de 2007 y de 26 de febrero y 26 de marzo de 2002, citadas en la de 9 de septiembre de 2009 (*sic*) —recurso de casación 263/2008—.

Supuesto distinto al anterior, es aquel en el que no obstante ajustarse la intervención de manera absoluta a la *lex artis*, el paciente sufre una secuela previsible.

En estos casos la jurisprudencia considera el consentimiento informado como bien moral susceptible de resarcimiento (Sentencias de 4 de abril de 2000 y de 1 de febrero de 2008) [...]».

El problema, como poníamos de relieve en el número anterior de esta Crónica, es el subjetivismo que impregna la fijación de indemnizaciones en estos casos. En la primera sentencia, el Tribunal Supremo multiplica por diez la cantidad fijada por la instancia, que pasa de 6.000 a 60.000 euros. En el segundo, se reconoce la existencia de responsabilidad, frente a la absolucón de la Administración en la instancia, y se fija una indemnización de 30.000 euros.

D) Antijuridicidad. Anulación de un acto por razones de forma, siendo el fondo ajustado a Derecho: indemnización improcedente

La **STS de 2 de diciembre de 2009**, Ar. 1871, sienta un principio también presente en la jurisprudencia comunitaria y en la de un buen número de Estados miembros, según el cual, sólo las ilegalidades materiales, y no meramente formales (de competencia o procedimiento), dan origen a indemnización. En este caso, se trataba de órdenes de suspensión de la

comercialización de un producto farmacéutico, anuladas por caducidad del procedimiento en que se dictaron, cuyos efectos no son indemnizables, una vez afirmada su legalidad material.

3. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. PRISIÓN PREVENTIVA: INDEMNIZACIÓN POR INEXISTENCIA OBJETIVA

Como sabemos, la LOPJ no ordena indemnizar todos los casos de prisión preventiva seguidos de absolución, sino tan sólo dos supuestos: los de inexistencia subjetiva y objetiva. Sobre este último concepto gira la **STS de 25 de noviembre de 2009**, Ar. 8087.

El reclamante, persona con antecedentes penales por robo, había sufrido prisión preventiva por espacio de 463 días, acusado de los delitos de agresión sexual, detención ilegal y lesiones. Esgrimía que la prisión preventiva le había provocado la pérdida de su puesto de trabajo y la entidad de los hechos de los que fue acusado con la trascendencia que éstos tuvieron en el lugar de su residencia, había determinado la pérdida de amistades, la separación de su mujer y la negativa de sus cinco hijos a tener contacto con su padre. El supuesto agredido era un menor, con antecedentes conflictivos, que se había escapado el día de autos de su casa por dos veces, pasando el día entero con el acusado, incluso con posterioridad a la supuesta agresión y sumándose a lo largo del día a la compañía de ambas otras personas. Sus declaraciones presentaban, además, dudas de verosimilitud.

Para el tribunal de instancia, la absolución en la vía penal derivaba de la prevalencia del principio de presunción de inocencia, no de una auténtica y constatada inexistencia objetiva por ausencia de delito.

Por el contrario, el Tribunal Supremo aplica su doctrina general y acude a la sentencia absolutoria para indagar el auténtico sentido de la absolución, por encima de las palabras y calificaciones empleadas por el tribunal penal, lo que le lleva a considerar que del relato de hechos se sigue la inexistencia del hecho imputado, ya que de los mencionados hechos probados no cabe deducir indicio siquiera de la existencia de un delito de agresión sexual o de un delito de detención ilegal.

Fija una cantidad a tanto alzado de 75.000 euros, que habrá de ser actualizada con los intereses legales desde la fecha en que se formuló la reclamación.

4. RESPONSABILIDAD DE OTROS PODERES PÚBLICOS DISTINTOS DEL LEGISLADOR, EL EJECUTIVO Y EL JUDICIAL: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DEFENSOR DEL PUEBLO

Las Sentencias estrella de esta Crónica son sin duda las dos que comentamos a continuación y que extienden el principio de responsabilidad a las actuaciones del Tribunal Constitucional y del Defensor del Pueblo. Merecen, pues, una atención destacada.

Como síntesis introductoria, cabe avanzar que en ellas se extiende el principio de responsabilidad, cuyo fundamento se localiza en el artículo 9.3 de la Constitución, a todos los poderes públicos, y se afirma que la vía para hacerlo valer es la reclamación previa ante el

Consejo de Ministros (solución acogida ya en los casos de responsabilidad del Legislador, habida cuenta la personalidad única del Estado encarnada en la Administración General del Estado) y la posterior impugnación debe llevarse a cabo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que se afirma competente para conocer el fondo del asunto.

Vemos a continuación el detalle de las sentencias y concluiremos apuntando algunos temas abiertos.

La **STS de 26 de noviembre de 2009**, Ar. 5692, tiene el siguiente presupuesto. El reclamante solicitó indemnización ante el Ministerio de Justicia por el retraso en que había incurrido el Tribunal Constitucional al resolver un recurso de amparo, como consecuencia de la demora en la resolución de un incidente de recusación que en dicho recurso había planteado el recurrente contra dos magistrados de ese Tribunal. El recurso se interpuso en 1999, la recusación se planteó en 2000 y entre 2001 y 2004 estuvo completamente paralizada la resolución del incidente de recusación, pese a que el recurrente se dirigió al menos en cuatro ocasiones al Tribunal Constitucional instándole a su pronta resolución. En 2004 el Tribunal Constitucional dictó auto por el que se acordaba la extinción por pérdida sobrevenida de objeto del incidente de recusación, puesto que ninguno de los magistrados recusados pertenecía ya a la sección que debía ocuparse del recurso de amparo interpuesto por el recurrente.

El asunto fue enfocado por el recurrente como un supuesto de responsabilidad del poder judicial por funcionamiento anormal (dilaciones indebidas), fundado pues en los artículos correspondientes de la LOPJ, y, por ello, la reclamación se dirigió ante el Ministerio de Justicia, como prescribe el artículo 293.2 de dicha Ley. Tanto el Ministerio de Justicia como el Tribunal Constitucional se declararon incompetentes para conocer de las reclamaciones que les dirigió el demandante.

La primera cuestión a dilucidar consiste en determinar si el Tribunal Constitucional está sometido a las normas de responsabilidad de la Administración o del Poder Judicial. Para el Abogado del Estado y para el Ministerio Fiscal, el Tribunal Constitucional no se integra en el Poder Judicial ni en la Administración pública y por ello no pueden aplicarse las normas que regulan su responsabilidad, por lo que «aunque el artículo 9.3 CE parece exigir que se arbitre una solución para el caso de las reclamaciones relacionadas con un hipotético mal funcionamiento del Tribunal Constitucional, no cabe formular reclamación alguna en tanto el legislador no desarrolle ese precepto». Subsidiariamente, alegaban inexistencia de funcionamiento anormal (dilaciones indebidas) y de daño resarcible.

El Tribunal Supremo comienza por afirmar el principio de responsabilidad, que derivaría directamente del artículo 9.3 CE, incluso a falta de desarrollo legal.

«Dada la posición mantenida por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal en este proceso la primera cuestión que hemos de resolver es si el principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos que proclama y garantiza el artículo 9.3 CE alcanza o no al Tribunal Constitucional, por no haber sido desarrollado por el legislador ordinario este precepto en cuanto a dicho Tribunal y no resultar de aplicación lo dispuesto en el Título V del Libro III de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al no estar integrado el Tribunal Constitucional entre los órganos de la Administración de Justicia a que se refieren los preceptos contenidos en ese título. Conviene advertir que la postura del Ministerio Fiscal

y del Abogado del Estado es contraria a la que ha defendido el Gobierno español ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en los casos en que se ha reclamado ante él responsabilidad por retraso indebido en decisiones del Tribunal Constitucional, conforme al artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, el Convenio). Entonces (asuntos Caldas Ramírez de Arellano y Soto Sánchez), el Gobierno de España solicitó la inadmisibilidad de los recursos interpuestos por no haber agotado los recurrentes las vías de reclamación disponibles en la legislación interna, considerando que dichas vías eran precisamente las contenidas en los artículos 292 a 297 LOPJ. En tales casos el Gobierno de España no negó ante el TEDH lo que ahora niega el Abogado del Estado ante esta Sala: que pueda exigirse responsabilidad patrimonial a la Administración como consecuencia de dilaciones indebidas en que haya incurrido el Tribunal Constitucional, pese a que no haya una ley que expresamente desarrolle en el ámbito de ese Tribunal el mandato general establecido en el artículo 9.3 CE, ni cuestionó que la ausencia de esa regulación pudiera suplirse por la aplicación de lo dispuesto para el Poder Judicial en el Título V del Libro III LOPJ.

La Sala no puede compartir la tesis que mantiene el Abogado del Estado en este proceso. El artículo 9.3 CE constitucionaliza unos principios generales del derecho, entre ellos el de la responsabilidad de los poderes públicos, que tienen una virtualidad inmediata en cuanto constituyen las bases sobre las que se estructura todo el sistema jurídico político que la Constitución diseña. Como todo principio general del derecho, el de responsabilidad de los poderes públicos despliega la triple funcionalidad de representar uno de los fundamentos del ordenamiento jurídico, servir como criterio orientador en la labor interpretativa y poder ser utilizado como fuente de derecho supletoria en caso de inexistencia o insuficiencia de la regulación legal.

Es cierto que la garantía que el principio de responsabilidad de los poderes públicos representa permite al legislador un cierto margen en el momento de su concreción, en atención al poder público de quien se predique, pero también lo es que la ausencia de regulación legal no puede significar un espacio inmune frente a las reclamaciones de los que hayan sufrido un daño, cuando los tribunales pueden detectar, sin riesgo alguno de que ello suponga suplantar la labor del Poder Legislativo, que la acción ejercitada se enmarca en el núcleo indisponible que resulta del artículo 9.3 CE, en el cual se incluyen sin duda alguna, los daños causados por un funcionamiento de los poderes públicos ajeno a lo que debe considerarse un comportamiento regular.

Del artículo 9.3 CE deriva una garantía para el particular de ser resarcido por toda lesión que le haya causado una actuación del Tribunal Constitucional que pueda considerarse irregular, pero en cambio de ese precepto constitucional no se deriva en modo alguno que la Administración pueda repetir contra un miembro de ese Tribunal si se considerase que la actuación del mismo pudiera calificarse como dolosa o gravemente culpable. Ésta es una solución adoptada por el legislador al regular la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, pero no es una consecuencia que se derive inevitablemente del artículo 9.3 CE (ni del 120, por lo que se refiere al Poder Judicial). Por ello debemos excluir de nuestra consideración cualquier calificación de la conducta personal del magistrado del Tribunal Constitucional a quien se imputa la casación del daño cuya reparación reclama el recurrente.

Por el contrario, sí deriva directamente del artículo 9.3 CE que el Estado debe responder por los daños que los particulares hayan sufrido como consecuencia de las dilaciones en que el

Tribunal Constitucional haya incurrido al resolver algún recurso de amparo interpuesto por ellos, si esas dilaciones pueden calificarse como indebidas. Dicha calificación incluye el supuesto con toda evidencia dentro del concepto más amplio del funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, como ha declarado el TEDH, entre otras, en su Sentencia de 25 de noviembre de 2003, antes citada, (caso Soto Sánchez contra España), en interpretación del artículo 6.1 del Convenio, cuya doctrina debe tenerse en cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, en la interpretación del artículo 24 CE, cuyo contenido comprende el derecho a que la tutela judicial impetrada se conceda en un plazo razonable.

Esta Sala ha declarado en alguna ocasión (Sentencia de 30 de noviembre de 1992, entre otras) que no puede construirse por los tribunales una responsabilidad de la Administración por acto legislativo partiendo del principio general de responsabilidad de los poderes públicos reconocido en el artículo 9.3 CE. Sin embargo, en otras (Sentencias de 15, 25, 30 de septiembre, 7 de octubre, y 17 y 19 de noviembre de 1987) ha declarado que “consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución la responsabilidad de los Poderes Públicos, sin excepción alguna, resulta evidente que cuando el acto de aplicación de una norma, aun procedente del Poder Legislativo, supone para sus destinatarios un sacrificio patrimonial que merezca el calificativo de especial, en comparación con el que puede derivarse para el resto de la colectividad, el principio constitucional de la igualdad ante las cargas públicas impone la obligación del Estado de asumir el resarcimiento de las ablaciones patrimoniales producidas por tal norma y el acto de su aplicación, salvo que la propia norma, por preferentes razones de interés público, excluya expresamente la indemnización”. Por otra parte, aun sin citar expresamente el artículo 9.3 CE esta Sala ha declarado repetidamente y con diferentes matices según las circunstancias del caso, que la Administración del Estado es responsable por los daños sufridos por los particulares por actos de aplicación de leyes declaradas después inconstitucionales.

En todo caso la responsabilidad del Estado por actos del Poder Legislativo presenta perfiles propios, cuenta con la regulación derivada del artículo 139.3 LPAC y las decisiones de esta Sala al respecto no condicionan lo que antes hemos alcanzado respecto al recurso que ahora debemos resolver».

A continuación aborda como segundo punto un aspecto de procedimiento: ante qué órgano ha de reclamarse la responsabilidad con carácter previo al recurso judicial. La respuesta será la misma ya alcanzada para la responsabilidad del legislador: la reclamación debe plantearse ante el Consejo de Ministros, habida cuenta la personalidad única del Estado encarnada en la Administración General del Estado. Ahora bien, el Consejo de Ministros está vinculado por la decisión que sobre la existencia misma de responsabilidad adopte en el expediente el Tribunal Constitucional, a semejanza de lo que ocurre con los supuestos de responsabilidad del Poder Judicial por funcionamiento anormal. El Consejo de Estado deberá pronunciarse con carácter no vinculante y finalmente el Consejo de Ministros adoptará la resolución que corresponda, fijando, en su caso, la cuantía de la indemnización. En todo caso, la jurisdicción contencioso-administrativa sí es competente para un control pleno de la decisión adoptada, pues es una decisión «no jurisdiccional, sino gubernativa».

«El Tribunal Constitucional devolvió el expediente al Ministerio de Justicia, ante el que el recurrente había presentado su reclamación, argumentando que “el Tribunal Constitucional no cuenta con habilitación legal para conocer de la reclamación, de la que se nos ha

dado traslado”, y esta Sala comparte dicha decisión. El Tribunal Constitucional no tiene otras competencias que las que le atribuyen los artículos 161 CE y 10 y 15 de su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, entre las que no se encuentran las de dar respuesta a las reclamaciones por daños atribuidos a un funcionamiento anormal del mismo. El artículo 1.3.a) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, encomienda a los Juzgado y Tribunales de este orden jurisdiccional el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al Derecho público adoptados, entre otros, por los órganos competentes del Tribunal Constitucional, pero en modo alguno puede incluirse en esta categoría la decisión sobre peticiones de resarcimiento provocadas por la actuación del propio Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional no es competente para conocer de la reclamación que le remitió el Ministerio de Justicia y por ello su contestación a dicho Ministerio fue ajustada al ordenamiento jurídico. Por ello, debemos desestimar el recurso interpuesto, en cuanto al acuerdo del Vicesecretario General del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 2006 impugnado en este proceso.

Ni el Tribunal Constitucional tiene un régimen patrimonial que le permita asumir las consecuencias de los daños antijurídicos que pueda originar, ni el legislador le ha atribuido competencia para adoptar decisiones en tal sentido. Tratándose de un órgano constitucional la competencia para resolver la reclamación interpuesta debe situarse, sin género alguno de duda, en la Administración General del Estado como personificación de éste, aunque, dentro de ella, cabe plantearse si el órgano competente para resolver debe ser algún departamento ministerial o el Consejo de Ministros.

En ausencia de regulación legal cabría sostener la competencia del Ministerio de Justicia en atención a lo dispuesto en el artículo 142.2 LPAC que establece que cuando se trata de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado la competencia para su resolución corresponde al Ministro respectivo y sólo será competente el Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone. Sin embargo, este precepto no resulta aplicable a la reclamación presentada por el recurrente puesto que se está refiriendo a los supuestos en los que la responsabilidad de la Administración está expresamente regulada por el legislador lo que no sucede en el presente caso.

Por otro lado, dada la imposibilidad de adscribir ni directa ni indirectamente el Tribunal Constitucional a algún departamento ministerial en concreto y en ausencia de regulación legal parece lógico considerar que las reclamaciones deber ser resueltas por el órgano que representa al Poder Ejecutivo a su máximo nivel, como hemos apreciado para decidir que precisamente el Consejo de Ministros es el órgano competente para resolver las reclamaciones por responsabilidad patrimonial del Estado por actos normativos del Poder Legislativo. En efecto, hemos declarado repetidamente (Sentencias de 8 de enero de 1998 y 20 de abril de 2007, entre otras) que “... corresponde al Consejo de Ministros como órgano que encarna al mayor nivel el Poder Ejecutivo y por tratarse de una responsabilidad resultante no de una actividad de la Administración sino de un acto legislativo no atribuible a ningún departamento ministerial”.

Ésta ha sido la solución que ha adoptado el artículo noveno de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que añade un apartado 5 al artículo 139 LPAC, con la siguiente redacción: “El Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada, la existencia de

un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado”.

La decisión de atribuir al Consejo de Ministros la competencia para resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de daños producidos por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional responde a una lícita opción del legislador (lo mismo que la de encomendar al Ministro de Justicia la instrucción del correspondiente procedimiento), que podría haber elegido otra distinta, como la que para el Poder Judicial establece el artículo 293.2 LOPJ. El riesgo de que la decisión del órgano competente para resolver comprometa la independencia de los magistrados del Tribunal Constitucional no tiene que ver con la jerarquía del órgano que resuelve sino con la existencia o no en el procedimiento seguido para declarar la responsabilidad del Estado por esa causa de mecanismos que aseguren que la decisión adoptada no ha de suponer intromisión alguna en el funcionamiento del Tribunal.

En los procedimientos seguidos por la exigencia de responsabilidad patrimonial por actos del Poder Judicial esa garantía se ha observado, en ausencia de específica previsión legal al respecto, al entender el Consejo de Estado que su dictamen no podía extenderse a determinar si había existido o no funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, por lo que en estos expedientes se requiere un informe previo del Consejo General del Poder Judicial sobre esta cuestión, cuya opinión es vinculante para la Administración, de modo que el Consejo de Estado sólo informa, si el Consejo General del Poder Judicial ha entendido ya que se ha producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sobre los restantes aspectos de la reclamación administrativa. Según expresa el Consejo de Estado, en su dictamen núm. 49.569 de 18 de septiembre de 1986, “reiteradamente tiene expuesto este Consejo de Estado que en virtud del principio de separación de poderes y asimismo del de independencia del Poder Judicial, contenidos ambos en la vigente Constitución, la apreciación de la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia corresponde exclusivamente a los órganos de dicho Poder Judicial, pudiendo solamente la Administración entrar a apreciar los aspectos de daño efectivo e individualizado y de la evaluación económica cuando previamente se haya realizado en el ámbito judicial la declaración positiva de existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”.

El nuevo apartado 5 del artículo 139 LPAC responde a esta misma idea al imponer al Ministro de Justicia la remisión del expediente al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre si ha existido funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo de las cuestiones de inconstitucionalidad, pero es una exigencia consustancial al sistema porque deriva del principio constitucional de separación de poderes y responde a la necesidad de preservar al Tribunal Constitucional de posibles perturbaciones procedentes del Poder Ejecutivo, por lo que, aunque el citado precepto no estuviera en vigor cuando se presentó la reclamación que da origen a este proceso, ni lo esté en el momento de dictar esta resolución, la garantía que representa la intervención del Tribunal Constitucional debe considerarse exigible, en ausencia de dicha regulación legal.

La decisión del Tribunal Constitucional respecto a si ha incurrido o no en funcionamiento anormal, como la del Consejo General del Poder Judicial a que antes nos referimos, acaso sea vinculante para el Consejo de Ministros, pero es una decisión no jurisdiccional sino gubernativa con las consecuencias que de esta naturaleza se derivan en orden a su posible revisión jurisdiccional.»

Todo lo anterior constituye doctrina general. En el caso de autos, considera que la falta de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la existencia de dilaciones indebidas, de dictamen del Consejo de Estado y de resolución del Consejo de Ministros no constituye un impedimento que pueda limitar el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que al resolver el incidente de recusación, el primero pudo pronunciarse y no lo hizo, y la omisión del dictamen del segundo y de decisión del tercero son imputables al Ministerio de Justicia y no pueden perjudicar al demandante. Entra, pues, a conocer el fondo, es decir, si ha habido dilaciones indebidas y si se ha generado un daño indemnizable. Afirma lo primero —basándose en la jurisprudencia del TEDH, y a la vista de la escasa complejidad de la cuestión de la recusación— pero niega lo segundo —al considerar que se trataba de un recurso cuya escasa viabilidad conocía el demandante, en tanto abogado, sin que pueda afirmarse que toda dilación implica un daño moral.

Se formulan los siguientes votos particulares:

- El Magistrado D. Luis María Díez-Picazo Giménez considera que la jurisdicción contencioso-administrativa carece de competencia para enjuiciar este supuesto, al no ser un caso de responsabilidad de la Administración bajo la cobertura del artículo 2.e) de la LJCA, ni tampoco ventilarse el control de legalidad de «los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial» de los demás sujetos públicos enumerados en el artículo 1.3.a) LJCA, ni tratarse de una actuación puramente material que pueda asimilárseles, sino del ejercicio de la propia función específica del Tribunal Constitucional, es decir, el enjuiciamiento de procesos constitucionales, incluido el recurso de amparo. La falta de jurisdicción también vendría determinada por cuanto enjuiciar si existe o no deber de indemnizar presupone examinar la corrección del modo en que el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo su función jurisdiccional, lo que queda fuera de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues, como solemnemente establece el artículo 4.2 LOTC, «las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado». Y determinar si una resolución del Tribunal Constitucional es indebidamente tardía es un modo de fiscalizar aquélla.
- El Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona formula un Voto particular al que se adhieren los Magistrados D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, D. Ángel Aguallo Avilés y Dña. María Isabel Perelló Doménech. Consideran también que el recurso debió inadmitirse en cuanto se dirige contra un acto u omisión del Tribunal Constitucional, por falta de jurisdicción, al no tratarse de un acto en materia de personal, administración o gestión patrimonial a los efectos del artículo 1.3.a) LJCA. Afirman que sí es posible analizar la legalidad de la respuesta dada por la Administración del Estado a una solicitud de indemnización por daños causados por el Tribunal Constitucional, si bien, a estos efectos, el centro de imputación debe ser el Consejo de Ministros, por lo que deberían haberse anulado las resoluciones del Ministerio de Justicia y devuelto el expediente para que fuera instruido conforme al procedimiento descrito en la sentencia. Además, considera que no hubo dilaciones indebidas, habida cuenta del tiempo total transcurrido y de las particularidades del asunto.

- La Magistrada Dña. María del Pilar Teso Gamella, a cuyo voto particular se adhiere D. Rafael Fernández Montalvo, se opone a la pertinencia de llevar a cabo una interpretación sobre el sentido del nuevo apartado 5 del artículo 139 LPC (en particular, se deja entrever, de la afirmación según la cual «una decisión no jurisdiccional sino gubernativa con las consecuencias que de esta naturaleza se derivan»), que no es aplicable *ratione temporis*. Entiende también que a falta de daño indemnizable, no se debió entrar a valorar si había o no dilaciones indebidas.

La segunda de las sentencias, del día siguiente, es la **STS de 27 de noviembre de 2009**, Ar. 2010\1262.

El supuesto es laberíntico y su exposición detallada no es necesaria a los efectos de esta Crónica. Baste señalar que el reclamante es una persona que se dirigió al Defensor del Pueblo interesando su intervención ante el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en relación con un procedimiento tramitado por éste. La tramitación de la queja ante el Defensor del Pueblo adoleció, ella misma, de irregularidades (se enviaron al solicitante documentos referidos a un expediente distinto y se le dejaron de enviar reiteradamente los relacionados con su asunto). Con fundamento en los anteriores hechos, se dirigió al Letrado Mayor de las Cortes Generales deduciendo una reclamación de «responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, por el anormal funcionamiento de la Oficina del Defensor del Pueblo», que sustentó en los artículos 106.2 de la Constitución Española y 139 y siguientes de Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Aquel alto funcionario remitió el escrito a la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados, que, en sesión de 20 de diciembre de 2006, acordó el archivo, ya que «no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto».

El Tribunal Supremo parte de la anomalía que supone que el demandado sea un sujeto no susceptible, en principio, de control jurisdiccional, como es el Congreso de los Diputados. Para el Tribunal Supremo, «la responsabilidad patrimonial es siempre una actividad típica de “administración”, siendo el tema debatido el de la “responsabilidad patrimonial contra la actividad administrativa desarrollada por el Defensor del Pueblo”.»

«Esta última afirmación trae implícitamente a colación el artículo 2.e) de la propia Ley jurisdiccional, 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 la misma 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.»

Otra cuestión es la de ante quién debió presentarse la reclamación. Y dicho órgano no es la Comisión de Peticiones del Congreso de los Diputados (pues, dada su naturaleza y función, debe quedar inicialmente al margen de todo control jurisdiccional, dejando a salvo el recurso de amparo) sino el Congreso de los Diputados, sin más. Ahora bien, la

intervención de la Comisión de Peticiones no fue provocada por el solicitante, sino por el Letrado Mayor del Congreso de los Diputados, por lo que de la incorrecta tramitación de la solicitud por éste no pueden derivarse perjuicios para aquél, máxime cuando ninguna norma establece qué órgano debe pronunciarse en estos casos.

«Por consiguiente, resulta legítimo concluir que el Sr. Juan Francisco ejerció ante la Administración del Estado, cuya única personalidad jurídica nadie discute [artículos 3.4 de la Ley 30/1992 y 2.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE de 15 de abril)], una acción de responsabilidad amparada en el ordenamiento jurídico (artículos 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992), que obtuvo la llamada por respuesta, sin que, por consiguiente, el desenlace final de su pretensión pueda ser la ratificación de este silencio en cuanto tal. Una vez que ha tenido acceso a los tribunales, tiene derecho, pues así lo impone el artículo 24.1 de la Constitución, a que se le diga si la Administración debe resarcirle por los daños que dice haber padecido como consecuencia de la actuación de la Oficina del Defensor del Pueblo, descrita en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.»

Analiza a continuación si el Defensor del Pueblo puede ser centro de imputación de la responsabilidad del Estado, de modo que este último deba resarcir a los ciudadanos que sufran alguna lesión antijurídica por el funcionamiento de los servicios de aquel comisionado parlamentario, y alcanza una respuesta positiva, de nuevo con base en el artículo 9.3 CE.

«El artículo 9.3 de nuestra Carta Magna positiviza el máximo nivel un conjunto de principios generales del derecho, entre los que se cuenta el de responsabilidad de los poderes públicos, de valor normativo directo y, por consiguiente, con virtualidad inmediata, en cuanto constituyen las bases sobre las que se estructura todo el sistema jurídico político que la Constitución diseña. Como todo principio general del derecho, el de responsabilidad de los poderes públicos cumple la triple función de **(a)** expresar uno de los fundamentos del orden jurídico, **(b)** servir de fuente inspiradora del ordenamiento y criterio orientador en su interpretación, así como **(c)** operar en cuanto fuente supletoria del derecho para los casos de inexistencia o de insuficiencia de la regulación legal.

El juego de esas tres funcionalidades autoriza a afirmar que no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad. El Estado está obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna. No sólo por las actuaciones del poder ejecutivo (artículo 106.2 de la Constitución), sino también por las del judicial (artículo 121) y las del legislativo [Sentencias del Pleno de esta Sala de 25 de septiembre (recurso 144/1986, FJ 4.º), 7 de octubre (recurso 142/1986, FJ 4.º) y 19 de noviembre de 1987, (recurso 141/1986, FFJJ 7.º y 8.º), entre otras], alcanzando a todo órgano constitucional, incluido el máximo intérprete de la Norma Fundamental, según resolvemos en el día de hoy en la sentencia dictada en el recurso de casación 585/2008. Las únicas excepciones son las que la propia Constitución contempla (*v.gr.*: la persona del Rey —artículo 64.2—) y aquellas otras que puedan prever las leyes que la desarrollan.

Ciertamente, la garantía que el principio de responsabilidad de los poderes públicos comporta permite al legislador un margen de maniobra en cuanto a su concreción, en atención al poder público del que se predique. No puede recibir el mismo tratamiento la responsabilidad de unas organizaciones serviciales, sometidas plenamente a la ley y al derecho (artículo 103.1 de la Constitución), como son las Administraciones públicas, que la que pueda

emanar de los actos de los poderes legislativos, que representan directamente al pueblo y, por lo tanto, esencialmente soberanos (artículo 66 de la Constitución), con un gran libertad de configuración, sin más límites que la Constitución y, en su caso, los Estatutos de Autonomía; de igual modo, ha de responder a pautas propias el diseño de la responsabilidad de un poder disperso como el judicial, sustentado en la independencia de sus miembros para garantía de los justiciables y en su exclusivo y total sometimiento a la ley, empezando por la primera de ellas, la Constitución (artículo 117.1 de la misma), y que constituye un pilar central en la realización de la seguridad jurídica, consagrado también como principio constitucional en el artículo 9.3 de la Carta Magna.

En un ámbito distinto, pero muy cercano, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha proclamado la responsabilidad de los Estados miembros por los daños que causen a sus ciudadanos al incumplir sus compromisos comunitarios con independencia del poder interno causante de la lesión, si bien ha modulado su exigibilidad en función de la posición de la fuente del daño en el entramado institucional interno [Sentencias de 19 de noviembre de 1991, *Francovich* (Asuntos C-6/90 y C-9/90, apartados 31 y siguientes), 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame* (Asuntos 46/93 y 48/93, apartados 37 y siguientes) y 30 de septiembre de 2003, *Köbler* (Asunto C-224/01, apartados 30 y siguientes)].

Ahora bien, aquel margen de maniobra que se reconoce al legislador no autoriza, por lo dicho, a concluir que si se abstiene de regular la responsabilidad de un determinado poder o de un servicio haya querido crear un espacio inmune a las reclamaciones de los que sufran daños por su actuación, pues tal entendimiento queda impedido por la cláusula general del artículo 9.3 de la Constitución. En esa tesitura, si los tribunales detectan la existencia de una lesión antijurídica que deba resarcirse, así lo deben declarar, sin riesgo alguno de suplantar la labor de los legisladores, pues la acción ejercitada se enmarca en el núcleo indisponible que resulta del artículo 9.3 de la Constitución.»

Desplegada esta teoría general, con entronque en la Constitución y en la jurisprudencia comunitaria, llega el turno de su aplicación al Defensor del Pueblo:

«Llegados a este punto, estamos en condiciones de afirmar que el mencionado precepto constitucional ofrece a los ciudadanos una garantía para resarcirse de toda lesión que les cause la actuación del Defensor del Pueblo en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.

Además, en el caso de esta institución, creada por el artículo 54 de la Constitución, la aplicación del principio general de responsabilidad de los poderes públicos fluye con toda normalidad habida cuenta de la tarea que se le ha encomendado. En su condición de comisariado de las Cortes Generales tiene como función nuclear la de defender los derechos de los ciudadanos incluidos en el título I de la Constitución, a cuyo efecto supervisa la actividad de la Administración. Esta supervisión se desenvuelve mediante la iniciación y el impulso, de oficio o a petición de parte, de las investigaciones conducentes al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y de sus agentes en relación con los ciudadanos a la luz del artículo 103.1 de la Constitución. A tal fin, sus atribuciones alcanzan a los ministros, autoridades, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas (artículos 1 y 9 de la Ley Orgánica 3/1981).

Siendo así, estando justificada su existencia por la defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos frente a la actividad de la Administración, a la que supervisa, su ocupación entronca directamente con esa actividad, observándola con los lentes que le propor-

cionan los principios a que, conforme al artículo 103.1 de la Constitución, debe ajustarse la Administración cuando actúa. Desde esta perspectiva, su función se presenta como una prolongación natural de la tarea administrativa para la defensa de los derechos ciudadanos, sugiriendo, cuando fuere menester, la adopción de las medidas oportunas a fin de enderezar el proceder torcido o inadecuado de la Administración, formulando las advertencias, las recomendaciones y los recordatorios necesarios a tal fin (artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981). Presenta así una dimensión “prestacional” que autoriza a incluir esta institución en la cláusula general del artículo 106.2 de la Constitución.

La jurisprudencia comunitaria, en relación con las funciones del Defensor del Pueblo Europeo, que cumple respecto de las instituciones de Unión la misma tarea que el nuestro para la Administración doméstica [véase el artículo 195 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (texto consolidado publicado en el Boletín Oficial de la Unión Europea, serie C, número 321 E, de 29 de diciembre de 2006)], y teniendo a la vista el artículo 288, párrafo 2.º, del propio Tratado, donde se proclama la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, que habrá de declararse “de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros”, ha dejado sentado que la actividad de aquel mediador puede ser determinante de esa responsabilidad, naciendo para los afectados el derecho a la reparación [Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 2004, *Médiateur/Lamberts* (Asunto C-234/02 P, apartado 52) y Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de abril de 2002, *Lamberts/Médiateur* (Asunto T-209/00, apartado 57), y 24 de septiembre de 2008, *M/Médiateur* (Asunto T-412/05, apartados 101 y siguientes)].»

A continuación pasa a analizar cuál sea en estos casos el órgano llamado a pronunciarse sobre la reclamación, para concluir que ha de ser el Consejo de Ministros.

«El Defensor del Pueblo, vinculado, como acabamos de ver, con las Cortes Generales, no sólo por su condición de comisionado o delegado suyo, sino en razón de sus medios personales y económicos, se resiste a ser adscrito, a los efectos que nos ocupa, a un departamento ministerial en particular. En esta encrucijada, parece lógico considerar que las reclamaciones se resuelvan por el órgano que personifica el poder ejecutivo en su máximo rango, por dos razones. La primera reside en que tal solución, la del Consejo de Ministros, es la que ha adoptado esta Sala en el caso de la responsabilidad del Estado por actos normativos del poder legislativo estatal [...] La segunda razón, que abunda en la primera, atiende al vínculo estrecho que el Defensor del Pueblo mantiene con las cámaras legislativas, en cuyo nombre actúa y de cuyo presupuesto participa, teniendo su personal la condición de servidores de aquellas, por lo que, si ante productos de las mismas (los actos legislativos) la jurisprudencia ha residenciado la decisión sobre la existencia de responsabilidad en el Consejo de Ministros, parece coherente situarla en el mismo órgano tratándose de los daños derivados de la actividad de una institución tan estrechamente ligada a las Cortes Generales.»

La conclusión, es, pues, la siguiente:

«En suma, el Estado queda obligado a reparar las lesiones antijurídicas que los ciudadanos sufran en su patrimonio como consecuencia del funcionamiento de la Oficina del Defensor del Pueblo, responsabilidad que corresponde declarar y, en su caso, cuantificar y hacer efectiva al Consejo de Ministros, con la eventual revisión por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional competente para controlar la actividad del Gobierno [artículo 12.1.a) de la Ley 29/1998].»

Todo ello conduce a desestimar la demanda, dejando a salvo el derecho del reclamante a dirigirse al Consejo de Ministros para, de acuerdo con lo razonado en esta sentencia, ejercitar la acción de responsabilidad por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la actuación de la Oficina del Defensor del Pueblo descrita en el primer antecedente de hecho, en el bien entendido de que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción quedó interrumpido el día en el que presentó ante el Letrado Mayor de las Cortes Generales el escrito formulando la reclamación.

La sentencia cuenta con los siguientes Votos Particulares:

- Los Magistrados D. Luis María Díez-Picazo Giménez, D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, D. Ángel Agualló Avilés y Dña. María Isabel Perelló Doménech consideran que la jurisdicción contencioso-administrativa era incompetente para conocer del recurso, al no tratarse de un «acto de administración». La argumentación es similar a la contenida en el Voto particular de la sentencia referida a la responsabilidad del Tribunal Constitucional. Añaden que la actividad parlamentaria tiene como único límite los derechos fundamentales (parece que quiere decirse, a contrario, que no está sometida al principio de responsabilidad patrimonial); que el Congreso de los Diputados y el Defensor del Pueblo no son Administración ni están sometidos al procedimiento de exigencia de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones propias; y que en todo caso, y de afirmarse la vigencia del principio de responsabilidad también frente a ellos, no habría que asimilarlos al régimen de responsabilidad administrativa (sino, parece apuntarse, a un régimen menos «generoso», equivalente al régimen de responsabilidad por error judicial).
- El segundo Voto Particular lo suscribe el Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, en línea con el desplegado en la sentencia sobre responsabilidad del Tribunal Constitucional.

Como puede comprobarse, una jurisprudencia del máximo interés, con frentes para el debate, entre otros, si el «principio de responsabilidad» al que alude el artículo 9.3 CE se refiere a la responsabilidad patrimonial, nudo gordiano del razonamiento del Tribunal, o tiene un alcance más general e impreciso; si, como razona el Tribunal, cualquier actividad generadora de daños, incluso cuando deriva del ejercicio de las funciones propias no administrativas de los poderes públicos, puede entenderse como un «acto de administración», en conexión con el apelativo a la personalidad jurídica única del Estado como telón de fondo, en ambos casos para reconducir todas las reclamaciones al conocimiento del Consejo de Ministros y, por ende, a la jurisdicción contencioso-administrativa... A nuestro juicio, es posible desmontar estos argumentos, que se manejan con carácter instrumental y tachada de un innegable «administrativismo» al servicio de un fin que compartimos: la afirmación del principio de responsabilidad de todos los poderes públicos y la reconducción de estas pretensiones al único ámbito hoy viable para su tutela judicial: la jurisdicción contencioso-administrativa. Muchos interrogantes quedan por despejar en cuanto al régimen de fondo aplicable, que, al igual que ha sucedido con la responsabilidad del legislador, va camino de ser objeto de creación judicial por la Sala Tercera del Tribunal Supremo. El punto más discutido es sin duda hasta dónde lleguen sus poderes en relación con las apreciaciones

sobre su propia responsabilidad que pueda llevar a cabo el Tribunal Constitucional. El nuevo artículo 139.5 LRJAP-PAC parece claro en su intento de restringir la responsabilidad del Tribunal Constitucional a los casos de funcionamiento anormal en las actuaciones no propiamente jurisdiccionales y sólo en los casos en que el propio Tribunal Constitucional así lo reconozca, pero el Tribunal Supremo anuncia, por el contrario, su disposición a un conocimiento pleno de las demandas de indemnización. Ya demostró en su interpretación del artículo 139.3 LRJAP-PAC su firme voluntad de construir un régimen de responsabilidad del legislador al margen e incluso en contradicción con lo previsto por el legislador. La polémica está servida, en lo que puede convertirse en un nuevo episodio de desencuentro entre la jurisdicción constitucional y la comunitaria.

Al margen de todo ello, cabe también apuntar que la sombra de la influencia del régimen de responsabilidad comunitaria se proyecta sobre toda esta jurisprudencia, con su creación también jurisprudencial y su anclaje en la garantía misma de los derechos como fundamento último, cualquiera que sea el poder público responsable del daño.

EMILIO GUICHOT REINA
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA

SUMARIO

1. ACCESO.
 - A) **Necesidad de valoración proporcionada de los méritos de desarrollo profesional en el sector público y privado.**
 - B) **Control de la discrecionalidad técnica de los órganos de selección.**
 - a) Falta de motivación suficiente.
 - b) Exigencia de exactitud y precisión de las pruebas de tipo test.
2. CARRERA ADMINISTRATIVA.
 - A) **Modificación de los requisitos de acceso a determinados puestos de trabajo que resulta motivada y ajustada a Derecho.**
 - B) **Libre designación.**
 - a) Falta de motivación de la elección de este sistema de provisión.
 - b) Convocatoria de provisión por el sistema de libre designación de puestos cubiertos en el momento de dicha convocatoria.
3. DERECHOS SINDICALES. OBLIGACIÓN DE JUSTIFICAR ANTE LA ADMINISTRACIÓN LA CONDICIÓN DE LIBERADO SINDICAL.
4. NEGOCIACIÓN COLECTIVA.
 - A) **El anuncio en la Mesa de negociación de la intención de limitar la tasa de reposición de efectivos en la ley es un acto de iniciativa legislativa no susceptible de control judicial.**
 - B) **La regulación de las condiciones de trabajo del colectivo MIR no puede hacerse a través de los instrumentos de negociación funcional por ostentar naturaleza laboral.**
5. DERECHO DE HUELGA.
 - A) **Deducción de haberes por participación en huelga: ha de realizarse exclusivamente por el tiempo permanecido en dicha situación y no por la totalidad de la jornada ordinaria.**
 - B) **Sustitución de funcionarios que secundan una huelga contraria al derecho fundamental.**

6. DERECHOS RETRIBUTIVOS.

A) Complemento específico.

- a) Es lícita en ciertos casos la fijación de una cuantía de su componente general superior a la establecida para los empleos inferiores.
- b) Su fijación exige la previa valoración de los elementos objetivos que justifican su asignación a un determinado puesto.

7. EMPLEADOS PÚBLICOS LABORALES. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.

- A) Para aplicar la norma más favorable han de tenerse en cuenta bloques cerrados como conjuntos comparables, sin posibilidad de fracturas parciales o espiguesos.**
 - B) Se aplica con preferencia lo dispuesto en un convenio colectivo sobre el EBEP si establece garantías superiores para el empleado.**
 - C) Los días adicionales de permiso por trienios contemplados en el artículo 48.2 EBEP resultan directamente aplicables al personal laboral.**
 - D) El contratado indefinido presta sus servicios sin causa de temporalidad alguna, esto es, sin vinculación directa e inmediata con vacante concreta.**
-

1. ACCESO

A) Necesidad de valoración proporcionada de los méritos de desarrollo profesional en el sector público y privado

La **STS de 7 de junio de 2010**, Sección Séptima (recurso de casación 947/2009), confirma en casación otra del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, de 1 de diciembre de 2008, que estimó el recurso especial de protección de los derechos fundamentales interpuesto por la Asociación de Farmacéuticos Adjuntos de Sevilla contra Resolución de 3 de abril de 2008 por la que se convocaba concurso-oposición para cubrir plazas de Técnicos de Salud, entre otras, del Servicio Andaluz de Salud. En dicha Resolución se incluía como mérito evaluable en la fase de concurso para la especialidad farmacéutica el desarrollo profesional desempeñado en las Áreas de Salud, es decir, en los propios servicios públicos sanitarios, pero no se valoraba en absoluto el desempeño profesional en oficinas privadas de farmacia. El Tribunal Superior de Justicia entendió que dicha diferencia era discriminatoria, ya que los farmacéuticos realizan las mismas funciones en los servicios de salud públicos y en las farmacias privadas. En consecuencia, anuló la Resolución recurrida, ordenando reponer el trámite para que se valorasen como mérito esos otros servicios profesionales privados. El Tribunal Supremo, aunque acepta que las funciones de los Técnicos de Salud públicos son más amplias que la de los profesionales que se desempeñan en una oficina privada de farmacia, confirma la sentencia de instancia, pues considera absolutamente desproporcionado y, por tanto, discriminatorio que no se otorgara ninguna valoración en el concurso a dicho ejercicio privado de la profesión farmacéutica.

B) Control de la discrecionalidad técnica de los órganos de selección*a) Falta de motivación suficiente*

La **STS de 13 de mayo de 2010**, Sección Séptima (recurso de casación 368/2007), revocando la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictada en la instancia, estima el recurso interpuesto por D. Guillermo contra Resolución del Tribunal calificador de las pruebas selectivas al Cuerpo de Mozos de Escuadra de la Generalitat de Cataluña de 3 de octubre de 1995. El recurrente había participado en dichas pruebas y había superado las dos primeras fases, consistentes en una oposición libre y un curso selectivo en la Escuela de Policía de Cataluña. Además debía superar una tercera fase de prácticas hasta tres meses, tras de lo cual el Tribunal calificador adoptaba la decisión final de considerar a los aspirantes, aptos o no aptos, en este último caso sobre la base de un informe motivado. D. Guillermo fue calificado no apto tras el período de prácticas, en virtud de un informe negativo del Instructor de la Escuela de Policía de Cataluña en los apartados «juicio práctico-madurez», «equilibrio emocional» y «aceptabilidad entre los compañeros», informe emitido al comienzo de las prácticas. Sin embargo, está probado que el Sargento evaluador principal de las prácticas realizadas por D. Guillermo en la cárcel modelo de Barcelona emitió un informe favorable de aquél, como del resto de sus compañeros, y contradictorio con las apreciaciones previas del Instructor de la Escuela. Sólo D. Guillermo, de entre quienes realizaron las prácticas, fue calificado como no apto por el Tribunal calificador. El Tribunal Supremo recuerda que la discrecionalidad técnica de los órganos selectivos está limitada por el principio de interdicción de la arbitrariedad, que impone «pautas de racionalidad que sean claramente visibles sin necesidad de saberes especializados», así como por el principio de igualdad. En atención a ello y a las pruebas practicadas considera que la calificación final de no apto no estaba justificada y por ello anula la resolución recurrida y reconoce el derecho de D. Guillermo a ingresar como Mozo de Escuadra, con todos los efectos económicos y administrativos desde 1995.

b) Exigencia de exactitud y precisión de las pruebas de tipo test

La **STS de 2 de junio de 2010**, Sección Séptima (recurso 1491/2007), revoca la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de febrero de 2007 y estima el recurso interpuesto por una persona que participó en las pruebas selectivas al Cuerpo de Agentes Forestales de la Comunidad de Madrid convocadas por Orden de 2 de octubre de 2002. El recurrente no superó el segundo de los ejercicios del proceso selectivo, pero entiende que debieron aceptarle como correctas dos de las preguntas del ejercicio (un cuestionario de 60 preguntas con cuatro respuestas cada una, entre las que había que elegir una), con lo que hubiera obtenido la puntuación necesaria para superarlo. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso invocando la discrecionalidad técnica de la Administración.

El Tribunal Supremo recuerda la última doctrina de la propia Sala sobre los límites de la discrecionalidad técnica y, en particular, sobre el control judicial de los requisitos exigibles a las pruebas de tipo test (STS de 18 de mayo de 2007). Sin perjuicio de la improcedencia de la revisión jurisdiccional de los juicios o dictámenes técnicos de los órganos de selección, caen fuera de la discrecionalidad técnica las apreciaciones que, al estar referidas a errores constatables con simples comprobaciones o con criterios de lógica elemental o

común, no requieren saberes especializados. En concreto, por lo que se refiere a las pruebas tipo test, el control jurisdiccional consiste en exigir una cota máxima de precisión para la formulación de las cuestiones como de las respuestas alternativas que sean ofrecidas a elección sobre tales cuestiones. Ya que lo único permitido al examinando es elegir una de las varias alternativas propuestas, sin posibilidad de un desarrollo expositivo que manifieste las razones de su opción. La finalidad de este control es evitar situaciones en las que, por ser claramente equívoca o errónea la formulación de la pregunta o de las respuestas, existan dudas razonables sobre cuál sea la respuesta correcta y, por ello, carezca de justificación racional aceptar la validez solamente de una de ellas. Por otra parte (STS de 10 de mayo de 2007), la discrecionalidad técnica no obsta a la obligación de explicar las razones del juicio técnico seguido cuando hayan sido expresamente demandadas o se plantee la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. En el caso en cuestión una de las preguntas aludidas por el recurrente era equívoca y admitía razonablemente dos respuestas igualmente válidas. Y, en cuanto a la otra pregunta, el recurrente alegó que la respuesta que había elegido estaba contrastada como cierta en una publicación de la propia Comunidad de Madrid, pero la Administración no motivó por qué la consideró incorrecta.

2. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) **Modificación de los requisitos de acceso a determinados puestos de trabajo que resulta motivada y ajustada a Derecho**

El caso enjuiciado por la **STS de 3 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, JUR\2010\182466, trae causa de la impugnación por un sindicato del Decreto de modificación de una determinada Relación de Puestos de Trabajo que comporta el cambio de los requisitos de acceso a determinados puestos de trabajo, pese a la falta de cambios en las funciones de tales puestos. Así, donde antes se exigía para el acceso a esos puestos «experiencia en tareas del propio puesto», la Relación de Puestos de Trabajo pasa a exigir «experiencia en tareas análogas». Por otra parte, frente a la exigencia previa de «titulación superior, diplomatura, FP II», la Relación de Puestos de Trabajo hace referencia a titulaciones mucho más específicas.

Para la STS de 3 de mayo de 2010, las modificaciones establecidas por la RPT no generan ninguna arbitrariedad. El requisito de experiencia en tareas análogas comprende un espectro más amplio de potenciales aspirantes que el de la experiencia en las tareas del propio puesto, al tiempo que define con precisión lo que se requiere, tratándose de un concepto jurídico indeterminado que admite una única interpretación válida en cada uno de los procedimientos de selección oportunos. Además, añade la Sala que el nuevo requisito de acceso es más acorde con el principio de igualdad en el acceso a la función pública porque, como ya se ha dicho, abre el círculo de potenciales aspirantes a tales puestos.

Por lo que respecta a la nueva exigencia de titulaciones más específicas para el acceso a los puestos de trabajo controvertidos, también la STS de 3 de mayo de 2010 declara que no cabe reprochar la opción de la Administración en tal sentido, antes bien, la exigencia de titulaciones más precisas resulta indicada para asegurar la necesaria competencia en el desempeño de esos puestos de trabajo.

B) Libre designación*a) Falta de motivación de la elección de este sistema de provisión*

La **STS de 6 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, JUR\2010\161995, siguiendo la línea de una jurisprudencia ya consolidada, declara que la descripción de los rasgos de los puestos de trabajo que pretenden cubrirse por el sistema de libre designación no puede deducirse de las Relaciones de Puestos de Trabajo ni del expediente administrativo seguido para la elaboración de dichas Relaciones. Tampoco la posición que les corresponde a los puestos en la organización administrativa justifica por sí misma la opción administrativa por este sistema de provisión.

En definitiva, la STS de 6 de mayo de 2010 señala que corresponde a la Administración y no a los Tribunales explicar con suficiente precisión y detalle la concurrencia de la peculiar naturaleza de los cometidos a desempeñar y la especial responsabilidad de los puestos de trabajo como razones que habilitan para su provisión mediante el sistema de libre designación.

b) Convocatoria de provisión por el sistema de libre designación de puestos cubiertos en el momento de dicha convocatoria

La **SAN de 12 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, JUR\2010\174510, señala que no existe norma alguna que impida la convocatoria de puestos de libre designación pese a que éstos se encuentren cubiertos en ese momento, en contra de lo sostenido por el recurrente.

Teniendo en cuenta que la remoción de los puestos ocupados por libre designación es discrecional y depende exclusivamente de la autoridad que nombró al funcionario, a juicio de la Sala no existe óbice legal para poder iniciar un proceso de provisión de puestos de libre designación encontrándose ocupado alguno de los puestos en cuestión. Además de ser ajustada a Derecho, esta forma de proceder favorece el funcionamiento eficaz del servicio, en la medida en que garantiza la continuidad en el desempeño del puesto de referencia.

En definitiva, la SAN de 10 de mayo de 2010 declara ser ajustada al Derecho la decisión administrativa de sistematizar y periodificar los procedimientos de renovación de los puestos de «Directores territoriales de Comercio», para la provisión de todos ellos mediante el sistema de libre designación, con posibilidad de que los titulares de esos puestos participen en los procedimientos señalados.

3. DERECHOS SINDICALES. OBLIGACIÓN DE JUSTIFICAR ANTE LA ADMINISTRACIÓN LA CONDICIÓN DE LIBERADO SINDICAL

La **STS de 19 de junio de 2010**, Sección Séptima (recurso 3923/2005), revoca la del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria de 19 de enero de 2005 y desestima el recurso interpuesto por un funcionario contra Decreto del Gobierno de Canarias que le imponía la separación del servicio por la comisión de una falta muy grave de abandono

del servicio. Dicho funcionario, miembro de la Unión Sindical Canaria (USC), fue elegido miembro de la Junta de Personal. En virtud de un Acuerdo de Concurrencia Electoral firmado entre dicho sindicato y el Sindicato de Empleados Públicos de Canarias (SEPCA), se acordó que los sindicatos firmantes acumularían los créditos sindicales horarios en dos bolsas horarias que les permitieran contar con liberados sindicales. Cada sindicato firmante designaría los liberados que le correspondiesen según dichas bolsa horarias, comunicando el nombre y dirección de los designados para la gestión y administración por un cauce común de las bolsas horarias. El funcionario recurrente no asistió a su puesto de trabajo durante varios meses, por lo que la Administración le abrió expediente por abandono del servicio, que culminó con la sanción correspondiente. El interesado interpuso recurso por el cauce de la protección de los derechos fundamentales, alegando su condición de liberado sindical y la vulneración del artículo 28 CE, recurso que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Recurrida en casación la Sentencia de instancia, el Tribunal Supremo la revoca al constatar que dicho funcionario no había comunicado previamente a la Administración su supuesta condición de liberado sindical, siendo así que tampoco el sindicato SEPCA se la reconocía, en aplicación del citado Acuerdo de Concurrencia Electoral entre ese sindicato y la USC. Según el Tribunal Supremo, «las personas que resultan elegidas miembros de los órganos de representación de los funcionarios (como es la Junta de Personal) tienen ciertamente reconocido un crédito de horas mensuales [que regula 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 ejercicio de los servicios públicos». Continúa diciendo el Tribunal Supremo 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; por lo que, en caso de existir 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 tales hechos ante la Administración».

4. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A) El anuncio en la Mesa de negociación de la intención de limitar la tasa de reposición de efectivos en la ley es un acto de iniciativa legislativa no susceptible de control judicial

La SAN de 5 de mayo de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, JUR 2010\174570, ha declarado inadmisibile el recurso planteado por el sindicato CCOO frente al acto manifestado por la Ministra de Administraciones Públicas ante la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, convocada para el día 16 de septiembre de 2008, con arreglo a las formalidades previstas en los artículos 36 y concordantes de Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y consistente en el anuncio de la limitación, como máximo, en el 30% de la tasa de reposición de efectivos

durante el año 2009, para plazas de nuevo ingreso en el sector público, medida incluida en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2009.

A juicio de la Sala, el acto impugnado —más bien actuación— no es susceptible de impugnación por no estar insertado en un procedimiento de negociación propiamente dicha. La Ministra de Administraciones Públicas se limita a poner en conocimiento, o más bien a informar en el seno de la Mesa General de Negociación de una medida a incluir en los Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, consistente en limitar al 30%, como máximo, la tasa de reposición de efectivos durante ese año, o lo que es lo mismo dar a conocer una decisión que será incluida en una Ley que habrán de aprobar las Cortes Generales de acuerdo con el correspondiente procedimiento legislativo, dado que conforme al artículo 134.1 corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación, es decir, las previsiones de ingresos y las autorizaciones de gastos para un ejercicio económico determinado. En virtud de tal potestad, nada impide que el Gobierno o cada uno de sus miembros hagan anuncio previo del contenido futuro de los presupuestos anuales, dentro de su respectivo ámbito de competencia, como en el caso de autos ha ocurrido, lo que constituye un acto previo sin efecto alguno para los derechos de los recurrentes.

B) La regulación de las condiciones de trabajo del colectivo MIR no puede hacerse a través de los instrumentos de negociación funcional por ostentar naturaleza laboral

La **STS de 7 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Administración recurrente. El proceso fue iniciado por el Sindicato Médico de Asistencia Pública (SIMAP), por haber sido excluido de la Mesa que negoció el Acuerdo de 12 de enero de 2007 del Consell de la Generalitat Valenciana por el que se incrementaron las cuantías del complemento de atención continuada del personal interno residente y enfermería en formación que presta sus servicios en la Consellería de Sanidad. La sentencia recurrida en casación estimó el recurso jurisdiccional de SIMAP y declaró la nulidad del Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad «por vulnerar el derecho constitucional de libertad sindical, en todo aquello que se refiera a los MIR».

El TS confirma dicha sentencia partiendo de la premisa de que la naturaleza jurídica del vínculo que une a los MIR con la Administración no es estatutaria ni funcional sino de carácter laboral y, a partir de ella, concluye que la negociación de los derechos que afectan al personal laboral, en lo que se refiere al ámbito y contenido de la libertad sindical, difiere de la que corresponde a los representantes de los funcionarios. La vulneración constitucional cuestionada está justificada porque, siendo laboral el personal interno residente, fue indebida la utilización que se hizo de la negociación colectiva desarrollada por los órganos de representación regulados en la Ley 9/1987; y lo fue porque, con esa utilización de un específico mecanismo de negociación colectiva previsto únicamente para el personal funcional, se obvió la estructura de la negociación colectiva laboral que resultaba procedente para dicho personal interno residente y, de esta manera, se privó a SIMAP de poder participar en esta otra clase de negociación colectiva laboral (no funcional) para la que sí tendría legitimación. En definitiva, fue irregular el proceso de negociación desti-

nado a la regulación de los MIR sin contar con el sindicato SIMAP, a pesar de ostentar la condición de sindicato más representativo en los comités de empresa, toda vez que, como ha recordado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho a la libertad sindical comprende el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos.

No puede ser obstáculo a lo anterior la habilitación que contiene el RD 1146/2006, de 6 de octubre, regulador de la relación especial de los MIR, para que la Administración regule las condiciones retributivas de este colectivo, pues eso supone efectivamente el reconocimiento de una potestad administrativa pero que debe ser cohonestada con las normas que rigen la negociación colectiva. Normas que se traducen en lo siguiente: que si se opta por ejercer esa potestad administrativa de manera negociada, la estructura y el ámbito de dicha negociación habrá de observar las diferentes normas que están establecidas, según se trate de negociación colectiva sobre personal funcional o de negociación colectiva sobre personal laboral.

5. DERECHO DE HUELGA

A) **Deducción de haberes por participación en huelga.**

Ha de realizarse exclusivamente por el tiempo permanecido en dicha situación y no por la totalidad de la jornada ordinaria

La **STSJ de Castilla y León de 14 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, ha estimado parcialmente el recurso interpuesto por una funcionaria que había participado en la huelga que convocaron las centrales sindicales en el ámbito de la Administración de Justicia en febrero de 2008, cumpliendo con los servicios mínimos. La controversia suscitada se plantea entre la alegación de la funcionaria de que había cumplido la parte flexible del horario, de modo que, a su juicio, no procedería el descuento por la totalidad de la jornada de trabajo, sino en proporción al horario no trabajado, y la alegación de la Administración, que sostiene que la funcionaria no aporta prueba alguna que permita tener por cierto este dato y, en consecuencia, no resultan desvirtuados los registros de control horario que obran en su poder.

Sostiene la recurrente, efectivamente, que el artículo 30.2 EBEP sólo dispone que procederá la deducción de las retribuciones correspondientes al tiempo permanecido en situación de huelga, lo que no se ha respetado por las resoluciones recurridas ya que la huelga tal y como resulta de la convocatoria efectuada por las centrales sindicales era de 8,30 a 14,30, es decir, durante seis horas diarias, no abarcando la totalidad de la jornada ordinaria que es de siete horas y media, por lo que sólo sería procedente un descuento de seis horas. La Sala recuerda que la legitimidad del descuento de haberes por la cesación en el trabajo se deriva de la situación de suspensión en la relación de empleo en la que se sitúa el funcionario en huelga. La participación en huelga supone una completa suspensión de la relación laboral, en este caso funcional, que comprende tanto la cesación del deber de trabajar como la del paralelo devengo retributivo. Consiguientemente es connatural al ejercicio de ese derecho fundamental el que no se adquiera derecho a retribución durante el período en que se ejerce. En todo caso, recuerda la Sala que la deducción de haberes no tiene en ningún caso carácter sancionador, sino que es consecuencia directa de la suspen-

sión de la relación de empleo y, por ello mismo, no requiere de procedimiento alguno. Se origina *ope legis* en la nómina del funcionario como consecuencia de la suspensión de la relación funcional y es obligado el practicarla para la Administración por haberlo preceptuado así una norma imperativa («no devengarán ni percibirán» —señalan los preceptos de referencia—).

Ahora bien, para poder efectuar la detracción de la retribución es preciso saber con exactitud el tiempo en que el funcionario ha permanecido en huelga. La obtención de ese dato debe ser fruto del control de horarios que debe obrar en poder de la Administración, bien a través de los partes de firmas o el sistema correspondiente que acredite el cumplimiento del horario por parte del funcionario (en su parte principal o variable) y de donde resulte, en sentido inverso, que aquél no se ha cumplido.

Del análisis de la normativa vigente se deduce, sin lugar a dudas, que el establecimiento de los sistemas de control horario y del cumplimiento de las condiciones de la huelga corresponde a la Administración y que es ella su destinataria de modo y manera que es a ella a quien se le da cuenta del resultado de ese control y, por lo tanto, quien tiene en su poder los registros horarios o el parte de firmas o el sistema que sea. Pero lo que no le es dable a la Administración deducir que se ha ejercido el derecho de huelga más allá de las horas para la que fue anunciada a partir del hecho de que no se ha cumplido en su totalidad el horario de trabajo o de que no han funcionado adecuadamente los sistemas de control de horarios, tal como sucede en este caso. Ello permite a la Sala estimar parcialmente el recurso interpuesto por la funcionaria recurrente y anular la resolución impugnada en cuanto a las cantidades detraídas en exceso en los días en que ejerció su derecho a la huelga.

B) Sustitución de funcionarios que secundan una huelga contraria al derecho fundamental

La **STS de 7 de junio de 2010**, Sección Séptima (recurso 784/2009), resuelve en casación, revocando la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de septiembre de 2008, un recurso interpuesto por el sindicato GESTHA contra Resolución del Presidente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que fija servicios mínimos con ocasión de huelga en la Administración de Aduanas. Aparte de la anulación de la resolución recurrida por falta de suficiente motivación de los servicios mínimos impuestos, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre otra cuestión menos habitual, ya que considera probado que la AEAT utilizó a funcionarios de otros cuerpos de la Administración para la realización de las tareas propias de los funcionarios de Aduanas. Señala el Tribunal Supremo que el artículo 6.5 del Real Decreto-Ley 1/1977, que regula el derecho de huelga, prohíbe al empresario sustituir a los huelguistas por trabajadores no vinculados a la empresa al tiempo de iniciarse la huelga, salvo causa justificada (incumplimiento de los servicios mínimos, seguridad de las personas y cosas y mantenimiento de los locales, instalaciones, maquinaria y materias primas) y que el Tribunal Constitucional en STC 132/1992 declaró contrario al artículo 28.2 CE la contratación de personal con la finalidad de desactivar una huelga. Como las SSTS, Sala de lo Social, de 24 de octubre de 1989 y 8 de mayo de 1995 extienden esa misma prohibición a la sustitución interna de los huelguistas por trabajadores de la misma empresa, ahora la Sala de lo Contencioso-Administrativo aplica esta misma doctrina a una huelga de funcionarios.

6. DERECHOS RETRIBUTIVOS

A) Complemento específico

- a) *Es lícita en ciertos casos la fijación de una cuantía de su componente general superior a la establecida para los empleos inferiores*

La **STS de 17 de febrero de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de la Escala de Suboficiales de la Guardia Civil (ASES-GC) contra el Real Decreto 10/2008, de 11 de enero, que modificó algunos aspectos del régimen retributivo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La demanda combate la regulación del componente general del complemento específico establecido para los empleos de Brigada, Sargento Primero y Sargento con una cuantía anual inferior a la fijada para los empleos de Cabo Mayor, Cabo Primero, Cabo y Guardia Civil.

Según los recurrentes, esos inferiores importes previstos para empleos jerárquicamente superiores vulneran los principios de promoción profesional, mérito y capacidad y remuneración según el nivel de formación, como también la estructura jerárquica del Cuerpo de la Guardia Civil. También se aduce el desconocimiento del artículo 24 EBEP, al disponer que «la estructura y cuantía de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán, por las correspondientes leyes (...) atendiendo, entre otros, a los siguientes factores: a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa (...)». En resumen, si la promoción profesional está representada por el ascenso a empleos que son superiores en el orden jerárquico y tiene lugar de conformidad con los principios de mérito y capacidad, a mayor empleo tiene que corresponder una retribución como mínimo igual a la de los subordinados, pues de lo contrario quebraría ese sistema de carrera y se vulnerarían dichos principios.

El TS, no obstante, desestima el recurso al entender que esa superior cuantía del componente general del complemento específico dispuesta para los empleos inferiores viene exigida por normas de rango legal y, además, responde a la concreta finalidad de introducir factores de corrección retributivos que pretenden restablecer el desequilibrio producido por cambios normativos que se llevaron a cabo en los últimos años, precisamente para la consecución de mejoras sociales y de promoción profesional de las Fuerzas y Cuerpos y Seguridad del Estado. Efectivamente, estas reformas legales cambiaron el grupo de clasificación de los empleos de que se viene hablando, lo que supuso una evidente mejora para ellos porque les asignó un grupo superior. Ahora bien, la propia norma que lo establecía condicionaba dicha mejora a que no significara incremento de gasto público ni modificación del cómputo anual de las retribuciones totales de los integrantes de los empleos afectados, por lo que se autorizó al Gobierno para dar cumplimiento a esa previsión legal mediante la fijación de la cuantía de las retribuciones complementarias, que es precisamente lo que ha venido a hacer el RD impugnado.

Consiguientemente, los importes que aquí son objeto de polémica se enmarcan dentro de la autorización legal a que se ha hecho referencia y están dirigidos a lograr que el cambio de grupo de clasificación respete esos condicionantes a que fue subordinado en la norma legal que lo estableció. A ello ha de añadirse que todo lo anterior no comporta nece-

sariamente que no exista la superior retribución que, según la demanda, debe reconocerse a los empleos superiores en el orden jerárquico para que no se vulneren esos principios que invoca, pues esa superioridad puede lograrse mediante la aplicación de otros conceptos retributivos, en el importe total de las retribuciones.

b) Su fijación exige la previa valoración de los elementos objetivos que justifican su asignación a un determinado puesto

La **STSJ de Castilla y León de 29 de abril de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, se ha pronunciado sobre los límites de las potestades autoorganizativas de la Administración a la hora de fijar el complemento específico. En este caso, ha estimado el recurso interpuesto por la Federación de Trabajadores de Servicios Públicos de UGT (FSP-UGT) contra el Decreto 2/2009, de 15 de enero, por el que se fijan las cantidades retributivas para el año 2009 del Personal al Servicio de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. Ha anulado dicho Decreto en la medida en que fijaba el complemento específico respecto del Cuerpo de Ayudantes Facultativos de la Escala de Agentes Medioambientales, sin haber realizado una valoración oportuna de las funciones efectuadas por dichos funcionarios.

La Sala analiza las potestades de las que goza la Administración para el establecimiento de este complemento. Al ejercitar la Administración su potestad reglamentaria sobre el particular, ordinariamente a través de las Relaciones de Puestos de Trabajo, la Administración Pública tiene en su ejercicio una plena capacidad de autoorganización y en la determinación de los requisitos necesarios para el desempeño más eficaz de la función que se asigna a cada puesto. Tal potestad está dotada en su ejercicio de una amplia discrecionalidad, con los límites propios del ejercicio de tales potestades, como es el principio de igualdad retributiva, de ahí que cuando exista plena identidad de las circunstancias concurrentes en dos o más puestos de trabajo deben corresponderse las mismas retribuciones.

La percepción del complemento específico ha de ser siempre homogénea e idéntica en función de los factores inherentes al desempeño del puesto y con independencia del grupo al que pertenezca el puesto. Aunque se fija en el ejercicio de la denominada potestad organizativa de la Administración, para la fijación del complemento específico se ha de atender a una previa valoración que justifique los criterios que han sido tenidos en cuenta para su establecimiento, que debe realizarse atendiendo a aquellas características definitorias del complemento específico, esto es, a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. Dado que en este caso no consta en ninguno de los documentos obrantes en el expediente administrativo dicha valoración, la Sala estima el recurso. «Ciertamente, ninguna tacha cabe hacer a la postura de la Administración demandada cuando recuerda las facultades de autoorganización que ostenta a la hora de aprobar y modificar las relaciones de puestos de trabajo, pero ello es distinto a que en el uso de tal facultad se puedan quebrantar los límites legales y reglamentarios establecidos, y en particular en este caso los criterios legales que definen el complemento específico, lo que para ser comprobado exige, como antes se decía, que en el expediente conste algún documento (como podría ser la memoria u otro documento que contuviera la valoración del puesto) que pudiera servir de razón justificativa de la decisión administrativa adoptada».

El expediente, sin embargo, carece de toda justificación sobre la asignación de un concreto complemento específico a los funcionarios de la Escala Medioambiental, ya que no existen estudios previos que justifiquen la atribución de un inferior nivel de complemento específico en relación con los factores que se han debido tener en cuenta para su establecimiento respecto a los agentes medioambientales. Tan sólo se alude a que existió negociación sobre el particular con las centrales sindicales, mas ello no puede servir de elemento para obviar el contenido necesario de la retribución que se asigna, los factores que han de ser tenidos en cuenta para su fijación, en relación con la función desempeñada, y que han de ser objeto de valoración, la cual aquí ha sido omitida.

7. EMPLEADOS PÚBLICOS LABORALES. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

A) **Para aplicar la norma más favorable han de tenerse en cuenta bloques cerrados como conjuntos comparables, sin posibilidad de fracturas parciales o espigues**

La **STS de 8 de junio de 2009**, Sala de lo Social, Sección Primera, RJ 2009\4170, trae causa del conflicto colectivo formulado por el sindicato USO contra AENA. Se había solicitado a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que dictara sentencia en la que declarara «el derecho de los trabajadores al disfrute, además de los días de libre disposición ya establecidos en el IV Convenio Colectivo de AENA, de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo, en aplicación del artículo 48.2 del Estatuto Básico del Empleado Público». La petición se apoyaba en que la regulación contemplada en el EBEP resultaba en este punto concreto más favorable que la prevista en el Convenio Colectivo de AENA, con invocación de los principios de jerarquía normativa, modernidad y de norma más favorable.

La SAN desestimó la pretensión del sindicato recurrente argumentando que «existe una regulación completa de permisos y vacaciones en el Convenio Colectivo de AENA y otra, también completa —la común para funcionarios y personal laboral en tal materia— en el Estatuto Básico del Empleado Público», que «La superposición simultánea de dos fuentes de derecho se resuelve en el artículo 3.3 ET en razón de la aplicabilidad del principio de norma más favorable apreciada en su conjunto y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables (...) esa consideración global impide el uso de la «técnica del espiguo» que consiste en romper la indivisibilidad interna del precepto (ley o convenio) anulando su equilibrio interno, fruto del consenso entre los interlocutores sociales generadores de la norma, eligiendo de una u otra fuente de derechos aquellos preceptos aislados que pudieran mejorar los de la otra fuente y los preceptos de ésta que mejoraran aquélla».

Reconoce el TS que se ha producido un problema de fuentes porque en esta situación normativa convencional incide el ulterior Estatuto Básico del Empleado Público, en el que, por primera vez de forma sistemática, junto con las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación, se determinan las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (artículo 1.1 y 2 EBEP), entre el que se incluye el personal al servicio de los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, cuya naturaleza ostenta la entidad ahora demandada AENA. A juicio del TS, cabe interpretar que los artículos 47 a

50 EBEP están dirigidos esencialmente a quienes ostentan la condición de funcionarios públicos. Única y exclusivamente el artículo 51 EBEP, relativo de forma expresa a los diversos apartados del citado Capítulo V, se refiere al personal laboral y no al funcional, nominando al precepto como «Jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral» y disponiendo que «Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente», sin establecer ninguna jerarquización entre los dos tipos de normas reguladoras del tema relativo al disfrute de un número determinado de días de libre disposición ahora discutido, por lo que deberá estarse a la regla general *ex* artículo 7 EBEP antes citado («El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan»).

El Sindicato recurrente no pretende que se dejen sin efecto tras la entrada en vigor del EBEP todas las normas contenidas en el Convenio colectivo de AENA relativas a vacaciones, permisos y licencias, para sustituirlas íntegramente por las contenidas sobre tales materias en el posterior Estatuto Básico, considerando que globalmente son más beneficiosas a los trabajadores las normas convencionales, sino que exclusivamente pide la inaplicación de una de ellas, la referida a los denominados «días de libre disposición». Con ello, según la Sala, el sindicato pretende una especie de «espiguelo normativo» para conseguir «la coexistencia, por la sola voluntad de una de las partes, de dos normativas distintas eligiendo en un concreto extremo la más favorable». Ello es razón suficiente para desestimar el recurso interpuesto por el sindicato y confirmar la doctrina fijada por la SAN al considerar prohibida la denominada «técnica del espiguelo», toda vez que «para determinar la aplicación global de la norma más favorable habrán de tenerse en cuenta ambos bloques cerrados (permisos y vacaciones del Convenio Colectivo de AENA y permisos y vacaciones del EBEP) como conjuntos comparables, sin posibilidad de fracturas parciales o espiguelos de las disposiciones que integran ambos». En su conjunto, las estipulaciones del convenio resultaban más favorables que las previstas en el EBEP.

B) Se aplica con preferencia lo dispuesto en un convenio colectivo sobre el EBEP si establece garantías superiores para el empleado

La STS de 2 de febrero de 2009, Sala de lo Social, ha estimado el recurso de casación para la unificación de la doctrina y ha anulado la sentencia impugnada que condenaba al Ayuntamiento contratante a optar entre la readmisión del trabajador o el abono del salario de tramitación correspondiente, manteniendo la declaración de improcedencia del despido del que traía causa tal condena. Señala la Sala que se infringe el artículo 71 del convenio colectivo que rige la relación laboral de la demandante, que reconoce al trabajador el derecho a optar entre la readmisión o la indemnización, ya tenga un contrato indefinido, fijo laboral o fijo discontinuo. Este precepto legal, al otorgar unas garantías superiores al empleado que las demás previsiones legales existentes, primará sobre lo establecido en el artículo 96.2 de la Ley 7/2007, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público.

Efectivamente, la STS se pronuncia sobre quién ostenta el derecho de opción en caso de que el despido sea declarado improcedente. En el artículo 71 del convenio aplicable se establecía que en caso de que el trabajador con la condición de contrato indefinido, fijo

laboral o fijo discontinuo, fuera despedido y su despido fuera declarado improcedente o nulo, correspondía a éste ejercitar el derecho de opción entre la readmisión o la indemnización. Pues bien, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias cambió de criterio en la sentencia impugnada y desestimó el recurso del trabajador. Decidió que la opción correspondía al Ayuntamiento, toda vez que el trabajador no era fijo, sino que ostentaba la condición de indefinido que, como recuerda el Tribunal, se trata de una específica categoría de creación jurisprudencial para los servidores de las Administraciones públicas cuyos despidos son declarados improcedentes. Había aplicado con preferencia lo establecido en el artículo 96.2 EBEP cuyo último párrafo, dispone que «procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario». Es decir, el EBEP limita la aplicación de este privilegio a los despidos disciplinarios del personal laboral fijo, no amparando a los laborales indefinidos.

A juicio del TS, no obstante, la regla general contemplada en este precepto queda sin efecto cuando un convenio colectivo disponga lo contrario, al remitirse el artículo 7 de esa Ley a la legislación laboral en general. Por ello, no es óbice para el convenio el mandato del artículo 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público. Ese precepto, en su último párrafo, dispone que «procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario», pues tal regla, de carácter general, queda sin efecto cuando un convenio colectivo disponga lo contrario, al remitirse el artículo 7 de esa Ley a la legislación laboral en general. «El precepto legal que otorga al trabajador unas garantías superiores a las que concede la Ley está concebido en términos cuyo sentido es claro. Se enumeran tres categorías de trabajadores que abarcan la totalidad de los que presten servicios al Ayuntamiento con contrato laboral, ya sean indefinidos (así declarado), fijos o fijos discontinuos. Ello implica que hayamos de estimar el recurso, casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación estimar el recurso de esta clase confirmando la calificación del despido y otorgando la opción entre indemnización y readmisión al trabajador demandante».

C) Los días adicionales de permiso por trienios contemplados en el artículo 48.2 EBEP resultan directamente aplicables al personal laboral

La **SAN de 14 de enero de 2010**, Sala de lo Social, Sección Primera, AS 2010\105, ha estimado la demanda, en trámite de conflicto colectivo, interpuesta por el sindicato ELA: SOLIDARIDAD FERROVIARIA-SF y LAB frente a FEVE, y ha declarado que a los empleados públicos de FEVE les resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 48.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, reconociéndoles el derecho al disfrute de dos días adicionales de libre disposición al cumplir el sexto trienio en la empresa, y al incremento posterior en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo.

En dicha sentencia la Sala cambia explícitamente de criterio, toda vez que en su anterior Sentencia de 5 de junio de 2009, en relación con la Entidad Pública empresarial ADIF, había negado a los trabajadores de dicha entidad este derecho por considerar que no les resultaba aplicable lo dispuesto en los artículos 51 y 48.2 EBEP. Ahora, sin embargo, considera que la pauta interpretativa en relación con la normativa aplicable al personal laboral la marca el artículo 7 EBEP declarando que el personal laboral al servicio de las Admi-

nistraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan, matizando su artículo 51 que para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente. Precisamente el artículo 48.2, incluido en el capítulo referenciado, configura un permiso nuevo, que no aparece en la legislación laboral y que es independiente y distinto a los que detalla el apartado 1 del mismo artículo.

Debe hacerse notar, a juicio de la Sala, que no se hace distinción alguna en relación con la Administración o entidad en la que se presten los servicios. La aplicación del artículo 48.2 no está subordinada a la negociación colectiva, ya que es doctrina reiterada de suplicación que un Convenio no puede modificar lo establecido en las leyes, que contienen mandados de derecho necesario absoluto o relativo, como sucede en el supuesto debatido. En consecuencia, al no hallarse contemplada en la legislación laboral la concesión de los días de permiso por trienios que prevé el artículo 48.2 EBEP, este artículo ha de ser aplicado, a tenor de lo que disponen los artículos 7 y 51 del tan citado EBEP.

D) El contratado indefinido presta sus servicios sin causa de temporalidad alguna, esto es, sin vinculación directa e inmediata con vacante concreta

La STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2010, Sala de lo Social, Sección Primera, se ha pronunciado sobre la distinta naturaleza del contrato de interinidad de vacante y la contratación indefinida en la Administración, a raíz del recurso de suplicación interpuesto por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya frente a la Sentencia del Juzgado Social que, a consecuencia de una contratación temporal fraudulenta, había declarado a la trabajadora como indefinida no fija.

El contrato de interinidad por vacante se encuentra regulado en el artículo 4 del RD 2720/1998, se circunscribe a la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva y está sujeto a la exigencia de identificación del puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se ha de producir mediante el proceso de selección o promoción. De esta regulación se desprende una nítida diferencia entre el trabajador indefinido (no fijo) y el interino por vacante, como se colige, además, del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril.

Pues bien, aceptada ahora ya por el ordenamiento jurídico positivo la contratación laboral indefinida por parte de las Administraciones públicas, no cabe negar el distinto régimen jurídico que, *a priori*, se otorga a esta relación laboral en comparación con las de carácter temporal. La remisión que el EBEP hace a la legislación laboral conduce a ello sin ningún género de dudas. El estatus jurídico de trabajador indefinido no fijo de la Administración pública, hoy reconocido en el Estatuto Básico del Empleado Público (aunque con un régimen de menor protección que el fijo, por ejemplo, en orden a la opción entre readmisión o indemnización que corresponde, en caso de despido improcedente, a la Administración para los indefinidos, mas no para los fijos, pues para éstos sólo prevé la referida norma en tal hipótesis su readmisión *ope legis*), nació como solución para dar respuesta a los contratos temporales en fraude de ley suscritos por las Administraciones públicas, como respuesta de fina alquimia jurídica que respetara los mandatos constitucionales relativos al acceso al empleo público, diseñada claramente al cobijo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1998.

En efecto, viene entendiendo el Tribunal Supremo que los efectos del no cumplimiento de las normas laborales en materia de contratos temporales, no suponen la «fijeza» de los así contratados, porque ello supondría una decisión judicial contraria a los parámetros constitucionales de que la ocupación y reclutamiento de los diversos empleos públicos se haga con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad (artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución). Por el contrario, entiende el Tribunal Supremo, con un criterio un tanto ambiguo pero ya acrisolado (y no abordado ni orillado por el EBEP, al margen de que ha sido considerado como constitucional por Auto del Tribunal Constitucional 122/2009, de 28 de abril) que el artículo 11 EBEP contempla esta figura como figura diferenciada del contrato laboral fijo y que el «readmitido» es un trabajador con relación laboral indefinida, de acuerdo al principio de estabilidad en el empleo que informa el ordenamiento laboral. Este criterio normativo y judicial interno, además, es plenamente compatible con el Derecho Comunitario, pues éste no se opone a que una normativa nacional prohíba la conversión en fijos de contratos temporales celebrados en fraude de ley en el ámbito de la Administración Pública (STJCE de 23 de abril de 2009, Asunto K. Angelidaki y otros), por lo que la solución de la figura del indefinido no fijo es perfectamente compatible con el ordenamiento comunitario.

De lo anterior y con relación al primer motivo del recurso, se colige que si bien los trabajadores indefinidos pueden ser cesados por la cobertura reglamentaria de la plaza, no es menos cierto que vienen prestando servicios sin causa de temporalidad alguna, esto es, sin vinculación directa e inmediata con vacante concreta. Es por ello que ni existe ni puede existir, por consiguiente, equiparación mimética de su estatus jurídico con el de los interinos por vacantes, pues éstos sí están sujetos a un proceso reglado de cobertura. Desde el punto de vista práctico, los contratos temporales fraudulentos hechos por la Administración pública provocan, por consiguiente, que el trabajador se convierta en «indefinido», pero ello sólo le da derecho a ocupar la plaza para la que fue contratado en su día hasta que ésta se provea de modo regular, como si de un contrato de interinidad se tratase, en evitación de que se consolide una «irregular» forma de acceso al empleo público.

Llegados a este punto y para seguir marcando diferencias con el interino por vacante, la Sala recuerda que el estatus jurídico del trabajador indefinido no fijo de la Administración pública se caracteriza por el hecho de que no tiene derecho a obtener excedencia voluntaria, ni siquiera por incompatibilidad como consecuencia de su nombramiento como funcionario interino (SSTS de 29 de noviembre de 2005 y de 3 de mayo de 2006); de que la provisión de la plaza en la forma legalmente procedente es causa lícita para extinguir el contrato laboral [artículo 49.1.b) ET], sin necesidad de acudir al cauce del despido colectivo y objetivo, no generando derecho a indemnización ni a salarios de tramitación (SSTS de 27 de mayo de 2002 y de 26 de junio de 2003), y de que, en el caso de despido improcedente, la Administración, como cualquier empresario, puede optar entre la readmisión y la indemnización, no quedando limitada su posibilidad a la indemnización al no vulnerarse los principios constitucionales de acceso a la función pública (SSTS de 26 de noviembre de 1993 y de 3 de junio de 2004). Todo ello constituye un régimen jurídico que diverge claramente del contrato de interinidad por vacante.

BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

XI. URBANISMO

SUMARIO

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.
 - A) **Nulidad de la modificación del PGOU mediante una ordenanza reguladora de establecimientos comerciales.**
 - B) **Nulidad de un Estudio de Detalle redactado por un ingeniero técnico.**
2. RÉGIMEN DEL SUELO.
 - A) **Nulidad de un proyecto sectorial para la implantación de una plataforma logística industrial en suelo no urbanizable de especial protección forestal.**
 - B) **Naturaleza discrecional del suelo no urbanizable genérico.**
 - C) **Nulidad del Plan Parcial y del Programa de Actuación Integrada que permite una densidad de edificación superior a la media del municipio en la zona de influencia costera.**
3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO.
 - A) **Sistema de Compensación: Propietarios afectados.**
4. RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA.
 - A) **Suspensión de las obras que no se ajustan al proyecto presentado y a la licencia obtenida por silencio administrativo positivo.**
 - B) **Anulación del Estudio de Detalle y de la licencia de obras de una edificación que forma parte de un conjunto histórico-artístico.**
 - C) **Cómputo del plazo de cuatro años de prescripción de la acción para la restauración del orden jurídico infringido.**

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

- A) **Nulidad de la modificación del PGOU mediante una ordenanza reguladora de establecimientos comerciales**

La STS de 22 de febrero de 2010 (RJ 2010/1547), casa la del TSJ de la Comunidad Valenciana y anula la «Ordenanza municipal reguladora de las actividades en establecimientos de pública concurrencia en relación con los usos del suelo» aprobada por el ayuntamiento de Alfás del Pi en 2003, por modificar las previsiones del PGOU sin seguir el procedimiento establecido al efecto:

«Aceptado entonces que la Ordenanza es en todo caso —ya veremos si exclusivamente— una norma que afecta al régimen urbanístico, la sentencia recurrida afirma que “... no contradice ni vulnera el PGOU vigente puesto que (...) se limita a realizar una especificación más detallada de los usos y actividades previstas en el Plan General para el casco urbano...”. No podemos compartir esta conclusión pues, siendo así que la clave AD600 introduce la exigencia de que los establecimientos comerciales integrados en la clave C4 (supermercados y centros comerciales a partir de 300 m² de sala de ventas) guarden entre sí una distancia mínima superior a 600 metros lineales, es claro que dicha Ordenanza no es una mera especificación sino que introduce una seria restricción que no viene prevista en el Plan General.

Resultando así alterada, y alterada en sentido claramente restrictivo, la normativa del Plan General, es obligado entender que dicha innovación no podía hacerse sino por el cauce procedimental previsto para la Modificación del planeamiento (artículo 49.1 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 y, en el mismo sentido, artículo 55.1 de la Ley Valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística).

A la anterior conclusión no se opone lo dispuesto en los preceptos de la legislación de régimen local relativos a la potestad reglamentaria de los municipios [artículos 4.1.a) y 84.1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local], ni la norma que específicamente les atribuye competencias de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística [artículo 25.2.d) de la misma Ley de Bases], pues ya hemos señalado que tales atribuciones han de ser ejercidas “en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas” (artículo 25.2 de la Ley de Bases del Régimen Local), lo que obliga a respetar las normas de procedimiento y de competencia que sean de aplicación según el tipo de ordenación de que se trate.»

Amén de lo anterior, el TS constata otra causa de ilegalidad, pues la Ordenanza alberga una regulación de la actividad comercial que desborda las competencias municipales y vulnera la libertad de empresa y de libre establecimiento reconocidos en el artículo 38 CE.

B) Nulidad de un Estudio de Detalle redactado por un ingeniero técnico

La **STS de 10 de mayo de 2010** (JUR 2010/173718), rechaza el recurso de casación presentado por el Ayuntamiento de Llanera y confirma la nulidad del Estudio de Detalle relativo a una parcela de un polígono industrial, al entender que la titulación de ingeniero técnico no es suficiente para la redacción y firma de un instrumento de planeamiento. Por más que constituya un escalón inferior en la escala del planeamiento, estima el Tribunal, no se trata de un proyecto de ejecución de obras, por lo que estaría fuera de lo admitido para aquéllos en el artículo 2.1 Ley 12/1986, «sobre regulación de las atribuciones profesionales de arquitectos e ingenieros técnicos».

2. RÉGIMEN DEL SUELO

A) Nulidad de un proyecto sectorial para la implantación de una plataforma logística industrial en suelo no urbanizable de especial protección forestal

La **STS de 7 de junio de 2010** (JUR 2010/213331), casa la STSJ de Galicia y anula el proyecto sectorial para la implantación de una plataforma logística-industrial en suelo

clasificado como no urbanizable de especial protección forestal, según lo previsto en el artículo 9.1 Ley 6/1998, de 13 abril, que tiene el carácter de norma básica. Según se lee en la sentencia, tal proyecto supone la transformación urbanística de los terrenos y un consiguiente cambio en su clasificación urbanística, pues consiste en la creación de un área de concentración de empresas y actividades de transporte. Lo que es incompatible con el interés forestal que amerita la especial protección, por más que se adopten medidas paliativas o correctoras de la afección ambiental.

Tampoco es óbice, según el Tribunal, que esta transformación venga impuesta por un instrumento sectorial no urbanístico:

«En fin, el hecho de que la normativa autonómica atribuya a las determinaciones del proyecto sectorial carácter prevalente frente a las del planeamiento urbanístico, debiendo éstas acomodarse a aquéllas, es un dato que, lejos de respaldar la legalidad del proyecto que estamos examinando viene precisamente a corroborar la conclusión contraria. En efecto, ese carácter vinculante determinaría que el planeamiento urbanístico hubiese de acomodarse a las transformaciones urbanísticas contempladas en el proyecto sectorial, lo que exigiría en determinadas áreas la reclasificación del suelo; pero entonces se estaría obligando al planeamiento urbanístico a incorporar una clasificación que sería contraria al carácter reglado del suelo no urbanizable especialmente protegido, lo que supone la vulneración de la normativa estatal básica (artículo 9 de la Ley 6/1998, de 13 de abril), cuya interpretación jurisprudencial ya hemos examinado, y también de la normativa autonómica (artículo 5.2 del Decreto 80/2000, de 23 de marzo), que expresamente se remite a dicha normativa estatal».

En efecto, son numerosas las Sentencias que explican la diferencia creada por la citada Ley entre este tipo de suelo y el que suele denominarse suelo no urbanizable común: SSTS de 3 de julio de 2009 (RJ 2009/5902), de 12 de febrero de 2010 (RJ 2010/1513) y de 25 de marzo de 2010 (JUR 2010/123488), entre otras.

B) Naturaleza discrecional del suelo no urbanizable genérico

A diferencia de la categoría examinada en la sentencia anterior, el suelo no urbanizable común, regulado en el artículo 9.2 de la Ley 6/1998 (en cualquiera de sus tres sucesivas redacciones), responde a su inadecuación para el desarrollo urbano. Lo cual, como destacó la STC 164/2001, debe ser apreciado por el órgano competente para la clasificación. Y, desde una vertiente objetiva, puede obedecer a ciertos fines o valores que precisen su conservación, pero también a otras circunstancias indeterminadas que justifiquen esa inadecuación para el desarrollo urbano.

Partiendo de esa sentencia y otras propias, la **STS de 14 de mayo de 2010** (JUR 2010/192377), estima que este juicio sobre la adecuación tiene naturaleza discrecional y está sujeto al control jurisdiccional tradicional para este tipo de actividad y no al de los actos reglados, como había apreciado la sentencia *a quo*, que es por ello revisada:

«En definitiva, el razonamiento que se expone en la sentencia recurrida infringe el artículo 9 de la Ley 6/1998 de tanta cita, al desconocer el carácter discrecional de la decisión del planificador para establecer esta clase de suelo no urbanizable común, pues la prueba pericial que por cierto no puede adentrarse en la médula discrecional de la decisión, se sustenta

sobre un presupuesto incorrecto y es que se trata de una decisión reglada. Es cierto que una de las técnicas de control de la discrecionalidad es el control de los hechos determinantes, ahora bien, de la prueba pericial que se acompañó con el escrito de demanda, no se infiere lo que se pretende, esto es, la adecuación para el desarrollo urbano de los terrenos, ni la falsedad de los presupuestos sobre los que se asienta, ni, en fin, se puede al socaire de tal invocación convertir en reglada lo que es una decisión discrecional.

En definitiva, la decisión del planificador no resulta arbitraria porque aparece justificada y motivada en la Memoria mediante una expresión razonada y racional de las causas por las que se considera que no es adecuado el desarrollo urbano de esa zona, que constituyen los límites esenciales en los que se ha de mover el control de la discrecionalidad urbanística.»

C) Nulidad del Plan Parcial y del Programa de Actuación Integrada que permite una densidad de edificación superior a la media del municipio en la zona de influencia costera

Sobre la base de la doctrina sentada en la STS de 25 de septiembre de 2009 respecto del concepto jurídico indeterminado «pantallas arquitectónicas» establecido en el artículo 30 de la Ley de Costas (que reseñamos en el núm. 47, 2010, de esta misma Revista), de la pruebas reunidas en Autos y la ausente argumentación en contrario del Ayuntamiento, la **STS de 4 de mayo de 2010** (JUR 2010/173808), casa la incongruente STSJ de la Comunidad Valencia y anula el Plan Parcial y el Programa de Actuación Integrada de un sector de playa en Almenara:

«Vemos así que el artículo 30.1.b) de la Ley de Costas ha de considerarse vulnerado siempre que el planeamiento urbanístico permita en la zona de influencia de 500 metros una densidad de edificación superior a la media del suelo urbanizable programado o apto para urbanizar en el término municipal respectivo. Ello sin perjuicio de que, aunque no se supere dicho valor de densidad promedio, pueda también apreciarse la vulneración del precepto por la concurrencia de pantallas arquitectónicas o acumulación de volúmenes, atendido el entorno a preservar, la configuración de la zona, la disposición, continuidad y altura de las edificaciones proyectadas.

Trasladando estas consideraciones al caso que ahora nos ocupa, llegamos a la conclusión de que el Plan Parcial impugnado infringe lo dispuesto en el artículo 30.1.b) de la Ley de Costas por cuanto permite una densidad de edificación superior a la media del suelo urbanizable programado o apto para urbanizar en el término municipal, propiciando con ello el surgimiento de una pantalla arquitectónica que resulta prohibida en el citado precepto.»

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Sistema de Compensación: Propietarios afectados

El TS, en Sentencia de 18 de marzo de 2009, Ar. 4249, debe determinar quiénes van a ser los propietarios afectados por un proyecto de compensación cuando existe litigio sobre la titularidad de los terrenos incluidos en dicho proyecto. En el caso que nos ocupa, la recurrente lo que pretende es que el TS declare la litigiosidad de los terrenos afectados, lo cual había sido rechazado en la instancia.

El TS, al respecto, recuerda que paralelamente a este proceso se había seguido otro en la jurisdicción civil en relación con los mismos terrenos, donde la recurrente ejercitaba acciones de deslinde y reivindicación. Tal jurisdicción reconoció a la recurrente la propiedad de dichos terrenos considerados litigiosos. Aclarada esta cuestión, el TS centra el conflicto en la consideración o no de los terrenos afectados como litigiosos según el artículo 103 del RGU de 1979.

A este respecto, el TS comienza indicando que, por el reparto competencial entre los diferentes órdenes jurisdiccionales, a la jurisdicción contencioso-administrativa le está prohibido entrar en el ámbito de la jurisdicción civil, correspondiéndole a ésta lo relativo a la titularidad, delimitación o ámbito de los derechos civiles relacionados con las fincas que se aporten al proyecto de compensación, y ello con independencia de que dichos derechos estén inscritos en el Registro de la Propiedad o no, debiendo ser resueltos los conflictos por dicho ámbito jurisdiccional.

Sin embargo, «con la finalidad, sin duda, de evitar —por tales discrepancias— la paralización de los procedimientos de gestión urbanística, el mencionado precepto habilita a la Administración que tutela el mismo para —ante la presencia de discrepancias sobre la titularidad de los mismos— llevar a cabo (1) una calificación —administrativa y a los solos efectos de dicho procedimiento de gestión urbanística— de la titularidad (o de la propiedad) como “dudosa o litigiosa”, y, como consecuencia de ello, para (2) asumir la representación de los derechos o intereses de esas titularidades a efectos de la tramitación del expediente» (FJ 5.º).

Y así, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto, pues indica que en el supuesto que nos ocupa, y al margen del procedimiento civil, la litigiosidad de los terrenos resultaba clara, pues así lo habían manifestado los recurrentes desde el inicio de la tramitación del proyecto de compensación. El artículo 103 RGU de 1979 no exige que las discrepancias se encuentren sometidas a la jurisdicción civil para la declaración de las fincas como litigiosas, siendo suficiente con su existencia. «No se trata de proteger aquí al que se presenta como titular registral frente al que discrepa de dicha situación de privilegio tabulario, sino, simplemente, de adoptar una decisión —si se quiere, interina o provisional— que permite la continuación del procedimiento de gestión urbanística...» (FJ 5.º). La sentencia de instancia debió haber reconocido tal situación litigiosa, lo que lleva, a juicio del TS, a su casación.

4. RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

A) Suspensión de las obras que no se ajustan al proyecto presentado y a la licencia obtenida por silencio administrativo positivo

La **STS de 23 de junio de 2010** resuelve de forma desestimatoria el recurso de revisión para la declaración de error judicial planteado por el recurrente Obdulio y la «entidad mercantil MB & amp. S.L.» contra la decisión de instancia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 30 de noviembre de 2007.

El pleito había sido iniciado por el actual recurrente frente a la resolución del Ayuntamiento de La Matanza de Acentejo al haber éste acordado la suspensión de una obra

ejecutada en una de sus avenidas, su precinto, apercibimientos legales y requerimiento de legalización. La justificación de las medidas adoptadas por el Municipio se basaba en la inadecuación de las obras a la licencia concedida por silencio positivo, ya que para su realización era necesario elevar unos muros, condicionamiento que no se había cumplido. El problema sometido a la consideración del juzgador era si dichos muros debían o no formar parte del proyecto de edificación original y si, para el caso de que debieran integrarse en él, su ausencia afectaba a todas las fases de la construcción o sólo a alguna de ellas.

Para el Tribunal Supremo, las conclusiones de la Sala de instancia no pueden ser tachadas de error judicial, dado que los extremos enjuiciados son razonables y vienen amparadas por los informes periciales citados en la misma demanda. En concreto, el FJ 2.º, *in fine*, señala que

«La primera de las premisas, referida a la necesidad de los muros es una conclusión probatoria de la Sala razonable y que la realidad ha visto confirmada. No bastaba proyectar el edificio de apartamentos, la estructura del terreno no exigía como requisito la elevación de los controvertidos muros. Contrariamente a lo sostenido por los recurrentes, es la elevación de los muros la que carece de sentido, si su misión no es posibilitar al edificio de apartamentos. Desde esta perspectiva la pretensión de los recurrentes de diferenciar ambas construcciones, edificio de apartamentos y muro, no puede ser compartida.

Afirmado lo precedente, tampoco parece descabellada la conclusión de la Sala en el sentido de que dicho muro era esencial para la edificación que se pretendía levantar, ya se considerara esta como única o como llevada a cabo en varias fases».

En definitiva, las obras que se estaban llevando a cabo, al amparo de una licencia obtenida por silencio administrativo, no se ajustaban a la legalidad urbanística, que exigía la construcción de un muro, elemento que no contemplaban los proyectos presentados. Se trataba, por tanto, de obras que no se ajustaban a la licencia concedida, siendo irrelevante para su exigibilidad el hecho de que el permiso relativo a los muros hubiera de ser otorgado por otro organismo. Ambos permisos, dadas las características del terreno, se encontraban indisolublemente unidos, siendo los dos imprescindibles, siendo la obtención del primero insuficiente si no se disponía previamente del segundo.

B) Anulación del Estudio de Detalle y de la licencia de obras de una edificación que forma parte de un conjunto histórico-artístico

El Tribunal Supremo, en su **STS de 7 de julio de 2010**, desestima el recurso de casación ante él mismo formulado por la entidad mercantil «Osiris Alba, S.L.» contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de octubre de 2005, sobre licencia de obras.

La Sala *a quo* había fallado estimando el recurso formulado por un particular contra la aprobación definitiva del Estudio de Detalle promovido por la hoy recurrente y la licencia de obras derivada del mismo, anulando dichas resoluciones y mandando retrotraer el expediente administrativo a la Consejería de Cultura de la Xunta de Galicia, a efectos de que ésta fuese informada de la actuación urbanística de que se trataba y pudiera dictaminar acerca de las medidas protectoras y correctoras que considerase necesarias para la protección del bien en litigio, que formaba parte del conjunto histórico-artístico de Bayona.

Los argumentos de la Sala de instancia se resumen en el FJ 2.º En primer lugar, y por lo que respecta a la inadmisibilidad del recurso por extemporáneo, manifiesta que

«(...) el recurso es claramente admisible, no pudiendo acogerse el argumento de que, cuando se recurrió, los actos de aprobación del estudio de detalle y otorgamiento de la licencia, —de las fechas ya dichas—, eran ya firmes y habían transcurrido ya con creces los plazos para su posible impugnación, pues, con independencia de que su aprobación inicial se hubiera notificado en forma al recurrente, era necesaria su publicación por tratarse de un instrumento de planeamiento urbanístico, y así acabó entendiéndolo el Ayuntamiento, que lo publicó en el Boletín Oficial de la Provincia el 1 de octubre de 2001, varios meses después de que éste hubiera comunicado al Ayuntamiento su disconformidad con los términos urbanísticos en que había sido aprobado y formulase el correspondiente recurso de reposición solicitando la inmediata paralización de las obras y la suspensión de los efectos de la licencia, que le fue desestimado por razones de fondo y sin que nada se le hubiese objetado respecto a su no presentación en tiempo oportuno».

Respecto de la necesidad de intervención en el procedimiento de concesión de la licencia de la Consejería de Cultura de la Junta, señala la Sala de instancia que

«(...) Es claro que la protección de cualquier bien cultural catalogado que forme parte de cualquier conjunto histórico-artístico ha de hacerse de manera integradora con la generalidad de todos los elementos arquitectónicos que pretendan introducirse en todo su entorno para analizar, valorar y coordinar los intereses contrapuestos representados por la defensa del bien cultural protegible y los propios del que pretende construir en sus proximidades, que, a veces, pueden ser limitados o disminuidos en parte en beneficio del conjunto histórico-artístico que es objeto de esa especial protección por razones de altura, tipo constructivo, mayor o menor proximidad del espacio de ocupación, clase de materiales empleados, o cualquier otra relacionada con la debida preservación de la belleza del espacio a proteger, que, en este caso, no podía ceñirse a la casa propiamente dicha sino al conjunto de la casa, terreno exterior circundante y, lógicamente, al muro de cierre que lo separaba de las propiedades contiguas, también de un valor apreciable en sí mismo por el material de piedra del que estaba compuesto, en armonía con el empleado para la construcción de la casa catalogada, por lo que, en estas condiciones, era estrictamente preceptiva en la tramitación del expediente de tal estudio de detalle la intervención de Consellería de Cultura, por estar incluida tal edificación y el resto de los elementos que configuran esta propiedad, en cuanto bienes accesorios que forman parte de ella, en el Conjunto Histórico-Artístico de Bayona, en virtud del Decreto de 25 de febrero de 1993, a la que le es aplicable la normativa prevista en los artículos 25.2.ª y 32 de la Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia (...)».

El Tribunal Supremo, desestimando el recurso de la actora, confirma estos pronunciamientos judiciales.

C) Cómputo del plazo de cuatro años de prescripción de la acción para la restauración del orden jurídico infringido

La **STS de 2 de junio de 2010** acuerda no haber lugar al recurso de revisión deducido por don Juan Manuel contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, con sede en La Coruña.

Este recurso era a su vez estimatorio del de apelación promovido contra la sentencia dictada por el Magistrado Juez del Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de Orense, quien había confirmando la plena legalidad de la actuación administrativa municipal impugnada, que básicamente se reducía a la consideración de la prescripción del expediente de legalidad urbanística incoado por denuncia presentada por dos vecinos por las obras de ampliación de una edificación realizada por don Juan Manuel, dado que, según el parecer de la corporación municipal, el transcurso de cuatro años desde su total terminación determinaba la prescripción de la acción administrativa para la restauración del orden jurídico infringido.

La Sala de La Coruña revoca, sin embargo, esta sentencia de instancia, declarando la nulidad del acuerdo municipal, acordando el archivo de las actuaciones practicadas en el expediente de reposición de la legalidad urbanística por las obras de ampliación realizadas por el recurrente, acto que anula por no ser conforme a Derecho y declarando la demolición de las obras.

El Alto Tribunal hace suyas las consideraciones jurídicas de la Sala de instancia, se había pronunciado en apelación de esta manera:

«1.º La sentencia apelada entiende que la caducidad cuatrienal del artículo 176 de la Ley 1/1997, del Suelo de Galicia, sólo se interrumpe por el acto de incoación del expediente, sin que ni la denuncia ni las actuaciones preeliminarias tengan trascendencia, y como en este caso la incoación fue tardía es correcto el archivo del expediente, sin perjuicio de una posible responsabilidad del Ayuntamiento. La fecha de terminación la extrae de una factura del contratista y de declaraciones testificales, así como de lo manifestado en la propia denuncia.

2.º La Sala no puede prestar asentimiento a esta conclusión: las partes presentan en sus respectivos escritos citas jurisprudenciales en apoyo de sus posturas, pero en el caso presente ni siquiera es preciso debatir el tema de si basta la iniciativa particular para paralizar el plazo de prescripción de la acción de protección urbanística o se requiere resolución gubernativa al efecto; el artículo 69.2 de la LRJPAC permite abrir un período de información previa antes de acordar la iniciación del expediente, para conocer las circunstancias del caso y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento, pero esta posibilidad no puede convertirse en un subterfugio para burlar la ley demorando indefinidamente la incoación formal cuando en el espíritu de la ley está que tales diligencias han de ser forzosamente de breve duración y no, como aquí acontece, demorarse más de dos años y medio incurriendo en un verdadero fraude de derecho; pero es más, sucede que tales actuaciones han asumido el papel propio del expediente y ninguna prueba mejor que la cita del artículo 84 de la LRJPAC en el traslado que se da al denunciado en 12 de noviembre de 1999, por lo que si nos dejamos de fórmulas rituales o palabras sacramentales, hemos de sostener que si las cosas son lo que son y no el nombre que se les quiera dar según conocido principio general de derecho, en esa fecha ya estaba en marcha un verdadero procedimiento gubernativo perfectamente hábil para cortar el plazo prescriptivo.

3.º Y por lo que hace al arranque de este plazo y partiendo del principio de que quien alega la prescripción es quien ha de acreditarla, forzoso será reconocer la absoluta endeblez de las pruebas aportadas por el interesado en orden a acreditar la fecha de finalización de las obras: una factura contenida en documento privado sin fehaciencia alguna de fidelidad ni referencia a algún talonario matriz de donde se pudiera extraer la certeza de la fecha,

y unas declaraciones testificales incursas en la misma fragilidad: sin dudar de la buena fe de los firmantes, la Sala no puede fiarlo todo a la excelente memoria de que hacen gala, y no estará de más recordar las prevenciones con el Código Civil miraba la prueba testifical que no por derogadas dejan de ser unas admoniciones muy pertinentes. Puede alegar el denunciado la carencia de otros medios de prueba, pero sólo a él es imputable semejante situación al haber emprendido una obra ilegal y clandestina, entendiéndose por tal la que no se ajusta a la licencia y carece de certificado final de obra, cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación. Puestas en relación la indeterminación de la época de finalización de la obra y la fecha en que quedó cortado el plazo de prescripción, la conclusión es que ésta no ha llegado a consumarse».

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL

SUMARIO

1. BIENES LOCALES.

- A) **Prerrogativas locales: requisitos para ejercitar la potestad de deslinde.**
- B) **Prerrogativas locales: requisitos para ejercitar la potestad de recuperación de oficio.**
- C) **Otros: los estudios de detalle no conllevan un pronunciamiento sobre la titularidad de los bienes reflejados en los planos.**

2. AGUAS MARÍTIMAS.

A) **Deslinde del dominio público costero.**

- a) Su finalidad es declarar dominio público los bienes que lo son por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo.
- b) Procedimiento.
 - a') La falta de inclusión en el demanio de bienes similares a los declarados en el deslinde no justifica la exclusión de éstos.
 - b') La imposibilidad de practicar la notificación no genera indefensión cuando se ha garantizado el principio de audiencia a lo largo del procedimiento de deslinde.
 - c') El plazo para notificar el deslinde es de veinticuatro meses, siempre que se haya iniciado con posterioridad al 1 de enero de 2003.
- c) Varias cuestiones.

B) **Infracciones: construcciones no autorizadas en servidumbre de protección.**

C) **Puertos.**

- a) Competencias.
- b) Cálculo del justiprecio de un espacio expropiado para incorporarlo a la zona de servicio del puerto.
- c) Infracción muy grave: ocupación persistente del demanio portuario.

D) **Pesca marítima.**

- a) No procede anular una Orden sobre pesca modificatoria de otra previa que prescinde de la memoria económica.
- b) Infracciones.

E) **Salvamento marítimo.**

3. MINAS.

- A) **Determinación del momento en que han de cumplirse los requisitos exigidos por la normativa de minas para la licitud de las reclasificaciones por explotación de una mina, de recursos de la sección A) a recursos de la sección C).**
- B) **De acuerdo con el artículo 22 de la Ley de Minas, si dentro de un mismo perímetro existen recursos de la Sección A) y de la Sección C) susceptibles de explotación pero siendo la explotación de ambas incompatible, deberá determinarse la explotación de qué tipo de recursos resulta prevalente por su mayor vinculación con el interés general.**
- C) **Determinación de la noción de «reincidencia» en la paralización de los trabajos, al objeto de declarar la caducidad de una concesión minera por vulneración de los artículos 86.4, *in fine*, de la Ley de Minas y 109.g), *in fine*, del Reglamento de Minas.**
- D) **Los propietarios de terrenos expropiados para una explotación minera tienen derecho a ser indemnizados no sólo por el valor de los recursos reales existentes, sino también por el valor potencial de los recursos de la Sección A), susceptibles de apropiación directa por la propiedad.**
- E) **Es ilegítima la denegación de una concesión de aprovechamiento de recursos minerales si la incompatibilidad con otras zonas de explotación es sólo parcial.**

4. CARRETERAS.

- A) **La seguridad vial se erige en causa de utilidad pública para que los accesos desde los núcleos de población a carreteras con alto nivel de circulación se verifique exclusivamente a través de vías de servicio, y justifica la expropiación forzosa de terrenos para la construcción de la vía de servicio que no serían necesarios para la incorporación a la carretera si se mantuviese el acceso tradicional.**

5. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO.

- A) **Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua.**
 - a) Hecho imponible.
 - b) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación.
 - c) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa.
 - d) Imposición y ordenación.
 - e) Revisión, reclamaciones y recursos.
- B) **Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja.**
 - a) Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas.
- C) **Aguas marítimas.**
 - a) Tasas portuarias: ocupación del dominio público marítimo terrestre.
- D) **Minas.**
 - a) Canon de superficie de minas.

E) Otro dominio público: dominio público estatal.

- a) Canon por ocupación o uso especial del dominio público viario estatal.
- b) Canon por utilización de infraestructuras ferroviarias.

F) Otro dominio público: dominio público local.

- a) Tasas por utilización del dominio público local en general.
- b) Tasas por utilización del dominio público local al 1,5% del volumen de ingresos.
- c) La cuestión de los operadores de telefonía móvil.

G) Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

- a) Centros de enseñanza.

1. BIENES LOCALES

A) Prerrogativas locales: requisitos para ejercitar la potestad de deslinde

La STSJ de Navarra 666/2009, de 12 de noviembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, se pronuncia sobre los requisitos para ejercitar la potestad de deslinde y, en particular, sobre el requisito de la posesión previa de la finca que se persigue deslindar y su justificación en la memoria de deslinde.

En concreto, en la Sentencia citada se dice que los artículos 47 y 48 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Navarra de 1990 señalan respectivamente que «las Entidades Locales deben realizar el deslinde de los inmuebles de su patrimonio cuyos límites aparezcan imprecisos o sobre los que existan indicios de indebida ocupación» y «... el deslinde consistirá en practicar las operaciones técnicas de comprobación y, en su caso, de rectificación de situaciones jurídicas plenamente acreditadas...». En el presente caso no nos encontramos ante una situación jurídica que acredite plenamente la titularidad de la Entidad Local o la condición de bien comunal de la porción de terreno que se ha declarado de titularidad pública en virtud del deslinde.

De hecho, sigue diciendo la Sentencia comentada, no aparece en la memoria justificativa del inicio del procedimiento administrativo una declaración o clasificación jurídica dictada por sujeto competente en Derecho que determine la condición jurídica de la zona deslindada; ni siquiera alberga sustantividad propia la zona deslindada, en cuanto la única referencia de su existencia actual es la mención de las inscripciones registrales de otras parcelas del contorno de que ellas lindan con terreno comunal. No hay parcela, no hay título demanial o patrimonial del Ayuntamiento y en la memoria justificativa lo que se dice es que en fotografías de 1929 se puede ver por allí una porción de terreno que es comunal, insistiendo que las reseñas catastrales de los años 40 incurrían en errores (que ni fueron corregidos ni se impugnaron) habiéndose arrastrado a lo largo de los años 80. Ello impide apreciar que concurren los presupuestos esenciales para la iniciación de este tipo de procedimientos.

Por otro lado, continúa afirmando la Sentencia comentada, la Sala ha tenido ocasión de conocer de otros recursos planteados respecto supuestos análogos al presente, forman-

do doctrina indubitada. Así, debemos recordar la Sentencia de fecha 14 de enero de 2002, recurso 69/2000, ponente Ilmo. Sr. D. Felipe Fresneda Plaza, en la cual se declara cómo es habilitante en todo caso para el ejercicio de la potestad de deslinde la existencia por parte del ente titular del bien de una situación posesoria de hecho sobre el inmueble a delimitar. Tal situación fáctica es el presupuesto de hecho necesario para el ejercicio de la potestad administrativa, de tal forma que si no concurre el mismo, el resultado del deslinde será nulo por aplicación indebida de la potestad administrativa, pues el ordenamiento jurídico sólo habilita a la Administración para dicho ejercicio cuando efectivamente concurre el expresado presupuesto. En definitiva, ya *ab initio* puede expresarse que para el ejercicio de la potestad de deslinde se requerirá en todo caso la concurrencia del presupuesto de hecho que habilita para el ejercicio de la potestad ejercitada.

Finalmente, en la Sentencia comentada, también se cita la Sentencia de 7 de marzo de 1998, recurso 257/1994, ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio Merino Zalba, que en proceso de idéntico objeto al presente se declaró que la titularidad de un derecho de propiedad sobre una finca inscrita en el Registro de la Propiedad goza de la protección que el mismo ofrece y, si se goza pacíficamente del terreno que hoy se reputa comunal y objeto de deslinde por la Administración, debió la demandada respetar la situación jurídica consolidada en favor de la parte actora y acudir al procedimiento declarativo ordinario de la jurisdicción civil, pues el procedimiento de deslinde es a todas luces inapropiado.

B) Prerrogativas locales: requisitos para ejercitar la potestad de recuperación de oficio

La **STSJ de Castilla y León 322/2010, de 7 de mayo**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, se pronuncia sobre los requisitos para ejercitar la potestad de recuperación de oficio. En el caso debatido un vecino había solicitado al Ayuntamiento que ejercitara dicha potestad y el Ayuntamiento desestimó la petición, al entender que no existía prueba sobre la pertenencia del bien al Municipio. El interés de esta Sentencia radica en la relativización del valor de pruebas aisladas que tienen una antigüedad considerable y que no son acompañadas de otros documentos posteriores hasta la actualidad realizado por el Tribunal.

En concreto, la Sentencia parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las condiciones para ejercitar la potestad de recuperación de oficio. Jurisprudencia que se ha expuesto en números anteriores de esta Revista. Y partiendo de esa jurisprudencia la Sala considera que no procede iniciar el expediente de recuperación de oficio de la franja de terreno que el actor considera bien de dominio público, y ello por considerar dicho Ayuntamiento con base en los documentos obrantes en el expediente y con base en el informe emitido por la Sra. Secretaria de la Corporación de que no ha encontrado en los archivos e inventarios del Ayuntamiento evidencias documentales de que ese terreno sea del Ayuntamiento.

En todo caso considera la Sala a la vista de todos los documentos obrantes en autos y de la totalidad de la prueba practicada que la denegación de iniciar dicho expediente es plenamente ajustada a derecho y ello por cuanto que en el presente caso no concurren los requisitos exigidos para poder tramitar referido expediente toda vez que no existe prueba mínima suficiente que acredite la demanialidad de la franja de terreno, tampoco existe prueba de una posesión pública anterior de dicha franja de terreno como lo corrobora que esa porción lleve ocupada en torno a unos 50 años por el citado almacén, ocupación que se verifica a vista,

ciencia y paciencia de las numerosas corporaciones locales que se han venido sucediendo, de todos los vecinos y lo que es peor a vista del propio recurrente en su condición de vecino sin que nadie durante todo este tiempo dijera nada a cerca de esa presunta demanialidad, y porque tampoco existe prueba mínima de la existencia de una usurpación reciente de dicha franja al uso público; y la Sala considera que no sólo no se acreditan mínima o indiciariamente dichos extremos exigidos para poder incoar, tramitar y resolver un expediente como el reclamado en autos por la parte actora, sino que además la documentación catastral aportada, los planos de las Normas Subsidiarias de Planeamiento, la escritura de compraventa referida a dicho terreno y su inscripción registral mediante inmatriculación desde el año 1991, tras su previa exposición al público mediante edictos en el propio Ayuntamiento, acreditan (y así lo valora esta Sala a título meramente prejudicial) que esa franja de terreno que ocupa el almacén anejo a la vivienda es poseída, usada y ocupada por su propietario.

Así, sigue diciendo la Sentencia comentada, la única prueba objetiva de la actora para pretender acreditar que esa franja de terreno de 32 m² ocupada por el citado almacén construido de forma aneja a la vivienda era vía pública, es a la información documental procedente del Archivo Histórico Provincial de 1928 (Registro Fiscal de 1928 y Declaración de 1954). Sin embargo, considera la Sala que el resultado de esta información no es suficiente para poder presumir la demanialidad de la franja de terreno, y ello por lo siguiente: primero, porque como informa la Sra. Secretaria del Ayuntamiento no existe seguridad de la correspondencia de superficies; segundo, porque ese Registro Fiscal de 1928 y su grafía no se corresponde con los posteriores Registros Fiscales, con los planos catastrales posteriores, tampoco con los planos de las Normas Subsidiarias de Planeamiento ni con la escritura de compraventa ni su inscripción registral, y tercero, porque tampoco los archivos y datos existentes en el propio Ayuntamiento acreditan que dicha franja sea un bien de dominio público, tal y como así lo dictamina en el expediente administrativo la Sra. del Ayuntamiento. Por otro lado, no es cierto que los informes emitidos por los arquitectos corroboren el criterio que sustenta la parte actora, toda vez que ambos técnicos en sendos informes se limitan a dictaminar al respecto que la construcción auxiliar o almacén se hizo con posterioridad a la vivienda, pero no dictaminan ni tampoco dan a entender que dicho anejo se levantara sobre terreno de dominio público; ahora bien, lo que sí resulta evidente de las fotografías incorporadas a sendos expedientes es que el almacén situado como anejo a la vivienda ha sido construido hace muchos años, tantos casi como la vivienda anexa.

Por el contrario, existen otras muchas pruebas y documentos que ponen de manifiesto y acreditan que la franja de terreno ocupada por ese almacén no es calle ni por tanto un bien de dominio público; y los medios de prueba que excluyen esa demanialidad son los siguientes: los planos catastrales desde el año 1958 hasta la actualidad reflejan gráficamente que junto a la vivienda existe una edificación anexa en su lindero norte y que ambos elementos conforman esa parcela como una unidad de suelo urbano y con la forma con la que aparecen en dichos planos, los planos del Avance del Plan General Municipal de Ordenación del año 1976, los planos de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de 1995 y el Plano Parcelario del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 1980; que además la planimetría de dichos planos se corresponde con la escritura de compraventa de dicha parcela en el año 1991, inscrita mediante inmatriculación en el Registro de la Propiedad el mismo año; y que tampoco aparece dicha franja de terreno como calle o bien de dominio público en los archivos e inventarios del Ayuntamiento como así lo dictamina la Sra. Secretaria de referi-

do Ayuntamiento. Pero además de contar con dichos documentos y su resultado, tampoco podemos obviar que la edificación, en la forma que tiene en la actualidad (vivienda más almacén), lleva así muchos años, sin que durante todo este tiempo nadie, ni el Ayuntamiento, ni el actor, ni otros vecinos hayan manifestado disconformidad ninguna con la existencia de una presunta invasión de zona de dominio público, y ello pese a que además de la publicidad notoria que supone dicha edificación también se dio publicidad a los planos de las Normas Subsidiarias de Planeamiento en las que se reseñaba que ese terreno no era de dominio público y sí parte de la finca núm. 7, así como al edicto en virtud del cual se inmatricula en el Registro de la Propiedad la compraventa efectuada en el año 1991 de mencionada vivienda; el consentimiento de autoridades, vecinos y del propio actor al resultado de tales documentos y actuaciones revela que no existe una mínima prueba que indique que la franja de terreno que pretende el actor que se recupere sea o haya sido un bien de dominio público. Por otro lado, considera la Sala que el resultado de tales documentos no resulta desvirtuado por el contenido de las manifestaciones prestadas por los testigos, no sólo por la imprecisión de tales testimonios sino también por la indudable subjetividad que concurre en este tipo de pruebas y más aun cuando se trata de cuestiones que enfrentan a vecinos de una población de pequeñas dimensiones; considera por ello la Sala que la prueba testifical no puede ser tenida en cuenta por cuanto que carece de la objetividad e imparcialidad necesarias.

C) Otros: los estudios de detalle no conllevan un pronunciamiento sobre la titularidad de los bienes reflejados en los planos

La STSJ de Castilla y León 322/2010, de 7 de mayo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, afirma que la Sala con reiteración ha venido pronunciando que los estudios de detalle ni otorgan ni quitan propiedades, que en ellos no se hacen pronunciamientos ni se resuelven sobre propiedades y titularidades ya que no es ésta la finalidad que les otorga la Ley en el artículo 45 de la Ley urbanística de Castilla y León; quiere ello decir por tanto que tras la aprobación del correspondiente estudio de detalle los presuntos derechos de propiedad que las partes pudieran ostentar respecto de la parcela o parcelas afectadas por el ámbito de dicho estudio de detalle quedan intactos, como también quedan intactos los derechos que asisten a las partes para reclamar la titularidad de dichas propiedades en el correspondiente procedimiento civil, toda vez que no corresponde al Ayuntamiento y tampoco a esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa declarar propiedades. La Sentencia, a continuación, también considera que no cabe con fundamento en dicho estudio de detalle el ejercicio de la prerrogativa de recuperación de oficio de los posibles bienes públicos reflejados en el estudio de detalle.

2. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde del dominio público costero

a) *Su finalidad es declarar dominio público los bienes que lo son por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo*

De nuevo se da cuenta de pronunciamientos que constatan el carácter demanial de los bienes costeros que, por naturaleza, se acomodan a las consiguientes determinaciones

normativas al efecto. Y ello con independencia de sus características urbanísticas y de su incorporación al proceso urbanizador, que en ningún caso alteran dicha naturaleza (**STS de 24 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso 2390/2006, FJ 2.º; **SSAN de 28 de mayo y 10 de junio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos 286/2008, FJ 6.º y 223/2008).

Así sucede con los terrenos deslindados como dominio público que por cualquier circunstancia han perdido sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre, no han sido desafectados y, además, siguen conservando en parte sus características inundables [**STS de 21 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso 2843/2006; **SSAN de 28 de mayo de 2010 (dos)**, Sala de lo Contencioso, recursos 600/2007 y 286/2008, FFJJ 4.º y 5.º], y con las playas (**SSTS de 24 y 31 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso, recursos 2390/2006, FJ 3.º y 1945/2006, FJ 4.º; **SAN de 3 de junio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso 723/2008, FFJJ 6.º y 7.º).

b) Procedimiento

- a') La falta de inclusión en el demanio de bienes similares a los declarados en el deslinde no justifica la exclusión de éstos

Y también vuelve a insistirse en que el hecho de que un deslinde no incluya entre los límites del dominio público costero terrenos con características demaniales no justifica la exclusión de éste de otros análogos, puesto que la igualdad sólo puede operar dentro de la legalidad (**STS de 31 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso 1945/2006, FJ 4.º).

- b') La imposibilidad de practicar la notificación no genera indefensión cuando se ha garantizado el principio de audiencia a lo largo del procedimiento de deslinde

Por su parte, la **STS de 31 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 1945/2006), entiende que la falta de notificación del acuerdo de incoación del expediente de deslinde y de citación para el acto de apeo, cuando consta de forma suficiente su intento, no genera indefensión al interesado. Menos cuando, cumpliendo suficientemente la exigencia del artículo 12.2 de la Ley de Costas, los principios de audiencia y defensa fueron garantizados durante todo el procedimiento, pudiendo alegar a lo largo del mismo lo que estimó procedente (FJ 3.º).

- c') El plazo para notificar el deslinde es de veinticuatro meses, siempre que se haya iniciado con posterioridad al 1 de enero de 2003

Como es sabido, el tenor reformado del artículo 12.1 de la Ley de Costas establece que el plazo para resolver y notificar los procedimientos de deslinde iniciados con posterioridad al 1 de enero de 2003 es de veinticuatro meses, que empezarán a computar desde la fecha del acuerdo de iniciación. Este plazo se excedió en el supuesto que analiza la **SAN de 20 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 584/2008), por lo que se anula la orden aprobatoria del deslinde al apreciarse su caducidad.

c) Varias cuestiones

Finalmente, se menciona la **SAN de 3 de junio de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 723/2008), que, sin acoger ningún razonamiento novedoso, supone un buen compendio de doctrinas muy asentadas en relación con el deslinde de costas.

Recuerda así la inaplicación a los procedimientos de deslinde iniciados antes del 1 de enero de 2003 del plazo supletorio de 3 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 para dictar resolución (como ocurría antes de la reforma de la Ley de Costas en 2002), ya que se trata de unos procedimientos iniciados de oficio que no pueden calificarse de limitadores o restrictivos de derechos.

De la misma manera insiste en el rechazo a considerar una modificación de deslinde como revisión de oficio de los propios actos llevada a cabo por la Administración costera (lo que, de paso, impide aplicar al procedimiento los plazos de la revisión de oficio), pues no se trata de atacar unos actos contrarios al ordenamiento jurídico sino de constatar y declarar la existencia de una situación real. Significa esto que 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 aquéllos resultan incorrectos, incompletos o inexactos.

También reitera que la falta de práctica de un nuevo acto de apeo tras la modificación de la delimitación provisional no determina la nulidad del procedimiento de deslinde, siendo el mismo artículo 12 de la Ley de Costas, en relación con el 25 del Reglamento que la desarrolla, el que ordena la apertura de un nuevo período de información pública y de audiencia a los propietarios colindantes afectados sólo cuando el proyecto de deslinde modifique sustancialmente la delimitación provisional efectuada. En ningún momento se establece la obligación de practicar un nuevo apeo.

B) Infracciones: construcciones no autorizadas en servidumbre de protección

De acuerdo con el artículo 91.2.e) de la Ley de Costas, la realización de construcciones no autorizadas en la zona de servidumbre de protección constituye una infracción grave, que lleva anudada la correspondiente sanción y la obligación adicional no sancionadora de reponer las cosas a su primitivo estado (**STS de 7 de junio de 2010**, Sala de lo Contencioso, recurso 510/2008).

C) Puertos

a) Competencias

La competencia invocada por un Ayuntamiento para diseñar, establecer y ejecutar la construcción de un puerto deportivo en su término municipal utilizando como soporte jurídico un Plan Especial es taxativamente rechazada por el TS en su **STS de 21 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 2463/2006). Igualmente lo es la «convalidación» de estas actuaciones por la Comunidad Autónoma con ocasión de la aprobación definitiva de un

Plan Especial de urbanismo. En efecto, no puede olvidarse que los puertos de refugio y deportivos son una materia en la que las Comunidades Autónomas han asumido estatutariamente competencias *ex* artículo 148.1.6 CE. Y en el caso de Canarias, además, en ejercicio de esa competencia, se ha aprobado una Ley específica de necesaria aplicación cuando se trata de acometer una obra de estas características; Ley que, desde luego, no reconoce dichas atribuciones a los Ayuntamientos sino a la Comunidad Autónoma. A ello hay que sumar que un instrumento de ordenación, en general, y un Plan Especial, en particular, no pueden servir de basamento normativo a tales actuaciones, sin negarse que, una vez realizadas, el Ayuntamiento pueda proceder a la ordenación urbanística de este espacio, lo que no se le niega. Pero siempre *a posteriori*, siendo como es la Administración autonómica la competente para tal ejecución, en aplicación de las normas sectoriales correspondientes.

Por lo que respecta a la convalidación pretendida, el TS recuerda que ni es ésta una técnica aplicable a las normas reglamentarias —lo que es un Plan Especial— ni cabe ante un vicio de nulidad —lo que ocurre a las disposiciones de carácter general que, como es el caso, vulneran normas de rango superior—.

b) *Cálculo del justiprecio de un espacio expropiado para incorporarlo a la zona de servicio del puerto*

La **STS de 1 de junio de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 3873/2006), resuelve el recurso de casación presentado frente a la Sentencia de un TSJ que, a su vez, resolvió el recurso interpuesto frente al Acuerdo de un Jurado Provincial de Expropiación por el que se fijaba el justiprecio de una finca expropiada por la Autoridad Portuaria para su incorporación a la zona de servicios del puerto. Son varias e interesantes las cuestiones sobre las que se pronuncia la Sala en esta oportunidad.

Así, en primer lugar, rechaza que el reconocimiento por el Director de la Autoridad Portuaria de un determinado valor económico a los terrenos —con meros efectos estimatorios para proceder a la delimitación de la zona de servicio del puerto, de acuerdo con lo dispuesto en el hoy derogado artículo 15 LPMM— comporte efectos vinculantes para la determinación del justiprecio, menos aun cuando se produce en un procedimiento distinto, con objeto formal y sustantivamente diferente. Por esa razón, una estimación más baja por el Jurado Provincial de Expropiación no puede traducirse en enriquecimiento injusto con aquel argumento, ni supone conculcación del principio que impide a la Administración ir contra sus propios actos.

Igualmente recuerda que la atribución a aquéllos de uso residencial con determinada edificabilidad en un previo PGOU que no llegó a tener efectividad no puede tomarse en consideración a efectos de la valoración de dichos terrenos que, además, fueron inmediatamente incorporados a los espacios portuarios por el Plan de Utilización del Puerto, seguidos de la consiguiente calificación urbanística en el PGOU del Municipio como sistema general portuario (artículo 18.1 LPMM). De esta manera, resulta justificada la deducción del 10% del aprovechamiento acordada por aquel Jurado en la consideración de que los terrenos expropiados eran suelo urbano no consolidado, aplicando los artículos 28.1 —el valor del suelo urbano sin urbanización consolidada se determinará por aplicación al aprovechamiento resultante del correspondiente ámbito de gestión en que esté incluido del valor básico de repercusión más específico recogido en las ponencias de valores catastra-

les para el terreno concreto a valorar— y 14.2.c) de la hoy derogada Ley 6/1998, sobre régimen del suelo y valoraciones —los propietarios de este tipo de suelo deberán ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al 10% del aprovechamiento del correspondiente ámbito—. Eso no impide, no obstante, que, en aplicación de los artículos 56 y 57 LEF, deban abonarse al recurrente expropiado los intereses legales que corresponden por demora.

Finalmente, niega la pretensión de la autoridad portuaria de deducir de la cuantía del justiprecio establecida por el Jurado Provincial el valor de ciertas construcciones derribadas. Como determina el Tribunal, en la fijación de este justiprecio ya se incluyen las deducciones correspondientes por gastos y beneficios del urbanizador, costes de urbanización e incluso coste de demolición, sin que el invocado artículo 30 de la Ley 6/1998 («del valor total del suelo urbano determinado por aplicación al aprovechamiento correspondiente de valores de repercusión se deducirán, cuando proceda, los costes de urbanización precisa y no ejecutada, y los de su financiación, gestión y, en su caso, promoción, así como los de las indemnizaciones procedentes, según las normas o determinaciones de este carácter contenidas en el planeamiento o en el proyecto de obras correspondiente o, en su defecto, los costes necesarios para que el terreno correspondiente alcance la condición de solar...») resulte aplicable en este caso. No se ha producido ninguna indemnización en tal concepto, al margen del justiprecio debido por las construcciones expropiadas a su propietario, que han de valorarse en los términos establecidos en el artículo 31 de la misma Ley, atendiendo al sacrificio patrimonial que conlleva para quien la soporta y no por referencia al beneficio que supone la expropiación para la beneficiaria, lo que ocurriría de estimarse dicha pretensión.

c) Infracción muy grave: ocupación persistente del demanio portuario

Constituye una infracción muy grave la realización, sin el debido título administrativo, de cualquier tipo de obras o instalaciones en el ámbito portuario, siempre que se hubiese desatendido el requerimiento expreso de la Autoridad Portuaria para la cesación de la conducta abusiva o que, habiéndose notificado la incoación de expediente sancionador, se hubiese persistido en tal conducta. Esto sucede en el supuesto sobre el que se pronuncia la **SAN de 17 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 34/2009).

D) Pesca marítima

a) No procede anular una Orden sobre pesca modificatoria de otra previa que prescinde de la memoria económica

En la última crónica sobre aguas marítimas publicada en esta Revista se daba cuenta de la anulación de la Orden MARM 1244/2008, por la que se regulaba la pesquería de atún rojo en el Atlántico Oriental y Mediterráneo (SAN de 18 de febrero de 2010, Sala de lo Contencioso, recurso 365/2008). Las razones de esta anulación estribaban en el incumplimiento de las exigencias impuestas por el artículo 24 de la Ley del Gobierno para la elaboración de Reglamentos; en concreto, en lo que respecta a la memoria económica estimatoria del coste a que dará lugar la norma y al informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en ella; elementos ambos que no fueron aportados en el pro-

cedimiento de elaboración de la Orden. Pues bien, en el mismo orden de cosas, si bien ya con escasa eficacia, la **SAN de 20 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 475/2009), confirma la validez de la Orden 956/2009, de modificación de la norma ya anulada, entendiéndolo, ante análogos reproches, que la memoria económica y justificativa no era necesaria en este segundo texto ya que, por tratarse de una Orden modificatoria de otra anterior en aspectos muy puntuales, sólo exigía justificación precisa de ellos.

b) Infracciones

El artículo 96.2.d) de la Ley 3/2001, de Pesca Marítima del Estado, tipifica como infracción grave «la captura y tenencia, antes de su primera venta, de especies no autorizadas o de las que se hubieran agotado los totales admisibles de capturas o cuotas». Concretando esta prohibición —y cumplimentando a la vez la obligación general de conservar los recursos pesqueros, entre otras maneras, mediante la fijación de las condiciones de empleo de las artes de pesca—, la Orden de 5 de marzo de 2004 prohíbe la captura de determinadas especies con artes de cerco en el Caladero Nacional del Mediterráneo. Ésta es precisamente la conducta imputable al recurrente que, de tal manera, se encuadra perfectamente en el tipo apreciado. Se rechazan las invocaciones a la falta de culpabilidad, pues la alegada confusión entre la especie capturada y otra permitida queda desvirtuada tras la prueba practicada (**STSJ de Murcia de 7 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso 117/2006).

Por su parte, la **SAN de 3 de junio de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 344/2009), recuerda que la imposibilidad de comercializar capturas decomisadas durante el tiempo en que se sustanciaba el recurso de alzada contra la resolución sancionadora impuesta por su carácter antirreglamentario no es una consecuencia accesoria de la sanción, ni tiene origen en ella. Se trata de una prohibición autónoma derivada de lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 3/2001, de Pesca Marítima del Estado («quedan prohibidas las operaciones de comercialización de productos de la pesca y del marisqueo de cualquier origen o procedencia, cuya talla o peso sea inferior al reglamentario de cada modalidad...»). Por esa razón, no atiende la demanda de responsabilidad patrimonial a la Administración realizada por el recurrente, al no tener el daño carácter antijurídico. Nunca hubiese podido procederse a su venta, hubiese existido o no sanción.

E) Salvamento marítimo

También la **SAN de 24 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso (recurso 1418/2007), ratifica la desestimación de una reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración de costas, en este caso, en relación con una operación de salvamento marítimo que resultó parcialmente infructuosa. Como argumenta la Sala, la respuesta a la demanda debe venir dada no por el éxito final de la operación sino por la concurrencia en las actuaciones de salvamento de los requisitos que determinan la existencia de dicha responsabilidad. En este caso, siendo efectivos los daños (muerte del patrón y hundimiento de la nave), no se aprecia relación de causalidad entre ellos y la labor desarrollada por la Administración. El número, tipología e intensidad de las acciones desarrolladas descarta la culpa o negligencia de Salvamento Marítimo, siendo en definitiva las condiciones meteorológicas y el estado de la mar las que determinaron el desenlace de la operación. No es posible exigir al Estado

que estos servicios tengan siempre éxito, sin que quepa exigir al personal que participa riesgo para sus vidas.

3. MINAS

A) Determinación del momento en que han de cumplirse los requisitos exigidos por la normativa de minas para la licitud de las reclasificaciones por explotación de una mina, de recursos de la Sección A) a recursos de la Sección C)

La **STS de 9 de junio de 2010** (recurso 4197/2007), examina algunos de los requisitos exigidos por la normativa de minas para la licitud de las reclasificaciones por explotación de una mina, de recursos de la Sección A) a recursos de la Sección C). En particular, qué año ha de tomarse como período de referencia para la evaluación de la concurrencia de los criterios de clasificación del recurso minero.

El artículo 1 del Real Decreto 107/1995, de 27 de enero, no contiene normas específicas que se refieran al momento en el que han de cumplirse los requisitos exigibles; se limita a precisar que los yacimientos minerales y demás recursos geológicos han de clasificarse como recursos de la Sección A) si se dan las condiciones objetivas en él expresadas. Concretamente, por lo que respecta a las previstas en la letra b) del artículo 1, sobre las que giró gran parte del debate procesal, se clasificarán como tales los recursos que reúnan conjuntamente las siguientes condiciones: que el valor anual en venta de sus productos no alcance una cantidad superior a 100.000.000 de pesetas, que el número de obreros empleados en la explotación no exceda de 10 y que su comercialización directa no exceda de 60 kilómetros a los límites del término municipal donde se sitúe la explotación.

Es lógico que el cumplimiento de dichas condiciones se exija precisamente en el momento en que se pide a la Administración su clasificación (o desclasificación, en este caso) y es igualmente lógico que la apreciación se refiera al año inmediato anterior a la solicitud. Razones por las que, sin duda, la propia solicitante de la cantera adjuntó a su petición los informes económicos correspondientes a los ejercicios 2000 y 2001. Téngase en cuenta que ha de fijarse el «valor anual» en venta de los productos y tanto para ello como para verificar las otras dos condiciones resulta necesario contar con datos estables sobre la producción, el empleo y el tratamiento y destino del mineral durante un cierto período significativo, que razonablemente coincide con el ejercicio precedente. La evaluación no podrá prescindir del análisis del plan de labores del último año y el control o seguimiento de la extracción durante dicho período permite apreciar debidamente si aquellos datos corresponden, en efecto, a lo que debe reputarse como normal actividad de la explotación.

B) De acuerdo con el artículo 22 de la Ley de Minas, si dentro de un mismo perímetro existen recursos de la Sección A) y de la Sección C) susceptibles de explotación pero siendo la explotación de ambas incompatible, deberá determinarse la explotación de qué tipo de recursos resulta prevalente por su mayor vinculación con el interés general

En su **STS de 9 de junio de 2010** (recurso 4275/2007), el Tribunal Supremo decide la incompatibilidad entre una autorización para la explotación de recursos de la Sección A)

y una concesión para la explotación de recursos de la Sección C), cuando ambos títulos recaen sobre el mismo tipo de recursos.

Según la Sala, la prevalencia de la concesión sobre la autorización en estas circunstancias debe resolverse al amparo del artículo 22 de la Ley de Minas en función del tipo de recursos que resulten prevalentes. En el caso de autos la prevalencia corresponde a los recursos de la Sección C), pues se aprecia que la decisión contraria favorecería el minifundismo, haría que no fuera racional la explotación del recurso y supondría una mayor afección al medio ambiente.

La declaración de prevalencia de la concesión sobre la autorización solicitada por el demandante era consecutiva a la de incompatibilidad derivada de que el recurso de la Sección C) para el que se había otorgado esta última era milonita, recurso coincidente con el de la Sección A) solicitado por el recurrente, para su propia autorización de aprovechamiento. Tratándose de la explotación de un mismo recurso mineral —aun cuando estuviera clasificado en diferentes secciones de la Ley de Minas, en virtud de las condiciones económicas de uno y otro título— la atribución de la autorización implicaría la simultánea merma de reservas en la concesión. El artículo 82 del Reglamento General para el Régimen de la Minería dispone que sobre un mismo terreno no cabe otorgar más que una sola concesión de explotación minera de recursos de la Sección C). Aun cuando en el caso de autos lo solicitado era una autorización de aprovechamiento de recursos de la Sección A), en realidad se trataba de los mismos minerales afectados a la concesión lo que necesariamente interferiría en las reservas de material atribuidas a la titular de la concesión.

Asimismo, la Sala declara que no cabe fundar la prevalencia de la autorización en un criterio de prioridad temporal si en su momento no recurrió la nulidad de la resolución de concesión ulterior.

C) Determinación de la noción de «reincidencia» en la paralización de los trabajos, al objeto de declarar la caducidad de una concesión minera por vulneración de los artículos 86.4, *in fine*, de la Ley de Minas y 109.g), *in fine*, del Reglamento de Minas

La **STS de 12 de abril de 2010** (recurso 3564/2007), estudia la caducidad de concesión minera por vulneración de lo dispuesto en los artículos 86.4, *in fine*, de la Ley de Minas y 109.g), *in fine*, del Reglamento de Minas. En particular, determina qué se entiende por «reincidencia» en la paralización de los trabajos.

Recordemos que, conforme a los preceptos citados, las concesiones de explotación de los recursos de la Sección C) caducarán cuando, habiéndose paralizado los trabajos sin autorización previa de la Delegación Provincial o de la Dirección General de Minas correspondiente, según proceda, no se reanuden dentro del plazo de seis meses a contar del oportuno requerimiento. Si bien, en los casos de reincidencia en la paralización no autorizada de los trabajos, la caducidad podrá decretarse sin necesidad de requerimiento previo.

El análisis de la Sala se centra en el concepto de «reincidencia» en materia de caducidad de las concesiones. Niega taxativamente que la aplicación de la reincidencia exija dos o más declaraciones previas por parte de la autoridad minera en las que se concrete en cada una de ellas una conducta del administrado no conforme con el ordenamiento jurídico. La

reincidencia a que se refiere el Reglamento, no es la que resulta apreciable en razón de haber incurrido el interesado con anterioridad en requerimientos por la paralización de las labores, sino la reincidencia en la inactividad en cuanto constituiría un plus en el incumplimiento de las condiciones determinantes de la autorización.

Sumariamente, un supuesto de abandono y falta de explotación de la concesión minera constituye una infracción de la obligación esencial de toda concesión de dominio público: el uso y disfrute del derecho concedido, puesto que a través de ella se tiende a asegurar la continuidad en la realización de las labores extractivas o en los planes de labores conforme a la Exposición de Motivos de la Ley de Minas de 21 de julio de 1973 y la doctrina legal que la ha interpretado y aplicado.

En la solución plasmada en la Sentencia ahora seleccionada han dejado su influencia dos pronunciamientos anteriores del TS. En concreto, una de 27 de mayo de 1984 y otra de 30 de junio de 1988.

En la primera resolución se declaraba que la obligación de utilizar la concesión deriva de su propia finalidad de interés público al que sirve y legitima su otorgamiento, y en la segunda se insiste en que toda concesión minera conlleva una naturaleza funcional dirigida a un fin de relación con el interés público que subyace en toda utilización demanial, o dicho de otro modo, esta clase de concesiones administrativas se otorgan para que el concesionario utilice el bien de dominio público conforme a su destino, en función al fin que con ella se propuso cuando la solicitud, no para mantenerla en situación de total abandono, impidiendo con su inactividad no sólo la explotación de aquél, sino que otra persona pueda utilizarlo conforme a su destino normal, pues ello sería desconocer la función social de los bienes de tal naturaleza y el interés social que toda concesión minera comporta.

D) Los propietarios de terrenos expropiados para una explotación minera tienen derecho a ser indemnizados no sólo por el valor de los recursos reales existentes, sino también por el valor potencial de los recursos de la Sección A), susceptibles de apropiación directa por la propiedad

La STS de 14 de mayo de 2010 (recurso 4686/2006), insiste sobre el derecho que se reconoce a los propietarios de terrenos expropiados para una explotación minera a ser indemnizados no sólo por el valor de los recursos reales, sino también por el valor potencial de los recursos de la Sección A), susceptibles de apropiación directa por la propiedad, aplicando al efecto un porcentaje de entre el 10 y el 30% de los beneficios netos de la explotación en función de las circunstancias del caso. Este pronunciamiento está en la línea de otros anteriores, como los recogidos en las también Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril y 23 de mayo de 2003, de 23 de marzo de 2002, de 10 de marzo de 2000, de 20 de octubre de 1999, o de 7 de abril de 1998, entre otras.

En tal sentido, como ya había señalado el TS en su Sentencia de 20 de octubre de 1999: «el aprovechamiento de recursos del grupo A) corresponderá al propietario del terreno salvo que el Estado, cumpliendo lo prevenido en los artículos 20 y 21 de la Ley de Minas, entre otros requisitos la renuncia del propietario expresa o tácita, decida aprovechar por sí mismo dichos recursos, sin perjuicio claro está de sus facultades expropiatorias. De lo anterior resulta que el propietario de los terrenos tiene derecho a llevar a cabo la explotación,

no una mera expectativa, derecho del que no puede ser privado si no es en el caso y con los requisitos del artículo 20 y concordantes de la Ley de Minas».

Esa misma sentencia precisa, en cuanto a la determinación del justiprecio en estos casos, que la Jurisprudencia de esta Sala viene estableciendo unas valoraciones que oscilan entre el 30% y el 10% del valor potencial de los beneficios netos de la explotación, en función de las circunstancias del caso (por todas Sentencia de 17 de junio de 1981), ello porque como acertadamente señala la Sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 1986 resulta erróneo sumar el valor del derecho a la explotación con el valor del suelo en su estado natural, pues el valor real resultaría distorsionado si se acumulan ambos valores, ya que la explotación simultánea en el tiempo de los aprovechamientos minero y agrícola es incompatible.

Resta indicar que la circunstancia de que esa expectativa de explotación minera hubiera sido cedida a tercero, obviamente, no puede erigirse en obstáculo para el acogimiento del motivo. Ahora bien, el cesionario está obligado a acreditar la realidad de la cesión. La inscripción de su título en un Registro público es un elemento probatorio de máximo nivel, incluso aunque dicha inscripción careciese de valor constitutivo. En el caso, el demandante dice ser arrendatario de explotación de áridos y gravas sobre la finca expropiada y aduce su derecho a la indemnización por el valor de los recursos reales y potenciales existentes en la finca arrendada. La Sala desestima su recurso por falta de acreditación de su condición de arrendatario.

E) Es ilegítima la denegación de una concesión de aprovechamiento de recursos minerales si la incompatibilidad con otras zonas de explotación es sólo parcial

En la **STS de 5 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso 4008/2007), se resuelve un recurso de casación interpuesto por la Xunta de Galicia contra la Sentencia de 12 de junio de 2007 del TSJ de Galicia, por la que se estimaba un anterior recurso de Ingemarga, S.A. contra la resolución del Director General de Industria, Energía y Minas de la Xunta de Galicia de 21 de julio de 2003 y su confirmación en alzada por el Consejero de Innovación, Industria y comercio el 15 de abril de 2004, resoluciones que habían denegado una solicitud de concesión de explotación minera en «Los Caballos» (Lugo).

La Sentencia de instancia declaró la nulidad de las citadas resoluciones, acordando por tanto el otorgamiento de la concesión.

La Xunta de Galicia formuló recurso de casación contra dicha sentencia fundamentándose en dos motivos: a) vulneración del artículo 88.1.c) en relación con los artículos 71.2 y 33 LJCA, por haber incurrido en incongruencia por exceso y haber otorgado más de lo que la parte había pedido. Y b) infracción de los artículos 22 de la Ley de Minas (Ley 22/1973, de 21 de julio) y 29 del Reglamento General para el Régimen de la Minería (RD 2857/1978, de 25 de agosto), por otorgar indebidamente la concesión anteriormente denegada (FJ 1.º).

Sobre el primer motivo, el de incongruencia por exceso, el TS indica que la parte actora solicitó el otorgamiento de la concesión y que el Tribunal no fue más lejos, sino todo lo contrario, al excluir de la concesión aquellos terrenos en los que se daba solapamiento con otras explotaciones (FJ 2.º).

Respecto al segundo motivo, relativo al otorgamiento de la concesión de explotación, la recurrente alega que ésta estaba correctamente denegada al existir un solapamiento de explotaciones, siendo preferentes las autorizaciones de explotación de la Sección A) (Homar y Folgueirosa). El TS se limita a remitirse a la sentencia de instancia, donde se constata un error de la Administración en la valoración pericial de las dimensiones de dichas explotaciones. En el período de prueba se puso de relieve que quedaban libres de explotación el 50% de las reservas en la cantera de Homar y el 100% en la de Folgueirosa. Consecuentemente, la sentencia de instancia otorgó la concesión sólo en las zonas en las que no se producía dicho solapamiento (FJ 3.º).

El TS procede a desestimar el recurso de casación y conforme al artículo 139.2 LJCA, a imponer las costas a la parte actora (FJ 4.º).

4. CARRETERAS

A) La seguridad vial se erige en causa de utilidad pública para que los accesos desde los núcleos de población a carreteras con alto nivel de circulación se verifiquen exclusivamente a través de vías de servicio, y justifica la expropiación forzosa de terrenos para la construcción de la vía de servicio que no serían necesarios para la incorporación a la carretera si se mantuviese el acceso tradicional

Las **SSTS de 25 de mayo y 16 de junio de 2010** (recursos 4655/2007 y 4611/2007), consolidan la jurisprudencia que sostiene que la seguridad vial opera como razón suficiente para que los accesos desde los núcleos de población a carreteras con alto nivel de circulación se verifiquen exclusivamente a través de vías de servicio, aunque la sustitución de los accesos tradicionales implique la intervención coactiva en la propiedad privada.

Así pues, la seguridad vial es considerada razón de utilidad pública de entidad suficiente para justificar la expropiación forzosa de los terrenos necesarios para la definición y construcción de la vía de servicio, cuando tales terrenos no serían estrictamente necesarios para la incorporación a la carretera si se mantuviese el acceso tradicional.

Ambas sentencias realizan un doble proceso de abstracción que afecta a la naturaleza de los accesos y al criterio de justificación de la expropiación forzosa.

Por una parte, las resoluciones no deciden en función a valorar la capacidad real de los caminos existentes para asumir el tráfico, sea en condiciones normales, sea en momentos de congestión. Tales datos apoyan *obiter dicta* el criterio seguido. Tampoco analizan las condiciones de los accesos actuales, el estado de la capa de rodadura, o la posibilidad de que mejoras en ellos sirviesen para alcanzar el fin pretendido por las autoridades sin mena de la propiedad privada.

Por otra, la Sala apoya sus conclusiones en la documentación técnica que integra los proyectos de obras de los que parte la necesidad de expropiación forzosa. Tales documentos no son considerados como «de parte», sino que están dotados de las garantías de objetividad y seriedad que les otorga el haber sido realizados en el marco de un procedimiento administrativo cuya legalidad se presume. Por el contrario, los dictámenes e informes presentados por los demandantes merecen a la Sala el mismo crédito que las pruebas traídas al proceso por las partes.

A ello añade la Sentencia de 25 de mayo que la eliminación de los accesos directos de los caminos tradicionales (veredas) a la carretera nacional mejora la seguridad vial, *todo lo cual acredita sobradamente la utilidad general de la reordenación*. Esta mejora beneficia asimismo a los propietarios de las fincas expropiadas —demandantes en el proceso— «lo aprecien o no».

No cabe duda, pues, que para la Sala la seguridad vial es un elemento de interés colectivo predominante. Las mejoras en la red viaria no deben ser obstaculizadas por la alegación de intereses patrimoniales legítimos, cuya defensa deberá hacerse por los titulares en el procedimiento de expropiación forzosa, pero no podrá impedirlo.

5. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO

A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua

a) *Hecho imponible*

La **SAN de 26 de marzo de 2010** (NR 280/2005), analiza la realización o no del hecho imponible en relación con el aprovechamiento obtenido por una piscifactoría, todo ello atendiendo a un estudio físico que tiene en cuenta si la obra hídrica específica beneficia o no a la actividad. Como en casos anteriores que ya había planteado esta empresa, se desestimará su pretensión.

En el caso resuelto por el **TSJ de Madrid**, mediante **Sentencia de 17 de diciembre de 2009** (NR 426/2007), se señala la imposibilidad de exigir la tarifa para usuarios de riego sobre una finca apta para urbanizar de suelo industrial.

Y en la **SAN de 3 de mayo de 2010** (NR 17/2008), se abordaba un caso en el que abundaban las diferencias sobre en qué año fue puesto en explotación el embalse por el que se exigía el canon de regulación. Dice la Sala que, aunque estaba pendiente de aprobación el programa de puesta en carga y el programa de emergencia (2003), el embalse se encontraba en funcionamiento desde años atrás (2001) y desde entonces los recurrentes obtenían aguas de él, beneficiándose de su uso, y por ello deben soportar las exacciones que se les están reclamando a partir del año siguiente de su puesta en marcha (2002).

b) *Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación*

La **SAN de 3 de mayo de 2010** (NR 17/2008), aborda importantes y variados asuntos relativos a la cuantificación de los cánones y tarifas. De una parte, se discute cuál es el beneficio estimado del Estado y que, por tanto, no se deriva sobre los usuarios (en el área de la Confederación del Ebro es un dato que suele aparecer incluso en los instrumentos aprobatorios). Contesta el Tribunal que el informe que aportan no es concluyente, pues se basa en meras estimaciones sobre los beneficios sociales que se obtienen. Tampoco está de acuerdo la actora con el porcentaje de participación en los gastos de explotación y conservación que se le imputan, introduciendo en su argumentación una diferenciación entre volumen de agua reservado y regulado que no acepta la Sala. Finalmente, muestra

su desacuerdo con la parte del coste de una obra de carretera que se integra en el canon de regulación y que, al entender de la recurrente, beneficiaba al Estado y a la comarca en general en un porcentaje mayor del que se ha empleado. Tampoco se atenderá esta petición. Con carácter más general, y como colofón de su demanda, discrepa de las tablas de equivalencia que aprueba el Ministerio de Medio Ambiente sobre la base de los datos aportados por las Confederaciones Hidrográficas, y señala el actor que en el presente caso, ni tan siquiera estaban aprobados por el Ministerio, no eran oficiales y no podían aplicarse. Contesta el Tribunal con una frase demostrativa de lo que son estas figuras y de la necesidad de una reforma urgente: «Es cierto que al no estar aprobadas las tablas no podrían aplicarse pero no existe obstáculo alguno que impida su empleo de manera orientativa y en su caso, el actor que es el que muestra el desacuerdo debería de haber considerado cuáles son los valores de las tablas que no son equitativos o equilibrados y no eran susceptibles de aplicación». Los reproches a las tablas de equivalencia se reproducen —con escaso éxito— en el caso resuelto por la **STSJ de Extremadura de 16 de marzo de 2010** (NR 249/2007).

El **TSJ de Extremadura** sigue reprochando con dureza la falta de motivación de la Confederación del Guadiana respecto de las liquidaciones con base volumétrica. Ahora se comenta la **Sentencia de 29 de noviembre de 2009** (NR 637/2008). Dice la Sala de Cáceres que el canon de regulación que adopte esta fisonomía «ha de calcularse sobre el consumo efectivo durante la anualidad correspondiente, debiendo el Organismo de Cuenca adoptar las medidas oportunas para el cálculo de dicho caudal o, caso de no adoptarse tales medidas, proceder a su cálculo por otros medios que permiten concluirlo. Y en este sentido, hubiera sido procedente haber requerido al propio Ayuntamiento para que facilitara datos sobre ese consumo que necesariamente ha debido ser calculado por el cobro del suministro a los usuarios, de donde podría haberse obtenido ese caudal. Lo que no es de recibo es realizar el cálculo de una autorización de la que se comienza por dudar y que fija un caudal por segundo que no parece comporte una utilización permanente, que es la regla simple que se utiliza en el informe que sirve de fundamento a la liquidación practicada».

La **STSJ de Extremadura de 16 de marzo de 2010** (NR 249/2007, citada *supra*), sí admite que el caudalímetro para determinar los volúmenes sea el instalado a otros efectos por la Comunidad Autónoma, siguiendo su doctrina tradicional.

c) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa

La Compañía Iberdrola presentó recurso contencioso por la exacción del canon de regulación, en relación con el aprovechamiento hidroeléctrico a pie de presa del que era adjudicataria en la cuenca del Júcar. Se daba la circunstancia de que durante más de 30 años había contribuido únicamente con el canon concesional. La **SAN de 18 de enero de 2010** (NR 49/2007), como otras anteriores, estimará el recurso, a la vista de la falta de motivación del cambio de criterio administrativo.

En parecido sentido se pronuncia la **STSJ de Madrid de 18 de febrero de 2010** (NR 1461/2007), siguiendo precedentes, dado que no encuentra en el expediente justificación del beneficio que le reporta a la concesionaria y que justifique el cambio de criterio por parte de la Confederación.

d) *Imposición y ordenación*

La jurisprudencia sigue abordando la cuestión de la fecha en que deben estar aprobadas las exacciones para poder ser exigidas. La **SAN de 3 de mayo de 2010** (NR 17/2008), considera aceptable la aprobación durante el ejercicio de la imposición.

Con algún matiz, la prohibición de retroactividad la vienen a hacer valer los tribunales con carácter general. El TSJ de Extremadura, al hilo de esta cuestión, explica qué quiere decir el RDPH cuando en su artículo 303 prevé la posibilidad de que se exija el «último firme»: en ningún caso por el mero hecho de impugnarse la liquidación. «Solamente cuando no pueda exigirse el aprobado por retrasos en la tramitación de impugnaciones o recursos, o por otras causas se pondrá al cobro el último firme. Ahora bien, esto se producirá cuando por la propia dinámica administrativa no pueda llevarse a cabo la puesta al cobro del aprobado correctamente, es decir en fecha anterior al ejercicio que se cobra; y esto se producirá por ejemplo cuando se haya recurrido y suspendido la vigencia y aplicación de la ordenanza (*sic*)». Es una **STSJ de Extremadura de 10 de diciembre de 2009** (NR 1059/2008). Sobre la prohibición de retroactividad, *vid.* también **Sentencia de este Tribunal de 28 de enero de 2010** (NR 1930/2008).

e) *Revisión, reclamaciones y recursos*

La **STSJ de Extremadura de 28 de enero de 2010** (NR 1930/2008,) anula la liquidación por falta de motivación. Tratándose de una segunda liquidación anulada, la actora solicitaba expandir una doctrina propia de otros contenidos tributarios, según la cual, ya no podía ser dictada una tercera liquidación. Lo que no resulta aceptado por la Sala.

B) Aguas continentales: exacciones por abastecimiento en baja

a) *Exacciones por abastecimiento de agua en baja: naturaleza jurídico-financiera e intervención de las comisiones de precios autonómicas*

La **STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 14 de diciembre de 2009** (NR 396/2008), trata de la necesidad de intervención de las comisiones de precios autonómicas, a la vista del Decreto-ley 7/1996 y del Texto Refundido de Régimen Local de 1986. La Sala estima el recurso deducido por la Comunidad Autónoma, por haberse eludido este trámite, y anula la modificación de las cuantías.

La **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 23 de octubre de 2009** (NR 624/2008), estima el recurso presentado contra la Ordenanza Fiscal, anulando el apartado referido a los derechos de enganche. El precepto se había modificado en el sentido de distinguir entre el promotor y el usuario (cobrando una parte al primero y otra al segundo), y condicionar al promotor al pago antes de la Licencia de Primera Ocupación. La estimación se fundamenta en los defectos de los estudios económicos necesarios, de los que las tarifas resultantes, según dice la Sala «ni las compara con las de otros municipios, no arroja conclusiones y ni siquiera concluye en la existencia de un déficit tarifario», siendo que se trata de una revisión en profundidad de éstas. Entre otras cosas, el TSJ advierte que «los cálculos se proyectan sobre los metros cúbicos de agua a consumir y sobre el número de usuarios to-

tales que consumen, olvidando que el coste del servicio también se sufraga con otra tarifa —derechos de enganche— no vinculada ni al consumo de agua ni al número de usuarios que consumen. Es decir, el estudio económico prescinde absolutamente, como si no existiera, de la tarifa por derechos de enganche aquí impugnada, tarifa que integra una de las partidas destinadas a retribuir el servicio (...) por lo que todos los cálculos efectuados son inconsistentes». Y, en particular, pone de manifiesto lo inconsistente (por no motivado) del reparto entre promotor y el usuario en esa proporción, sin perjuicio de que, con la adecuada justificación, la Ordenanza pudiera ser aceptable, incluyendo lo que corresponde al pago anticipado al uso por parte del promotor.

C) Aguas marítimas

a) *Tasas portuarias: ocupación del dominio público marítimo terrestre*

La **STSJ de las Islas Canarias, Tenerife, de 21 de diciembre de 2009** (NR 46/2009), trata de la sujeción o no a las tasas portuarias por motivo de las obras de emergencia a realizar en una desaladora de la titularidad del organismo de cuenca (el Consejo Insular de Aguas). La Sala estimará la pretensión del Consejo Insular. Considera la Sala que no cabe este gravamen cuando ya se gira periódicamente una tasa por la ocupación ordinaria del dominio portuario, de la que es sujeto pasivo la empresa concesionaria del servicio de abastecimiento domiciliario de agua.

D) Minas

a) *Canon de superficie de minas*

La **STS de 15 de febrero de 2010** (recurso de casación para la unificación de doctrina 8/2005), desestima un recurso deducido por una empresa del sector, manteniendo la procedencia de la elevación del tipo del canon de superficie de minas por Leyes de Presupuestos a partir del ejercicio 1998.

E) Otro dominio público: dominio público estatal

a) *Canon por ocupación o uso especial del dominio público viario estatal*

La **SAN de 22 de marzo de 2010** (NR 526/2008), estima parcialmente el recurso deducido por la compañía Telefónica contra liquidaciones por este tributo, por instalación de red de fibra óptica. Aparte de otros asuntos que no vienen al caso, se discutía quién era el sujeto pasivo, si las compañías que tenían otorgado el derecho de compartición de infraestructuras (*sic*, un derecho previamente autorizado) —la recurrente— o la entidad autorizada para la ocupación del dominio público viario —como sostenía la recurrente—. Todos son sujetos pasivos, dice la Sala: «cada uno de los ocupantes goza de derechos frente a la Administración, sin perjuicio de los que tengan otros, por lo que sus obligaciones también deben ser individualizadas, sin que su suma deba coincidir con el importe que correspondería a un solo beneficiario del derecho de ocupación».

b) Canon por utilización de infraestructuras ferroviarias

La **STSJ de Valencia de 17 de febrero de 2010** (NR 1563/2008), trata de la sujeción de un Ayuntamiento al canon de infraestructuras ferroviarias previsto en la Ley 39/2003 por la autorización por el ADIF para un cruce subterráneo de una tubería de la red de abastecimiento de agua. Se desestimará el recurso. Primero, porque existe la ocupación demanial que el Ayuntamiento negaba, al efectuar la instalación bajo las vías ferroviarias. Y, segundo, porque no puede considerarse de interés general, con beneficiario difuso: el beneficiario es el Ayuntamiento, que tiene la obligación de prestar ese servicio.

F) Otro dominio público: dominio público local

a) Tasas por utilización del dominio público local en general

En cuanto a las tasas por utilización del dominio público local, el año 2009 ha sido definitivo para la fijación de doctrina en cuanto al controvertido asunto de las tasas por instalación por entidades bancarias de cajeros automáticos con acceso directo desde la vía pública. Como ya hiciera la **STS de 12 de febrero de 2009**, dos nuevas **SSTS de 22 de octubre de 2009** (NR 5294/2006 y recurso de casación en interés de la Ley 32/2008), han puesto de manifiesto que existe aprovechamiento especial de la vía pública y que la beneficiaria es la entidad financiera.

De otra parte, la **STS de 3 de diciembre de 2009** (NR 1403/2007), ha confirmado la legalidad de unas tasas exigidas por un Ayuntamiento por la ocupación de terrenos de uso público con mesas y sillas para la realización de la actividad del servicio de hostelería y que afectaban específicamente al período de fiestas patronales. Se desmontan los argumentos de la recurrente en relación, entre otros asuntos, con la cuantificación de la tasa.

La **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2009** (NR 360/2008), desestima la impugnación que efectúa la Cámara de Comercio de la Ordenanza Fiscal reguladora de la utilización del dominio público por reservas para entrada a garajes (vados). Las tarifas se han establecido por metros lineales de ocupación de la vía, estableciéndose un coeficiente multiplicador en función de la categoría de la vía, el cual se hace progresivo en función de los metros cuadrados del local. No se ha desacreditado la razonabilidad del criterio municipal.

b) Tasas por utilización del dominio público local al 1,5% del volumen de ingresos

La **STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 12 de enero de 2010** (NR 110/2008), trata de la sujeción a tasas por ocupación del dominio público local (en general) y en la cuantía que corresponde por la modalidad especial que se aplica a las empresas que prestan servicios de interés general (en particular), a la compañía adjudicataria de la concesión del servicio de abastecimiento domiciliario de agua. La Sala considera inviable el pago de esta tasa, ya que, de otra manera «se está gravando doblemente a la empresa concesionaria por la utilización de unos bienes de dominio público cuyo uso se encuentra ya cedido por vía de la concesión y contemplado en el canon a abonar por dicha entidad al Ayuntamiento y, aunque uno sea canon y lo otro tasa, lo cierto es que se recauda dos veces por el mismo concepto».

c) La cuestión de los operadores de telefonía móvil

El TRLHL fija como alternativa para la cuantificación de las tasas por utilización del dominio público, que en principio vendría dada por el beneficio reportado al usuario del dominio público, el empleo de un porcentaje de los ingresos territorializados de la empresa. Pero eso sólo es posible cumpliendo los presupuestos legales. La aplicabilidad de fórmulas de este tipo a los operadores de telefonía móvil es una cuestión controvertida, atendiendo sobre todo a la exclusión del sistema que formaliza la ley. Vimos en números anteriores cómo el Tribunal Supremo había admitido que, en pura teoría, los operadores de telefonía móvil, quedasen sometidos a tasas por utilización del dominio público, aunque advertía que no les podía ser de aplicación el sistema especial de cuantificación al 1,5% de los ingresos, previsto para otras empresas suministradoras. También tuvimos oportunidad de acercarnos a la doctrina (discrepante entre ellos) de los TTSSJ de Cataluña, Extremadura y Madrid. Estos tribunales siguen dictando muchas sentencias en la misma línea, que ya no comentaremos. Sí veremos algunas sentencias dictadas por otros tribunales superiores.

Las empresas de telefonía sobre las que recaen tasas que consiguen un efecto económico similar al que parece prohibido por el TRLHL ven estimados sus recursos en las áreas de jurisdicción del Principado de Asturias (cfr. **STSJ de Asturias de 25 de enero de 2010**, NR 760/2007); Galicia (cfr. **STSJ de Galicia de 27 de enero de 2010**, NR 15282/2008), y Valencia (cfr. **STSJ de Valencia de 8 de febrero de 2010**, NR 304/2009).

G) Impuesto sobre Bienes Inmuebles

a) Centros de enseñanza

La **STSJ de Madrid de 24 de noviembre de 2009** (NR 130/2009), reconoce a favor del Organismo Público Biblioteca Nacional exención en el IBI en relación con el Centro de Acceso al Documento de la Biblioteca Nacional con sede en el Campus Universitario de Alcalá de Henares, teniendo en cuenta que desarrolla funciones orientadas a la investigación que encajan perfectamente en el concepto de servicios educativos.

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) Incumplimiento de Estado. España. Proyecto de acondicionamiento de camino rural en el Parque de Doñana. Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre. Protección del lince ibérico. No se produce violación de la Directiva.
- B) Incumplimiento de Estado. España. Control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en que intervengan sustancias peligrosas. Incumplimiento por el Reino de España de la obligación de elaborar planes de emergencia externos a que se refiere el artículo 11.1.c) de la Directiva 96/82/CE del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.
- C) Incumplimiento de Estado. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Directiva 2001/80/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2001, sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión. Aplicación a central de producción de energía eléctrica vinculada a empresa productora de aluminio. Interpretación estricta del concepto de «producto de combustión».
- D) Evaluación ambiental estratégica y Directiva 91/676/CEE. Los programas de acción respecto de las zonas vulnerables tienen el concepto de «plan y «programa» a los efectos de la aplicación de la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.
- E) Conceptos de «bosque» y de «tierras arboladas». El Reglamento (CE) núm. 2152/2003 no tiene pretensiones armonizadoras. No se opone a una normativa interna que defina esos conceptos de otra forma.
- F) Responsabilidad ambiental y principio «quien contamina paga». Condiciones de aplicación de la Directiva 2004/35/CE o del derecho interno nacional.

2. RADIACIÓN NO IONIZANTE.

- A) Los Ayuntamientos pueden someter la instalación de estaciones base de telefonía móvil a un régimen de distancias mínimas y a límites de emisión más estrictos que los establecidos en la normativa estatal, en razón del carácter abierto del riesgo que se afronta.

3. PARQUES EÓLICOS.

- A) **Hay responsabilidad patrimonial de la Administración por la anulación de una autorización para la construcción de un Parque eólico que fue otorgada negligentemente por doble silencio administrativo y que conllevó gastos a la empresa autorizada. El daño es antijurídico.**

4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: LÍNEAS ELÉCTRICAS.

- A) **La DIA, autorización y declaración de utilidad pública de las nuevas líneas eléctricas aéreas de 400 kV en Barcelona y Gerona es conforme a Derecho. Acreditación de la legitimación activa del recurrente.**

5. FISCALIDAD AMBIENTAL.

A) **Tributos estatales en materia de aguas.**

- a) Canon de control de vertido: normativa reguladora.
- b) Canon de control de vertido: determinación de la Administración exactora.
- c) Canon de control de vertido: hecho imponible.
- d) Canon de control de vertidos: sujetos pasivos.
- e) Canon de control de vertido: cuantificación.

B) **Tributos autonómicos en materia de aguas.**

- a) Constitucionalidad de los tributos.
- b) Hecho imponible.
- c) Cuantificación de los tributos.

C) **Tributos locales en materia de aguas.**

- a) Tasa municipal de alcantarillado.
- b) Tasas municipales por depuración.

D) **Tributos sobre residuos.**

- a) Tasas municipales por recogida de basuras.

E) **Otros tributos autonómicos ambientales.**

- a) Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente.

F) **Otros tributos locales ambientales.**

- a) Tasas por licencias ambientales.

G) **Incentivos fiscales en impuestos ordinarios.**

- a) Impuesto sobre Sociedades.

1. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

A) Incumplimiento de Estado. España. Proyecto de acondicionamiento de camino rural en el Parque de Doñana. Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre. Protección del lince ibérico. No se produce violación de la Directiva

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 20 de mayo de 2010, recaída en el Asunto C-308/08**, resuelve un recurso de incumplimiento planteado por la **Comisión Europea contra el Reino de España**, imputando violación de la Directiva 92/43/CEE en relación al proyecto de acondicionamiento de un camino rural en el ámbito del Parque Natural de Doñana.

Para el mejor conocimiento de la situación existente que resuelve la Sentencia comentada, hay que decir que en diciembre de 1997 el Reino de España propuso como LIC (Lugar de Importancia Comunitaria) el Parque natural de Doñana en razón de la presencia en él, en particular, del lince ibérico. Este animal figura en el Anexo IV, letra a), de la Directiva 92/43/CEE, que obliga a los Estados a determinadas actuaciones para evitar sacrificios involuntarios de animales de las especies incluidas en dicho anexo. En 2006 (Decisión 2006/613/CE, de 19 de julio) fue inscrito el Parque en la lista de LIC.

En el ínterin, en noviembre de 1999, se aprobó el proyecto de acondicionamiento del camino rural controvertido que bordea y atraviesa parcialmente el Parque natural de Doñana. En el procedimiento previo que dio lugar a esta Sentencia y respondiendo a las imputaciones de la Comisión, se demostró que desde que se adoptaron unas medidas correctoras de dicho proyecto, no se había producido el atropello de ningún lince. Las imputaciones de la Comisión reprochaban que la ejecución de dicho proyecto suponía una violación de la Directiva 92/43/CEE en cuanto que se dejaban de cumplir las obligaciones de protección sobre el lince a que el Estado español estaba obligado por dicha Directiva.

El Tribunal de Justicia va a establecer que en el marco de las precauciones adoptadas en dicho proyecto (vallado de las zonas más sensibles, pasos para fauna, reducción de velocidad para vehículos así como comienzo del programa de cría en cautividad de cachorros, etc.) no puede acreditarse que la Comisión Europea haya probado que la realización del proyecto (que supone la transformación de un viejo camino en prácticamente una carretera) haya fragmentado el hábitat del lince y, en relación al incremento del riesgo de atropello, indica que ello tampoco está demostrado. En consecuencia se desestima el recurso de la Comisión a la que se condena en costas.

B) Incumplimiento de Estado. España. Control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en que intervengan sustancias peligrosas. Incumplimiento por el Reino de España de la obligación de elaborar planes de emergencia externos a que se refiere el artículo 11.1.c) de la Directiva 96/82/CE del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 25 de marzo de 2010, recaída en el Asunto C-392/08**, resuelve un recurso por incumplimiento planteado por la Co-

misión Europea contra el Reino de España a la que se reprocha incumplimiento de la Directiva 96/82/CE. En concreto, la no realización de los Planes de emergencia externos a los que se refiere el artículo 11.1 de dicha Directiva.

La cuestión tratada por la Sentencia es muy simple y la recogemos aquí por la poderosa razón de referirse a un incumplimiento del Reino de España. El Tribunal de Justicia constata que, efectivamente, no han sido realizados por las autoridades nacionales competentes esos planes para los establecimientos concernidos por la Directiva y en los plazos ordenados por ella por lo que se declara el incumplimiento y se condena en costas al Estado.

C) Incumplimiento de Estado. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Directiva 2001/80/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2001, sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión. Aplicación a central de producción de energía eléctrica vinculada a empresa productora de aluminio. Interpretación estricta del concepto de «producto de combustión»

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 22 de abril de 2010, recaída en el Asunto C-346/08**, resuelve un recurso por incumplimiento planteado por la **Comisión Europea contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte**. La Comisión solicita la aplicación de la Directiva citada en el título a una empresa de producción de energía eléctrica (central de Lynemouth) que produce electricidad para una fábrica productora de aluminio. El Tribunal dará la razón a la Comisión Europea.

El Reino Unido, como razón de su defensa, indica que una central eléctrica, destinada a abastecer de electricidad a una fábrica de producción de aluminio por electrolisis y que se ha construido únicamente con dicho fin, forma parte de un dispositivo técnico integrado por una planta de combustión destinada a la producción de energía, que utiliza directamente los productos de combustión en las operaciones de fabricación y, por consiguiente, reúne las condiciones de exención establecidas en el artículo 2, punto 7, de la Directiva 2001/80 (punto 21 de la Sentencia).

El artículo 2.7 indica que la Directiva no se aplicará a las instalaciones de combustión destinadas a la producción de energía «a excepción de las que usen de manera directa los productos de combustión en procedimientos de fabricación». El Tribunal de Justicia dirá que la electricidad producida por la planta «no es un producto de combustión». Son productos de combustión, para el Tribunal, «los gases residuales, las cenizas y demás residuos, así como el calor generado en la combustión». Para el Tribunal «la electricidad no es ni producto físico de combustión ni calor, sino que resulta de una serie de operaciones en las que la combustión libera calor que se utiliza para producir, en una caldera, vapor que impulsa una turbina que, finalmente, produce la electricidad» (punto 36 de la Sentencia). El Tribunal se decide por una interpretación estricta del concepto de «producto de combustión».

D) Evaluación ambiental estratégica y Directiva 91/676/CEE. Los programas de acción respecto de las zonas vulnerables tienen el concepto de «plan y «programa» a los efectos de la aplicación de la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 17 de junio de 2010, recaída en los Asuntos Acumulados C-105/09 y C-110/09, resuelve una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 TCE, por el Conseil d'Etat (Bélgica) en un procedimiento desarrollado entre las empresas **Terre Wallone ASBL e Inter-Environnement Wallonie ASBL y la Región wallone**.

La cuestión planteada en esta Sentencia se origina con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de septiembre de 2005, Comisión/Bélgica (C-221/03) (*vid.* comentario de esta Sentencia en el núm. 30 de esta Revista) en la que se constató el incumplimiento del Reino de Bélgica de las obligaciones impuestas por la Directiva 91/676/CEE, del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos procedentes de fuentes agrarias, por no haber adoptado en el plazo pertinente, las medidas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva. Para hacer cumplir esa Sentencia, el Gobierno valón adoptó un Decreto en 2004 que impugnaron las dos empresas mencionadas, pues el programa relativo a la gestión sostenible del nitrógeno en la agricultura a que se refería dicho Decreto, no había sido sometido a la evaluación ambiental que regula la Directiva 2001/42. Frente a dicha impugnación el Gobierno valón sostenía que ese programa de gestión del nitrógeno no estaba sometido a la evaluación ambiental mencionada. En ese litigio es en el que el Conseil d'Etat belga plantea la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia comunitario.

El Tribunal de Justicia va a indicar que esos planes y programas están sometidos a evaluación ambiental estratégica. Argumento decisivo para ello va a ser la consideración de la Directiva 2003/35 que prevé la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente. Pues bien, el artículo 2.5 en relación con el anexo I excluye de dicha participación precisamente a los programas a que se refiere la Directiva 91/676/CEE por el hecho de que ya hay para ellos prevista una participación pública que es la de la evaluación ambiental a que se refiere la Directiva 2001/42.

E) Conceptos de «bosque» y de «tierras arboladas».

El Reglamento (CE) núm. 2152/2003 no tiene pretensiones armonizadoras.

No se opone a una normativa interna que defina esos conceptos de otra forma

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 22 de abril de 2010, recaída en el Asunto C-82/09, resuelve una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 TCE, por el Symvoulio tis Epikrateias (Grecia) en un procedimiento desarrollado entre **Dimos Agiou Nikolaou Kritis e Ypourgos Agrotikis Anaptyxis kai Trofimou**.

La cuestión que se debate es la compatibilidad entre una normativa interna griega que obligaría a reforestar una parcela afectada por una previa roturación, y el Reglamento (CE) núm. 2152/2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de

2003, sobre el seguimiento de los bosques y de las interacciones medioambientales en la Comunidad (Forest Focus). El concepto de bosque y de tierras arboladas del Reglamento, se establece de tal forma que no sería coincidente con el de la normativa interna griega y, por tanto, si se debieran seguir los conceptos comunitarios, no existiría tal obligación de reforestación.

En esas circunstancias y en un pleito entre un privado y la Administración griega, el órgano jurisdiccional planteó la cuestión de la vinculatoriedad del reglamento comunitario sobre la normativa interna griega.

El Tribunal de Justicia va a indicar que el Reglamento comunitario no tenía voluntad armonizadora de la legislación interna sino que su objetivo era el perseguido por su título que antes hemos reproducido. Ese Reglamento se aprobó sobre la base del artículo 175 del Tratado de la Comunidad y en ese ámbito, como el Tribunal ya ha establecido, la normativa comunitaria no pretende establecer una armonización completa [*vid.* la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de abril de 2005, recaída en el Asunto C-6/2003; *vid.* comentario a esta Sentencia en el núm. 28 de esta Revista], cuestión que en la sentencia comentada servía para amparar una normativa nacional (alemana) más amparadora del medio ambiente que la normativa comunitaria.

Consiguientemente se responde de esta forma a la cuestión prejudicial, lo que permite salvar la compatibilidad de la normativa comunitaria y la nacional y la competencia del órgano judicial interno para adoptar las decisiones que sean precisas según el propio derecho interno.

F) Responsabilidad ambiental y principio «quien contamina paga». Condiciones de aplicación de la Directiva 2004/35/CE o del derecho interno nacional

La **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 9 de marzo de 2010, recaída en el Asunto C-378/08**, resuelve una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 TCE, por el Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Italia) en un procedimiento desarrollado entre las empresas **Raffinerie Mediterranee (ERG) Spa, Polimeri Europa Spa y Syndial Spa y diversos entes administrativos italianos**. El presente comentario es también aplicable a la **Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 9 de marzo de 2010, recaída en los Asuntos Acumulados C-379/08 y C-380/08**, planteada por el mismo Tribunal y relativa a procedimientos desarrollados entre las mismas empresas y entes de la Administración Pública italiana.

La problemática general que aquí se trata reviste mucho interés en cuanto que trata de una Directiva como la 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, ya transpuesta al derecho español, siendo un texto de muy complicada lectura y mucha más difícil aplicación todavía. En cuanto que ello sucede así, debe ser muy bien recibida la primera sentencia, en nuestro conocimiento, que trata de cuestiones de aplicación de dicha Directiva.

La cuestión debatida trata de la aplicación a las empresas de un conjunto de obligaciones de actuación para remediar los daños ambientales sufridos en un determinado lugar

(la rada de Augusta, en la región de Priolo Gargallo, Sicilia, que está declarada «sitio de interés nacional a los efectos de saneamiento»). La fundamentación de las obligaciones impuestas por las entidades administrativas radica, precisamente, en la Directiva 2004/35/CE y en el principio «quien contamina paga», y las empresas plantean su no aplicabilidad y, además, que no se ha demostrado en absoluto que ellos sean los causantes de los daños ambientales sobre los que se obliga a la reparación. Los litigios que dan lugar a las dos sentencias mencionadas, son de gran complejidad y en el presente lugar se va a resumir dicha problemática atendiendo, sobre todo, a las respuestas que ofrece el tribunal comunitario.

La primera cuestión que establece claramente el Tribunal es que la aplicabilidad de la Directiva 2004/35/CE, solo será posible a partir del momento señalado por ella que es la finalización del plazo de transposición, o sea, el 30 de abril de 2007. Los daños producidos con anterioridad no están cubiertos por tal Directiva sino por el derecho nacional, en su caso.

En segundo lugar, y de acuerdo con lo previsto en los artículos 4.5 y 11.2 de la Directiva 2004/35, la autoridad competente debe determinar un «nexo causal» para imponer medidas reparadoras a los operadores. Esto es aplicable también a la contaminación de carácter difuso y extendido. Sobre la forma de establecer este nexo, son fundamentales los apartados 54 a 59 que, por su interés, se reproducen completamente a continuación:

«54. Tal nexo causal puede determinarse fácilmente cuando la autoridad competente se encuentra en presencia de una contaminación circunscrita en el espacio y en el tiempo que ha sido causada por un número limitado de operadores. Por el contrario, éste no será el caso cuando se trate de fenómenos de contaminación de carácter difuso, de manera que el legislador de la Unión ha considerado que, ante tal contaminación, un régimen de responsabilidad no constituye un instrumento adecuado cuando no puede determinarse el referido nexo causal. Por consiguiente, a tenor del artículo 4, apartado 5, de la Directiva 2004/35, ésta únicamente se aplica a ese tipo de contaminación cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos.

55. A este respecto procede señalar que en la Directiva 2004/35 no se define la manera en que ha de determinarse tal nexo causal. Ahora bien, en el marco de la competencia compartida entre la Unión y sus Estados miembros en materia de medio ambiente, cuando un elemento necesario para implementar una Directiva adoptada sobre la base del artículo 175 CE no se ha definido en el marco de ésta, será competencia de esos Estados definirlo; a este respecto disponen de un amplio margen de apreciación, dentro del respeto de las reglas del Tratado, para adoptar normas nacionales que establezcan o concreten el principio de quien contamina paga (véase, en este sentido, la Sentencia de 16 de julio de 2009, Futura Immobiliare y otros, C-254/08, Rec.p.I-0000, apartados 48, 52 y 55; *vid.* comentario a esta Sentencia en el núm. 46 de esta Revista).

56. Desde este punto de vista, una normativa de un Estado miembro puede prever que la autoridad competente tenga la facultad de imponer medidas de reparación de daños medioambientales presumiendo la existencia de un nexo causal ente la contaminación comprobada y las actividades del operador u operadores, y ello por razón de la proximidad de sus instalaciones a la referida contaminación.

57. No obstante, en la medida en que, de conformidad con el principio de quien contamina paga, la obligación de reparar únicamente incumbe a los operadores económicos por el hecho de haber contribuido a la generación de la contaminación o al riesgo de contami-

nación (véase, por analogía, la Sentencia de 24 de junio de 2008, Commune de Mesquer, C-188/07, Rec. p. I-4501, apartado 77; *vid.* comentario a esta Sentencia en el núm. 41 de esta Revista), a fin de presumir que existe tal nexo causal, la autoridad competente ha de disponer de indicios plausibles que puedan constituir la base de su presunción, por ejemplo, la proximidad de la instalación del operador a la contaminación comprobada y la coincidencia entre las sustancias contaminantes encontradas y las componentes utilizadas por el referido operador en el marco de sus actividades.

58. Cuando la autoridad competente disponga de tales indicios, podrá determinar un nexo causal ente las actividades de los operadores económicos y la contaminación de carácter difuso comprobada. De conformidad con el artículo 4, apartado 5, de la Directiva 2004/35, tal situación estará comprendida dentro del ámbito de aplicación de dicha Directiva, salvo que los referidos operadores puedan desvirtuar esta presunción.

59. De ello resulta que si el órgano jurisdiccional remitente considera que la contaminación de que se trata en el litigio principal reviste un carácter difuso y no puede determinarse un nexo causal, tal situación no estará comprendida dentro del ámbito de aplicación *ratione materiae* de la Directiva 2004/35, sino en el derecho nacional, en las condiciones definidas en el apartado 44 de la presente sentencia».

De la misma forma son del máximo interés las reflexiones que se producen para el hecho de que los daños al medio ambiente hayan sido causados por actividades profesionales incluidas en el anexo III de la Directiva, supuesto en el que no se exige culpa o negligencia y sí cuando son actividades profesionales distintas a las incluidas en el anexo III. En el primer supuesto nos encontramos ante una pura «responsabilidad objetiva» (apartado 63). Eso quiere decir que la autoridad competente no está obligada a demostrar que ha habido culpa o negligencia para imponer medidas de reparación a operadores incluidos en dicho anexo III (apartado 65).

2. RADIACIÓN NO IONIZANTE

A) Es legítima la imposición municipal de límites más estrictos que los estatales al desarrollo de las instalaciones de telefonía móvil en la medida en que se trata de un riesgo abierto y no se está afectando con ello a la competencia estatal sobre radiocomunicaciones

En la **STS de 4 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta (recurso 4801/2006), se resuelve un recurso de casación interpuesto por «TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.» contra la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 10 de julio de 2006, mediante la cual se estimaba parcialmente un anterior recurso de Telefónica contra la Ordenanza Municipal para la Ordenación de las Telecomunicaciones en el término municipal de Toledo.

La citada Ordenanza establecía unos requisitos sanitarios para las instalaciones de telecomunicaciones mucho más estrictos que los presentes en la normativa estatal (el RD 1066/2001). Exigía a los operadores la presentación de un plan de implantación al momento de solicitar la correspondiente licencia de instalación, obligaba al uso compartido

de infraestructuras instaladas, obligaba a la instalación de las infraestructuras en suelo no urbanizable con distancia de seguridad de 1.200 m respecto de suelo urbano consolidado o en vías de consolidación, suelo urbanizable o de futuro desarrollo, zonas residenciales, polígonos industriales y lugares en los que se desarrollan actividades deportivas, laborales o lúdicas, con especial atención a centros educativos o sanitarios o de la tercera edad. El nivel máximo de emisiones era de 0,1 microwatio/cm², que es el recomendado en la Conferencia de Salzburgo, 4.500 veces más estricto que los límites vigentes en nuestro país. También se exigía la adecuación de todas las instalaciones existentes a dichas prescripciones en un plazo no superior a nueve meses y se exigía la suscripción de un seguro de responsabilidad civil, así como la adaptación continua a las sucesivas nuevas tecnologías. Hay que tener en cuenta que en Castilla-La Mancha rige la Ley 8/2001, de 28 de junio, para la Ordenación de las instalaciones de radiocomunicación, que fija los mismos restrictivos límites, y que está recurrida de inconstitucionalidad ante el TC (recurso de inconstitucionalidad 2194/2002), que levantó la suspensión de dicha disposición, por lo que la Ley está vigente y la Ordenanza de Toledo es consecuente con ella, aunque no con la normativa estatal.

La Sentencia de instancia reconocía la competencia municipal 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, sin que dicha competencia pueda 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, lo cual es jurisprudencia asentada a día de hoy. La Sentencia de instancia consideró ajustadas a derecho la mayoría de las anteriores restricciones.

El recurso de casación de Telefónica se fundamenta en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en su modalidad de infracción de las normas reguladoras de la sentencia y en la infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables a la resolución del debate.

El TS constata que la Sentencia ha incurrido en incongruencia omisiva, al no dar cumplida respuesta a una serie de cuestiones que se plantearon sobre la Ordenanza de Toledo teniendo ello por efecto la indefensión de la recurrente (FJ 2.º).

A continuación, el TS entra a analizar cada uno de los extremos de la Ordenanza de Toledo. Afirma la capacidad del municipio de someter la actividad a licencia de funcionamiento, de exigir un plan de implantación de red y de someter la instalación a requisitos urbanísticos y medioambientales, juzgando que no ha quedado acreditado que dichos requisitos supongan una restricción absoluta al servicio. Respecto a los deberes de conservación y revisión conforme a la mejor tecnología disponible, el TS indica que esto puede entenderse como una «cláusula de progreso», y cita y secunda cierta jurisprudencia que la admite (SSTS de 16 de julio de 2008 y de 6 de abril de 2010, comentada aquí). Respecto al procedimiento de solicitud de licencia de funcionamiento, que la Ordenanza regula detalladamente, el TS considera ajustadas a derecho la mayoría de prescripciones, pero anula la exigencia de conformidad del titular del terreno o finca sobre la que se ha de ubicar la instalación, pues conforme al artículo 27 LGT de 2003, el operador tiene derecho a la ocupación de la propiedad privada, ocupación que se impone con carácter imperativo al propietario. Por tanto, esta disposición de la Ordenanza contradice el Derecho estatal y

ha de ser anulada. Respecto a la exigencia del seguro de responsabilidad civil, siguiendo una asentada jurisprudencia, el TS anula dicha disposición, así como otra relativa al cómputo del plazo para la resolución del expediente, que contradecía lo establecido en la Ley 30/1992 y ciertas cuestiones menores (FJ 3.º).

Por tanto, el TS declara haber lugar a recurso de casación, anulando la STSJ de Castilla-La Mancha y estimando parcialmente el recurso de TELEFÓNICA. De conformidad con el artículo 139 LJCA, el TS no impone costas.

3. PARQUES EÓLICOS

A) **Hay responsabilidad patrimonial de la Administración por la anulación de una autorización para la construcción de un Parque eólico que fue otorgada negligentemente por doble silencio administrativo y que conllevó gastos a la empresa autorizada. El daño es antijurídico**

En la **STS de 18 de mayo de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta (recurso 5996/2005), se resuelve un recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Cantabria contra la Sentencia del TSJ de Cantabria de 28 de junio de 2005, que estimaba parcialmente un anterior recurso frente a la desestimación presunta de un recurso de reposición contra el Acuerdo del Gobierno de Cantabria de 11 de diciembre de 2003, relativo a la responsabilidad patrimonial derivada de la tramitación de un expediente para la construcción del Parque Eólico de Cotío.

La recurrente en instancia, «Compañía eléctrica Peñalabra, S.A.», alegó pasividad y negligencia de la Administración en la tramitación de la autorización, ya que por inactividad dio lugar por doble silencio administrativo y conforme a los artículos 43.3.2.º y 42.3.b) de la Ley 30/1992, a que se otorgase la autorización para instalar el Parque Eólico de Cotío, pero un tiempo después anuló dicha autorización mediante Acuerdo de 11 de diciembre de 2003, cuando la entidad mercantil ya había procedido a la redacción del correspondiente Proyecto de ejecución con sus consecuentes gastos.

La sentencia de instancia anuló dicho acuerdo y declaró responsabilidad patrimonial del Gobierno de Cantabria, condenándolo a abonar la cantidad de 473.182,31 euros.

El Gobierno de Cantabria expone cuatro motivos de casación. El primero denuncia infracción del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, refiriéndose a las exigencias de antijuridicidad, realidad y efectividad del daño para que éste resulte indemnizable. El segundo denuncia infracción de los artículos 139 y 140 de la Ley 30/1992, señalando la inexistencia de daño indemnizable al fundarse la pretensión indemnizatoria en simples expectativas, ya que la solicitud de autorización no era viable y la autorización obtenida por silencio administrativo no era la única que se exigía para la ejecución del proyecto. El tercer motivo se refiere a los mismos artículos, relacionados con el requisito de que el daño sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. El cuarto motivo, también fundado en dichos artículos, cuestiona la acreditación de la lesión patrimonial, alegando que la presentación de facturas no acredita sin más la realización de un pago y la efectiva pérdida de capital (FJ 2.º).

El TS comienza por recordar el carácter extraordinario del recurso de casación para desestimar los dos primeros motivos, al haber éstos sido debatidos ya en la sentencia de instancia. En todo caso, el TS señala que la casación no podría prosperar por ninguno de los motivos expuestos.

En cuanto al primero, el TS constata que la empresa afectada no tenía ningún deber jurídico de soportar los gastos que afrontó, y que dada la negligencia en que incurrió la Administración autonómica, no cabe hablar de una actuación razonable que permita excluir la antijuridicidad del daño conforme a la jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial por actos declarados nulos.

Respecto al segundo, el TS indica que la viabilidad de la solicitud era algo que la Administración debió valorar en el correspondiente momento procesal, y que fue fruto de su negligente actuación el que la empresa procediera legítimamente a la elaboración del Proyecto de Ejecución.

Por la misma razón, desestima el TS el tercer motivo, puesto que la invocada inviabilidad de la solicitud inicial no exonera a la Administración de una responsabilidad que procede de su actuación anormal.

Respecto al cuarto motivo, el TS recuerda que la cuestión de la realidad del daño no se puso de relieve en la sentencia de instancia y por lo tanto no puede funcionar como motivo de casación. En todo caso, se juzga que la valoración pericial efectuada en la instancia resultaba razonable y suficientemente justificada (FJ 3.º).

Por tanto, el TS declara no haber lugar al recurso de casación y, conforme al artículo 139.3 LJCA, condena en costas al Gobierno de Cantabria, que fija en 3.000 euros.

4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: LÍNEAS ELÉCTRICAS

A) **La DIA, autorización y declaración de utilidad pública de las nuevas líneas eléctricas aéreas de 400 kV en Barcelona y Gerona es conforme a Derecho. Acreditación de la legitimación activa del recurrente**

En la **STS de 1 de junio de 2010**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso 310/2007), se resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don Mariano frente al Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de febrero de 2007, por el que se declara de utilidad pública y se aprueba el proyecto de ejecución de las líneas eléctricas aéreas a 400 kV «Sentmenat-Bescanó» y «Vic-Bescanó», y la modificación de la línea a 400 kV «Vandeliós-Pierola-Rubí-Vic» en el tramo «Pierola-Vic», de titularidad de Red Eléctrica de España, S.A., que es codemandada junto a la Administración del Estado.

El recurrente solicita la nulidad del citado Acuerdo, así como la nulidad de las resoluciones de las que éste trae causa: dos autorizaciones y una declaración de impacto ambiental que enseguida concretaremos.

El TS comienza por examinar las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo alegadas por la empresa demandada. Se extiende en un excursus sobre el requisito de legitimación del artículo 19 LJCA, que requiere al demandante justificar que

el acuerdo que impugna afecta a sus derechos e intereses legítimos, considerando que en este supuesto, el recurrente ha acreditado suficientemente que es propietario de fincas en Vic afectadas singularmente por el proyecto de ejecución de la línea Sentmentat-Bescanó. Rechaza igualmente el TS el resto de causas de inadmisibilidad, citando como apoyo jurídico la doctrina del TC, expuesta en la Sentencia 102/2009, de 27 de abril (FJ 2.º).

A continuación, el TS se pronuncia sobre los motivos de impugnación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de febrero de 2007 y de las resoluciones administrativas que le dan soporte. Acude para ello, en razón del principio de unidad de doctrina y por respeto al derecho fundamental a la igualdad en la aplicación judicial del Derecho, a los razonamientos expuestos por la misma Sala en la **STS de 18 de mayo de 2010**, sobre la misma línea eléctrica «Sentmenat-Bescanó». En ella, el recurrente (el Ayuntamiento de Seva), alegaba diversas irregularidades en relación a la autorización de dicha línea eléctrica, en particular, la inobservancia de las sucesivas fases del procedimiento de planificación del transporte de energía eléctrica, de obligado cumplimiento conforme al Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre (artículos 10 y ss.). Pero el TS juzgó que dichos trámites sí se habían seguido y que la línea eléctrica debatida se integraba en la precedente planificación eléctrica existente (FJ 3.º).

En relación a la Declaración de Impacto Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente de 24 de mayo de 2004 sobre los referidos proyectos, el Ayuntamiento de Seva alegó que la DIA se había elaborado sobre el Anteproyecto, y no sobre el proyecto de la instalación de transporte de energía eléctrica. Asimismo, se alegaba vulneración del derecho al acceso a la información ambiental, lo cual habría causado indefensión, y vulneración de una Ordenanza Municipal de 19 de junio de 2003 sobre obligatoriedad de soterramiento de líneas de alta tensión, así como del artículo 48 de la Ley Catalana 2/2002, de Urbanismo, sobre el necesario estudio de impacto paisajístico. Finalmente, se alegaba vulnerabilidad alta y contaminación visual grave, insistiendo en que la DIA de 2004 no justificaba la inocuidad de la línea de alta tensión sobre la salud de las personas.

El TS comienza por señalar que la DIA ha de realizarse en la fase de autorización administrativa, conforme a los artículos 122 y siguientes del RD 1955/2000, de 1 de diciembre, lo cual obliga a llevarla a cabo en este caso sobre el anteproyecto de la instalación. Respecto al argumento de la indefensión, indica que ésta no se dio, al abrirse un trámite de información pública de manera regular y publicada en el BOE y el DOGC. Rechaza también la colisión con la Ordenanza Municipal y con la Ley catalana de Urbanismo, remitiéndose a lo establecido en la STS de 9 de febrero de 2010, en la que se afirma la competencia estatal para el otorgamiento de la autorización, y el consiguiente sometimiento a Derecho estatal de todo el procedimiento. Así, conforme al artículo 244 del RD-Legislativo 2/2008, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y a las Disposiciones Adicionales Tercera y Duodécima de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, la legislación aplicable es la Estatal.

Finalmente, respecto a la vulnerabilidad alta y la contaminación visual grave, el TS juzga que se trata de meras apreciaciones subjetivas de las consecuencias medioambientales de la instalación de la línea, que no se identifican con una infracción o irregularidad de las normas aplicables. La posible peligrosidad de las líneas eléctricas para la salud de las personas se considera no probada (FJ 3.º).

Otro de los motivos de impugnación es la creación de una grave desigualdad entre los ciudadanos contraria al artículo 14 CE, al estar aplicándose en otras Comarcas menores y más restrictivos criterios medioambientales, lo cual genera desequilibrios territoriales e implica una quiebra de los principios constitucionales de igualdad, solidaridad y equilibrio territorial. El TS rechaza este argumento indicando que las situaciones contrastadas no son equiparables entre sí y que existen razones que justifican un distinto trato (FJ 3.º).

También se sostiene por la parte demandante la concurrencia de infracción de Ley por enriquecimiento injusto a favor de intereses industriales, comerciales y hoteleros a costa del gravamen, imposición de servidumbres y deterioro de otros intereses de los habitantes de otras comarcas. También se alega infracción de Ley por la concurrencia de inmisiones sin fundamentación jurídica y abuso de derecho en la tramitación de los expedientes. El TS descarta estas alegaciones sin más, indicando que no concurren los elementos jurídicos necesarios para apreciarlas (FJ 3.º).

El TS finaliza su razonamiento exponiendo, al igual que en su **STS de 26 de mayo de 2010** sobre esta misma línea eléctrica, que la declaración de utilidad pública de la línea aérea eléctrica «Sentmenat-Bescanó» está justificada por satisfacer el interés general, al mejorar la calidad y fiabilidad del suministro eléctrico a Gerona y sus comarcas adyacentes, favorecer la futura interconexión con Francia y además serán utilizadas para el funcionamiento del tren de alta velocidad en el tramo Barcelona-Frontera francesa. Asimismo, cumple objetivos de alejamiento de la actual línea Pierola-Vic de los núcleos de población y disminuir el impacto ambiental y la incidencia social en la zona mediante la implantación de una sola línea, aspecto sobre el que coinciden además Gobierno, Comisión Nacional de Energía y el operador del sistema y gestor de la red (FJ 3.º).

En consecuencia, el TS procede a desestimar el recurso contencioso-administrativo de Don Mariano y, conforme al artículo 139.2 LJCA, no impone costas procesales (FJ 4.º).

5. FISCALIDAD AMBIENTAL

A) Tributos estatales en materia de aguas

a) *Canon de control de vertido: normativa reguladora*

El Tribunal Supremo considera que las relaciones ley-reglamento en lo que a este tributo se refiere se ajustan a los principios constitucionales sobre la reserva de ley tributaria [**STS de 29 de octubre de 2009** (NR 9653/2003)].

b) *Canon de control de vertido: determinación de la Administración exactora*

El Tribunal Supremo ratifica en la **STS de 29 de octubre de 2009** (NR 9653/2003), su criterio tradicional de que el Estado no ha perdido un ápice de competencias tributarias porque las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias en materia ambiental en general y de tratamiento de las aguas residuales. Sobre esta cuestión, *vid.* también la **STSJ de Asturias de 30 de octubre de 2009** (NR 2140/2006), en la que la Sala recalca la compatibilidad del canon con otros tributos autonómicos o locales o la **STSJ de Valencia**

de **25 de noviembre de 2009** (NR 608/2007), que rechaza plantear cuestión de inconstitucionalidad.

c) Canon de control de vertido: hecho imponible

Que la autorización fuera provisional o definitiva en nada afecta a la exigencia del canon de vertido. Cfr. **STS de 29 de octubre de 2009** (NR 9653/2003).

d) Canon de control de vertidos: sujetos pasivos

Se comenta la **STSJ de Valencia de 2 de diciembre de 2009** (NR 3081/2007). Se imputa el canon a una sociedad civil, en calidad de sustituto del contribuyente, alegando que miembros de ésta realizaron vertidos. Parece ser —dice el tribunal— que la imputación a la actora del canon proviene de la deducción administrativa de que, existiendo un vertido a un barranco sin autor conocido o identificado, la responsabilidad tributaria de éste, corresponde al titular del vertido, y siendo el titular del vertido todos y cada uno de los propietarios, se entiende que la única asociación que aglutina a todas las comunidades de propietarios de la urbanización, es quien debe asumir la titularidad del vertido subsidiariamente a falta de la constitución de una comunidad de usuarios de vertido y repercutir él proporcionalmente entre cada uno de los propietarios de viviendas. La Sala estimará el recurso y reprochará con dureza el actuar de la administración: «Portentoso alarde de simplificación del problema: a falta de autor, se generaliza la responsabilidad de los vertidos y se imputan al parecer de forma aleatoria a una de las organizaciones de vecinos que se conoce, así todo cuadra y la recaudación es posible». La Sala de Valencia se refiere al artículo 115.3 TRLA, empleado por la Confederación, y explica que dicha previsión no supe la necesidad de determinación del sujeto pasivo contribuyente que, como se ha visto, se define legalmente como el responsable del vertido no autorizado. Tal previsión, por el contrario, tiene como presupuesto previo la exacta delimitación del o los sujetos pasivos contribuyentes, quienes hubieran realizado el vertido no autorizado. Circunstancia que aun abarcando a todas las viviendas no exime del requisito de su identificación a efectos de la configuración del tributo y su concreta cuantificación.

Parecida es la **STSJ de Valencia de 17 de diciembre de 2009** (NR 2211/2007). En este caso, la imputación a la actora (entidad urbanística de conservación) obedecía, según el tribunal, a la deducción administrativa de que, existiendo una depuradora ubicada en terrenos de la Urbanización, sus vertidos de aguas residuales le son imputables y debe pagar el canon correspondiente. Ignoraban que la titularidad de la depuradora era municipal.

e) Canon de control de vertido: cuantificación

En las reclamaciones contra las liquidaciones por este tributo es un lugar común señalar su falta de motivación, en relación con los diversos factores que juegan en el cálculo de la cuota. Así, la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 30 de septiembre de 2009** (NR 452/2007), en la que la actora reprocha que el cálculo utiliza criterios genéricos y desconocidos por el contribuyente, dándose además la circunstancia que reputa de «gravísima» de aplicársele el mismo coeficiente que a empresas que carecen de medios de tratamiento cuando «tiene

instalado elementos depuradores». El recurso se desestima, pues constan en el expediente diversas actas de inspección, toma de muestras y resultados analíticos del vertido que no han sido impugnados ni contradichos; no hay prueba en contrario suficiente y la explicación que aparece en el reverso de la liquidación le parece bastante a la Sala.

Sobre cuestiones de cuantificación puede confrontarse también la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 22 de octubre de 2009** (NR 453/2007).

En cambio, fue estimatorio el sentido de las **SSTSJ de Murcia de 17 de septiembre de 2009** (NR 12/2005); **27 de noviembre de 2009** (NR 311/2005) y **22 de enero de 2010** (NR 374/2005). 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.

Uno de los elementos que se tienen en cuenta para cuantificar el tributo es el volumen de agua autorizado. Como dice la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 24 de febrero de 2010** (NR 111/2005), no se aceptaría prueba alguna tendente a demostrar que el volumen real vertido era menor. En parecido sentido, la **STSJ de Extremadura de 29 de septiembre de 2009** (NR 692/2007), en la que se sugiere al interesado que pro futuro modifique las condiciones de la autorización.

La **STSJ de Valencia de 8 de septiembre de 2009** (NR 1829/2007), analiza el empleo de la estimación indirecta en la cuantificación del canon de vertido. Parte de que, en efecto, el mecanismo puede ser empleado, siempre que se den los presupuestos marcados en la norma. La sentencia trata de las exigencias de motivación de la necesidad de acudir a la estimación y, además, de la propia estimación indirecta del volumen del vertido. Al respecto señala que no es coherente o congruente, por parte de la Administración, que en ejercicios fiscales posteriores se admita una base tributaria nueve veces menor a la estimada en el año de la controversia.

También se había calculado por este sistema, por tratarse de vertidos no autorizados, la cuota tributaria objeto de la **STSJ de Valencia de 30 de septiembre de 2009** (NR 1672/2007). La Sala rechaza una interpretación literal del RDPH ordenando practicar una nueva liquidación en la que el coeficiente de mayoración no sea el máximo (4), teniendo en cuenta las características de la actividad y las circunstancias del caso, en el que la Administración también se demoró años en dar autorización cuando la empresa se dispuso a legalizar su situación.

B) Tributos autonómicos en materia de aguas

a) Constitucionalidad de los tributos

La **STS de 24 de marzo de 2010** (NR 7464/2004), declara la constitucionalidad del canon de saneamiento gallego, considerando que no vulnera el artículo 6.2 LOFCA, ya que no recae sobre hechos imponderables ya gravados por el Estado. En el caso presente se coteja con el canon de vertido de la Ley de Costas. La estimación que puede observarse en el fallo obedece a razones exclusivamente procesales (incongruencia omisiva).

También efectúa un juicio positivo de constitucionalidad la **STSJ de Galicia de 17 de marzo de 2010** (NR 15679/2008), atendiendo esta vez a las exigencias constitucionales de legalidad y seguridad jurídica.

b) Hecho imponible

Lo habitual es que las leyes autonómicas excluyan de la obligación de tributar en áreas que no reúnan un determinado volumen de habitantes-equivalentes. De esta cuestión trata la **STSJ de Galicia de 27 de enero de 2010** (NR 15780/2008), que desestima el recurso deducido por un Ayuntamiento, que discutía cómo se había formulado la aglomeración —junto con otro municipio— y la cuantificación de los habitantes.

c) Cuantificación de los tributos

La **STSJ de Cataluña de 29 de octubre de 2009** (recurso de apelación 30/2009), desestima la pretensión de la empresa recurrente, basada en la falta de representatividad que reprocha a las muestras. La Sala estudia y respalda el minucioso protocolo propuesto por la normativa catalana.

El TSJ, mediante **STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2009** (NR 493/2005), estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una asociación de campings contra el Decreto 47/2005, de 22 de marzo, de modificación del Reglamento de los tributos gestionados por la Agencia Catalana del Agua, y se anulan y dejan sin efecto las modificaciones introducidas por los artículos 4 y 5 del referido Decreto, que afectan a los artículos 20 y 21 del Reglamento, relativos a la obligación de declaración de las personas usuarias industriales y asimilables de agua y a los tipos de declaración del uso y la contaminación del agua (DUCA), respectivamente, y se declara el derecho de todos los usuarios sujetos pasivos del canon del agua a poder optar por presentar una DUCA básica. La pretendida simplificación de la reforma conduce a la introducción, con carácter obligatorio, de un régimen de estimación objetiva de las bases imponibles correspondientes a la actividad contaminante para negocios como los campings, lo que al entender de la Sala «contra- viene abiertamente las disposiciones y principios contenidos en la normativa aplicable en materia de aguas (...), en particular, el reiteradamente proclamado carácter voluntario del sistema de estimación objetiva para los obligados tributarios y el principio enunciado como “quien contamina paga” (...)». El tribunal tiene muy en cuenta la pericial aportada por los recurrentes en cuanto al incremento de gravamen que les suponía la reforma a los empresarios del sector, así como la anulación práctica del esfuerzo acometido en inversiones anticontaminantes.

Dos **SSTSJ de Galicia de 27 de enero de 2010** (NR 15658 y 15730/2008), desestiman la pretensión de la empresa recurrente de que se aplique la cuantía que se derivaría de la medición real de la carga contaminante, cuando en el momento procedimentalmente oportuno no cursó la oportuna solicitud, permaneciendo en estimación objetiva.

La **STSJ de Galicia de 17 de marzo de 2010** (NR 15679/2008, citada *supra*), resuelve asimismo varias cuestiones relacionadas con la cuantía del tributo. Planteaba la empresa recurrente, entre otras cosas (todas desestimadas) la aplicación de un tipo de gravamen re-

ducido en relación con el vertido de residuos mediante un emisario submarino proyectado a su costa, cofinanciado por la Administración y ubicado en terrenos de la demandante. Dice la Sala que dicho tipo afectaría a los vertidos al mar mediante instalaciones de saneamiento privadas, titularidad que no se acredita como tal, ni se desprende del Convenio invocado y otros firmados al efecto del saneamiento integral de la Ría de Pontevedra. La recurrente entendía que su aplicación era independiente de la titularidad privada de las instalaciones.

La **STSJ de La Rioja de 13 de enero de 2010** (NR 200/2009), confirma la legalidad de la liquidación efectuada a un Ayuntamiento, con concepto de sustituto, por el método de estimación indirecta, sobre la base de los datos cuantitativos del plan director de abastecimiento, dada su falta de colaboración en cuanto a la toma de referencias de lectura de consumos.

El Tribunal, mediante **SSTSJ de Valencia de 19 de octubre de 2009** (NR 3689/2006), **15 de diciembre de 2009** (NR 187/2009) o **29 de enero de 2010** (NR 188/2009), estima, siguiendo una línea jurisprudencial reiterada, los recursos interpuestos por las empresas recurrentes, que reprochan a la reglamentación del impuesto no haber desarrollado la ley en cuanto a la deducción por depuración privada. Dice el Tribunal que esta omisión «hace jurídicamente inviable la exigencia del canon, por la desidia de la Administración autonómica en la reglamentación antedicha».

C) Tributos locales en materia de aguas

a) Tasa municipal de alcantarillado

La **STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 30 de octubre de 2009** (NR 421/2005), resuelve varios asuntos de interés en relación con las tasas de alcantarillado y depuración, a resultas de un recurso deducido por una asociación empresarial que impugna las Ordenanzas Fiscales. Reprochan, en primer lugar, a la Ordenanza que calcule las bases del tributo principalmente en función del agua consumida y no del agua vertida, teniendo en cuenta que muchas actividades presentan usos manifiestamente consuntivos. No puede prosperar este primer argumento, pues la Ordenanza contempla un sistema alternativo para cuantificar las bases en función del agua vertida, bien es cierto que la instalación de los contadores necesarios para su empleo correrá por cuenta del usuario. Se impugnaba, en segundo lugar, la falta de motivación de las cuantías, aportando prueba pericial y señalando diversos defectos obrantes en la memoria económico-financiera, con indicación de diversos reparos que había puesto la Intervención. Tampoco se atenderá a este motivo, considerando entre otras muchas razones que los reparos de Intervención tenían que ver con la lejanía de la tarifa fijada de la cobertura del coste, aspecto este que puede afectar a la estabilidad presupuestaria, pero no a la legalidad de la cuantía, que, por el contrario, lo que tiene es un techo y no un suelo. Finalmente, la Sala considera ajustado a derecho el sobrepago para usos no domésticos.

La **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 24 de febrero de 2010** (NR 625/2008), estima el recurso deducido contra la Ordenanza Fiscal, anulando el apartado referido a los derechos de enganche. La sentencia es análoga a otra que comentamos en el apartado rela-

tivo a Propiedades Públicas, en relación con la modificación de la tasa por abastecimiento domiciliario de agua, a cuyo lugar nos remitimos.

b) Tasas municipales por depuración

La sentencia que comentamos revoca otra del Juzgado que estimó el recurso de los contribuyentes, dando la razón a la entidad prestadora del servicio, en este caso el Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia. Es la **STSJ del País Vasco de 18 de enero de 2010** (NR 649/2008). Se habían recurrido inicialmente liquidaciones tributarias por el concepto de tratamiento de aguas de la depuradora de Durango. El conflicto tiene relación con la vigencia o no de viejos convenios suscritos entre un prestador de servicios anterior y la papelera, a la sazón, sujeto pasivo del tributo. Dichos convenios fueron eliminados conforme a la redacción de las Ordenanzas Fiscales, y dicha eliminación se considera ajustada a derecho por parte de la Sala. Se plantea además una interesante cuestión procesal acerca de la inviabilidad de las impugnaciones (directas) de legalidad contra textos que no son sino reproducción literal de anteriores.

D) Tributos sobre residuos

a) Tasas municipales por recogida de basuras

Comienzo el comentario sobre este aspecto con la **STS de 4 de febrero de 2010** (NR 3671/2007), que trata de las relaciones entre las tasas por recogida de basuras y la prohibición de exigir tasas por la limpieza pública. Confirma el Alto Tribunal que una tasa de recogida de basuras exigida con motivo de la utilización del dominio público en el mercado semanal responde a un servicio específicamente motivado y, por ello, no está afectada por dicha prohibición.

La **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2009** (NR 360/2008), desestima la impugnación que efectúa la Cámara de Comercio de la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa de basuras. En absoluto se atienden sus alegaciones relacionadas con la cuantía (demostrándose que el coste del servicio es muy superior a lo recaudado) y a las diferencias entre actividades, descartando la Sala cualquier comparación con otros Ayuntamientos, dado que cada uno tiene capacidad de fijar las tarifas de acuerdo con sus preferencias, siempre que se respeten los mínimos legales. La recurrente también señalaba que se estaba exigiendo una tasa por un servicio que la Administración acepta con carácter potestativo, dato que ni considera el TSJ, supongo que sobre la base de la tesis que a mí me parece la correcta de que las entidades locales *deben* establecer tasas sobre ciertos servicios (y no precios), pero *pueden* establecer sobre los demás (prefiriéndolos a los precios).

Se comenta a continuación una nueva sentencia referida a las tasas por residuos sólidos urbanos en el área del Ayuntamiento de Madrid, a raíz de la reorganización de su sistema económico-financiero en 2008. Es la **STSJ de Madrid de 9 de febrero de 2010** (NR 218/2009). Se impugnaba la Ordenanza, alegándose que no puede exigirse el abono de la tasa impugnada cuando se está ante inmuebles con un uso residencial que se encuentran desocupados de forma absoluta por circunstancias ajenas al propietario (casos de indisponibilidad material para su ocupación dado que el inmueble está sometido a un proceso de

reforma y de reestructuración que impide su ocupación material y efectiva por causas ajenas a la voluntad del propietario, así como a los supuestos en los que el propietario quiere alquilar el inmueble y no se obtiene pues no existe relación entre la oferta y la demanda). La Sala rechaza frontalmente esta argumentación, sobre la base de la doctrina del Tribunal Supremo.

E) Otros tributos autonómicos ambientales

a) Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente

La **STS de 30 de octubre de 2009** (NR 2574/2003), trata del impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente. Este tributo, como se conoce, fue anulado por el Tribunal Constitucional hace una década. ¿Cómo llega pues un asunto hasta el Tribunal Supremo y por qué razón? Se trata de un recurso de casación interpuesto contra un recurso deducido ante el TSJ de Baleares, que había sido desestimado. El núcleo del litigio está en la aplicación de la sentencia del Tribunal Constitucional a situaciones que habían adquirido firmeza, en concreto liquidaciones firmes apremiadas. El Alto Tribunal desestimarán también la casación, bien es cierto que con el voto particular del magistrado Fernández Montalvo.

F) Otros tributos locales ambientales

a) Tasas por licencias ambientales

La **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2009** (NR 360/2008), desestima la impugnación que efectúa la Cámara de Comercio de la Ordenanza Fiscal de la tasa por intervención en actividades ambientales (licencias ambientales). La recurrente no es capaz de demostrar la irracionalidad de las cuantías, la vulneración del TRLHL o la subversión de la figura de la tasa.

G) Incentivos fiscales en impuestos ordinarios

a) Impuesto sobre Sociedades

La **SAN de 13 de mayo de 2010** (NR 181/2007), trata de la deducción por inversiones ambientales en el impuesto sobre sociedades. Más que por el contenido de la sentencia, que no genera propiamente una doctrina relevante, interesa acceder a esta sentencia para comprobar la enorme importancia económica que puede representar un elemento de cuantificación del impuesto como éste. En los antecedentes se especifican las cuantiosas inversiones en todo tipo de activos susceptibles de beneficiarse de esta deducción; las formalidades que ha debido seguir la empresa para tener el respaldo formal mínimo (certificaciones autonómicas) y las razones de la Inspección para no admitir la deducción de muchas de ellas. Luego, la demanda es bastante pobre en la defensa de los intereses de la empresa, por lo que la Sala tiene cierta facilidad para respaldar la actuación de la Administración Tributaria. Tienen cierto interés los razonamientos que se efectúan en torno al concepto de instalación; en cuanto a la imposible subsunción de los bienes muebles en dicho concepto y en la función

de las certificaciones de la Comunidad Autónoma, que en ningún caso pueden convertirse en intérpretes de la normativa tributaria estatal, para lo que carecen de competencia.

Precisamente sobre la función de la Comunidad Autónoma y el alcance de sus competencias trata la **STSJ de Cataluña de 4 de febrero de 2010** (NR 571/2008), desestimatoria de la demanda presentada. La Sala de Barcelona efectúa unas interesantes reflexiones sobre las razones que pueden y que no pueden esgrimirse en la resolución autonómica relativa a la certificación de las inversiones.

JAVIER DOMPER FERRANDO
ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO
ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRD
JOSÉ MONTOYA HIDALGO
SERGIO SALINAS ALCEGA
BEATRIZ SETUAIN MENDIA
PATRICIA VALCÁRCEL
ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

SUMARIO

1. NOTA PRELIMINAR.
 2. FOMENTO.
 3. ENERGÍA.
 - A) Régimen tarifario especial.
 - B) Determinación de los costes correspondientes a la gestión de los residuos radioactivos y del combustible gastado.
 - C) Instalaciones eléctricas. No necesidad de declaración de autorización ambiental integrada ni de estudio de impacto ambiental.
 4. INDUSTRIA.
 5. TRANSPORTES.
-

1. NOTA PRELIMINAR

En este número se recogen las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos Aranzadi números 3 a 8.

2. FOMENTO

Ayudas comunitarias a la producción de cítricos

La **STS de 23 de julio de 2009**, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, resuelve el recurso de casación número 1758/2006 (RJ 2010/606), interpuesto por una Sociedad Agraria de Transformación frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 1 de febrero de 2006, que desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido contra la Resolución de la Consejería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalidad Valenciana, de 16 de octubre de 2001, que, a su vez, desestimó el recurso de alzada formulado por dicha sociedad contra la Resolución del Director General de Producción Agraria, de 16 de enero de 2001, sobre control de ayudas a la producción de cítricos destinados a la transformación, campaña 1998/1999.

Las Resoluciones de origen recurridas en instancia declararon el incumplimiento por la beneficiaria de la normativa reguladora de las ayudas a la producción de cítricos destinados a la transformación y, en consecuencia, la no procedencia del reconocimiento del derecho a las ayudas solicitadas y percibidas, acordando, de un lado, reclamar los importes de los anticipos indebidamente percibidos, y, por otro lado, la improcedencia del pago de los importes pendientes.

Cabe destacar, tal y como hace la presente resolución judicial del Tribunal Supremo, que el punto de partida de este litigio lo constituyen las actuaciones inspectoras que pusieron de manifiesto diversos hechos infractores de la normativa. Todas estas anomalías impedían comprobar la necesaria concordancia entre las cantidades de productos entregados a la transformación y las cantidades entregadas a las organizaciones de productores por sus miembros. Se producía, en definitiva, una vulneración de los artículos 16 y 18 del Reglamento CE 1169/97.

Tras exponer la sentencia del Tribunal Supremo tales hechos, reproduce los apartados más significativos de la sentencia impugnada del tribunal de instancia. En este sentido, destacan las afirmaciones del TSJ de la Comunidad Valenciana acerca de que la competencia de comprobación es consustancial e intrínseca a cualquier actividad de fomento, puesto que se otorgan unas ventajas al sujeto que actúa en la dirección querida por la administración, en virtud del progreso y el bienestar social, pero junto a estas ventajas, se imponen al beneficiado por las ayudas unas obligaciones cuya correcta observancia tiene que ser acreditada. La sentencia impugnada añade que en el ámbito del otorgamiento de subvenciones, corresponde la carga de la prueba del cumplimiento de las condiciones, precisamente, a quien ha recibido las ayudas comunitarias. A estos efectos, el TSJ de la Comunidad Valenciana recuerda la presunción de validez de los actos administrativos (artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Las omisiones, la falta de prueba y las irregularidades denunciadas por la inspección autonómica comportan que deban desestimarse las pretensiones de la parte actora.

A continuación, la Sala procede a examinar los ocho motivos de casación planteados por la sociedad recurrente, los cuales son todos ellos desestimados por el Alto Tribunal.

En el primero de los motivos de casación, la sociedad actora alega la vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica (artículos 9.3 y 103 CE), porque considera que las exigencias administrativas de solicitar a la recurrente *tickets* de báscula, albaranes de entrega o facturas detalladas no estaban contempladas en los Reglamentos comunitarios reguladores de las ayudas. El Tribunal Supremo rechaza con contundencia este primer motivo. Señala que no se produce ninguna vulneración de estos principios constitucionales, puesto que precisamente la exigencia de esos medios de comprobación de las entregas de los cítricos destinados a la transformación constituía el presupuesto sobre el que se basaba la concesión de las ayudas. Añade la sentencia del Tribunal Supremo que la actora estaba obligada a la recepción del fruto de sus socios y a su entrega a la industria para su transformación; como la documentación que aportó la sociedad recurrente resultaba insuficiente, la Administración exigió que fuera completada. La Sala precisa que desde la Administración se invocó la normativa europea aplicable, que exige comprobar adecuadamente las entregas realizadas a la industria, y que deben proceder bien de socios de la Organización de Productores, o de productores terceros independientes, que tuvieran suscritos acuerdos

con aquélla. La Sala pone de manifiesto que la actitud de la sociedad recurrente impidió el control preciso del destino de los fondos empleados, y concluye recordando que todas estas cuestiones suponen una valoración de la prueba, que corresponde al Tribunal de instancia y sobre la cual el Tribunal Supremo no puede entrar a conocer.

El segundo de los motivos de casación se basa en la supuesta vulneración del principio de protección de la confianza legítima y buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares. La entidad recurrente sostiene que se le ha sancionado, ya que la Administración, que en un primer momento había dado la documentación como suficiente, cambió posteriormente y pasó a exigir nuevas facturas y certificados. El Tribunal Supremo rechaza también este motivo de casación, destacando ante todo la confusión en que incurre la parte actora, puesto que por medio del recurso de casación se examina la actuación de la sentencia recurrida, y no se cuestiona la actividad de la Administración, como parece pretender dicha recurrente. En cualquier caso, prosigue el Tribunal Supremo, la exigencia de documentación fue adecuada para comprobar que la concesión de la ayuda había cumplido con los requisitos normativos. En su sentencia, el Tribunal Supremo concluye que el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas no posee la condición o naturaleza de sanción, sino que es consecuencia lógica del incumplimiento de obligaciones contraídas previamente y no realizadas.

El motivo tercero se fundamenta en una supuesta infracción del artículo 10 del Reglamento CE 1169/97, de la Comisión, puesto que la sociedad actora alega que cumplió con todos los requisitos. Añade que la sentencia de instancia se limitó a indicar que la actividad probatoria era escasa, pero no ofreció datos acerca de la forma en que la recurrente debería haber seguido. El Tribunal Supremo desestima esta pretensión, ya que correspondía a la recurrente acreditar que su comportamiento se había adecuado a la norma. Lejos de ello, la Administración constató con la actuación inspectora que había un incumplimiento, y solicitó a la ahora parte actora que acreditara la actividad objeto de ayuda económica. El Tribunal Supremo concluye que la sentencia de instancia fue lo suficiente explícita en este extremo, cuando mantuvo que no había una prueba suficiente, y que estaba al alcance de la recurrente facilitar nueva documentación.

En cuarto lugar, la sociedad recurrente alega que la Consejería infringió por no aplicación lo dispuesto en los Reglamentos comunitarios, en la medida en que dicho órgano administrativo no precisó los requisitos adicionales para la nueva campaña. El Tribunal Supremo rechaza esta otra pretensión de la parte actora, por dos motivos: por una parte, en cuanto que vuelve a pretender la revisión de comportamientos de la Administración; y, por otra parte, porque supone entrar en una valoración de la prueba, que no corresponde al Tribunal Supremo.

El quinto motivo de casación lo estructura la entidad actora en una aplicación indebida del artículo 6, apartado 11, párrafo segundo, del Reglamento 1169/97. El Tribunal Supremo vuelve a rechazar con contundencia la pretensión de la actora, porque la recurrente no concreta a qué se refiere, cita erróneamente el precepto y se remite a la actuación de la Administración y no enjuicia la Sentencia.

Los motivos de casación sexto, séptimo y octavo son tratados conjuntamente por la Sala. En los dos primeros, se alega por la actora que la sentencia de instancia ha aplicado indebidamente la jurisprudencia. El Tribunal Supremo rechaza este alegato porque consi-

dera evidente que el Tribunal de instancia invoca esa jurisprudencia como precedente y no como *ratio decidendi*. En el último motivo de casación, la sociedad actora pretende una integración de hechos, que es rechazada por el Tribunal Supremo, porque se trata de un motivo no incluido en el número 1 del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, sino que corresponde utilizar al Tribunal cuando se invoquen los motivos del apartado d). En este sentido, la recurrente cita diversos libros que llevaba ella misma, así como oficios y circulares de la Consejería que vendrían a demostrar la actuación errónea de la Administración. El rechazo a esta alegación de la entidad actora se funda en que se trata de un material probatorio que estuvo a disposición de la Sala de instancia, y que no consideró. El Tribunal Supremo concluye que la apreciación de esta documentación no alteraría el juicio último sobre la actuación de la parte recurrente.

3. ENERGÍA

A) Régimen tarifario especial

La **STS de 18 de noviembre de 2009** (recurso 43/2007), desestimó la pretensión de las empresas que se acogieron voluntariamente al sistema retributivo especial, consistente en pretender una compensación adicional igual a la asignada a los distribuidores del sistema ordinario. Consecuentemente, desestimó el recurso interpuesto contra el RD 1634/2006, de 29 de diciembre, en el que se fijó la tarifa eléctrica a partir del primero de enero de 2007.

En su sentencia el Tribunal Supremo hace expresa mención a su propia doctrina anterior en la materia, en la que ya había sentado que la diversidad de regímenes retributivos juega en un doble sentido, esto es, tanto a favor como en contra de los beneficiarios, de modo que el parámetro de referencia para juzgar sobre la disposición impugnada por lo que hace al régimen retributivo ha de ser el que corresponde a su regulación específica y no a la de otros sujetos del sector eléctrico.

De acuerdo con este criterio lo que corresponde ante la impugnación de una norma que fija las tarifas es analizar si éstas permiten una «retribución económica adecuada» para las empresas que optaron por un determinado sistema de retribución, pero sin tener que analizar si les corresponde una compensación análoga o paralela a la de los distribuidores ordinarios.

De acuerdo con este criterio el Tribunal concluye que, según las pruebas realizadas, el Real Decreto garantiza una retribución adecuada, situándose la tarifa dentro del margen que debe reconocerse a la Administración. Por todo ello, se desestima el recurso.

B) Determinación de los costes correspondientes a la gestión de los residuos radioactivos y del combustible gastado

La impugnación por parte de UNESA del Real Decreto 1767/2007, de 28 de diciembre, por el que se determinan los valores a aplicar en el año 2008 para la financiación de los costes correspondientes a la gestión de los residuos radioactivos y del combustible gastado, y al desmantelamiento y clausura de instalaciones, se fundamenta en una cuestión meramente

formal como es la tramitación de la norma impugnada y la vulneración del trámite de audiencia. No obstante, este motivo de impugnación da lugar a que el Tribunal lleve a cabo una completa exposición sobre el régimen de la financiación del déficit tarifario, por lo que hemos querido dar cuenta de esta sentencia dentro de esta sección.

La impugnación del Real Decreto 1767/2007 se fundó en el vicio procedimental de no haberse dado audiencia a las partes interesadas tras una modificación sustancial del proyecto de Real Decreto, concretamente, la modificación introducida en la Disposición Adicional Única. Es decir, para la recurrente al haberse modificado durante la tramitación del Real Decreto su contenido, debería haberse abierto una nueva fase de audiencia a los sujetos interesados.

Para determinar si esta modificación es o no sustancial, y requiere o no por tanto un nuevo trámite de audiencia, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 21 de octubre de 2009 (recurso 13/2008), pasa a analizar en su fundamento tercero el régimen jurídico de la financiación de los costes de la gestión de los residuos radioactivos y su evolución en el tiempo. Este análisis le permite señalar cómo se ha evolucionado desde un sistema de financiación *ex post* a una previsión *ex ante* y le permite concluir que la novedad introducida en la Disposición Adicional Única suponía una novedad sustancial que requería un nuevo trámite de audiencia. Así, afirma el Tribunal, «no cabe duda que la incorporación con carácter indefinido de una aportación económica cuantiosa a la estabilidad financiera del sistema eléctrico por parte de las empresas eléctricas (apartado 2 de la Disposición Adicional), tiene la suficiente trascendencia como para entender imprescindible el que dicha previsión normativa cumple regularmente el procedimiento de elaboración estipulado por el artículo 24 de la ley del Gobierno y sea sometido al correspondiente trámite de audiencia pública».

C) Instalaciones eléctricas. No necesidad de declaración de autorización ambiental integrada ni de estudio de impacto ambiental

El Consejo de Ministros adoptó el acuerdo de declaración de utilidad pública y aprobación del proyecto de ejecución de la subestación de «Bescanó», constituida por los parques de 400 kV y de 220 kV, y de la que es titular de la misma Red Eléctrica Española.

El citado acuerdo fue impugnado por el Ayuntamiento de Bescanó en base a cuatro motivos que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2010 (recurso 473/2007), desestima de forma sucesiva.

El primer argumento que analiza la sentencia, y cuya desestimación predetermina la de los dos argumentos posteriores, consistía en alegar fraude de ley al haberse llevado a cabo una tramitación fragmentada del proyecto de subestación en relación con los de las líneas de 400 y 200 kV con los que la subestación está enlazada. Para el Ayuntamiento recurrente debía haberse llevado a cabo una tramitación única con todas las exigencias propias de dicha tramitación. Frente a lo alegado por la recurrente el Tribunal concluye que la subestación de Bescanó posee una funcionalidad múltiple que no se reduce a su integración en las líneas de interconexión con Francia, no se da el supuesto de hecho que plantea la parte actora de que la citada subestación debía necesariamente haberse tramitado de forma conjunta con las líneas y demás estaciones que quedan comprendidas en dicha interconexión.

Esta primera conclusión le permite al Tribunal rechazar también las alegaciones de la parte recurrente consistentes en la necesidad de autorización ambiental integrada y exigibilidad de estudio de impacto ambiental.

El último argumento de la recurrente se centró en la necesidad de que el proyecto se hubiera debido tramitar según el artículo 48 de la Ley de urbanismo de Cataluña. Frente a esta alegación el Tribunal sostiene que la norma aplicable al caso era el artículo 36.3 de la ley del sector eléctrico y preceptos dictados en su desarrollo, sin necesidad de tener que aplicar la normativa urbanística autonómica. Sobre este concreto punto del recurso la sentencia concluye: «la tramitación se ha de ajustar de conformidad con lo previsto en la propia ley del sector eléctrico, desarrollada a efectos del concreto procedimiento por el reiteradamente citado Real Decreto 1955/2000 y estando, en cuanto a la coordinación y colaboración entre Administraciones Públicas, a lo dispuesto en las disposiciones adicionales mencionadas de la ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas».

4. INDUSTRIA

Seguridad industrial. Competencias estatales y autonómicas

La Consejería de Industria y Comercio y Turismo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco aprobó la Orden de 13 de septiembre de 2005, sobre ascensores instalados en viviendas unifamiliares.

La Orden fue impugnada por dos Asociaciones de empresarios del sector oponiéndose al precepto en el que se establecía que la revisión de los ascensores instalados en este tipo de viviendas, las unifamiliares, deberían ser revisados por la empresa conservadora al menos una vez cada cuatro meses. El argumento jurídico en el que basaron su recurso fue la falta de competencia del Gobierno Vasco para modificar la normativa estatal en materia de seguridad industrial, normativa que establecía un período genérico de revisión de los ascensores de un mes.

El recurso fue desestimado en primera instancia, pero recurrida la sentencia en casación el Tribunal Supremo estimó el recurso anulando la disposición impugnada en la **STS de 29 de septiembre de 2009** (recurso 1095/2007).

La cuestión jurídica de fondo que planteó el recurso fue la relativa a la delimitación de las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad industrial. La sentencia examinada recoge en este punto la doctrina del Tribunal Constitucional, Sentencias 243/1994, de 21 de julio, y 203/1992, así como las del Tribunal Supremo, Sentencias de 18 de enero de 2006 y 21 de marzo de 2006, para concluir que «el reparto de funciones en materia de seguridad industrial sigue aquí un esquema similar al analizado en el fundamento jurídico 3.º: el Estado se reserva la función normativa en materia de seguridad de los productos industriales, en tanto que a la Comunidad Autónoma del País Vasco le corresponde la potestad de complementar esta normativa y la ejecución tanto de la emanada del Estado, cuanto de la autonómica o comunitaria europea».

Este mismo criterio, continúa diciendo la sentencia, se recoge también en el artículo 12.5 de la Ley de industria, Ley 21/1992, de 16 de julio.

De acuerdo con estos parámetros legales y jurisprudenciales, al Estado corresponde la normativa básica, mientras que el Gobierno Vasco podía introducir «requisitos adicionales», esto es, mandatos y disposiciones complementarias que no contradigan los mandatos o los fines perseguidos en la legislación estatal.

Centrada de este modo la cuestión jurídica, la resolución del conflicto llevaba a tener que determinar si la reducción de la periodicidad de las revisiones que establecía la Orden del Gobierno Vasco impugnada se limitaba a complementar y mejorar la normativa estatal, o bien suponía la introducción de una modificación *in prius* de la seguridad industrial, en cuyo caso comportaría una invasión de la competencia estatal. El Tribunal se pronuncia a favor del segundo criterio y por tanto anula la Orden impugnada.

Por último, la sentencia rebate el argumento de la sentencia de instancia que sirvió para confirmar la validez de la Orden. Según la sentencia impugnada, la Orden del Gobierno Vasco contenía una regulación limitada a las viviendas unifamiliares en las cuales la utilización de los ascensores es muy baja, razón por la cual el período de revisiones podía ampliarse de un mes a cuatro. El Tribunal Supremo rechaza este argumento aduciendo que esta distinción por razones de la especificidad de la ubicación de los ascensores no se recoge en la norma estatal, ni existe prueba alguna en la que se funde técnicamente la ampliación de los períodos de revisión.

5. TRANSPORTES

Transportes terrestres. Aprobación del proyecto ferroviario

La **STS de 14 de octubre de 2009**, resuelve el recurso de casación número 1466/2007 (RJ 2010/1061), interpuesto por varios particulares contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictada el 8 de febrero de 2007, que desestimó los dos recursos contencioso-administrativos (núms. 70/2005 y 1240/2005), que los propios recurrentes en casación habían presentado contra sendos acuerdos del Departamento de Transportes y Obras Públicas del Gobierno Vasco relativos al proyecto de trazado de la línea férrea «Euskotren», en lo que se refiere al desdoblamiento del tramo Traña-Berriz y a la implantación en Lebario de nuevos talleres y cocheras de la línea Bilbao-Donostia.

En particular, la primera de las resoluciones administrativas impugnadas consiste en la aprobación definitiva del proyecto de infraestructura. Los ahora recurrentes impugnaron en alzada dicho proyecto porque alegaban que incurría en ciertas causas de nulidad, y menoscababa sus derechos de propiedad sobre una parcela y un caserío. El citado Departamento del Gobierno Vasco consideró que la alzada era inadmisibile por extemporánea y que no procedía la revisión de oficio, puesto que no existían motivos de nulidad de pleno derecho para ello.

En cuanto a la segunda de las resoluciones administrativas impugnadas, se trata de la aprobación de la relación de bienes y derechos afectados por el desdoblamiento de la vía, y de la convocatoria a los titulares para el levantamiento de actas previas complementarias. En este segundo supuesto, el recurso de alzada fue objeto de desestimación por acto presunto.

El Tribunal Supremo, tras reproducir los fundamentos jurídicos más relevantes de la sentencia de instancia, examina los tres motivos de casación presentados al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, y los desestima todos, a partir de las consideraciones siguientes.

En el primer motivo de casación, alega la parte recurrente que la Sala de instancia no había valorado los motivos de nulidad esgrimidos frente al acuerdo relativo al procedimiento expropiatorio, y lo había hecho tan sólo respecto a la aprobación definitiva del proyecto ferroviario. A continuación, la recurrente reitera que la tramitación y aprobación de la reclasificación urbanística de sus terrenos (no urbanizables) constituye «un requisito previo e inexcusable» para aprobar válidamente tal proyecto ferroviario, así como el expediente expropiatorio dirigido a su ejecución.

En este sentido, los recurrentes defienden la tesis, según la cual, la modificación de las normas subsidiarias del municipio de Abadiño era condición previa a la aprobación del proyecto ferroviario, de modo que la validez de éste quedaría condicionada a que los terrenos afectados fueran reclasificados previamente como suelo urbanizable industrial, o bien, como sistema general de infraestructura ferroviaria.

El Tribunal Supremo desestima este primer motivo de casación, con base en dos argumentos. Por una parte, constata que los recurrentes alegan como precepto vulnerado el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sin embargo, la Sala pone de manifiesto que las normas legales y reglamentarias determinantes para la resolución del motivo de casación son en realidad de carácter autonómico, esto es, el Plan Territorial Sectorial de la Red Ferroviaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por Decreto 41/2001 (en concreto, su artículo 6), y la Ley 47/1990, de 31 de mayo, de Ordenación del territorio del País Vasco (en particular, su artículo 9.2). Por ello, no le corresponde al Tribunal Supremo corregir la interpretación de tales normas, efectuada por el tribunal de instancia.

Por otra parte, el Tribunal Supremo señala que resulta infundado alegar que el proyecto ferroviario había sido dictado «prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal establecido», única causa de nulidad que podían plantear los recurrentes al solicitar la revisión extraordinaria de oficio, puesto que, por la admitida extemporaneidad de su recurso de alzada, no podían alegar cuestiones de anulabilidad. Así es, este proyecto de infraestructura fue aprobado tras cumplir la Administración el procedimiento reglado, con observancia de los trámites preceptivos.

El primer motivo de casación también debe ser desestimado en lo relativo al acuerdo administrativo de aprobación de la relación de bienes y derechos afectados por el desdoblamiento de la vía. El Tribunal Supremo recuerda que la aprobación definitiva del proyecto ferroviario comportó la declaración de utilidad pública e interés social de las obras, y la urgencia de la ocupación de los bienes y derechos afectados que en su anexo se relacionan.

Con esa aprobación de la relación de bienes y derechos, la Administración concretaba y pormenorizaba la relación de bienes y derechos afectados por la nueva infraestructura ferroviaria. En su aprobación no se produjo ningún vicio del procedimiento, añade la Sala y, en todo caso, concluye, se trata de la aplicación de normas legales y reglamentarias de carácter autonómico, cuestión sobre la que el Tribunal Supremo no puede pronunciarse.

En el segundo motivo de casación, dirigido tanto al acuerdo aprobatorio del proyecto ferroviario, como a la resolución por la que se aprueba la relación de bienes y derechos expropiables, alegan los recurrentes que el Tribunal de instancia habría infringido el artículo 63.1 y 2 de la ya mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El Tribunal Supremo desestima este segundo motivo casacional en relación al acuerdo aprobatorio del proyecto de infraestructura, en tanto que la Sala de instancia no podía apreciar vicios determinantes de anulabilidad, puesto que el recurso de alzada se había interpuesto fuera del plazo legalmente establecido. A estos efectos, la Sala del Tribunal Supremo recuerda que el principio *iura novit curia*, si bien permite al Tribunal de instancia ir más allá de lo planteado por las partes, no permite que se altere el objeto mismo del proceso, que es lo que pretendían los recurrentes.

En lo que se refiere al acuerdo por el que se aprueba la relación de bienes y derechos expropiables, la referencia por la parte recurrente al artículo 33 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, no resulta adecuada. En este sentido, el Tribunal Supremo argumenta que la aprobación de los planes de ordenación urbana puede conllevar en determinadas circunstancias (cuando aquéllos habiliten expropiaciones) la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupar los bienes y derechos correspondientes. Pero a continuación el Tribunal Supremo añade que esta misma consecuencia jurídica puede predicarse de la aprobación de otros muchos actos administrativos y proyectos. Éste es el caso concreto del artículo 153 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, respecto a la aprobación de los proyectos ferroviarios de ampliación o mejora de líneas preexistentes.

Alcanzado el examen del tercer motivo de casación, el Tribunal Supremo constata que se alega por los recurrentes la vulneración del artículo 20.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones. Entienden los recurrentes que este precepto sólo permite actuaciones específicas de interés público en suelo no urbanizable a través de un procedimiento que no se habría seguido en el presente supuesto. Como hemos avanzado, el Alto Tribunal desestima igualmente este último motivo de casación, en la medida que la parte recurrente no habría aportado una crítica mínima en casación.

Concluye el Tribunal Supremo, dando la razón a la Sala de instancia, que los acuerdos de aprobación de grandes infraestructuras ferroviarias, como la de autos, precedidos por los procedimientos previstos en las leyes sectoriales, son por sí mismos suficientes para acreditar el «interés público» o la utilidad pública de las obras correspondientes. Puede admitirse, por tanto, que el procedimiento específico que prevé el artículo 20.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, habría sido tramitado, en la medida que la Administración había procedido conforme a la legislación sectorial sobre aprobación de los proyectos de infraestructuras de obras públicas.

JOSEP MOLLEVÍ I BORTOLO
JOAQUÍN TORNOS MAS

XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD

SUMARIO

1. CONSUMO.
 - A) **Conciliación extrajudicial obligatoria en los litigios entre usuarios finales y proveedores en servicios de comunicaciones electrónicas.**
2. DEPORTE.
 - A) **Más sobre fútbol-sala.**
3. EDUCACIÓN.
 - A) **No universitaria.**
 - a) **Carácter educativo de un Centro de ejecución de medidas aplicables a menores de edad infractores de normas penales.**
 - B) **Universitaria.**
 - a) **Reclamación contra propuesta de adjudicación de una plaza de Profesor Titular de Universidad.**
4. EXTRANJEROS.
 - A) **Denegación de entrada y expulsión.**
 - B) **Asilo y condición de refugiado.**
 - C) **Nacionalidad.**
5. JUEGO.
 - A) **Apuestas en Internet: régimen de derechos exclusivos y prohibición de publicidad, con sanciones penales únicamente para la promoción de juegos de azar organizados en otro Estado y no se aplica a la promoción de tales juegos organizados en el propio Estado sin autorización.**
6. SANIDAD.
 - A) **Libertad de establecimiento y criterios específicos de planificación para la autorización de oficinas de farmacia.**
 - B) **Legalidad del cierre cautelar de Centro sanitario privado que carece de autorización de apertura.**

- C) **Ilegalidad del Decreto autonómico que regula la constitución y régimen de funcionamiento de los depósitos de sangre procedentes del cordón umbilical.**
 - D) **Consentimiento informado.**
-

1. CONSUMO

A) **Conciliación extrajudicial obligatoria en los litigios entre usuarios finales y proveedores en servicios de comunicaciones electrónicas**

La **STJUE de 18 de marzo de 2010**, en los Asuntos Acumulados C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, desde Italia. Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación del principio de tutela judicial efectiva en relación con una normativa nacional que establece una tentativa de conciliación extrajudicial obligatoria como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales en determinados litigios entre proveedores y usuarios finales incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

El artículo 34 de la Directiva sobre servicio universal, titulado «Resolución extrajudicial de litigios», dispone: «1. Los Estados miembros garantizarán la disponibilidad de procedimientos extrajudiciales transparentes, sencillos y poco onerosos para tratar litigios no resueltos que afecten a los consumidores y se refieran a asuntos regulados por la presente Directiva. Los Estados miembros adoptarán medidas para garantizar que tales procedimientos permitan la resolución equitativa y rápida de los litigios y, en caso justificado, podrán adoptar un sistema de reembolso o indemnización. Los Estados miembros podrán ampliar el ámbito de estas obligaciones de modo que cubran también los litigios que impliquen a otros usuarios finales. 2. Los Estados miembros velarán por que su legislación no obstaculice la creación al nivel territorial adecuado de ventanillas y servicios en línea para la presentación de reclamaciones con el fin de facilitar el acceso de consumidores y usuarios finales a la resolución de litigios...».

Por su parte, el TJ entiende que la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente consiste fundamentalmente en determinar si el artículo 34 de la Directiva de servicio universal y el principio de tutela judicial efectiva deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual los litigios en materia de servicios de comunicaciones electrónicas entre usuarios finales y proveedores, relativos a los derechos conferidos por dicha Directiva, deben ser objeto de una tentativa de conciliación extrajudicial obligatoria como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales. Y al efecto concluye señalando que el artículo 34 de la Directiva de servicio universal debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual los litigios en materia de servicios de comunicaciones electrónicas entre usuarios finales y proveedores, relativos a los derechos conferidos por dicha Directiva, deben ser objeto de una tentativa de conciliación extrajudicial obligatoria como requisito

de admisibilidad de las acciones judiciales. Los principios de equivalencia y de efectividad y el principio de tutela judicial efectiva tampoco se oponen a una normativa nacional que impone, para tales litigios, la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija.

2. DEPORTE

A) Más sobre fútbol-sala

La **STS de 24 de junio de 2009**, Ar. 5792, resuelve el recurso de casación interpuesto contra todas y cada una de las normas que declara nulas, el TSJPV por infracción de la Ley del Parlamento Vasco 14/1998, de 11 de junio, del Deporte. Así la sentencia recurrida afirma «que la calificación del fútbol sala como modalidad deportiva en el Catálogo de Modalidades y Disciplinas incorporado como anexo al decreto recurrido es disconforme a derecho por infracción del artículo 47.1.h) del propio reglamento y en definitiva por infracción del artículo 18.1 de la Ley vasca del deporte, sin que el hecho de que con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto el fútbol sala hubiera contado con federaciones propias en la CAPV, justifique un tratamiento de excepción en relación con dicha actividad deportiva ya que no lo contempla la Ley vasca del deporte». También, en el fundamento de derecho cuarto, respecto del artículo 45.3, en cuanto posibilita la adscripción de más de una modalidad deportiva a una sola Federación, en donde afirma que aquél infringe el artículo 15.1 de la Ley vasca del deporte, pues, dice la Sala de instancia, «sienta el principio de que a cada modalidad deportiva le corresponde una única federación». Y finalmente, en el fundamento de derecho quinto, para el artículo 49.2, en la medida en que habilita al Director de Deportes del Gobierno Vasco para el reconocimiento de nuevas modalidades deportivas y para la modificación del Catálogo de Modalidades y Disciplinas contenido en el anexo del Decreto, pues ello, afirma la Sala, «contradice frontalmente el artículo 18.2 de la Ley vasca del deporte».

Es decir, que el fundamento de las declaraciones de nulidad radica en la falta de cobertura de la Ley Vasca del deporte. Y al efecto el TS resuelve —en su desestimación del recurso, que no inadmisión— que una nueva interpretación de la Ley autonómica 14/1998 y del Decreto 16/2006 que la desarrolla, con el fin de que este Tribunal Supremo alcance una conclusión contraria a la de la Sala de instancia, en la que compruebe que las normas reglamentarias declaradas nulas no contradicen las de la norma legal que desarrollan, no es la función que el legislador ha atribuido al Tribunal Supremo, al que le encarga, en un recurso de casación contra sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, la de controlar la eventual infracción de normas estatales o de derecho comunitario europeo. No siendo una infracción de éstas, sino de las de la Ley autonómica, la que real y únicamente subyace como motivo de casación.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) *Carácter educativo de un Centro de ejecución de medidas aplicables a menores de edad infractores de normas penales*

En un recurso que tiene su origen en la impugnación de una relación de puestos de trabajo, la **STS de 30 de septiembre de 2009**, Ar. 7364, frente a lo inicialmente resuelto por la Sentencia de instancia —que entendió que no se trataba de un Centro propiamente educativo, pese al adjetivo «educativo» que se le aplicaba («por un deseo de no herir sensibilidades al acoger a menores que han cometido delitos») y partiendo del dato de que no dependía de la Consejería de Educación, sino de la de Justicia—, el Alto Tribunal considerará, atendiendo a lo dispuesto en la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad de los Menores, que

«(...) tal como se infiere de las medidas a ellos aplicables y de su propio contenido objetivo, la finalidad que con su aplicación se persigue es esencialmente educativa y resocializadora, que no olvida la prevención penal especial; todo ello para evitar la comisión de nuevos delitos. Estas medidas, según su contenido, dejan entrever que lo que se pretende con su aplicación es completar la formación del menor, supliendo los déficits educativos y de socialización que le llevaron a delinquir, ayudándole a superarlos para lograr su integración social.

El examen atento de dicha Ley Orgánica permite advertir que las medidas aplicables a los mismos, aunque formalmente puede decirse que tienen naturaleza penal, sin embargo materialmente son medidas de carácter educativo. Así se desprende de la Exposición de Motivos de esa Ley Orgánica, que en su punto 6, expresamente realiza una declaración como la transcrita y que en su punto 7, alude a que la reacción jurídica dirigida al menor, pretende ser de naturaleza educativa, de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del derecho Penal de adultos. Y de que, en su punto 16, al hablar de la medida más grave de las que pueden imponerse, aluda a que el objetivo prioritario de esas medidas es disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar sus deficiencias sociales. Finalidad educativa que se destaca cuando la ley regula el contenido de las medidas a adoptar en cada una de las medidas cuya aplicación prevé para los menores infractores. Siendo de destacar que, en relación a lo argumentado, y resaltando la idea general que preside la regulación legal comentada, es de especial interés para el caso, la declaración que se contiene en el apartado 12 de la Exposición de Motivos, acerca de que se mantiene el criterio de que el interés del menor tiene que ser atendido por especialistas en las áreas de educación y formación, pertenecientes a esferas de mayor intermediación que el Estado».

B) Universitaria

a) *Reclamación contra propuesta de adjudicación de una plaza de Profesor Titular de Universidad*

La **STS de 1 de junio de 2009**, Ar. 6421, tiene un cierto interés por cuanto que, al resolver la impugnación de la decisión rectoral de declarar desierta una plaza, analiza el cometido de la Comisión de Reclamaciones de la Universidad, interpretando a tal efecto que

«Así, pues, el defecto de motivación es más aparente que real y perfectamente subsanable, de ahí que, a lo sumo, hubiera bastado con que la Comisión de Reclamaciones requiriese a la comisión juzgadora para que explicara la discordancia entre puntuación y votos. En este punto, es preciso entrar en el examen del quinto motivo de casación y, descartado por las razones ofrecidas por la Universidad de Granada que, como sostiene la recurrente sólo el Consejo de Universidades pudiera acordar la no provisión, hemos de decir que nada le impedía haber requerido tal explicación pues su cometido no se limita exclusivamente a proponer la ratificación o la no ratificación de la propuesta. En casos como éste en los que fuera evidente que había motivación aunque aquejada de algún defecto no esencial, podía pedir que por la comisión juzgadora se subsanasen esas deficiencias. Esa solución no contradice el artículo 14 del Real Decreto 1888/1984 y, por el contrario, responde a los principios de proporcionalidad y de conservación de los actos válidos».

Tiene, asimismo, esta Sentencia el interés añadido de que, al dar la razón a la recurrente —que puso de manifiesto sus circunstancias personales en cuanto a la edad—, el Alto Tribunal resolverá que «considera hacer uso, tal como solicita la recurrente, del artículo 71.1.c) LJCA y establecer el plazo de un mes para el cumplimiento del fallo» (y, en consecuencia, proceder al nombramiento de la interesada antes de su jubilación).

También la **STS de 14 de septiembre de 2009**, Ar. 7217, analiza pormenorizadamente la (no fácil) exigencia de motivación para las Comisiones encargadas de resolver los concursos de plazas de profesorado universitario. Y, en el caso, llama la atención que, estimando parcialmente el recurso interpuesto, anule la actuación impugnada y ordene la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente posterior a la celebración de la primera prueba para que los miembros de la Comisión decidan mediante votación sobre cada uno de los candidatos y expliquen las concretas razones que les llevan a emitir su voto en un determinado sentido, razones que han de ser coherentes con los criterios por ellos sentados para evaluar los méritos y proyectos docentes de cada uno de los aspirantes (pero... siete años más tarde de su celebración).

4. EXTRANJEROS

A) Denegación de entrada y expulsión

La **STS de 27 de octubre de 2009**, Ar. 1209 de 2010, reitera que, pese a no tener una regulación específica, la prohibición de entrada exige inexcusablemente —como medida de naturaleza sancionadora que es— del trámite de audiencia del interesado antes de su adopción.

Por su parte, la **STS de 27 de enero de 2010**, Ar. 226, ante la impugnación de un Acuerdo del Consejo de Ministros de entrega en extradición, reitera que constituye «una decisión de carácter político excluida de control jurisdiccional en cuanto al fondo y respecto de la cual solamente cabe el control por la jurisprudencia de los elementos reglados de la misma».

B) Asilo y condición de refugiado

La **STS de 19 de octubre de 2009**, 7624, entiende que, habiéndose reconocido el derecho de asilo a uno de los hijos del recurrente, también con éste se debe llegar a la misma conclusión, sobre la base de una persecución de igual índole e intensidad.

La **STS de 23 de octubre de 2009**, Ar. 1197 de 2010, ratifica la inadmisión a trámite de una solicitud de asilo en España, al haber sido asumida inicialmente por Italia.

En fin, la **STS de 30 de octubre de 2009**, Ar. 1232 de 2010, reiterando jurisprudencia anterior, concede el estatuto de apátrida a un saharauí a quien se le había negado la renovación del pasaporte argelino.

C) Nacionalidad

Como en anteriores ocasiones, el requisito de la buena conducta cívica es el que más discusiones provoca en las solicitudes de nacionalidad por residencia. A este respecto, el Alto Tribunal ha mantenido sus conocidos criterios sobre que no basta la mera ausencia de antecedentes penales (o su cancelación), sino que se necesitan «datos positivos» al respecto (**SSTS de 9 de junio de 2009**, Ar. 6532, de **16 de junio de 2009**, Ar. 6596, de **2 de octubre de 2009**, Ar. 7375, de **27 de octubre de 2009**, Ar. 7653, y de **12 de febrero de 2010**, Ar. 1325), y no lo es, ciertamente, el no haber satisfecho las responsabilidades civiles derivadas de una falta penal (**STS de 18 de septiembre de 2009**, Ar. 7300).

Sin embargo, sí se concede —pese a la existencia de una condena previa a una pena de prisión por tráfico de drogas— en atención a lo informado tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez Encargado del Registro Civil (**STS de 6 de octubre de 2009**, Ar. 7405). También con estos dos informes favorables, frente a unas diligencias penales sobreseídas (**STS de 13 de octubre de 2009**, Ar. 1055). También, pese a actuaciones luego sobreseídas, al acreditar un permiso de residencia desde 1984, tener relación estable con su pareja (con la que tiene un hijo), piso de su propiedad y relación laboral de carácter indefinido (**STS de 21 de octubre de 2009**, Ar. 7555). En parecido sentido, al probarse que el solicitante tiene la guarda y custodia de sus dos hijas menores (**STS de 12 de febrero de 2010**, Ar. 1326).

Sobre el requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española, varias sentencias interpretan que no se cumple cuando hay un deficiente conocimiento del español (**SSTS de 30 de junio de 2009**, Ar. 6853, de **23 de septiembre de 2009**, Ar. 7316 y de **3 de noviembre de 2009**, Ar. 1251 de 2010), o cuando incurre en poligamia (**STS de 14 de julio de 2009**, Ar. 7068).

En fin, la **STS de 4 de diciembre de 2009**, Ar. 8153, reitera que la residencia legal exigida no se puede confundir con la estancia en concepto de estudiante.

5. JUEGO

A) **Apuestas en Internet: régimen de derechos exclusivos y prohibición de publicidad, con sanciones penales únicamente para la promoción de juegos de azar organizados en otro Estado y no se aplica a la promoción de tales juegos organizados en el propio Estado sin autorización**

La **STJUE de 8 de julio de 2010**, Asuntos Acumulados C-447/08 y C-448/08, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Svea hovrätt (Suecia), país en el que la ley requiere por norma general una autorización

para organizar juegos de azar y la autorización podrá concederse a las personas jurídicas suecas con forma de entidad sin ánimo de lucro que, con arreglo a sus estatutos, tengan por objeto principal la consecución en territorio nacional de objetivos de utilidad pública y que realicen actividades que sirvan principalmente para cumplir tales objetivos. Asimismo, la ley establece que quien promoció de forma ilícita y con fines lucrativos, en el contexto de una actividad profesional o de cualquier otro modo, la participación en juegos de azar organizados en el extranjero, puede ser castigada con pena de multa o de prisión de hasta seis meses, si dicha promoción va dirigida específicamente a participantes residentes en Suecia.

En el origen de la cuestión prejudicial el procedimiento se inicia contra los redactores jefe y responsables de varios periódicos suecos que insertan anuncios de juego por Internet de empresas extranjeras. Ahora bien, de las cuestiones prejudiciales planteadas el TJ sólo es competente para responder, en primer lugar, a si el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, que prohíbe publicitar juegos de azar organizados en otros Estados miembros con fines lucrativos por operadores privados. Y al respecto el TJ entiende que la legislación sueca representa una restricción a la libertad de los residentes suecos de recibir, mediante Internet, servicios ofrecidos en otros Estados miembros e impone, por lo que respecta a los prestadores de juegos de azar establecidos en otros Estados miembros distintos al Reino de Suecia, una restricción a la libre prestación de sus servicios en ese Estado. Sin embargo, entiende que es pacífico que la exclusión de los intereses lucrativos privados del sector de los juegos de azar es un principio fundamental de la legislación sueca, ya que tales actividades están reservadas en Suecia a organismos que persiguen objetivos de utilidad pública o interés general, y las autorizaciones para explotar juegos de azar se conceden exclusivamente a entidades públicas o caritativas.

Por lo tanto, los operadores que hicieron difundir los anuncios por los que se iniciaron los procedimientos son empresas privadas con ánimo de lucro, que, como confirmó el Gobierno sueco en la vista, jamás habrían podido obtener una autorización para explotar juegos de azar en Suecia. Por consiguiente, la prohibición de la promoción de los servicios de tales operadores a los consumidores residentes en Suecia responde al objetivo de excluir los intereses lucrativos privados del sector de los juegos de azar y, en consecuencia, el TJ responde que el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, que prohíbe realizar publicidad, destinada a los residentes en dicho Estado miembro, de juegos de azar organizados en otros Estados miembros por operadores privados con fines lucrativos.

En segundo lugar, si la legislación sueca establece sanciones penales únicamente para la promoción de juegos de azar organizados en otro Estado miembro y no se aplica a la promoción de tales juegos organizados en Suecia sin autorización, el tribunal remitente se pregunta si esta diferencia, por lo que se refiere a las sanciones previstas por dicha Ley, constituye una discriminación incompatible con el artículo 49 CE. Al respecto, el TJ entiende que el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que somete los juegos de azar a un régimen de derechos exclusivos, según el cual, la promoción de estos juegos organizados en otro Estado miembro está castigada con sanciones más severas que la promoción de tales juegos organizados en territorio nacional sin autorización.

6. SANIDAD

A) Libertad de establecimiento y criterios específicos de planificación para la autorización de oficinas de farmacia

La **STJUE de 1 de junio de 2010**, As. Ac. Blanco Pérez y Chao Gómez, C-570 y 571/07, resuelve sendas cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias sobre la interpretación del artículo 49 TFUE (libertad de establecimiento), en relación con las restricciones a la autorización de apertura de oficinas de farmacia recogidas en la legislación española. Dicho muy sintéticamente, el Tribunal de Luxemburgo considera que no se opone, en principio, a dicho precepto una normativa con las limitaciones contenidas en el artículo 2 de la Ley 16/1997 de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia; pero sí se opone un parte del Decreto del Gobierno Asturiano, regulador de las Oficinas de Farmacia y Botiquines, en cuanto prima méritos profesionales que pueden beneficiar más a farmacéuticos asturianos.

B) Legalidad del cierre cautelar de Centro sanitario privado que carece de autorización de apertura

Así lo establece la **STS de 15 de junio de 2009**, Ar. 6586 (en línea con lo interpretado en su anterior Sentencia de 24 de septiembre de 2008, Ar. 4571), con base en los artículos 25 y 37 de la Ley General de Sanidad.

C) Ilegalidad del Decreto autonómico que regula la constitución y régimen de funcionamiento de los depósitos de sangre procedentes del cordón umbilical

Lo ratifica la **STS de 9 de febrero de 2010**, Ar. 1323, por cuanto que la norma autonómica tenía tres dictámenes en contra del Consejo de Estado y la omisión de cualquier otra consulta, informe o audiencia —en una cuestión que plantea tantas dudas, incertidumbres y precauciones, como destaca acertadamente el Alto Tribunal—, lo que constituyó una actuación arbitraria del Gobierno autonómico.

D) Consentimiento informado

Nuevamente se tiene que enfrentar el Alto Tribunal a recursos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración en los que se pone de manifiesto la omisión o el insuficiente consentimiento informado por parte del interesado (que es el aspecto que aquí más interesa, y no tanto el indemnizatorio, que corresponde a otro lugar). Así, en la **STS de 9 de junio de 2009**, Ar. 6531, reitera su conocida postura relativa a que «(...) como señala la Sentencia de 4 de abril de 2000, “la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito”, sin perjuicio de que tal exigencia legal tenga virtualidad para invertir la regla general sobre la carga de la prueba. Es cierto, por lo tanto, que no puede descartarse el cumplimiento de la exigencia de información adecuada para un consentimiento fundado por el hecho de que se produjera de forma verbal, pero en todo caso es preciso que se acredite que la información fue completa y satisfacía las exigencias legales que permitan a los interesados una decisión fundada en el adecuado conocimiento de la situación, los riesgos

y alternativas posibles y tal acreditación, en esos casos, corre a cargo de la Administración por inversión de la carga de la prueba, según la jurisprudencia de esta Sala que se refleja en la sentencia citada y las de 4 de abril de 2000, 25 de abril de 2005 que se refiere a la anterior y la de 1 de febrero de 2008, entre otras».

Por su parte, la **STS de 4 de diciembre de 2009**, Ar. 8152, interpreta al respecto lo siguiente:

«Cuando la intervención es enteramente satisfactoria para el paciente; cuando no existe un daño físico, *prima facie* parece claro que aun cuando el consentimiento informado se hubiera omitido o practicado de forma irregular, no hay términos hábiles para el acogimiento de una acción resarcitoria *ex* artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o *ex* artículos 1902 y demás citados del Código Civil.

Pero si tenemos en consideración que el consentimiento informado se fundamenta en la autonomía del paciente para decidir con conocimiento si se somete a una intervención, en el respeto a su dignidad, pueden surgir dudas de si a pesar del signo absolutamente satisfactorio de la intervención cabe apreciar la causación de una lesión de naturaleza moral o espiritual.

En el supuesto expresado de intervención enteramente satisfactoria para el paciente e inexistencia de daño físico, difícilmente puede entenderse que se origine una reclamación, pero caso de producirse estaría condenada al fracaso. Al respecto parece oportuno citar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2007. En ella se considera el defecto del consentimiento informado como incumplimiento de la *lex artis* y se afirma que revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, para acto seguido sostener que para apreciar la responsabilidad “obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado”. En iguales términos las Sentencias de 10 de octubre de 2007 y de 26 de febrero y 26 de marzo de 2002, citadas en la de 9 de septiembre de 2009 —recurso de casación 263/2008—.

Supuesto distinto al anterior, es aquel en el que, no obstante ajustarse la intervención de manera absoluta a la *lex artis*, el paciente sufre una secuela previsible.

En estos casos la jurisprudencia considera el consentimiento informado como bien moral susceptible de resarcimiento (Sentencias de 4 de abril de 2000 y de 1 de febrero de 2008)».

Y, aplicando la doctrina al supuesto de que se trataba, resolverá que «la información sobre las alternativas posibles y sobre las probabilidades de riesgo no se manifiesta en el caso enjuiciado como indiferente. Todo lo contrario. Con independencia de que el consentimiento informado surge en defensa de la autonomía de la voluntad de la persona-paciente que tiene derecho a decidir, con el asesoramiento técnico adecuado, su sometimiento a un acto médico, es claro que en el caso de autos hay algo más que una mera trasgresión formal de ese derecho de autodeterminación, en cuanto que un debido cumplimiento del consentimiento informado permitiría al recurrente decidir libremente, valorando los pros y los contras de dos tratamientos posibles, cuál era aquel que más le convenía».

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

A) Competencia:

- a) De los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.
 - a') El artículo 8.1 LJCA comprende los Programas de Actuación Integrada cuando no modifican la ordenación del ámbito y los Proyectos de Reparcelación y de Delimitación de Unidades de Ejecución.
 - b') El fuero electivo se aplica en los recursos contra actos de órganos territoriales de la Administración periférica del Estado.
- b) De los Tribunales Superiores de Justicia: conocen del recurso contra denegación de responsabilidad patrimonial frente a Mutua de Accidentes de Trabajo.
- c) De los Juzgados Centrales: conocen del recurso contra acto de Subsecretario, por delegación del Ministro, sobre cese por cambio de puesto en adscripción provisional.
- d) De la Audiencia Nacional: conoce del recurso contra desestimación de reclamación de responsabilidad patrimonial contra las Administraciones Autonómica y Estatal.

B) Objeto.

- a) No es posible impugnar un artículo de un Decreto legislativo incorporado por Ley.
- b) La resolución sobre la extradición es un acto político excluido de control jurisdiccional salvo en sus elementos reglados.

C) Sujetos.

- a) El número de personas legitimadas para interponer un recurso administrativo o judicial no coincide con el de los interesados a quienes deben notificarse los actos administrativos.
- b) Las Cámaras no se encuentran siempre y en todo caso en posición subordinada de la Administración Pública a cuya tutela se someten.
- c) Los Colegios o Consejos son interesados directos y deben ser emplazados en los procedimientos cuando se trate de homologar títulos que afecten a la profesión regulada y titulada que cada uno represente.

D) Procedimiento.

- a) La fecha del acuerdo de inicio es el día inicial del plazo de caducidad.
- b) Interposición: no es válida la notificación en la que no se puede conocer la identidad de la persona receptora.
- c) Prueba.
 - a') Es admisible la cita del archivo donde obra el documento.
 - b') Sólo cabe el auxilio judicial si los documentos no pueden ser conseguidos mediante el propio impulso e iniciativa de los interesados.

E) Autorizaciones de entrada en domicilio: requisitos generales.

F) Sentencias.

- a) Doctrina general sobre la congruencia.
- b) Ejecución: no cabe compensación alguna si la sentencia no contiene pronunciamiento sobre las determinaciones del planeamiento.
- c) Si no se acude a las facultades del artículo 33 LJCA se puede producir una merma del derecho a la defensa.

G) Medidas cautelares.

- a) La sentencia dictada en los autos principales determina la pérdida sobrevenida del objeto del incidente cautelar.
- b) Criterios de suspensión de un Plan Parcial.
- c) Aplicabilidad de la apariencia de buen derecho.
- d) El *fumus* puede determinar la colegiación preventiva del recurrente.
- e) Suspensión en caso de operación de concentración económica.
- f) Es prevalente la protección del dominio público para evitar situaciones irreversibles.
- g) La materialización de una medida cautelar no constituye una resolución judicial sobre el fondo del asunto.

2. RECURSO DE CASACIÓN.

- A) Motivos: la publicación del fallo y su inscripción en registros públicos es algo ajeno a las causas del artículo 87.1.c) LJCA.**
- B) Sentencias: cuando la sentencia casada aplica derecho autonómico se devuelve a la Sala de Instancia para que resuelva aplicándolo.**
- C) La anulación del precepto impugnado por una sentencia anterior determina la pérdida sobrevenida del recurso.**

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.

- A) Es irrelevante que las liquidaciones sean impugnadas por el deudor inicial o por el responsable solidario por sucesión empresarial.**

INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 1 (marzo de 2010) al número 6 (junio de 2010) en el *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, entre los que merecen ser destacados los relativos al objeto del procedimiento y a las medidas cautelares.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Competencia

a) *De los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo*

- a') El artículo 8.1 LJCA comprende los Programas de Actuación Integrada cuando no modifican la ordenación del ámbito y los Proyectos de Reparcelación y de Delimitación de Unidades de Ejecución

La **STS de 23 de julio de 2009** (Ar. 323), inadmite el recurso de casación en el que el acuerdo impugnado directamente en el proceso ahora en grado de casación queda comprendido en el ámbito de ese artículo 8.1 LJCA, ya que los Programas de Actuación Integrada (PAI), cuando, como ocurre en este supuesto, no modifican la ordenación del ámbito, así como los Proyectos de Reparcelación y de Delimitación de Unidades de Ejecución constituyen instrumentos de gestión o ejecución urbanística, careciendo de naturaleza reglamentaria, y correspondiendo, por tanto, el conocimiento de su impugnación en primera instancia, tras la reforma legal, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (en este sentido, Sentencias de esta Sala, referidas a PAI, de 15 de junio, 28 y 29 de abril de 2009 —RC 1517/2005, 6641/2005 y 2282/2007—, 27 de mayo de 2008 —RC 5748/2005—, 24 de marzo de 2004 —RC 6461/2001, FJ 2.º—, 4 de octubre de 2006 —RC 2807/03, FJ 5.º—, 29 de noviembre de 2006 —RC 1980/2003, FJ 13.º— y 6 de junio de 2007 —RC 7376/2003, FJ 8.º— y Auto de 30 de octubre de 2008 —RC 5445/2007—, a Proyectos de Reparcelación, 18 de mayo de 2009 —RC 6408 / 2006— y 15 de diciembre de 2008 —RC 8157/2004—; y a la Delimitación de Unidades de Ejecución, Sentencia de 12 de noviembre de 2008 —RC 6074/2004— y Auto de 11 de diciembre de 2008 —RC 696/2008—).

La conclusión anterior no resulta desvirtuada por el hecho de que en la demanda también se impugnase indirectamente un instrumento de planeamiento general (Normas Subsidiarias Municipales), pues, tal y como ha señalado la Sala en numerosas resoluciones (entre ellas, Sentencia de 15 de junio de 2009 —RC 1517/2005— y Autos de 15 de enero de 2009 —RC 578/2008— y 27 de abril de 2006 —RC 8303/2004—), en los supuestos de impugnación indirecta de instrumentos de planeamiento urbanístico no puede considerarse que la competencia para el conocimiento del recurso estuviese atribuida, aun después de la Ley Orgánica 19/2003, a los Tribunales Superiores de Justicia, dado que ello supondría «la negación en esta materia urbanística del derecho al recurso de apelación reconocido expresamente en el apartado d) del artículo 81.2 de la Ley Jurisdiccional», precepto que, de modo imperativo y sin excepciones, declara que «serán siempre susceptibles de apelación las sentencias siguientes: d) las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones

generales». De ello resulta que, si conforme al artículo 10.2 LJCA, la competencia para conocer del recurso ordinario de apelación corresponde, en segunda instancia, a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, es claro entonces que los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo serán los órganos competentes para conocer de las impugnaciones indirectas de las disposiciones generales, naturaleza de la que, de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala, participan los instrumentos de planeamiento referidos en el artículo 8.1 aquí analizado (Auto de 10 de julio de 2008 —recurso de casación 218/2006—). Además, como ha declarado esta Sala reiteradamente, la competencia del Juzgado viene determinada por el acto impugnado directamente (así, Autos de 18 de mayo de 2006 —RC 10910/2004—, 27 de octubre de 2005 —recurso de queja 213/2005—, de 16 de febrero —RC 6965/2004— y de 14 de diciembre —RC 645/2006— de 2006 o de 31 de mayo de 2007 —RC 1017/2006—).

- b') El fuero electivo se aplica en los recursos contra actos de órganos territoriales de la Administración periférica del Estado

La **STS de 10 de julio de 2009** (Ar. 483), nos recuerda que es jurisprudencia reiterada de este Tribunal (por todas, Sentencia de 17 de marzo de 2004), dictada en relación con el fuero electivo que regula el artículo 14.1, regla segunda, de la Ley de esta Jurisdicción, que cuando se trata de recursos contra actos de las Entidades Locales o de las Comunidades Autónomas, el expresado fuero electivo debe entenderse referido a los órganos jurisdiccionales sitos en la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en la que se halle también la sede del órgano autor del acto originariamente impugnado. Ahora bien, esta doctrina jurisprudencial, que ha sido tenida en cuenta por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, no es aplicable en el supuesto de que ahora se trata, pues en éste, no se impugnan actos dictados por órganos integrados en la Administración de una Comunidad Autónoma, sino actos emanados de órganos territoriales, que integran la Administración periférica, de la Administración General del Estado (en idéntico sentido, Sentencia de 25 de abril de 2008 —cuestión de competencia 60/2007—). Siendo esto así, y al aplicarse la antes referida regla segunda del artículo 14.1 de la Ley de esta Jurisdicción al caso que se enjuicia, sin la limitación a la que antes se ha aludido, la competencia discutida corresponde al expresado Juzgado de lo contencioso-administrativo ante el que se interpuesto el recurso contencioso-administrativo y donde el recurrente tiene su domicilio.

- b) *De los Tribunales Superiores de Justicia: conocen del recurso contra denegación de responsabilidad patrimonial frente a Mutua de Accidentes de Trabajo*

La **STS de 10 de julio de 2009** (Ar. 481), señala que, como declara la Sentencia de fecha 16 de octubre de 2007 (cuestión de competencia 2/2007), la colaboración que prestan las mutuas con el sistema sanitario no puede determinar la alteración de la distribución territorial del Estado, atribuyendo a un Tribunal Superior —diferente del lugar donde se ha producido la prestación sanitaria por la que se reclama— la competencia para conocer de tales reclamaciones por responsabilidad patrimonial derivadas de una prestación sanitaria realizada en un centro de una mutua ubicado en otra Comunidad Autónoma, cuando dicha Comunidad tiene asumidas las competencias en materia de sanidad. Siendo, a estos efec-

tos, indiferente que se trate de la aplicación de normas estatales, como viene declarando esta Sala con una reiteración que excusa cita, en relación con la aplicación del fuero electivo previsto en la regla segunda del citado artículo 14.1 de la LJCA. Esta interpretación satisface las exigencias del mandato constitucional contenido en el artículo 152.1 de la Constitución, y evita la contradicción que supone la atribución de la competencia territorial a distinto Tribunal Superior, según que la prestación sanitaria se hubiera realizado directamente en los centros del sistema sanitario o por los de las mutuas colaboradoras.

c) *De los Juzgados Centrales: conocen del recurso contra acto de Subsecretario, por delegación del Ministro, sobre cese por cambio de puesto en adscripción provisional*

La **STS de 10 de julio de 2009** (Ar. 480), analiza la competencia judicial sobre una resolución relativa al cese del recurrente por cambio de puesto en adscripción provisional, dictados por el Subsecretario del Ministerio por delegación del Ministro. Se impugna así un acto procedente del Ministro, pues las resoluciones adoptadas por delegación se entienden dictadas por el órgano delegante, *ex* artículo 13.4 de la Ley 30/1992, que se refiere a materia de personal, y en el que no concurren las excepciones previstas en el mentado apartado a) del artículo 9 LJCA, por lo que ha de entenderse que la competencia corresponde al Juzgado Central.

d) *De la Audiencia Nacional: conoce del recurso contra desestimación de reclamación de responsabilidad patrimonial contra las Administraciones Autonómica y Estatal*

La **STS de 8 de enero de 2010** (Ar. 15), analiza un supuesto en el que se discute la competencia objetiva por cuanto «(...) en el supuesto que nos ocupa no concurren los presupuestos previstos en este precepto (artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) para entender que nos encontramos ante una responsabilidad solidaria de las Administraciones Públicas contra las que se reclama, pues ni la responsabilidad que se invoca surge de fórmulas de actuación conjunta entre ellas, ni existe una concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño en la que no sea posible delimitar la responsabilidad de cada una de ellas atendiendo a los criterios de competencia respectiva. Y ello precisamente porque la responsabilidad de una u otra Administración viene delimitada en este caso por razones competenciales, y así se desprende de la propia reclamación entablada por la parte recurrente en vía administrativa, en la que se diferencia entre la actuación de los órganos de la Administración del Estado en relación con sus propias competencias en la materia o la actuación de la Comunidad Autónoma respectiva en este último caso en relación con sus competencias delegadas en materia de Consumo».

Los recurrentes, afectados por la actuación de una entidad mercantil, inician una serie de reclamaciones por responsabilidad patrimonial que dirigen tanto a las Administraciones Autonómicas como a la Estatal. Es relevante que en la reclamación formulada en vía administrativa ya se pone de manifiesto una posible concurrencia o solidaridad en cuanto a la responsabilidad de una y otra, constando de manera indubitada que la pretensión que ejercitan es única, si bien la dirigen a ambas Administraciones.

La sentencia afirma que es cierto que aunque, en principio, el conocimiento de las impugnaciones de las decisiones adoptadas en materia de responsabilidad patrimonial por

parte de los órganos competentes de una Comunidad Autónoma y de la Administración General del Estado correspondería a órganos jurisdiccionales diferentes, la finalidad de no dividir la contienda de la causa y evitar resoluciones contradictorias postula a favor de un conocimiento unitario por parte del órgano jurisdiccional que tenga atribuida una competencia más amplia. En un caso singular como el que nos ocupa, el órgano jurisdiccional habrá de dirimir si, partiendo de unos mismos hechos, existe responsabilidad patrimonial de la Administración y, de ser así, cuál o cuáles serían las Administraciones responsables y en qué medida. No cabe duda que este análisis habrá de tomar en consideración los respectivos ámbitos competenciales de cada una de ellas, pero ello no obsta a que razones de funcionalidad y eficacia aconsejen un tratamiento unitario por un mismo órgano jurisdiccional.

Una interpretación integradora de las reglas sobre competencia objetiva previstas en la Ley Jurisdiccional permite deducir que la competencia objetiva en los casos en que hayan de fiscalizarse decisiones sobre responsabilidad patrimonial adoptadas por diferentes Administraciones, pero fundadas en igual causa de pedir, entendida esta causa como el dato fáctico determinante de la reclamación, ha de corresponder al órgano jurisdiccional competente para fiscalizar el acto dictado por la Administración de mayor ámbito territorial; órgano que en el presente caso es la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y ello con el apoyo de los artículos 34 y 37.1 LJCA. No impide tal conclusión el hecho de que el escrito inicial del recurso se dirigiera frente a la desestimación, por silencio administrativo, de la reclamación dirigida a la Administración autonómica, pues, es claro, tanto de lo actuado en vía administrativa como del propio escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, la voluntad de ejercitar las acciones conjuntamente frente a ambas Administraciones y el punto de conexión singular y evidente que, *a priori* y sin perjuicio de lo que pueda resultar de las actuaciones procesales que se sigan, cabe predicar de ellas.

B) Objeto

a) *No es posible impugnar un artículo de un Decreto legislativo incorporado por Ley*

La **STS de 17 de julio de 2009** (Ar. 513), recuerda que las normas jurídicas con rango de Ley no son susceptibles de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (algo que por ser obvio no merece a estas alturas un especial razonamiento), y por tal razón se trata de eludir este obstáculo para la admisibilidad de su impugnación mediante una doble argumentación, señalando, primero, que lo que está impugnando es un Decreto legislativo; y, segundo, que la modificación de una materia, hasta entonces regulada por un Reglamento, mediante norma con rango de Ley, se hizo con la intención fraudulenta de evitar su impugnación ante los Tribunales ordinarios. Sin embargo, ninguna de ambas alegaciones puede prosperar.

Lo que la parte recurrente impugnó fue, inequívocamente, una norma con rango de Ley: un artículo del Decreto Legislativo del Principado de Asturias, incorporado a dicho Decreto Legislativo por Ley del Principado. El precepto impugnado en el proceso es, pues, un precepto de indiscutible rango legal, aprobado mediante Ley autonómica, y conviene enfatizar este dato porque no nos hallamos ante la impugnación del contenido de un Decreto Legislativo, supuesto este en el que cabría extender el juicio a los posibles excesos

sobre los límites de la delegación (artículo 1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998) sino ante un recurso contencioso-administrativo interpuesto, dígame lo que se quiera en contrario, contra una Ley formal aprobada por el Parlamento autonómico en 2006, que incorporó *ex novo* un precepto a una norma con rango de Ley preexistente (el Decreto Legislativo). Desde esta perspectiva, el recurso es, sin margen para la duda, inadmisibile, y acertó plenamente la Sala de instancia al acordarlo así.

El legislador (en este caso el autonómico) ostentaba plena legitimidad para regular mediante Ley la materia contemplada en ese artículo citado, por mucho que hasta la fecha viniera disciplinada por un Reglamento; y dicho esto, hemos de añadir que la discusión sobre el hipotético carácter fraudulento de la intención del legislador resulta irrelevante a los efectos de la admisión o inadmisión del recurso contencioso-administrativo, pues no se trata ahora de enjuiciar la conformidad de la norma (legal) con la Constitución o con el Ordenamiento, sino sólo de pronunciarse sobre la Jurisdicción del orden contencioso-administrativo para llevar a cabo ese enjuiciamiento. Desde este punto de vista, el único dato relevante es el que viene dado por la concreta potestad (legislativa) ejercida, que no está, insistimos, sometida al control de esta Jurisdicción (cfr. AATS de 24 de enero y 6 de febrero de 2001, RRC 1349/2000 y 1372/2000).

b) *La resolución sobre la extradición es un acto político excluido de control jurisdiccional salvo en sus elementos reglados*

La **STS de 27 de enero de 2010** (Ar. 226), analiza un supuesto en el que se denuncia una infracción por omisión del artículo 6 de la Ley de Extradición Pasiva manteniendo que el Gobierno debiera haber denegado la extradición autorizada por la Audiencia Nacional, y, en definitiva, que aquél debió hacer uso de la facultad de carácter excepcional que el citado precepto le atribuye, con lo que se está pidiendo a esta Sala que sustituya al Gobierno en el ejercicio de un típico acto de soberanía, que excede evidentemente de su jurisdicción, soberanía que expresamente menciona el artículo 6 de la citada Ley cuando dispone que la resolución del Tribunal declarando procedente la extradición no será vinculante para el Gobierno que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España. Constituye, por tanto, dicha cesión, en esencia, una decisión de carácter político excluida de control jurisdiccional en cuanto al fondo y respecto de la cual solamente cabe el control por la jurisdicción de los elementos reglados de la misma a los que el recurso ni siquiera hace referencia.

C) Sujetos

a) *El número de personas legitimadas para interponer un recurso administrativo o judicial no coincide con el de los interesados a quienes deben notificarse los actos administrativos*

La **STS de 20 de julio de 2009** (Ar. 582), señala que, para determinar el alcance de la exigencia de notificación el artículo 58.1 debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 31.1 de la propia Ley 30/1992, donde se define el concepto de interesado en los

siguientes términos: «1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva (...)».

Mientras que los interesados comprendidos en los apartados a) y b) de la norma transcrita —los promotores del procedimiento y los titulares de derechos que puedan ser afectados por la decisión— son fácilmente individualizables e identificables con los datos que suministra el propio expediente, no cabe decir lo mismo respecto de cualesquiera otros titulares de intereses legítimos a los que se refiere el apartado c), pues la propia amplitud del concepto de interés legítimo hace posible que aquéllos existan sin que la Administración los conozca o los tenga debidamente identificados; y por ello a estos últimos la norma les atribuye la consideración de interesados sólo en el caso de que «se personen en el procedimiento».

Consideraciones similares a las que aquí estamos exponiendo pueden verse en las Sentencias de esta Sala, Sección Séptima, de 21 de marzo de 2006 (casación 7494/2000), 20 de julio de 2006 (casación 2760/2001) y 27 de septiembre de 2006 (casación 1943/2000), en las que se explica que el número de personas legitimadas para interponer un recurso administrativo o judicial no coincide con el de interesados a quienes deben notificarse los actos administrativos. Y ello porque, como señalan esas sentencias, aunque sólo es preceptiva la notificación del acto a quienes estuviesen personados en el procedimiento, ello no excluye que otros titulares de intereses legítimos puedan impugnar la decisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues el reconocimiento de la legitimación para interponer un recurso ante este orden jurisdiccional no requiere haber tenido intervención en el procedimiento administrativo sino, simplemente, ostentar un derecho o interés legítimo [así lo establece ahora el artículo 19.1.a) de la vigente Ley 29/1998, reguladora de esta Jurisdicción; y así lo establecía también una reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 28.1.a) de la Ley Jurisdiccional de 1956].

b) Las Cámaras no se encuentran siempre y en todo caso en posición subordinada de la Administración Pública a cuya tutela se someten

Las Corporaciones de Derecho Público integran lo que tradicionalmente se ha llamado Administración Corporativa, cuyo fundamento último se encuentra en la Constitución y, en lo que ahora nos afecta, en el artículo 52 de esta que establece que «La ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos». Tal como se ha sostenido, esos entes corporativos son expresión de la interacción Estado-sociedad. Son entes híbridos, esto es, con manifestaciones del Derecho Público y del Derecho privado que, tradicionalmente adoptan una forma de personificación pública, como persona jurídica de Derecho Público, pero que ejercen funciones tanto públicas, como privadas. La Constitución consagra su existencia, pero no predetermina su naturaleza jurídica, ni se pronuncia al respecto. Y es, precisamente, sobre esta cuestión, esto es, sobre su naturaleza

jurídica en el sentido de determinar su encuadramiento o no como Administración Pública, en relación con la que se plantean los mayores problemas. Ya la Ley Jurisdiccional de 1956 establecía en su artículo 1.2: «Se entenderá a estos efectos por Administración Pública: c) Las Corporaciones e Instituciones Públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad Local».

El Tribunal Constitucional ha elaborado su doctrina acerca de la naturaleza de las Corporaciones de Derecho Público, declarando, en síntesis, lo siguiente: a) Las Corporaciones de Derecho Público son propiamente organizaciones de base y fines privados, pero con una dimensión pública por su conexión, también, con el interés público y presentan una doble dimensión (Sentencia 76/1983, de 5 de agosto). b) En cuanto participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas, la competencia del legislador estatal para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas *ex* artículo 149.1.18 de la Constitución, alcanza a las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales (Sentencias antes citada y 18/1984, de 7 de febrero). c) Finalmente, en las Sentencias 123/1987, de 15 de julio y 113/1994, de 14 de abril, se utiliza, ya directamente, la denominación de Corporación sectorial de base privada.

De ahí cabe extraer, como han señalado destacados autores, las siguientes conclusiones: 1) Se trata de Corporaciones que agrupan sectores de personas asociadas alrededor de una finalidad específica —a diferencia de las Corporaciones territoriales— en las que la cualidad de sus miembros está determinada por una condición objetiva que se relaciona con el fin corporativo específico. 2) No toda Corporación Pública se puede considerar Administración Pública. 3) A las funciones específicas que en la defensa de los intereses de sus miembros, en cuanto dentro de ellas se canalizan intereses sectoriales de ellos, puede adicionarse por el Ordenamiento Jurídico, directamente o por delegación de las Administraciones Públicas, la atribución de facultades que normalmente son propias de estas últimas.

La **STS de 27 de octubre de 2009** (Ar. 353), para abordar el problema de la legitimación en el caso de autos considera, por un lado, que no puede ofrecerse una respuesta unívoca al problema de la legitimación, sino que la que ha de darse ha de ser casuística de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos y en todos los supuestos, de forma que la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirve el proceso y, por otro, que precisamente el artículo 24.1 de la Constitución establece una doble garantía «para todas las personas» en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Y concluye que no cabe deducir del complejo entramado de funciones y finalidades que se les atribuyen —y que vienen a cumplir—, que se reduzca la compleja naturaleza de las Cámaras, siempre y en todo caso, a una posición subordinada y vicaria de la Administración pública a cuya tutela se somete, pues ésta no debe llevar a una desnaturalización de la Institución Cameral, que no puede anular cierta autonomía funcional o el autogobierno democrático, esto es, lo que pudiera encontrarse en lo comúnmente entendido como contenido esencial de esas atribuciones.

Con ello no se desconoce la doctrina jurisprudencial establecida, fundamentalmente, a partir de la sentencia de 14 de mayo de 1993, pronunciada en recurso extraordinario de revisión, en relación con la estructura jerárquica de los Colegios Oficiales y el alcance de la legitimación allí establecida, en cuanto a la prohibición de accionar que a los Órganos de una Entidad Pública les venía impuesta por el artículo 28.4.a) de la Ley Jurisdiccional

de 1956. Y permite acomodarla, en cierto aspecto, a las declaraciones de la Sentencia de 13 de junio de 1995, en el sentido de que «las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación tienen su amparo constitucional en el artículo 52 de nuestra Ley Suprema, en que se contemplan las «organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios», se impone el carácter democrático de su estructura interna, así como de su funcionamiento, y se remite su concreta regulación a la normativa legal, de la cual se desprende que las Cámaras, aunque tienen también carácter de órganos de consulta de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, se articulan como «Corporaciones de Derecho Público», representativas de intereses económicos que además de las competencias administrativas que puedan desarrollar por atribución legal o por delegación de las Administraciones Públicas, tendrán como función propia, la prestación de servicios a sus miembros y defensa de sus intereses económicos y corporativos, sin perjuicio de la libertad y de asociación empresarial» (artículo 15.19 de la Ley 12/1983, del proceso autonómico).

c) Los Colegios o Consejos son interesados directos y deben ser emplazados en los procedimientos cuando se trate de homologar títulos que afecten a la profesión regulada y titulada que cada uno represente

La **STS de 14 de julio de 2009** (Ar. 334), se plantea si podría entender que el Colegio o el Consejo respectivo que pudiera resultar afectado por la resolución que se dicte no sería titular de un interés legítimo directo sino indirecto, y por ello no tendría que ser llamado al proceso. Sin embargo, esa conclusión, según la sentencia comentada, es errónea porque los Consejos o los Colegios de acuerdo con lo dispuesto por el núm. 2 del artículo 31 de la Ley 30/1992 son titulares en cuanto organizaciones representativas de intereses económicos y sociales de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca y en el caso de las Corporaciones Profesionales la Ley de Colegios Profesionales, Ley 2/1974, de 13 de febrero, considera en su artículo 1.3 que «son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados» y entre sus funciones el artículo 5.g) les otorga la de «ostentar en su ámbito la representación y defensa de la profesión ante la Administración,... Tribunales,... y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales».

Como es lógico en supuestos como el presente se trata de defender por el Consejo intereses colectivos que trascienden al individual de cada profesional, y que interesan a todos, como son los intereses propios de una profesión como tal, en cuyo caso ese interés no es un interés indirecto sino directo del Colegio o Consejo, lo que obligaría a la Administración, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a comunicar a dichas personas jurídicas la tramitación del procedimiento, puesto que es obvio que pueden resultar afectadas por la resolución que se dicte. Esta solución no pugna con el principio de seguridad jurídica sino que lo refuerza porque la intervención en el expediente de quienes son titulares de ese interés legítimo y directo evitaría situaciones no deseadas como las detectadas en los supuestos que hemos examinado en las Sentencias anteriores referidas y en esta misma. En consecuencia, es claro que los Colegios o Consejos son interesados directos en estos

procedimientos y deben ser emplazados en ellos cuando se trate de homologar títulos que afecten a la profesión regulada y titulada que cada uno represente.

D) Procedimiento

a) La fecha del acuerdo de inicio es el día inicial del plazo de caducidad

La **STS de 14 de julio de 2009** (Ar. 570), nos recuerda que con toda claridad dispone el artículo 42.3.a) de la Ley 30/1992, tras la redacción dada por la Ley 4/1999, que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa se contará, en los procedimientos iniciados de oficio, «desde la fecha del acuerdo de iniciación». Añadiendo con igual claridad su artículo 44.2, tras esa nueva redacción, que en los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, como es el caso, el vencimiento de ese plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa produce, como efecto jurídico, el de la caducidad y consiguiente archivo de las actuaciones.

En ese mismo sentido se ha pronunciado ya el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de fecha 28 de mayo de 2008, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 82/2005, en la que también rechaza que rija el artículo 48.2 de la Ley 30/1992 a los efectos que aquí nos ocupan de determinar el día inicial del plazo de caducidad.

b) Interposición: no es válida la notificación en la que no se puede conocer la identidad de la persona receptora

En el artículo 41.3 del Real Decreto 1829/1999, de 3 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, se señala que «Deberá constar la fecha, identidad, número del documento nacional de identidad o del documento que lo sustituya y firma del interesado o persona que pueda hacerse cargo de la notificación en los términos previstos en el párrafo anterior, en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, aviso de recibo que acompañe dicha notificación, aviso en el que el empleado del operador postal deberá hacer constar su firma y número de identificación».

Es cierto que esta norma, aplicable al caso *ratione temporis*, no exige, al menos expresamente, tal y como ocurría con el derogado Reglamento de los Servicios de Correos, aprobado por Decreto 1653/1964, de 14 de mayo, que «de no hacerse la entrega al propio destinatario se hará constar la condición del firmante en la libreta de entrega y, en su caso, en el aviso de recibo», exigencia contenida en su artículo 271 y que analiza la Sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2008 (recurso de casación 76/2005).

Ahora bien, la **STS de 23 de junio de 2009** (Ar. 461), analiza un caso en el que en la acreditación de la notificación que consta en el expediente administrativo únicamente constan la fecha de recepción y una rúbrica sin otra identificación, que no permiten conocer cuál es la identidad de la persona receptora, ni ningún otro tipo de referencia a

documento de identidad de clase alguna. Si a lo anterior unimos la circunstancia de que la propia recurrente ya señaló que a la fecha en que se practica tal notificación ella se encontraría en España, resulta desproporcionado reputar correctamente efectuada la notificación a que nos referimos; máxime si tenemos en cuenta que ha sido el hecho de dar por buena tal notificación lo que ha dado lugar a la inadmisión del recurso de alzada interpuesto, así como la desestimación del recurso contencioso-administrativo.

c) Prueba

a') Es admisible la cita del archivo donde obra el documento

La **STS de 14 de julio de 2009** (Ar. 569), señala que, tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 56.3 LJCA, la actora, si no obraba en su poder el documento en cuestión, cumplía también con la carga procesal que en ese particular le impone la norma con la sola designación del archivo, oficina, protocolo o persona en cuyo poder se encontrara. Si la documentación es pertinente y si la parte ha designado el archivo en que se encuentra, la recta interpretación de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva impone que sólo cabrá denegar la prueba mediante una afirmación positiva de que es la negligencia de la parte la causa a la que realmente obedece la falta de aportación de una documentación necesaria para acreditar su hipotético derecho.

b') Sólo cabe el auxilio judicial si los documentos no pueden ser conseguidos mediante el propio impulso e iniciativa de los interesados

En el proceso contencioso-administrativo rige (por obra de la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC— que hace el artículo 60.4 LJCA) el criterio plasmado en el subapartado 2.º del artículo 265.2 LEC, a cuyo tenor «sólo cuando las partes, al presentar su demanda o contestación, no puedan disponer de los documentos, medios e instrumentos a que se refieren los tres primeros números del apartado anterior, podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación. Si lo que pretenda aportarse al proceso se encontrara en archivo, protocolo, expediente o registro del que se puedan pedir y obtener copias fehacientes, se entenderá que el actor dispone de ello y deberá acompañarlo a la demanda, sin que pueda limitarse a efectuar la designación a que se refiere el párrafo anterior».

La **STS de 22 de enero de 2010** (Ar. 44), analiza un supuesto en el que, habiéndose acordado por la Sala de instancia el recibimiento a prueba del proceso, el actor pidió la práctica de prueba documental consistente en que se oficiara a diversos organismos para que remitieran diversas certificaciones e informes relativos al propio recurrente. La Sala rechazó la práctica de dichas documentales señalando que algunos ya habían sido aportados por el mismo actor en el curso del proceso sin haber sido impugnados de contrario, otros obraban en el expediente, y los demás versaban sobre documentación propia del actor que él mismo podía aportar o que era asequible para él. Señala que aquella regla, que implica un claro apartamiento de prácticas procesales anteriores, en que era habitual y generalizada la articulación de la prueba documental a través del órgano jurisdiccional, ha impuesto

un cambio de mentalidad a los operadores jurídicos, en la medida que a tenor de ella sólo puede acudir al auxilio jurisdiccional para la realización de la prueba documental cuando los documentos pretendidos no puedan ser conseguidos mediante el propio impulso e iniciativa de los interesados en su obtención y unión a las actuaciones, pues, si efectivamente pueden ser obtenidos por ellos mismos, es carga de los propios litigantes realizar todas las actuaciones precisas para procurarse y aportar esos documentos (ya en la demanda si se trata de documentos en que las partes funden directamente su derecho —artículo 56.3 LJCA—, ya en período probatorio), pudiendo acudir al Juzgado sólo cuando, pese a su diligente actuación, esa aportación no haya podido realizarse por causa no imputable a ellos. Y añade que no es éste el caso, pues todos los documentos a los que se refería el actor en su proposición de prueba versaban sobre extremos referidos a su propia persona, que él mismo habría podido obtener y aportar sin ningún problema.

E) Autorizaciones de entrada en domicilio: requisitos generales

La STS de 9 de octubre de 2009 (Ar. 1049), señala que el artículo 18.1 de la Constitución tras garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar en el apartado segundo del mismo precepto declara que «el domicilio es inviolable» añadiendo que «ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito». La jurisprudencia de la Sala Tercera recaída en el proceso de protección de los derechos fundamentales de la persona es unánime en entender que no hay violación de tal derecho cuando media consentimiento del afectado (SSTS de 17 de diciembre de 2007, recurso de casación 10117/2004, y de 21 de diciembre de 2007, recurso de casación 7058/2005) mientras sí se produce la violación cuando no hay consentimiento y se encuentra ausente la autorización judicial (STS de 26 de marzo de 2007, recurso de casación 1711/2003).

La proyección del antedicho derecho se muestra con intensidad en la STC 10/2002, de 17 de enero, que estimó la cuestión de inconstitucionalidad 2829/1994 que declaró contrario al artículo 18.2. CE el artículo 557 LECr. Así, en su FJ 7.º afirma que «el propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros». Y en el FJ 6.º declara el Tribunal Constitucional que «hemos advertido sobre la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad, o habitualidad del uso privado del espacio si, a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos hallados en él, puede inferirse el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo...».

Pronunciamiento relevante en el caso de autos dado que el lugar controvertido no parece ser el domicilio habitual de la recurrente y sí sólo un domicilio en determinados períodos, lo cual no es óbice para su protección de acuerdo con la doctrina constitucional. Y desde la STC 22/1984, de 17 de febrero, examinando el artículo 18.2 CE en un proceso en que se demandaba amparo contra actos jurídicos de una corporación municipal no ofrece duda que «la Administración, que a través de sus órganos competentes procede a la ejecución forzosa de actos administrativos, tiene en los actos de ejecución que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución» (FJ 4.º) pues «el domicilio

inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima» (FJ 5.º). Por ello cuando la autorización de ingreso es negada por el titular «debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas» (FJ 5.º). Aserto este último que es reiterado en el FJ 4.º de la STC 189/2004, de 2 de noviembre, con cita de la precedente y de la STC 211/1992, de 30 de noviembre. Se constata, por tanto, la necesidad de explicitar las actividades que pueden ser llevadas a cabo en el domicilio por los órganos que corresponda de la Administración.

Y el FJ 2.º de la STC 139/2004, de 13 de septiembre, otorgando amparo frente a una resolución de la jurisdicción contencioso-administrativa afirma que en las autorizaciones de entrada «han de precisarse los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7.º)». Tales cautelas tienen como finalidad asegurar que no se restringe de modo innecesario el derecho a la inviolabilidad del domicilio, evitando un sacrificio desproporcionado de este derecho (SSTC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7.º; 69/1999, de 26 de abril, FJ 4.º) «por lo que es necesario adoptar las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible». Todos estos pronunciamientos recalcan la necesidad de delimitar, por vía judicial, el contenido temporal de la autorización de entrada, es decir, duración de la medida y tiempo en que puede practicarse.

También el Tribunal Constitucional al recordar, con amplia cita jurisprudencial, pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 3.º dice: «a las exigencias de legalidad y proporcionalidad para la restricción legítima del derecho a la intimidad debe sumarse el control judicial y la motivación de la decisión restrictiva administrativa o judicial. El órgano administrativo y el órgano judicial deben plasmar tanto la previsión legal que ampara la afectación de la intimidad del administrado como el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la adopción de la medida, siendo doctrina reiterada de este Tribunal Constitucional que su ausencia ocasiona, por sí sola, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo».

De lo expresado en el párrafo precedente, al atender el Tribunal Constitucional a las previsiones del artículo 10.2 CE, se percibe que el respeto a la vida privada y familiar y el domicilio constituye un derecho proclamado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales sobre el que, frecuentemente, se ha pronunciado el Tribunal de Estrasburgo. Por ello la previsión legal de la entrada es ineludible —a salvo, claro está, de la ejecución de sentencias, ámbito ajeno al presente recurso— así como la necesidad del juicio de ponderación. Y así en la Sentencia de 16 de abril de 2002, demanda 37971/1997, *Societés Colas Est* contra Francia se subraya, apartado 48, la necesidad de que la legislación y la práctica en la ingerencia en el domicilio ofrezcan las garantías adecuadas y suficientes contra los abusos.

La fijación de precauciones para que las repercusiones de la entrada sean razonables se constata en la jurisprudencia del TEDH. Así en la Sentencia de 30 de marzo de 1989, demanda 10461/1983, asunto *CHAPELL*, examinando una resolución judicial inglesa de las deno-

minadas «Anton Piller», de naturaleza procesal, provisional y dictadas en espera del proceso principal, considera existía tal razonabilidad por cuanto la propia resolución limitaba mucho su alcance «sólo estaba en vigor durante un breve período; restringía las horas en que se podía efectuar el registro controvertido y el número de personas que podían tomar parte; y puntualizaba que cualquier objeto intervenido sólo se podría utilizar para la finalidad que determinaba». También en la STEDH de 16 de diciembre de 1942, demanda 13710/1988, asunto NIEMIETZ, se constata la existencia de una ingerencia en el mandato judicial ordenando la búsqueda de «documentos» sin precisión ni limitación (punto 32). Se constata, por tanto, la necesidad de fijar las previsiones necesarias para la ejecución de la medida.

De la jurisprudencia más arriba expresada se colige la necesidad de que el órgano jurisdiccional, al restringir el derecho a la intimidad, no sólo ha de plasmar la norma legal en que se sustenta sino también hacer el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido mediante la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida acompañado de la necesaria delimitación temporal de la entrada respecto de los sujetos que podrán practicarla y las actividades que podrán realizar.

F) Sentencias

a) *Doctrina general sobre la congruencia*

La **STS de 9 de julio de 2009** (Ar. 332), recuerda la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la Sentencia 61/2009, de 9 de marzo, sobre la relevancia de la distinción entre pretensiones deducidas en el proceso judicial y lo que son meras alegaciones que fundan estas pretensiones, a los efectos de determinar si concurre el vicio de incongruencia, reproduciendo la doctrina formulada en la Sentencia 36/2009, de 9 de febrero: «En relación con el vicio de incongruencia este Tribunal distingue entre las que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada de todas ellas y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial, respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno. La anterior reflexión, de la que puede ser exponente la STC 141/2002, de 17 de junio, cobra especial relevancia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la cual es su propia norma reguladora la que ordena que el enjuiciamiento se produzca “dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición” (artículo 33.1 LJCA). Hemos de tener en cuenta que en el proceso contencioso-administrativo se ejercita necesariamente una pretensión de declaración de disconformidad del acto o resolución recurrida con el Ordenamiento jurídico, a lo que puede añadirse la pretensión del reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios. Este Tribunal ha declarado que adquieren especial relevancia los motivos aducidos en defensa de la ilegalidad de la actuación administrativa, si bien ello no enerva la distinción entre motivos sustanciales y no sustanciales susceptibles de ser resueltos tácitamente (STC 40/2006, de 13 de febrero, FJ 2.º). STC 61/2009, de 9 de marzo, FJ 5.º».

En la Sentencia 67/2007, de 27 de marzo, que se reitera, substancialmente, en las Sentencias constitucionales 44/2008, de 10 de marzo y 83/2009, de 25 de marzo, se sostiene que para que se pueda declarar que un órgano judicial ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución, que comprende el derecho a obtener una resolución congruente y razonable fundada en Derecho, por falta de respuesta a las cuestiones planteadas en los escritos rectores del proceso, es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos: «Según dijimos en nuestra STC 52/2005, de 14 de marzo, “forma parte de la jurisprudencia sentada por este Tribunal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva que determinados supuestos de falta de respuesta judicial a las cuestiones planteadas por las partes en el proceso constituyen denegaciones de justicia en sentido propio y aparecen por ello vedadas por el artículo 24.1 CE. Tal lesión del derecho a la tutela judicial efectiva con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste. No es el nuestro en tales casos un juicio acerca de ‘la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundamentar su fallo’, sino sobre el ‘desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes’ (SSTC 118/1989, de 3 de julio, FJ 3.º; 53/1999, de 12 de abril, FJ 3.º; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3.º). Como recordaba recientemente la STC 8/2004, de 9 de febrero, se trata de ‘un quebrantamiento de forma que (...) provoca la indefensión de alguno de los justiciables alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuizada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia’ (FJ 4.º).

- a) En la lógica de la cuestión fundamental no resuelta por el órgano judicial, constituye el primer requisito de la incongruencia omisiva que infringe el artículo 24.1 CE el de que dicha cuestión fuera ‘efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno’ (STC 5/2001, de 15 de enero, FJ 4.º; también, entre otras, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4.º; 206/1998, de 26 de octubre, FJ 2.º).
- b) Debe reseñarse, en segundo lugar, que no se trata de cualquier cuestión, sino, en rigor, de una pretensión, de una petición que tiene lugar en el proceso en virtud de una determinada fundamentación o *causa petendi*. Como subrayaban las SSTC 124/2000, de 16 de mayo, y 40/2001, de 12 de febrero, ‘el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos —partes— y objetivos —causa de pedir y *petitum*—. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre’ (FJ 3.º en ambas). (...) La constricción de la incongruencia omisiva relevante a la que tiene por objeto la pretensión procesal distingue estos supuestos de los que se suscitan por falta de respuesta a las alegaciones no sustanciales con las que se quiere avalar las pretensiones. Estos últimos supuestos no deben analizarse desde la perspectiva de la inexistencia de respuesta judicial, sino desde la menos rigurosa de la motivación de la misma.
- c) Obvio es decir que el tercero de los requisitos de la incongruencia omisiva lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva es la falta de respuesta del órgano judicial

a la pretensión debidamente planteada por una de las partes en el proceso. Tal falta de respuesta no debe hacerse equivaler a la falta de respuesta expresa, pues los requisitos constitucionales mínimos de la tutela judicial pueden satisfacerse con una respuesta tácita, análisis este que exigirá una cuidadosa y particularizada atención al tenor de la resolución impugnada (por todas, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4.º; 56/1996, de 15 de abril, FJ 4.º; 114/2003, de 16 de junio, FJ 3.º). Para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita tal —y, con ello, de una mera omisión sin trascendencia constitucional— ‘es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundadores de la respuesta tácita’ (SSTC 1/2001, de 15 de enero, FJ 4.º; 141/2002, de 17 de junio, FJ 3.º). En tal sentido ‘no se produce incongruencia omisiva prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución, cuando la falta de respuesta judicial se refiera a pretensiones cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopta respecto de otras pretensiones que, siendo de enjuiciamiento preferente, determinen que su estimación haga innecesario o improcedente pronunciarse sobre éstas, como ocurre en el ejemplo típico de estimación de un defecto formal que impida o prive de sentido entrar en la resolución de la cuestión de fondo’ (STC 4/1994, de 17 de enero, FJ 2.º)” (FJ 2.º)» .

Y la **STS de 9 de julio de 2009** (Ar. 471), reitera que la incongruencia omisiva no requiere de un argumentación extensa y prolija, sino que la congruencia se cumple cuando se explica por qué se adopta la decisión que se expresa en la parte dispositiva del auto recurrido al dar respuesta a los motivos invocados por las partes.

Desde la STC 20/1982, de 5 de mayo, si bien es cierto que la ausencia de respuesta expresa a las «cuestiones» suscitadas por las partes puede generar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sin embargo, no podemos confundir entre resolver las «pretensiones» que en este caso se cumple, examinar los «motivos» suscitados, que también, y otra analizar de modo detallado los diferentes «argumentos» a cuyo examen detallado no alcanza la congruencia de la sentencia, pues puede razonablemente interpretarse que se ha producido, según los casos, una desestimación tácita de argumentos que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 175/1990, de 12 de noviembre y 83/1998, de 20 de abril, entre otras).

b) *Ejecución: no cabe compensación alguna si la sentencia no contiene pronunciamiento sobre las determinaciones del planeamiento*

Según el tenor de lo dispuesto en el artículo 105.2 LJCA, en los casos de imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia la existencia de indemnización no es una consecuencia obligada y necesaria sino que la norma legal, además de facultar al órgano sentenciador para apreciar la concurrencia de las causas de imposibilidad, le faculta también para adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria «fijando en su caso la indemnización que proceda». La redacción del precepto indica que no es preceptivo que la indemnización exista en todo caso; y, en efecto, no la habrá cuando nadie la solicite. Ahora bien, habiendo sido solicitada la compensación sustitutoria, aunque

al formular esta petición los recurrentes no hayan especificado la índole y entidad de los perjuicios sufridos, la decisión de denegarla habría merecido una respuesta más detenida por parte de la Sala de instancia, más allá de la escueta declaración de imposibilidad de ejecución de la sentencia «sin derecho a indemnización alguna».

Supliendo esa carencia de la resolución recurrida, la **STS de 19 de octubre de 2009** (Ar. 347), procede a recordar lo declarado por esta Sala en la Sentencia de 26 de mayo de 2008 (casación 89/2006) acerca de la identificación y acreditación de los perjuicios derivados de la imposibilidad legal o material de ejecutar de la sentencia: «(...) debe notarse que de la inejecución de una sentencia pueden derivarse perjuicios de diversa índole, siendo diferente el grado de exigencia aplicable en cuanto a la concreción y acreditación de los perjuicios de una u otra clase. Así, en un primer bloque cabe encuadrar el perjuicio que representan los gastos procesales que ha ocasionado el litigio en el que se obtuvo la sentencia favorable que luego no se ha podido ejecutar, que son unos perjuicios materiales fácilmente objetivables y cuya existencia puede en buena medida darse por supuesta, aunque deba acreditarse en cada caso su concreta cuantía. En un segundo apartado ubicaremos el quebranto que supone el hecho de que el pronunciamiento obtenido en la sentencia no encuentre realización efectiva. Este menoscabo en la esfera jurídica del litigante, que puede incardinarse en la categoría del “daño moral”, no requiere de un especial esfuerzo probatorio pues sin dificultad se comprende que, al margen del concreto valor material de las cuestiones y pretensiones objeto del litigio, comporta un perjuicio el hecho mismo de haber obtenido una sentencia favorable cuya ejecución queda luego frustrada; pero, aunque para su reconocimiento no se requiera, como decimos, un especial esfuerzo probatorio, el carácter marcadamente subjetivo del daño moral determina que para que pueda ser reconocido sea necesario que el interesado alegue su existencia y ponga de manifiesto su relevancia o entidad en el caso concreto. En fin, un tercer grupo vendría dado por aquellos perjuicios tangibles —daño emergente o lucro cesante— que la inejecución de la sentencia ocasione en la esfera patrimonial del interesado; se trata aquí de perjuicios materiales cuya existencia y cuantía dependerá del contenido de la sentencia y de las circunstancias concurrentes en cada caso y que, por ello mismo, deben ser debidamente acreditados por quien los alega...».

Trasladando esa doctrina al caso que nos ocupa, y refiriéndose en primer lugar a los perjuicios encuadrables en el tercero de los grupos enunciados —perjuicios materiales vinculados a los concretos pronunciamientos del fallo declarado inejecutable—, no cabe el reconocimiento del derecho a compensación alguna pues, frente a lo que razonan los recurrentes, la sentencia que se ha declarado inejecutable no contenía un pronunciamiento que otorgase a los recurrentes un derecho a que el planeamiento contuviese unas u otras determinaciones. La sentencia únicamente viene a constatar una anomalía procedimental en la tramitación del Plan General y declara por ello la nulidad del instrumento aprobado ordenando la devolución del expediente administrativo al Ayuntamiento al objeto de que, en su caso, y previa subsanación de las deficiencias señaladas en la documentación y planos remitidos para la aprobación definitiva respecto de la parcela cuestionada, se eleven nuevamente a la Consejería de Política Territorial para su aprobación definitiva. En consecuencia, no cabe afirmar que la parte recurrente haya sufrido perjuicios materiales derivados de la inejecución de la sentencia, pues aunque el fallo se hubiese cumplido en sus propios términos ello no habría comportado sino la subsanación de la anomalía procedimental

señalada en la sentencia, sin predeterminar nada acerca del contenido del instrumento de planeamiento que podría haber resultado a raíz de aquella subsanación.

En cuanto al perjuicio que representan los gastos procesales, debe considerarse procedente el reconocimiento del derecho a una compensación. La existencia de esta clase de gastos —por los conceptos de representación y defensa procesal y, en su caso, los derivados de la práctica de pruebas— puede darse por cierta en la generalidad de los litigios, de manera que la parte en cuyo favor se reconoce este derecho a indemnización por la no ejecución de la sentencia debe cuando menos quedar resarcida de los gastos que le ha ocasionado el proceso en el que obtuvo un pronunciamiento favorable que luego queda sin cumplimentar.

c) *Si no se acude a las facultades del artículo 33 LJCA se puede producir una merma del derecho a la defensa*

La **STS de 20 de octubre de 2009** (Ar. 1111), recuerda que desde la STC 20/1982, de 5 de mayo, el Tribunal Constitucional ha declarado que si se produce una completa modificación de los términos del debate procesal puede darse una vulneración del principio de contradicción y por ende del fundamental derecho de la defensa, pues la sentencia ha de ser dictada tras la existencia de un debate y de una contradicción, y sólo en esos términos dialécticos es justo el proceso y justa la decisión que en él recaer (FFJJ 1.º y 2.º). En la STC 177/1985, de 18 de diciembre, el Tribunal Constitucional precisó que se debe atender a los términos en que las partes han formulado sus pretensiones en la demanda y en los escritos esenciales del proceso, configurando las acciones y excepciones ejercitadas, constituyendo la desviación que suponga una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal que represente por su contenido una vulneración del principio de contradicción y, por lo tanto, del fundamental derecho de defensa, una lesión del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión (FJ 4.º).

No quiere ello decir que el Juez o Tribunal tenga vedado utilizar su potestad, expresada tradicionalmente en los axiomas *iura novit curia* y *narra mihi factum, dabo tibi ius*, que le permiten no ajustarse estrictamente a los argumentos jurídicos utilizados por las partes al motivar las sentencias, pudiendo apoyarse en razones de carácter jurídico distintas pero que conduzcan a la propia decisión de aceptar o rechazar las pretensiones cuestionadas, y que el principio procesal plasmado en los indicados aforismos permite al Juez fundar el fallo en las normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes, pudiendo así recurrir a argumentaciones jurídicas propias distintas de las empleadas por ellos, si conducen a aceptar o rechazar las pretensiones deducidas o los motivos planteados (desde la inicial STC 20/1982, de 5 de mayo, FJ 2.º, STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 8.º y STC 44/2008, de 10 de marzo, FJ 2.º).

La anterior reflexión cobra especial relevancia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la cual es su propia norma reguladora (artículo 43 LJCA de 1956) la que ordena a los Tribunales de esta jurisdicción que fallen «dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición», mandato este redactado en términos semejantes en el artículo 33 LJCA de 1998, al ordenar que el enjuiciamiento se produzca «dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición». Constituye doctrina expresada en la Sentencia de 3 de diciembre de 2004

dictada en el recurso de casación número 3506/2001 que los artículos 33.2 y 65.2 LJCA tienden a conceder una cierta libertad al juzgador para motivar su decisión siempre que someta previamente a la consideración de las partes los nuevos motivos o cuestiones para salvaguardar los principios de contradicción y congruencia, pues, como recuerda en una Sentencia del Alto Tribunal de fecha 27 de marzo de 1992, para que los Tribunales de este orden jurisdiccional puedan tomar en consideración nuevos motivos, no alegados por las partes, es preciso, so pena de incurrir en incongruencia, que los introduzcan en el debate, ya en el trámite de vista o conclusiones —artículo 79.1 y 2 de la Ley Jurisdiccional—, ya en el momento inmediatamente anterior a la Sentencia, siendo indiferente a estos efectos la naturaleza de tales motivos, de mera anulabilidad o de nulidad absoluta, pues sólo así queda debidamente garantizado el principio de contradicción.

Los artículos 43 de la Ley Jurisdiccional de 1956 y 33 de la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta Jurisdicción, refuerzan la exigencia de congruencia en este orden jurisdiccional al exigir no sólo que los Tribunales juzguen dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes sino de las alegaciones o motivos que fundamentan el recurso y la oposición, conformando así la necesidad de que la Sentencia en su *ratio decidendi* se mantenga dentro de los términos en que el debate se ha planteado por las partes, sin que en su fundamentación se introduzcan motivos que, no habiendo sido alegados por las partes, resulten determinantes del pronunciamiento de la Sentencia, privándoles de formular las alegaciones y ejercitar su defensa respecto de aspectos fundamentales que quedan así al margen del necesario debate procesal que exige el principio de contradicción. Como consecuencia de tal previsión, los mismos artículos 43 y 33 citados, establecen seguidamente que, ante la apreciación por el Juez o Tribunal, al dictar Sentencia, de la existencia de posibles motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, debe someterlos a la consideración de las partes a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes, restableciendo así el debate procesal en salvaguarda de la necesaria contradicción. Y se manifiesta que la resolución del proceso, con fundamento en tales motivos no invocados por las partes, sin someterlos previamente a la consideración de ellas, constituye una infracción procesal cuya apreciación en casación supone la retroacción de actuaciones para su subsanación.

G) Medidas cautelares

a) *La sentencia dictada en los autos principales determina la pérdida sobrevenida del objeto del incidente cautelar*

La **STS de 14 de enero de 2010** (Ar. 23), reitera que la suspensión de la ejecutoriedad de los actos objeto de impugnación es una medida cautelar establecida para garantizar la efectividad de la resolución judicial que en su día pueda recaer en el proceso principal, por lo que carece de contenido cuando tal resolución ha sido dictada, como ocurre cuando ha recaído sentencia en los autos principales.

b) *Criterios de suspensión de un Plan Parcial*

La **STS de 6 de julio de 2009** (Ar. 321), analiza un caso sobre la suspensión cautelar de un Plan Parcial aprobado por una Comunidad Autónoma y no deja prosperar la alegación

relativa a la preeminencia del interés público derivado de la aprobación del planeamiento frente al interés, también público, referido a la necesidad de asegurar el adecuado y racional aprovechamiento de los recursos hidráulicos. Recuerda para ello lo que afirma en la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2008 (RC 2161/2007): «No cabe duda que existe una línea jurisprudencial reticente a la suspensión de los instrumentos de ordenación general, que requieren, a su vez, (...) para su efectiva y última ejecución, actos concretos de aprobación de proyectos o la concesión de licencias de obras, pero también existe una corriente jurisprudencial paralela que, en evitación de múltiples recursos o impugnaciones en vía administrativa y sede jurisdiccional, viene accediendo a suspender la ejecutividad de los instrumentos de planeamiento cuando hay riesgo, como en este caso, de que, de no suspenderse la aplicación o ejecución del ordenamiento urbanístico aprobado, pierda su legítima finalidad el recurso contencioso-administrativo (...) [En este concreto caso], de no suspenderse su ejecutividad, cuando se dictase una sentencia estimatoria, se habría llevado a cabo la ejecución de un planeamiento urbanístico radicalmente nulo, lo que contradice el más elemental principio de que cualquier actuación urbanística debe ajustarse a la legalidad, que es por lo que, en cualquier caso, debe velar la jurisdicción al decidir acerca de la suspensión o no de decisiones en esta materia, en la que los sucesivos instrumentos de ordenación concatenados, seguidos de actos de ejecución, suelen hacer irreversibles las situaciones, que, como el propio Ayuntamiento admite al articular su recurso de casación, sólo tienen solución a través de revisiones del planeamiento urbanístico o de las consiguientes demoliciones, de compleja y muy costosa realización ésta, y conducentes, de ordinario, aquéllas a declaraciones de imposibilidad legal de ejecutar las sentencias, que realmente encubren auténticos incumplimientos de sentencias firmes». Y reitera que la doctrina de la apariencia de buen derecho no debe servir de fundamento para la adopción de la medida cautelar en los casos en que se predique la nulidad del acto impugnado en virtud de causas que han de ser objeto de valoración y decisión por primera vez, pues con ello se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

c) *Aplicabilidad de la apariencia de buen derecho*

La **STS de 15 de julio de 2009** (Ar. 492), señala que la alegación del *fumus bonus iuri* que ampara la pretensión de suspensión esgrimiendo unos posibles vicios de nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida está evidentemente destinada al fracaso. Y ello porque atender a esa pretensión en esos términos sería prejuzgar el fondo del asunto, lo que no es posible en la fase cautelar del proceso y porque, además, la Ley de la Jurisdicción descarta por esa razón el *fumus bonus iuris* o criterio de la apariencia de buen derecho para fundar la adopción de cualquier medida cautelar, excepción hecha del supuesto que recoge el artículo 136 de la Ley en relación con los supuestos de inactividad de la Administración o de vía de hecho contemplados en sus artículos 29 y 30, en los que se invierte la situación «salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez ponderará en forma circunstanciada».

d) El fumus puede determinar la colegiación preventiva del recurrente

La **STS de 9 de julio de 2009** (Ar. 332), acoge los criterios jurídicos expuestos en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2009 (RC 972/2008), en la que, resolviendo un supuesto idéntico, declaraba: «Partiendo del hecho base de que la recurrente es titular de un título oficial de Ingeniero (...) expedido por la Universidad (...), que hay que presumir válido conforme al artículo 57.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, aparece cumplido el requisito fundamental para el ejercicio de la profesión, por lo que, en principio, la consecuencia inmediata sería que el Colegio correspondiente admitiera la colegiación de acuerdo con sus Estatutos corporativos, sin perjuicio de ejercitar, en su caso, las acciones pertinentes dirigidas a lograr la nulidad de ese título, y solicitar en esa vía, mientras se sustancia el recurso, la suspensión de los efectos del Título. Por esta razón, se produce desde el primer momento una apariencia de buen derecho en favor de la recurrente, en cuanto el acto de colegiación es un acto debido a todo aquel que cumpla los requisitos que normativamente le son exigidos, sin que en ello quepa ningún tipo de discrecionalidad. Es verdad que el acto impugnado también goza de la misma presunción de legalidad a la que antes se hizo referencia, por lo que podría hablarse de un equilibrio entre ambos, que impedirían aplicar en toda su extensión la apariencia de buen derecho. Ahora bien, es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, (Sentencia de 22 de mayo de 2001, Auto de 26 de junio de 2006, entre otros) conforme a la cual uno de los supuestos en que la tesis de la apariencia de buen derecho tiene plena operatividad, es en aquellos en que casos similares hayan sido resueltos de forma favorable a la tesis del que solicita la aplicación de la medida cautelar».

e) Suspensión en caso de operación de concentración económica

La **STS de 22 de julio de 2009** (Ar. 340), sostiene que en el conflicto de los intereses analizado ha de darse preferencia a los generales frente a los de índole particular cuando subyace un intenso interés general en la observancia de las medidas impuestas para asegurar el cumplimiento de las condiciones impuestas en una operación de concentración económica que responden a un interés general en la efectividad, observancia y cumplimiento de las condiciones establecidas para aquella operación empresarial y frente a tal evidente y relevante interés de carácter general no cabe otorgar prevalencia al meramente empresarial.

f) Es prevalente la protección del dominio público para evitar situaciones irreversibles

La **STS de 29 de julio de 2009** (Ar. 625), reseña la jurisprudencia que viene entendiendo que es prevalente la protección del dominio público en evitación de situaciones irreversibles. Puede verse en ese sentido la Sentencia de 19 de marzo de 2008 (casación 4668/2006) y las Sentencias que en ella se citan de 3 de octubre de 2007 (casación 1546/2005), 25 de octubre de 2007 (casación 3825/2005), 12 de diciembre de 2007 (casación 3827/2005), 30 de enero de 2008 (casación 3058/2006) y 13 de febrero de 2008 (casación 3070/2006).

- g) *La materialización de una medida cautelar no constituye una resolución judicial sobre el fondo del asunto*

La **STS de 9 de octubre de 2009** (Ar. 1049), nos recuerda que constituye doctrina reiterada aceptar otros modos de terminación del proceso contencioso-administrativo no previstos en los artículos 74 y 75 LJCA. Así, puede desaparecer el objeto del recurso cuando tratándose de disposiciones generales han perdido su vigencia por haber sido derogadas y sustituidas por otras, lo que priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real (ATS de 14 de mayo de 2009, recurso 158/2007). También cabe declarar la pérdida de objeto cuando en otro proceso ha recaído sentencia anulatoria que ha expulsado del ordenamiento el acto o norma reglamentaria impugnada y en cuyo caso el pronunciamiento de nulidad al desplegar efecto *erga omnes* impide su reconsideración (ATS de 18 de marzo de 2009, recurso de casación 2910/2007, ATS de 1 de junio de 2009, recurso 198/2007). Y reiterada jurisprudencia mantiene que cuando ha recaído Sentencia en los autos principales de los que deriva el recurso contra el auto dictado en la pieza de medidas cautelares, procede declarar la pérdida de objeto de éste. Recuerda el Auto de 6 de febrero de 2007, recurso de casación 6064/2002, que a tenor de la referida jurisprudencia una vez recaída sentencia no tiene objeto un pronunciamiento sobre una medida cautelar como la suspensión del acto recurrido (artículos 129 y ss. de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Por el contrario, en dicho momento entran en juego los preceptos relativos a la ejecución de la Sentencia (artículos 103 y ss. de la misma Ley jurisdiccional), pudiendo, en su caso, instarse la ejecución provisional cuando la misma no fuese firme por haberse interpuesto recurso contra ella.

Ninguno de tales supuestos acaece por la pretendida materialización del acto que aquí se pretendía impedir: entrada por la autoridad administrativa en un domicilio particular en virtud de autorización judicial. Es decir, la ejecución forzosa de un acto de la Administración Pública, previo amparo judicial, conforme a los artículos 8.6 LJCA y 91.2 LOPJ. La materialización de una medida cautelar positiva o, en el presente caso, negativa no constituye una resolución judicial sobre el fondo del asunto. Ciertamente que la medida cautelar cuya suspensión pretendió la recurrente en la pieza incidental del proceso ha tenido lugar, mas aquí la resolución judicial impugnada en casación es justamente la que fue dictada en el proceso del que deriva la pieza cautelar. La ejecución del acto de entrada domiciliaria autorizada judicialmente no convalida la medida cautelar denegada ni suple al control jurisdiccional de este Tribunal en sede casacional al ser un acto previo. Tampoco el hecho de que el auto ulterior contuviera limitaciones. Y, aun siendo innegable que la posterior autorización judicial de entrada en el domicilio aquí controvertido tuvo su apoyo en la no adopción de la medida cautelar procediendo incluso a reproducir parcialmente el contenido del auto resolviendo el recurso de súplica contra el auto inicial, el que el acto hubiera agotado sus efectos no evita que pueda ser objeto de control jurisdiccional. Recuérdese que en nuestro sistema de control jurisdiccional es harto frecuente examinar actuaciones judiciales de tribunales de instancia que no acudieron a la suspensión interesada por el afectado ejecutándose el acto administrativo, mientras el Tribunal Supremo acuerda haber lugar a la suspensión con ocasión del pertinente recurso de casación. Sirvan de ejemplo las SSTS de 18 de julio 2000, recurso de casación 9409/1998, y 31 de enero de 2002, recurso de casación 5271/1999, relativas a expulsión de ciudadanos extranjeros del territorio nacional.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) **Motivos: la publicación del fallo y su inscripción en registros públicos es algo ajeno a las causas del artículo 87.1.c) LJCA**

La **STS de 9 de julio de 2009** (Ar. 471), respecto a la publicación del fallo de la sentencia en periódicos oficiales o privados y su inscripción en registros públicos, señala que son medidas previstas en el artículo 107.1 LJCA pero ajenas a las causas del artículo 87.1.c) de la misma Ley Jurisdiccional. Mientras que la inejecución de la sentencia instada por la Administración ante la Sala es una cuestión que se encuadra en las causas del citado precepto. Repárese que, nada contradice más lo resuelto en el fallo de una sentencia que acordar su carácter inejecutable o declarar su imposibilidad legal o material.

B) **Sentencias: cuando la sentencia casada aplica derecho autonómico se devuelve a la Sala de Instancia para que resuelva aplicándolo**

Las **SSTS de 2 de junio y 14 de julio de 2009** (Ar. 193 y 573), señalan que, después de casada la sentencia recurrida, procede devolver las actuaciones a la Sala de instancia para que, partiendo de las razones que ha expuesto en los fundamentos de derecho, resuelva lo que proceda, y ello porque la decisión que resta queda sujeta ante todo a la interpretación y aplicación de normas autonómicas y porque tal devolución es la que se acomoda a la doctrina que este Tribunal Supremo estableció en la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera de fecha 30 de noviembre de 2007, dictada en el recurso de casación número 7638/2002. En este particular, es decir, al devolver a la Sala de instancia las actuaciones a los fines y por la razón indicada, se aparta también de lo que decidió en la reciente Sentencia de 14 de abril de 2009.

C) **La anulación del precepto impugnado por una sentencia anterior determina la pérdida sobrevenida del recurso**

La Abogacía del Estado impugnó en la instancia un Decreto autonómico. Desestimadas sus pretensiones por la Sala de instancia en la sentencia recurrida, el representante y defensor de la Administración limita en su escrito de interposición del recurso de casación el objeto del mismo a un artículo del citado Decreto. En sentencia del Tribunal Supremo se anuló el artículo referido. Por tanto, anulado por sentencia firme el artículo del Decreto autonómico, ahora también impugnado en el recurso de casación que se enjuicia, resulta evidente, como señala la **STS de 26 de enero de 2010** (Ar. 219), que el recurso que aquí resolvemos carece ya de objeto.

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) **Es irrelevante que las liquidaciones sean impugnadas por el deudor inicial o por el responsable solidario por sucesión empresarial**

La **STS de 19 de enero de 2010** (Ar. 31), señala que es doctrina reiterada de este Tribunal la que establece que resulta irrelevante, a los efectos de la admisión o no del recurso, que

lo impugnado sean las liquidaciones por parte del inicial deudor o el requerimiento de pago efectuado al responsable solidario como consecuencia de la sucesión empresarial acordada, ya que si no fuera así se produciría injustificadamente un diferente tratamiento procesal en función de un dato por completo ajeno al propósito perseguido por la normativa legal delimitadora del ámbito del recurso de casación en función de la cuantía litigiosa, como sería que el recurrente fuera deudor principal o un tercero responsable, solidaria o subsidiariamente, de la deuda reclamada (en el mismo sentido, Autos, entre otros, de 12 de noviembre y 13 de diciembre de 1999, 10 y 17 de enero y 20 de octubre de 2000 y 12 de marzo y 21 de diciembre de 2001).

FERNANDO JOSÉ ALCANTARILLA HIDALGO

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(Libros y Revistas)

Introducción al Derecho Español

EMBID IRUJO, A. (Coord.)
Iustel, Madrid, 2010, 512 pp.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

Esta obra colectiva, coordinada por el Profesor Embid Irujo, resulta de máximo interés para un amplísimo número de destinatarios, dado que se hace un tratamiento conjunto del Derecho español, lo que de otro lado supone una importante novedad.

Precisamente en el momento actual en que se habla constantemente de la «globalización jurídica» en el sentido de la creciente homogeneidad de muchos planteamientos normativos y de las respuestas que distintos operadores jurídicos dan a problemas semejantes en países diferentes, la oportunidad de esta obra es indudable y la hace aun más interesante.

Como bien se señala, a pesar de esa llamada globalización o, más bien puede decirse que la misma se apoya en sistemas asentados, con fuertes doctrinas nacionales y procesos evolutivos de los distintos países que con cimientos propios, buscan las soluciones más adecuadas a los temas planteados. La globalización sucede con posterioridad a ese proceso y de ahí que sea relevante contar con esta visión completa del Derecho Español.

Esta obra, ha sido además realizada por profesores y profesionales con una larga trayectoria en sus respectivos campos, lo que avala el buen resultado. De este modo, se afronta el estudio del Derecho español desde las respectivas áreas de conocimiento, siguiendo una metodología común y manejando para ello no sólo la normativa sino también la jurisprudencia más relevante y la referencia a las obras básicas para la profundización en los distintos sectores.

Observatorio de políticas ambientales

LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.)
Aranzadi Thomson, Navarra, 2010, 782 pp.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

El Observatorio de Políticas Ambientales, coordinado por el Profesor Fernando López Ramón, reputado especialista en Derecho Medioambiental, tiene por objetivo analizar periódicamente las políticas en materia de medio ambiente del Estado y de las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta el contexto internacional, comunitario europeo y comparado, contando para ello además con el apoyo del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, del Centro Internacional de Derecho Ambiental y de la Fundación Ecología y Desarrollo.

Está integrado por más de cuarenta profesores pertenecientes a casi una treintena de universidades, que realizan los diferentes análisis cada año, dando lugar a las respectivas publicaciones en cuya línea se incardina la que ahora se presenta y que viene a seguir la estela de las anteriores: *Observatorio de políticas ambientales* (1978-2006), y las sucesivas de 2007, 2008 y 2009.

En este caso, en dicho volumen pueden encontrarse detalladas referencias y valoraciones críticas sobre el conjunto de las políticas ambientales practicadas en los niveles internacional, comunitario-europeo, comparado, estatal y autonómico durante el período considerado, utilizando para ello las normas jurídicas (tratados, directivas, leyes y reglamentos), los presupuestos públicos, los documentos de programación y planificación (estrategias, bases políticas, directrices, programas, planes), las medidas organizativas, la jurisprudencia de los diversos tribunales y los conflictos planteados.

Baste señalar a modo de ejemplo el interesante trabajo con el que comienza este libro y que viene de la mano del citado coordinador, el Profesor López Ramón, y que bajo el título «Introducción general: las dobles lecturas de los procesos ambientales», analiza desde la perspectiva medioambiental cuestiones tan relevantes y actuales como los efectos en materia de urbanismo de la Directiva de Servicios, o la escasa apuesta comunitaria por la energía nuclear.

Dentro de las diversas cuestiones y estudios que completan este volumen pueden señalarse tanto la valoración general como el apartado dedicado a las políticas medioambientales internacionales y comunitarias, los compromisos internacionales en la materia, la política ambiental de la UE, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las políticas estatales de medio ambiente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el Derecho Civil de medio ambiente, la legislación básica ambiental, las políticas ambientales estadounidenses, también iberoamericanas, la política ambiental portuguesa, de Reino Unido, Italia, y las políticas de las Comunidades Autónomas; sin duda una obra muy completa y libro de referencia en la materia.

La adjudicación de los contratos públicos. Procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público

CARBONERO GALLARDO, J.M.

Prólogo de Luciano Parejo Alfonso.

Presentación de José Antonio Moreno Molina

El Consultor de Los Ayuntamientos-
WoltersKluwer, 2010, 644 pp.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

Uno de los temas que más presente está en las Administraciones Públicas es el de la contratación, materia que a pesar de su importancia está sometida a constantes vaivenes legislativos, muestra de ello es la reforma que la Ley de Contratos del Sector Público del año 2007 ha sufrido por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Y dentro de la contratación, sin duda, una de las claves es la que

se refiere a los procedimientos de adjudicación de los contratos, objeto de estudio en este libro.

En efecto, en éste su autor analiza con detalle los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, dedicando atención especial, como es lógico, a los procedimientos de la vigente LCSP, sin embargo, ello va precedido de un interesante estudio de su evolución desde su origen en España en el siglo XIX, lo que sin duda contribuye significativamente a entender toda la problemática de esta cuestión. Y todo ello sin olvidar la reforma entonces en curso, hoy ya aprobada por la citada Ley 34/2010, que vio la luz el presente agosto.

La actualidad de la obra destaca también por la incorporación de comentarios a las leyes de modificación de la LCSP que tendrán vigencia este año 2010, no sólo como la señalada, sino también la derivada de la Ley de Economía Sostenible.

Para todo ello se divide la monografía en los siguientes capítulos: Capítulo I. Antecedentes de los procedimientos de adjudicación de los contratos administrativos en los siglos XIX y XX; Capítulo II. La influencia del derecho comunitario en los sistemas de adjudicación de los contratos administrativos; Capítulo III. Los procedimientos y formas de adjudicación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su texto refundido; Capítulo IV. Los procedimientos de adjudicación en la Ley de Contratos del Sector Público; Capítulo V. Algunas reflexiones generales y finales; y finalmente se recoge la referencia tanto a la jurisprudencia citada, como los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (estatal y autonómicas), la bibliografía citada y la consultada y no citada, concluyendo con un práctico índice sistemático.

Formación y objeto del derecho antidiscriminatorio de género

MORA RUIZ, M. (Dir.)

GILES CARNERO, R.M. y SALDAÑA DÍAZ, M.N.
(Coords.)

Atelier, 2010, 256 pp.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

Se trata de una obra colectiva, fruto de un trabajo instado desde el Instituto Andaluz de la Mujer, al

que han contribuido profesores de diversas disciplinas jurídicas ligadas al Derecho público.

Este tipo de estudios resulta interesante por varias razones, en primer lugar, porque ese carácter multidisciplinar responde precisamente a la indudable transversalidad del tema, porque además es incluso un mandato constitucional a los poderes públicos el logro de una efectiva igualdad de mujeres y hombres, de ahí que la perspectiva pública sea esencial, y además poco frecuente, pues se suele abordar el tema particularmente desde la óptica del Derecho Laboral, precisamente porque su origen se encuentra en gran medida en él.

A través de esta obra se busca así ofrecer el panorama de la situación actual de la igualdad de género en el Derecho. Para ello la primera parte de esta monografía se centra en los impulsos del Consejo de Europa y del Derecho comunitario, además del análisis de la jurisprudencia generada en este nivel, con la finalidad de identificar el marco de referencia del tratamiento de la igualdad de género en el ámbito constitucional y estatutario, aspecto al que se dedica la segunda parte de este trabajo.

Este estudio culmina además con el análisis de las aportaciones del Derecho administrativo a la consecución de la efectiva igualdad de mujeres y hombres, al amparo de la actividad legislativa más reciente en materia de igualdad de género, visión que sin duda resulta esencial en la materia.

Las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo

GONZÁLEZ SANFIEL, A.M.

Prólogo del Prof. F.J. Villar Rojas

Iustel, Madrid, 2010, 272 pp.

[EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN]

Desde la instauración del mercado único europeo y la liberalización de los diversos sectores económicos que ello ha implicado, una de las principales preocupaciones ha sido el cumplimiento de las obligaciones de servicio público, es decir, que, sean o no rentables, se garanticen ciertos servicios en determinadas condiciones a los ciudadanos, optando por diversas soluciones dependiendo del sector.

Pues bien, uno de esos ámbitos en que la liberalización no garantiza por sí misma la existencia de servicios adecuados, es el que se analiza en esta obra, es decir, el sector aéreo, de máxima actualidad precisamente en estos momentos y uno de los ámbitos en que este proceso mayores conflictos o problemas está generando.

En efecto, los servicios aéreos, como pone de relieve el autor, no se cubrirían sin imponer las obligaciones de servicio público, al menos los adecuados en todas las rutas aéreas, especialmente las que comunican determinadas regiones de la Unión Europea, que son menos atractivas en condiciones de mercado.

Esto es lo que lleva en este sector, como en otros, a imponer las llamadas obligaciones de servicio público, que pese a su denominación no se refieren, en la clasificación tripartita de la actividad de la Administración, a la de prestación sino, al contrario, se trata de medidas de policía, y ello porque el derecho de los ciudadanos y empresas residentes en esos territorios exige que esos servicios estén garantizados.

Por ello y como bien se expone en esta obra, el Derecho Comunitario admite en este sector su configuración como servicio de interés económico general y la imposición de obligaciones de servicio público, tal y como sucede en otros sectores económicos estratégicos.

Como es inherente al propio concepto de servicio económico de interés general y en algunos ámbitos el llamado servicio universal, aunque la Administración deje de prestarlos en monopolio, precisamente por efecto de la libre competencia que rige el mercado único europeo, ésta ha de intervenir de algún modo, en este caso, mediante la imposición de dichas obligaciones, para garantizar la existencia de esos transportes y que éstos se presten en condiciones de regularidad, continuidad, calidad mínima y precio razonable.

Partiendo de ello y del estudio de este ámbito económico concreto, advierte el autor que, en algunos casos, ello requiere reconocer privilegios a favor de las compañías aéreas y adoptar medidas sociales que beneficien a los usuarios, lo cual, señala, es compatible, además, con su tratamiento como servicio esencial para la comunidad al objeto de limitar el ejercicio del derecho

a la huelga. Francia, Italia y Reino Unido son los países que más utilizan esta técnica, aunque también existen ejemplos en España.

Pues bien, precisamente en esta monografía se explican a estos efectos la regulación, los límites y los problemas de esos mecanismos de intervención pública dirigidos a asegurar la suficiencia de la comunicación aérea cuando el mercado no llega.

Para ello, se divide esta obra en cinco capítulos, dedicados, respectivamente, al requisito de necesidad y por tanto la imposición de obligaciones, al contenido y alcance de ellas, al acto de atribución pública, a la compensación de las obligaciones de servicio público y al impacto de la normativa aeroportuaria, concluyendo con un epílogo en que recoge diez principios rectores de las obligaciones de servicio público.

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.