



*Justicia*

**Justicia**

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

**Administrativa**

DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

**LEX NOVA**

# REVISTA

## Justicia Administrativa

La versión on line 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](http://portaljuridico.lexnova.es)

### CONSEJO ASESOR

**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.

### DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

### SECRETARÍA TÉCNICA

**Margarita Beladiez Rojo**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 2009

|                |  |
|----------------|--|
| EDICIÓN        | LEX NOVA, S.A.<br>General Solchaga, 3 47008 Valladolid |
| TELÉFONO       | 902 457 038  |
| FAX            | 983 457 224  |
| E-MAIL         | clientes@lexnova.es                                    |
| INTERNET       | www.lexnova.es   |
| ISSN           | 1139-4951  |
| DEPÓSITO LEGAL | VA. 777/1998   |

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. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://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.

## Sumario:

### DOCTRINA:

[5] El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (artículo 23.2 CE)

MARGARITA BELADIEZ ROJO

[23] Disponibilidad de agua y nuevos desarrollos urbanísticos

JORGE AGUDO GONZÁLEZ

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

[73] I. DERECHO COMUNITARIO

L. ORTEGA ÁLVAREZ

[85] II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

J. GARCÍA ROCA

[99] III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

J. GARCÍA ROCA

[125] IV. FUENTES DEL DERECHO

A. MENÉNDEZ REXACH

[141] V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A. MENÉNDEZ REXACH

[155] VI. ORGANIZACIÓN

ADMINISTRATIVA

M. SÁNCHEZ MORÓN

[169] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

M. REBOLLO PUIG

[193] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

E. LÓPEZ MENUDO

[205] IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

F. LÓPEZ MENUDO

[215] X. FUNCIÓN PÚBLICA

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

[227] XI. URBANISMO

L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN

[237] XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL

A. EMBID IRUJO

[257] XIII. MEDIO AMBIENTE

A. EMBID IRUJO

[279] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

J. TORNOS MAS

[297] XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD

I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

[309] XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

G. FERNÁNDEZ FARRERES

### [329] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

#### Fe de erratas:

El título correcto del artículo que abre la revista Justicia Administrativa núm. 44, julio 2009, página 5, es “La nulidad en Derecho Administrativo (Consideración de su significado y régimen en el actual Derecho Administrativo español a propósito de la nulidad por lesión de los derechos fundamentales)” de D. Manuel REBOLLO PUIG, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba e Investigador principal del Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196.



# El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas (artículo 23.2 CE)\*

MARGARITA BELADIEZ ROJO

Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Complutense de Madrid  
Letrada del Tribunal Constitucional

## Resumen

### EL DERECHO FUNDAMENTAL A ACCEDER EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LAS FUNCIONES PÚBLICAS (ART. 23.2 CE)

A través de este trabajo se efectúa un análisis del contenido del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad al acceso de las funciones públicas (artículo 23.2 CE) según lo ha configurado la jurisprudencia constitucional. Este derecho fundamental constituye una específica manifestación del principio de igualdad en el acceso al empleo público de carácter funcional y conlleva, entre otras cosas, el derecho a la predeterminación normativa del procedimiento; la igualdad en las normas que regulan los procedimientos selec-

tivos, con la interdicción de requisitos que tengan carácter discriminatorio o de referencias individualizadas; requisitos, además, que han de estar referidos a los principios de mérito y capacidad y el derecho a la igualdad en la aplicación de las normas que regulan los procedimientos selectivos. Junto a ello garantiza también el derecho a la promoción de la carrera administrativa en condiciones de igualdad y a no ser cesado en el ejercicio de esas funciones por motivos discriminatorios.

## Abstract

### THE FUNDAMENTAL RIGHT TO GAIN ADMITTANCE TO THE PUBLIC FUNCTIONS UNDER CONDITIONS OF EQUALITY (ARTICLE 23.2 CE)

Through this work is made an analysis of the content of the fundamental right to gain admittance to the public functions under con-

ditions of equality (article 23.2 CE) as it has been configured by the constitutional jurisprudence. This fundamental right constitutes a specific

(\*) Este trabajo es una versión actualizada del publicado en CASAS, M.E. y RODRIGUEZ-PIÑERO, M. (dirs.), Comentarios a la Constitución, XXX Aniversario, Fundación Wolters Kluwer, 2009, págs. 577 y ss.

*manifestation of the principle of equality in the access to the civil service and it entails, among other things, the right to the normative predetermination of the procedure; the equality in the norms that regulate the selective procedures, with the interdiction of requirements that have a discriminatory character or of individualized references; requirements, also,*

*that must be referred to the principles of merit and capacity and the right to the equality in the application of the norms that regulate the selective procedures. Next to it also guarantees the right to the promotion of the administrative career under conditions of equality and to not be ceased in the exercise of these functions because discriminatory reasons*

## Sumario:

**I. Introducción. II. Contenido del Derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas. III. La predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas como garantía del principio de igualdad. IV. La igualdad en las normas que regulan los procedimientos selectivos. A) Consideraciones generales. B) Análisis de algunos supuestos en los que la jurisprudencia constitucional ha apreciado que determinados requisitos o condiciones de acceso podrían vulnerar el principio de igualdad al establecer diferencias que carecen de una justificación objetiva y razonable o que resultan desproporcionadas. a) Pruebas restringidas y valoración de los servicios prestados. b) El conocimiento de lenguas propias de las Comunidades Autónomas. c) La delimitación negativa de los requisitos de acceso. C) La interdicción constitucional: referencias individualizadas o de convocatorias *ad personam* y de requisitos o criterios de selección discriminatorios. a) Convocatorias *ad personam* o que incluyan referencias individualizadas. b) Requisitos o criterios de selección discriminatorios. D) El mérito y la capacidad como principios inspiradores de los procedimientos de selección. V. La igualdad en la aplicación de las normas que regulan los procedimientos selectivos. VI. Ámbito del derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad. VII. Bibliografía básica.**

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 23.2 CE, al establecer que los ciudadanos “tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes”, está consagrando dos derechos fundamentales: el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los puestos de carácter funcional y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos.

## El derecho a acceder en igualdad a las funciones públicas

Dados los términos en los que se encuentra redactado este precepto constitucional, en un primer momento se suscitaron dudas sobre si el derecho de acceso en condiciones de igualdad que el artículo 23.2 CE garantiza se refería únicamente a los cargos públicos de carácter político, excluyéndose de éste, por tanto, los puestos integrados en la función pública profesional o si incluía también este tipo de puestos. La jurisprudencia constitucional, tras algunos pronunciamientos en los que parecía entender que este derecho fundamental estaba referido a los cargos públicos de representación política (entre otras, STC 23/1984), se decantó por entender que este derecho fundamental no sólo se proyecta sobre los cargos de representación política sino también sobre los funcionariales. El Tribunal Constitucional ha entendido que el artículo 23.2 CE, al distinguir entre “cargos” y “funciones”, está diferenciando entre cargos de representación política, por una parte, y entre puestos de carácter funcional, de otra. Según señala la STC 86/2004, “las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el artículo 23.2 CE son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del artículo 103.3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración... mediante una relación de servicios de carácter estatutario (tal y como se encargó de precisar la STC 99/1987), es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente” (ATC 298/1996, de 16 de octubre, FJ 3º).

De este modo la jurisprudencia constitucional ha configurado un derecho fundamental a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad como un derecho fundamental distinto al de acceder a los cargos públicos; derecho, a su vez, que lo ha limitado a las funciones públicas que se ejercen a través de una relación de servicios con la Administración de carácter estatutario. Tal conclusión conlleva la exclusión del ámbito de este derecho fundamental del acceso a los puestos de carácter laboral (ATC 880/1985, de 11 de diciembre FJ 1º; STC 281/1993; 86/2004; 38/2007, entre otras) o los que se desempeñen en el ámbito de las Administraciones públicas bajo cualquier otra forma contractual. Por ejemplo, en el ATC 645/1983 se afirmó que el acceso a los cargos y funciones públicas a que se refiere el artículo 23.2 CE no comprende el derecho a acceder a ser contratista de obra.

El Tribunal ha optado, por tanto, por un concepto formal, y no material, de lo que debe entenderse, a estos efectos, por “funciones públicas”, lo que conlleva que dependiendo del vínculo jurídico que determine la relación de empleo, el acceso a las referidas funciones quede garantizado por derecho fundamental que consagra el artículo 23.2 CE o por la garantía genérica de igualdad que consagra el artículo 14 CE. Esta opción por referir el derecho fundamental que consagra el artículo 23.2 CE únicamente a los puestos de carácter funcional conlleva establecer una diferencia en el acceso al empleo público que, en mi opinión, el diferente vínculo jurídico no logra explicar. El régimen de acceso al empleo público debería, a mi juicio, inspirarse en los mismos principios, con independencia de que la relación de empleo tenga carácter laboral o funcional.

Debe indicarse, por otra parte, que dentro del concepto de funciones públicas también debe incluirse aquellas que desempeñe el personal estatutario de los órganos constitucionales o estatuarios de las Comunidades Autónomas, pues del artículo 23.2 CE no se deduce que las funciones públicas a las que se refiere este precepto deban ser únicamente las que desempeñan las Administraciones Públicas en sentido estricto.

También conviene señalar que los titulares de este derecho fundamental, por expresa disposición del artículo 13 CE, sólo pueden ser los españoles. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, si bien pueden acceder, con carácter general, al empleo público como

personal funcionario (salvo aquellos empleos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado y las Comunidades Autónomas), conforme señala el artículo 57 del Estatuto Básico del Empleado Público y exige el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, las desigualdades que puedan padecer en el acceso a estas funciones públicas no podrán ser tuteladas en virtud del derecho previsto en el artículo 23.2 CE, del que no son titulares, por lo que frente a estas desigualdades tendrán únicamente la genérica garantía de igualdad que consagra el artículo 14 CE.

## II. CONTENIDO DEL DERECHO A ACCEDER EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LAS FUNCIONES PÚBLICAS

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes que consagra el artículo 23.2 CE es, como reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia constitucional, un derecho de configuración legal. Es, por tanto, al legislador al que corresponde delimitar el contenido de este derecho y establecer los criterios que permitan el acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, pues, como señaló la STC 48/1998, “es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo”. Derecho que es puramente reaccional, pues, como también de forma reiterada ha señalado el Tribunal Constitucional, el artículo 23.2 CE no otorga el derecho a desempeñar determinadas funciones públicas, sino únicamente permite impugnar ante la jurisdicción ordinaria, y, en última instancia, ante el Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (SSTC 161/2001; 137/2004, FJ 4º; 30/2008, FJ 5º).

El derecho fundamental que se está analizando es, por tanto, un derecho de igualdad. Por esta razón, la jurisprudencia constitucional siempre ha señalado que el artículo 23.2 CE es una especificación del principio de igualdad que consagra el artículo 14 CE y por ello, en aquellos casos en los que la desigualdad invocada no se fundamenta en ninguna de las específicas circunstancias contempladas en el artículo 14 CE, sino que se aduce la genérica vulneración del principio de igualdad (artículo 14 CE) en el acceso a las funciones públicas, esta alegación debe entenderse comprendida en el derecho más específico consagrado en el artículo 23.2 CE (SSTC 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 4º; 60/1994, de 28 de febrero, FJ 4º; 16/1998, de 26 de enero, FJ 5º; 83/2000, de 27 de marzo, FJ 1º, y 107/2003, de 2 de junio, FJ 4º), pues esta norma, respecto de la consagrada en el artículo 14 CE, debe considerarse *lex specialis*.

Esta especialidad del derecho consagrado en el artículo 23.2 CE, respecto del garantizado con carácter general en el artículo 14 CE, tiene, además, consecuencias sustantivas dado que el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas que consagra el artículo 23.2 CE tiene un contenido más amplio del que se podría derivar de la genérica proyección del derecho que garantiza el artículo 14 CE sobre el empleo público. Este diferente alcance de la igualdad garantizada por cada uno de estos preceptos constitucionales ha tenido como consecuencia, además, que la igualdad en el acceso al empleo público tenga un contenido diferente dependiendo de cual sea la naturaleza jurídica del puesto a través del cual se va desempeñar la función pública a la que se pretende acceder, pues, como ya se ha señalado, el Tribunal Constitucional entiende que el derecho garantizado por el artículo 23.2 CE sólo se proyecta sobre las funciones públicas

## El derecho a acceder en igualdad a las funciones públicas

que se prestan a través de puestos de carácter estatutario, quedando excluidas del ámbito de este derecho fundamental aquellas funciones públicas que se llevan a cabo a través de una relación laboral o mediante cualquier otra fórmula contractual con la Administración.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional (por todas, SSTC 73/1998 y 138/2000), el derecho a la igualdad que garantiza el artículo 23.2 CE tiene distintas manifestaciones: conlleva, por una parte, el derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas; garantiza, a su vez, la igualdad en la ley, y por ello las normas que rigen los procedimientos han de asegurar una situación jurídica de igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a las funciones públicas con la interdicción de requisitos que tengan carácter discriminatorio o de referencias individualizadas y concretas; requisitos, además, que han de estar referidos a los principios de mérito y capacidad, y en tercer lugar otorga el derecho a la igualdad en la aplicación de las normas que regulan los procedimientos selectivos.

Por otra parte, conviene señalar que este derecho no sólo incide en el momento inicial de acceso a la función pública sino que se proyecta durante toda la relación funcional, si bien, como se analizará más adelante, su alcance no es el mismo, como precisa, entre otras muchas, la STC 156/1998, FJ 3º, en los supuestos en los que se trata de ingresar en la función pública, que es cuando rige con toda su intensidad, que en los ulteriores momentos por los que transcurre la relación funcional. De ahí que de este derecho fundamental no se derive sólo un derecho a ingresar en la función pública en condiciones de igualdad sino que también se encuentra garantizado por éste el derecho al desarrollo o promoción de la carrera administrativa en esas condiciones (entre otras muchas, STC 156/1983, FJ 3º) y el derecho a no ser cesado en el ejercicio de estas funciones por motivos discriminatorios.

### III. LA PREDETERMINACIÓN NORMATIVA DEL PROCEDIMIENTO DE ACCESO A LAS FUNCIONES PÚBLICAS COMO GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El artículo 23.2 CE se remite expresamente a “los requisitos que señalen las leyes” para delimitar el contenido del derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad que este precepto consagra y el artículo 103.3 CE remite a la ley la regulación del estatuto de los funcionarios públicos. La ley, en colaboración con el reglamento, debe determinar qué requisitos van a ser exigidos para acceder a las funciones públicas; requisitos, además, que tienen que estar orientados a la consecución de esa igualdad en el acceso a las funciones públicas que garantiza el artículo 23.2 CE. Como se señaló en la STC 48/1998, FJ 7.a), “la reserva de ley y el principio de legalidad entrañan una garantía de orden material, que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública, de conformidad con los indicados principios constitucionales”.

Esta exigencia de establecer *ex ante* los criterios en virtud de los cuales se va a resolver el procedimiento selectivo, desempeña, según la jurisprudencia constitucional (entre otras muchas, SSTC 48/1998, 73/1998 y 138/2000), una doble función: por una parte, garantiza que el órgano administrativo encargado de valorar a los candidatos “no va a actuar con un excesivo arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el artículo 23.2 CE” [STC 73/1998, FJ 3.a)] y, por otra, hace posible, en su caso, un ulterior control judicial de los procedimientos de selección –control judicial que es compatible con la discrecionalidad técnica de los órganos

de selección—, al otorgar a los órganos judiciales unos criterios con los que poder contrastar la adecuación al Derecho de los procesos selectivos (artículos 106.1 y 24 CE). Desde esta perspectiva, el derecho a la predeterminación normativa, aunque se considera que forma parte del derecho fundamental, sólo puede ser invocada autónomamente en el proceso de amparo en los supuestos en los que esta ausencia de predeterminación normativa “vaya inescindiblemente unida a la posible vulneración de las condiciones de igualdad, mérito y capacidad” [SSTC 48/1998, FJ 7.a); 73/1998, FJ 3.a), y 138/2000, FJ 6.a), entre otras muchas].

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, como señaló la STC 47/1990, FJ 7º, aunque los problemas relativos a la relación que debe existir entre ley y reglamento en esta materia son cuestiones, por lo general, de legalidad ordinaria y, por tanto, ajenas al ámbito garantizado por el derecho fundamental que consagra el artículo 23.2 CE, esta cuestión alcanza, no obstante, relevancia constitucional en los supuestos en los que es el legislador quien establece los requisitos que han de concurrir en los candidatos para acceder a las funciones públicas, sin prever la ley que su regulación pueda ser desarrollada o complementada por normas reglamentarias. En estos casos, al establecerse en la propia ley estos requisitos (y no requerir la colaboración reglamentaria en esta tarea), la ley está estableciendo un criterio igualatorio que las disposiciones reglamentarias no pueden desconocer, restringiendo o agravando las condiciones legales en perjuicio de determinados ciudadanos o grupos, pues si por vía reglamentaria se establecieran requisitos distintos de los legalmente previstos o no se exigiera el cumplimiento de algunos de ellos, se estarían introduciendo diferencias respecto del criterio establecido con carácter general en la ley que conllevarían una vulneración del principio de igualdad y, por tanto, del derecho fundamental que garantiza el artículo 23.2 CE. En el mismo sentido, entre otras, SSTC 193/187, 353/1993 y 115/1996 y ATC 124/2001.

En aplicación de esta doctrina, en la STC 138/2000 se afirmó que “resulta totalmente proscrita la posibilidad de que por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación de la Ley o de las normas reguladoras de acceso a un determinado puesto de la función pública se incorporen o añadan nuevos requisitos carentes de toda cobertura legal, estableciendo criterios innovativos de diferenciación donde el legislador no había diferenciado, desconociendo de esta forma el criterio igualatorio sancionado por éste (SSTC 47/1990, de 20 de marzo, FJ 7º; 185/1994, de 20 de junio, FJ 5º; ATC 1035/1986, de 3 de diciembre)”. En el caso resuelto por esta Sentencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo había anulado un concurso para la provisión de una plaza de Profesor Titular de Universidad al considerar que el candidato que obtuvo la plaza carecía de experiencia docente y que, de acuerdo con los criterios de valoración establecidos por la Comisión que debía resolver el concurso, los concursantes debían tener experiencia docente (la Comisión fijó como criterio de valoración la “formación académica y actividad docente e investigadora”). La STC 138/2000 estimó el amparo apreciando que la Sentencia impugnada, al anular el nombramiento de la recurrente, había vulnerado el derecho que consagra el artículo 23.2 CE, pues al considerar un mérito (la experiencia docente) como un requisito o una condición de acceso al cuerpo docente de Profesores Titulares de Universidad —requisito que, sin embargo, no resultaba exigido por las normas reguladoras de los concursos para la provisión de estas plazas—, estaba creando una desigualdad entre los candidatos —entre los que lo cumplían y los que no lo cumplían— que se consideró lesiva del derecho que consagra el artículo 23.2 CE.

Puede afirmarse, por tanto, que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, mediante la exigencia de la predeterminación normativa se garantiza que es la ley —sin perjuicio de que

pueda requerir la colaboración del reglamento en esta tarea—, la que determina con carácter general los requisitos de acceso para las distintas funciones públicas, impidiendo que la Administración pueda exigir requisitos distintos de los previstos con carácter general por la ley —o en su caso, por el reglamento que la desarrolle— y establecer de este modo diferencias que quiebren el criterio igualitario previsto en la norma general. Por ello, esta exigencia de predeterminación normativa forma parte del contenido del derecho que ampara el artículo 23.2 CE, ya que a través de ella se garantiza la igualdad en el acceso a las funciones públicas que este precepto consagra.

### IV. LA IGUALDAD EN LAS NORMAS QUE REGULAN LOS PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS

#### A) Consideraciones generales

El derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad que consagra el artículo 23.2 CE conlleva también, como ya se ha señalado, una garantía de igualdad en la ley, esto es, en las normas reguladoras de los procedimientos selectivos.

El Tribunal Constitucional ha sostenido de forma reiterada que el derecho a la igualdad en la ley no proscribire toda desigualdad de trato, sino sólo aquella en la que la diferencia introducida por la norma carece de una justificación objetiva y razonable y resulta desproporcionada (entre otras muchas, STC 46/1999, FJ 2º). Por ello, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que para que la diferenciación establecida en la norma resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, “sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos” [por todas, SSTC 76/1990, FJ 9.a)].

Esta doctrina que ha sido establecida en relación con el derecho a la igualdad que consagra el artículo 14 CE, resulta también aplicable a la igualdad en el acceso a las funciones públicas que garantiza el artículo 23.2 CE en cuanto que, como ya se ha señalado, este precepto constitucional constituye una especificación del principio de igualdad que garantiza el artículo 14 CE en el ámbito de las funciones públicas.

En relación con el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas, el Tribunal Constitucional ha señalado, además, que este derecho fundamental conlleva, entre otras cosas, que las normas que regulan estos procedimientos deban establecer los requisitos y condiciones de acceso en términos abstractos y generales, con la interdicción de cualquier referencia individualizada o de convocatorias *ad personam* y de requisitos discriminatorios (SSTC 50/1986, 148/1986, 18/1987 y 27/1991, entre otras).

Junto a ello, la jurisprudencia constitucional ha exigido también, como una garantía de la igualdad material que se deduce del artículo 23.2 CE, que las condiciones y requisitos que se establezcan sean referibles a los principios de mérito y de capacidad, al entender que, aunque esta exigencia se establezca en el artículo 103.3 CE y no en el artículo 23.2 CE, una interpretación sistemática de la Constitución lleva a concluir que del artículo 23.2 CE se deriva la obligación de “no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no

sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pueden también considerarse violatorios del principio de igualdad todos aquellos que sin esa referencia establezcan una diferencia entre los ciudadanos [SSTC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4º; 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 8º, y 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3.b)]” [STC 138/2000, FJ 6.b)].

Por todo ello puede afirmarse que el artículo 23.2 CE garantiza, por una parte, que las normas que regulan los procedimientos de selección no van a establecer diferencias en el acceso a las funciones públicas que carezcan de justificación ni que sean desproporcionadas en relación con el fin que legitima el trato desigual; que los requisitos de acceso y los criterios de selección van a establecerse en términos generales y abstractos, sin incluir referencias individualizadas o *ad personam* y, además, que estos requisitos y criterios de selección van a estar referidos, en los procedimientos selectivos para el ingreso en la función pública, a los principios de mérito y capacidad.

**B) Análisis de algunos supuestos en los que la jurisprudencia constitucional ha apreciado que determinados requisitos o condiciones de acceso podrían vulnerar el principio de igualdad al establecer diferencias que carecen de una justificación objetiva y razonable o que resultan desproporcionadas**

**a) Pruebas restringidas y valoración de los servicios prestados**

Este derecho a la igualdad en la ley que consagra el artículo 23.2 CE ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar que, en principio, no es compatible con el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas la convocatoria de pruebas restringidas, esto es, la convocatoria de pruebas a las que sólo puedan concurrir quienes hayan tenido una previa relación de servicios con la Administración como contratados o interinos (por todas, STC 27/1991). No obstante, el Tribunal ha entendido también que en determinados supuestos la desigualdad que conlleva este tipo de convocatorias puede considerarse razonable, no arbitraria y proporcionada y, por tanto, entenderse compatible con el derecho fundamental que se está analizando. Para ello ha exigido que este tipo de convocatorias sea un medio excepcional que permita resolver una situación también excepcional, que responda a una finalidad constitucionalmente legítima (la eficacia de la Administración Pública se contempla como una de las finalidades que puede pretender alcanzarse con esta medida), y que sea una norma de rango legal la que prevea la realización de este tipo de pruebas.

En aplicación de esta doctrina la STC 27/1991 consideró que la convocatoria de pruebas restringidas que establecían las normas impugnadas no vulneraba el derecho consagrado en el artículo 23.2 CE, ya que la convocatoria de este tipo de pruebas se preveía como una medida excepcional para resolver una situación singular, derivada de un proceso único e irrepetible, como fue el de la organización de la Administración Autónoma. En este caso el Tribunal apreció que la situación diferenciada creada por las normas impugnadas tenía un fin constitucionalmente legítimo —atender a las expectativas de acceso a la función pública creadas por la necesidad de instaurar una nueva Administración autónoma y contribuir así a su estabilidad y eficacia—, por lo que, al tratarse de una medida excepcional, que sólo podía ser aplicada por una sola vez, no era desproporcionada en relación con el fin que a través de ella pretendía conseguirse.

Las mismas razones llevaron a la STC 12/1999 a entender que las normas cuestionadas, aunque establecían un sistema de valoración de méritos en el que se primaba de manera muy notable los servicios prestados en la Administración sanitaria de Castilla y León respecto de los que se

## El derecho a acceder en igualdad a las funciones públicas

prestaban en otras Administraciones Públicas, no era contrario al artículo 23.2 CE, ya que a través de este proceso selectivo pretendía resolverse una situación singular que tiene su origen en la Administración sanitaria de Castilla y León; era la primera vez que se celebraba un proceso selectivo de este tipo, pues, aunque con anterioridad se había intentado dar respuesta a esta situación excepcional, los procesos selectivos no llegaron a celebrarse al haber sido declarados contrarios a Derecho, y se encontraba previsto y regulado por una norma con rango de ley.

La STC 16/1998, por el contrario, anuló la convocatoria de pruebas restringidas efectuada por la Diputación Regional de Cantabria, al comprobar que, aunque a través de la convocatoria de este tipo de pruebas pretendía resolverse una situación singular que tenía su origen en la creación de la Administración Autonómica de Cantabria, esta Comunidad Autónoma ya había intentado resolver esta situación convocando anteriormente pruebas restringidas, por lo que, al haber acudido ya a esta medida excepcional, la convocatoria impugnada no cumplía el requisito de la excepcionalidad que, entre otros, exige la jurisprudencia constitucional para considerar acorde con el derecho que consagra el artículo 23.2 CE la convocatoria de pruebas restringidas.

También la STC 130/2009 anuló una convocatoria de pruebas restringidas para personal interino por entender que en el caso enjuiciado no existía una situación excepcional que pudiera justificar la convocatoria de este tipo de pruebas. Según se sostiene en la citada sentencia, la necesidad de racionalizar la planta de la Administración local de Navarra en lo relativo a las funciones de secretaria e intervención, que era la finalidad en la que pretendía justificarse esta medida, no venía impuesta a las instituciones forales por circunstancias externas a su voluntad, sino que, por el contrario, la propia Administración contribuyó a crear la anómala situación que con la convocatoria de este tipo de pruebas pretendía corregirse, al haber suspendido la provisión de los puestos de trabajo de Secretaria e intervención.

La valoración de los servicios prestados también ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia constitucional. El Tribunal ha considerado que vulnera el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas exigir como requisito de acceso en un concurso para la provisión de la plaza de Letrado-asesor el “haber prestado servicios un mínimo de dos años en asesoramiento y defensa en juicio de las Administraciones Central o Autónoma”. Según se sostuvo en la STC 60/1994, esta exigencia era arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad, al impedir concurrir al concurso a quienes no lo cumplieran sin existir una razón que justificara esta exclusión.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha entendido que no vulnera el artículo 23.2 CE la valoración de los servicios prestados cuando estos servicios se valoran como mérito y no como requisito de acceso y, además, se efectúa una valoración razonada y proporcionada de ellos. En la STC 67/1989 se consideró que la atribución por los servicios prestados del 45% de la puntuación alcanzable en la fase de oposición, aunque se encontraba en el límite de lo tolerable, no excluía por entero de la competición a los que carecían de este mérito, pues aunque conllevara que los opositores que se presentaban “por libre” tenían que tener un nivel de conocimientos superior al de los opositores que podían aducir como mérito servicios prestados, el reconocimiento de este mérito no constituía un obstáculo que les impidiera acceder a la función pública. De igual manera se ha considerado que la valoración como mérito de la experiencia previa no era contrario al derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas en las SSTC 185/1994, FJ 6.c); 11/1996, FJ 6º; 83/2000, FJ 4º, y 107/2003, FJ 5º). En ninguno de los supuestos enjuiciados por estas Sentencias la valoración de los servicios prestados excedía del “límite de lo tolerable” al que aludía la STC 67/1989.

En la STC 67/1989, no se consideró, sin embargo, proporcionado ni razonable que la puntuación obtenida en la fase de concurso pudiera computarse también en la fase de oposición (las bases de la convocatoria establecían que si en la fase de oposición se obtenían 2'5 puntos sobre 10 podían sumarse los puntos obtenidos en la fase de concurso, deduciéndose de esta última los puntos ya aplicados para obtener la puntuación mínima –que era de 5 puntos– en la fase de oposición). El Tribunal entendió que esta regla –denominada como “mochila”– no era compatible con el derecho que consagra el artículo 23.2 CE, ya que favorecía desproporcionadamente a unos opositores frente a otros, pues conllevaba que los opositores que contaran con servicios prestados pudieran aprobar la fase de oposición con una puntuación mucho más baja (2'5 sobre 10) que la exigida a los que no habían trabajado para la Administración que convocaba la plaza (5 sobre 10); diferencia de niveles que, además de no garantizar la suficiencia de conocimientos de los opositores que para aprobar la oposición aplicaron los puntos obtenidos por servicios prestados, reducía al mínimo la posibilidad de acceso de los opositores “libres”, consiguiéndose de este modo un efecto práctico similar al de las pruebas restringidas. Por esta razón en la STC 67/1989, FJ 5º, se consideró que esta desigualdad de trato era arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad.

### **b) El conocimiento de lenguas propias de las Comunidades Autónomas**

También se ha pronunciado el Tribunal Constitucional sobre la exigencia de conocer la lengua oficial de la Comunidad Autónoma para poder acceder a su función pública. Aunque, en un primer momento, el Tribunal pareció configurar esta exigencia como un mérito (en la STC 76/83, FJ 42º) posteriormente la jurisprudencia constitucional ha admitido la posibilidad de exigir el conocimiento de la lengua como un requisito de acceso siempre y cuando esta exigencia no se efectúe de forma irrazonable ni desproporcionada. Según se ha afirmado en la STC 46/1991, FFJJ 3º y 4º, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 34 de la Ley Catalana 7/1985 de la Función Pública de la Administración de la Generalidad en el que se establecía el deber de acreditar, en los procedimientos de selección, el conocimiento oral y escrito del catalán, “la exigencia del conocimiento de idioma que es oficial en el territorio donde actúa la Administración a la que se aspira a servir es perfectamente incluíble dentro de los méritos y capacidades requeridas”; exigencia que, además, se consideró razonable, en la medida que se trata de una lengua oficial, y que, como tal, se tiene el derecho a usar ante la Administración autonómica. Por ello se sostuvo que “en tanto que en las concretas convocatorias de los concursos u oposiciones de acceso a los Cuerpos y Escalas o plazas de la Función Pública de la Generalidad no se utilice la exigencia de conocimiento del catalán de manera irrazonable y desproporcionada impidiendo el acceso a su función pública de determinados ciudadanos españoles, no se vulnerará la igualdad reconocida por el artículo 23.2 CE.” De este modo, siempre que el conocimiento de estas lenguas se exija de forma proporcionada será compatible con el derecho que consagra el artículo 23.2 CE. En el mismo sentido se ha pronunciado también las SSTC 253/2005, FJ 10º y 270/2006, FJ 6.e).

### **c) La delimitación negativa de los requisitos de acceso**

De acuerdo con la doctrina establecida en la STC 48/1998 (que se reitera en la STC 129/2007), la configuración de las condiciones de acceso debe efectuarse con carácter general en términos positivos, esto es, estableciendo los requisitos que se exigen para acceder a las funciones

públicas, y no en términos negativos, estableciendo quiénes no pueden acceder a determinadas funciones públicas, pues, como expresamente señala la citada STC 48/1998, a “los efectos de enjuiciar el fundamento racional y objetivo de una diferenciación basada en criterios de mérito y capacidad, resulta claro que no es lo mismo que los requisitos se hayan determinado en términos positivos (una concreta titulación, experiencia mínima, conocimientos o capacidades, por ejemplo), que por vía negativa (v.gr., prohibición de acceso a determinados colectivos, con independencia y al margen de que eventualmente concurren o no tales elementos)”. De ahí que el Tribunal haya entendido que la delimitación por vía negativa de los requisitos de acceso requiere de una mayor y más severa justificación objetiva y racional para superar el juicio que el artículo 23.2 CE impone; doctrina que le llevó a apreciar que la Relación de Puestos de Trabajo, al excluir a *limine* a Sanitarios, Investigadores y Docentes, para la provisión del puesto del Secretario General del Servicio Aragonés de Salud, estaba estableciendo una diferencia que carecía de un fundamento racional.

### **C) La interdicción constitucional: referencias individualizadas o de convocatorias *ad personam* y de requisitos o criterios de selección discriminatorios**

Otra de las consecuencias que se derivan del principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas es, como ya se ha señalado, que los requisitos de acceso y los criterios de selección no pueden tener carácter discriminatorio y que deban establecerse de forma abstracta y general, no siendo admisibles las referencias individualizadas ni las convocatorias *ad personam*. Así lo lleva declarando, unánime y reiteradamente, la jurisprudencia constitucional.

#### **a) Convocatorias *ad personam* o que incluyan referencias individualizadas**

No han sido muchos los casos en los que el Tribunal ha entrado a examinar si las normas que regulaban procedimientos selectivos cumplían esta exigencia que se deriva del principio de igualdad. Entre ellos merece destacarse el resuelto por la STC 42/1981. En el caso enjuiciado por esta Sentencia el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo 13.2 de la Ley Catalana de Bibliotecas al exigir que el personal técnico bibliotecario contase con la formación y la titulación de la Escuela de Bibliología de Barcelona, o la que pudiera determinar el Gobierno de la Generalidad, siempre que fuera de rango equivalente. Según se sostuvo en esta Sentencia, al exigir que la capacidad técnica para el desempeño del puesto de trabajo fuera adquirida en una determinada escuela, excluyendo, por tanto, a todos aquellos aspirantes que tuvieran la misma capacidad técnica pero adquirida en otro centro, se estaba estableciendo una diferencia carente de justificación (STC 42/1981, FJ 4º).

También debe señalarse el caso analizado en la STC 148/1986. En esta Sentencia se planteaba si la integración de los Profesores Agregados en el Cuerpo de Catedráticos en sus propias plazas y al margen, por tanto, del sistema ordinario de concurso lesionaba el derecho consagrado en el artículo 23.2 CE. El Tribunal consideró que en este supuesto no cabía reprochar al legislador haber orientado su acción “mediante referencias individuales y concretas”, ya que la Ley de Reforma Universitaria no creó nuevas plazas de Catedráticos de Universidad, sino que confirmó en las suyas propias a los Profesores Agregados que adquirieron dicha condición por disposición de la propia Ley. También descartó que en este caso a través de una ley singular se hubiera alterado, a favor de determinadas personas, el régimen jurídico establecido con carác-

ter general para la provisión de determinadas plazas, pues se consideró que en este supuesto el legislador se había limitado a dictar una norma especial para resolver la integración de un Cuerpo de funcionarios en otro distinto; integración que, además, el propio Tribunal consideró que no podía tacharse de arbitraria.

Por último, en relación con esta cuestión, debe tenerse en cuenta también la STC 27/1991, FJ 5°. En esta Sentencia el Tribunal entendió que la convocatoria de pruebas específicas para el personal contratado o interino de la Comunidad Autónoma no constituye una reserva *ad personam* de funciones públicas, pues se hace referencia a un colectivo que se definía en virtud de datos objetivos y de manera abstracta y general. Por esta razón en esta Sentencia se afirma que aunque, por los datos objetivos que definían al propio colectivo, pudiera llegarse a determinar las personas que están incluidas en éste, no por ello podría entenderse que la norma que define a ese colectivo incluya referencias individualizadas proscritas por el artículo 23.2 CE.

### **b) Requisitos o criterios de selección discriminatorios**

El principio de igualdad que garantiza el artículo 23.2 CE conlleva, como se ha indicado, que las normas que regulan los procedimientos selectivos no establezcan requisitos o criterios de selección que sean discriminatorios. No obstante, como también se ha señalado, esta específica garantía de igualdad en el acceso a las funciones públicas cede ante la regla general que consagra el artículo 14 CE en los casos en los que la discriminación aducida se encuentre comprendida dentro de los criterios de discriminación prohibidos por el artículo 14 CE. En estos supuestos, el juicio de constitucionalidad deberá efectuarse teniendo en cuenta que, como señala, entre otras muchas la STC 182/2005, FJ 3°, las prohibiciones de discriminación contenidas en este precepto constitucional implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que exige usar un criterio mucho más estricto y un mayor rigor en la apreciación de las exigencias materiales de proporcionalidad.

Por el contrario, cuando la discriminación aducida se fundamente en la genérica vulneración del principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas, resultará de aplicación el derecho de igualdad en la ley que consagra el artículo 23.2 CE; derecho que, en esta concreta manifestación, tiene el mismo contenido material que el garantizado, con carácter general, por artículo 14 CE. Por ello, para apreciar si la diferencia creada por éste es acorde con la igualdad constitucionalmente garantizada será preciso analizar si se encuentra justificada y si es proporcionada en relación con los fines que a través de ella pretenden conseguirse.

Como ejemplo de un supuesto en el que el Tribunal Constitucional haya apreciado una discriminación de las prohibidas por el artículo 14 CE en el acceso a las funciones públicas puede citarse la STC 216/1991. En este caso el Tribunal otorgó el amparo al apreciar que la recurrente había sido discriminada por razón de sexo al haber sido inadmitida su solicitud para participar en las pruebas de ingreso en la Academia General del Aire por su condición de mujer. Otro supuesto en el que se aducía una discriminación por una circunstancia personal de las prohibidas por el artículo 14 CE fue el resuelto por la STC 216/1994. En este caso la recurrente alegaba que en el proceso selectivo en el que participó se tomó en consideración una circunstancia personal (una minusvalía física) que determinó que se adjudicara el puesto de trabajo a un candidato (el que tenía la minusvalía física) a pesar de haber obtenido una puntuación inferior a la suya en el concurso-oposición. El Tribunal desestimó el amparo por entender que la reserva de plazas

## El derecho a acceder en igualdad a las funciones públicas

en una oferta de empleo público para personas que padezcan una minusvalía no sólo no podía considerarse una discriminación prohibida por el artículo 14 CE, sino que, además, constituía un modo de cumplir el mandato contenido en el artículo 9.2 CE, por el que se impone a los poderes públicos la adopción de medidas para que la igualdad sea real y efectiva.

También ha analizado la jurisprudencia constitucional si exigir como requisito una determinada edad para acceder a las funciones públicas es acorde con el principio de igualdad. Las SSTC 75/1983 y 37/2004 parten de considerar que, al no contener el artículo 14 CE una enumeración tasada de los criterios de discriminación constitucionalmente prohibidos, la edad podría, en principio, quedar incluida dentro de la prohibición de discriminación que contiene este precepto, no obstante, estas Sentencias no analizan la desigualdad invocada desde la prohibición de discriminación que contiene el referido precepto, sino desde el principio de igualdad de trato que con carácter general establece el artículo 14 CE y más específicamente, en el ámbito de las funciones públicas, el artículo 23.2 CE. La STC 75/1983 consideró que la previsión legal por la que se exigía no superar la edad de 60 años para poder acceder al puesto de Interventor de Fondos en el Ayuntamiento no establecía una desigualdad lesiva del derecho que consagra el artículo 23.2 CE, ya que la desigualdad creada por la norma tenía una justificación razonable. Según se expone en la STC 75/1983, FJ 6º, el Interventor de Fondos de un Ayuntamiento como el de Barcelona, con un régimen diferenciado y con una gestión contable y presupuestaria complicada, exige, no sólo que la persona que acceda a él reúna las aptitudes necesarias para ello, sino también que su ejercicio pueda dilatarse en el tiempo con el fin de que pueda “desarrollar técnica y prácticamente la función”. Por ello se consideró que en este caso el trato diferenciado se encontraba debidamente justificado y que servía adecuada y proporcionalmente a los fines que con éste pretendían alcanzarse.

A la conclusión contraria se llegó en la STC 37/2004. El Tribunal apreció que el precepto legal que establecía como requisito para acceder a cualquier puesto de la función pública local no exceder de la edad en la que faltasen menos de diez años para la jubilación forzosa estaba creando una desigualdad que carecía de una justificación razonable, ya que en este caso la exigencia de la edad no se encontraba justificada por las peculiaridades que pudiera presentar el desempeño de un determinado puesto de trabajo. De ahí que el Tribunal estimara la cuestión planteada y anulara el precepto que establecía esta exigencia.

### **D) El mérito y la capacidad como principios inspiradores de los procedimientos de selección**

Ya se ha indicado que la jurisprudencia constitucional ha considerado como una garantía de la igualdad material que consagra el artículo 23.2 CE el que las condiciones y requisitos exigidos en los procesos selectivos sean referibles a los principios de mérito y capacidad. El Tribunal Constitucional ha entendido, desde siempre, que una interpretación sistemática de la Constitución obliga concluir que el artículo 23.2 CE impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, como exige el artículo 103.3 CE, y, en consecuencia, ha afirmado que todos aquellos requisitos que, sin esa referencia a los principios de mérito y capacidad, establezcan una diferencia entre los ciudadanos pueden también considerarse violatorios del principio de igualdad [SSTC 50/1986, de 23 de abril, FJ 4º; 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 8; 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3.b); 138/2000, 6.b)].

Por otra parte, es doctrina constitucional que el artículo 23.2 CE garantiza también que quienes integran los tribunales de selección deban reunir las condiciones de mérito y capacidad exigidas por el artículo 103.3 CE (SSTC 215/1991, 174/1996 y 13/2009).

Esta conexión entre los principios de mérito y capacidad y el principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas parece tener su fundamento material en que mediante esta exigencia se asegura que los procedimientos selectivos van a tener como finalidad seleccionar a los candidatos que tengan más méritos y capacidades, creando con ello un criterio igualitario, que garantiza, a su vez, que no puedan tomarse en consideración criterios distintos que pudieran crear diferencias que rompieran la igualdad constitucionalmente garantizada.

No obstante, esta exigencia no rige con la misma intensidad en los procedimientos de selección para ingresar como personal estatutario en la Administración Pública, que en los procedimientos selectivos de provisión de puesto de trabajo entre quienes ya han accedido a la función pública –y, por tanto, ya acreditaron en esos procedimientos el mérito y la capacidad– en los que “cabe manejar otros criterios que no guarden relación con estos principios en atención a una mayor eficacia en la prestación de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales” (STC 156/1998, FJ 3º, reiterando la doctrina establecida, entre otras muchas, en la STC 192/1991, FJ 4º).

De acuerdo con esta doctrina, el Tribunal Constitucional ha considerado conforme al artículo 23.2 CE el llamado “derecho de consorte”, que prevé, a efectos de adjudicación o provisión de vacantes, un derecho de preferente a favor de aquel que, por razón del puesto de trabajo que desempeñe, reside en una localidad distinta a la de su cónyuge. La desigualdad de trato que la existencia de este derecho conlleva se justifica plenamente en el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39 CE); pero, además, se considera justificado en el principio de eficacia (artículo 103.1 CE), que legitima la adopción de medidas que “tiendan a que el personal al servicio de las Administraciones Públicas se encuentre en las mejores condiciones para el desarrollo de la actividad propia de su cargo” (STC 192/1991, FJ 4º y en el mismo sentido STC 200/1991). También se ha considerado justificado, y, por tanto, acorde con el derecho que consagra el artículo 23.2, reservar a favor de los funcionarios propios de una Administración determinados puestos de trabajo. En la STC 156/1998 se estimó que la decisión de la Administración autonómica de reservar la provisión de determinadas plazas para sus propios funcionarios constituía una manifestación del ejercicio de la competencia que a la Comunidad Autónoma le correspondía en materia de organización de su propia función pública.

Debe también señalarse que esta exigencia constitucional conlleva no sólo que, en los procedimientos para acceder a la función pública, los candidatos deban ser seleccionados en virtud de criterios que atiendan a los referidos principios de mérito y capacidad, sino también que los requisitos exigidos en los procedimientos selectivos estén en relación con las funciones a desempeñar y que los órganos de selección estén formados por personal preparado para apreciar los méritos y capacidades de los candidatos (SSTC 215/1991 y 174/1996).

## **V. LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS QUE REGULAN LOS PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS**

El derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas que consagra el artículo 23.2 CE reconoce el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y por ello este derecho fundamen-

## El derecho a acceder en igualdad a las funciones públicas

tal garantiza también que durante el desarrollo del procedimiento selectivo se va a otorgar el mismo trato a todos los participantes. Como señala la STC 138/2000, FJ 6.c), “las condiciones de igualdad a las que se refiere el artículo 23.2 CE se proyectan no sólo a las propias ‘leyes’ sino también a su aplicación e interpretación”.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el artículo 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos y por ello no toda vulneración de las bases que rigen el procedimiento selectivo infringe el derecho a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad. El Tribunal Constitucional ha entendido que “sólo cuando la vulneración de las bases implique, a su vez, una vulneración de la igualdad de los participantes cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el artículo 23.2 CE” [SSTC 115/1996, FJ 4º; 73/1998, FJ 3.c); 138/2000, FJ 6.c); 107/2003, FJ 4º y 30/2008, FJ 6.c)]. Según se sostiene en la STC 73/1998, la conexión existente entre el artículo 23.2 CE y la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases no puede llevarse al extremo de que toda vulneración de éstas implique la infracción de este derecho fundamental; vulneración que, como expresamente reconoce la sentencia citada puede conllevar la de los principios de mérito y capacidad, pues en las bases se contienen las reglas para hacer efectivos estos principios.

De este modo, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, en la fase de ejecución de un procedimiento selectivo la infracción de este derecho fundamental sólo se producirá cuando exista una diferencia de trato entre los candidatos o cuando exista una quiebra relevante del procedimiento que tenga como consecuencia la preterición de alguno de los aspirantes (STC 353/1993, FJ 6º). Por ello, el derecho que consagra el artículo 23.2 CE no garantiza que en el desarrollo de los procesos selectivos se respeten los principios de mérito y capacidad (la vulneración de tales principios en esta fase determinaría, en su caso, una infracción de legalidad ordinaria, pero carecería de relevancia constitucional a efectos de apreciar la lesión de este derecho fundamental), sino únicamente que estos procedimientos se lleven a cabo con estricto respeto del principio de igualdad. La exigencia de que los requisitos para acceder a las funciones públicas estén referidos a los principios de mérito y capacidad es una exigencia del derecho a la igualdad en la ley que garantiza el artículo 23.2 CE, pero no de la igualdad en la aplicación de la ley, que también garantiza este precepto constitucional, aunque, como se acaba de indicar, con un alcance diferente: limitado a asegurar la igualdad entre los participantes de un proceso selectivo.

La aplicación de esta doctrina determinó que en la STC 73/1998 se desestimaré el amparo solicitado. En el recurso de amparo del que trae causa esta Sentencia se impugnaba la resolución de un proceso selectivo para la provisión de una plaza de auxiliar administrativo. Según establecían las bases de la convocatoria, el segundo ejercicio de la oposición consistía en copiar un texto a máquina, durante diez minutos, a una velocidad mínima de 250 pulsaciones por minuto, valorándose la velocidad desarrollada, la limpieza y exactitud de lo copiado y la corrección del escrito. El Tribunal calificador consideró que las dos concursantes que participaban en ese proceso selectivo habían superado el segundo ejercicio a pesar de que una de ellas no había logrado la puntuación mínima exigida en las bases (obtuvo 248,1 pulsaciones por minuto), adjudicando finalmente la plaza a esta concursante. La concursante que no obtuvo la plaza, tras agotar la vía judicial, recurrió en amparo aduciendo, entre otras cosas, que la resolución del proceso selectivo no se había efectuado conforme a los principios de mérito y capacidad y que por este motivo se había lesionado su derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas. El Tribunal Constitucional, como se ha ade-

lantado, desestimó el amparo por entender que este derecho fundamental garantiza un derecho a la igualdad en el acceso, no la legalidad en el desarrollo del proceso selectivo, y por ello para poder apreciar su vulneración hubiera sido preciso que, tras aportar el correspondiente término de comparación, se hubiera alegado un trato discriminatorio en la interpretación o aplicación de las normas de acceso. Al no apreciar, por tanto, un diferente trato en relación con el otorgado a la otra opositora, el Tribunal denegó el amparo solicitado.

Otro supuesto en el que el Tribunal Constitucional ha analizado la igualdad en el desarrollo de un proceso selectivo es el resuelto por la STC 10/1998. En el supuesto enjuiciado por esta Sentencia, el Tribunal calificador no puntuó los ejercicios en los que consistía la oposición de acuerdo con lo establecido en las normas reguladoras de este proceso selectivo (estas normas establecían que las respuestas erróneas debían restar 0,02 punto y el Tribunal calificador restó 0,33 puntos), por lo que algunos de los opositores impugnaron la resolución de este proceso selectivo. Ante esta reclamación, la Administración acordó revisar únicamente las puntuaciones otorgadas a los opositores que interpusieron la reclamación y calificar sus ejercicios ateniéndose a la puntuación establecida en las normas que regían esa oposición, pero no modificar las calificaciones de los demás opositores que no impugnaron. Esta decisión de modificar las calificaciones de unos opositores (los que recurrieron) y no la de otros (los que no reclamaron) fue la que el Tribunal Constitucional consideró lesiva del derecho que consagra el artículo 23.2 CE. Según se afirma en la STC 10/1998, la Administración debió aplicar el mismo criterio a todos los concursantes, por lo que al modificar el criterio de calificación para unos debió hacerlo para todos, hubieran o no impugnado ese proceso selectivo, y al no hacerlo así creó una desigualdad de trato prohibida por el artículo 23.2 CE y, en consecuencia, lesiva del derecho fundamental que este precepto consagra.

También en la STC 99/1999 se otorgó el amparo por entender el Tribunal que se había efectuado una aplicación de las normas que regulaban el proceso selectivo contraria al principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas. En el caso resuelto por esta Sentencia se impugnaba la resolución de un concurso para la provisión de la plaza de Jefe de Servicio en el Hospital General de Murcia. En este concurso podían participar personal funcionario, personal laboral y personal estatutario y entre los méritos a valorar se encontraba el grado personal. La comisión consideró que este mérito no podía ser valorado a uno de los concursantes por su condición de personal estatutario —el grado personal es propio del personal funcionario—, sin embargo, a otro concursante, que era personal laboral, y que tampoco consolidaba grado personal, sí que le fue valorado, al interpretar respecto de este personal que, a los efectos del concurso, se estimaría consolidado el nivel del puesto base por el transcurso de dos años desde la condición de laboral fijo en la categoría o escala a la que perteneciera. El Tribunal entendió que la interpretación efectuada respecto del recurrente que era personal estatutario era discriminatoria, dado que la Comisión de Selección pudo aplicar un criterio similar al utilizado respecto del concursante que era personal laboral, por lo que al no hacerlo originó una desigualdad de trato lesiva del artículo 23.2 CE.

Por el contrario, la STC 30/2008 desestimó el amparo por entender que se había dado un trato igual a todos los concursantes. Aducía la recurrente que a la concursante a la que se le adjudicó la plaza se le había valorado dos veces una misma circunstancia, ya que el tiempo de permanencia en el puesto de trabajo fue tomado en cuenta a efectos de que obtuviera un ascenso de categoría y además fue valorado para concursar dentro

## El derecho a acceder en igualdad a las funciones públicas

de la categoría superior (se trataba de un concurso para la provisión de puestos trabajo reservados a funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional). El Tribunal rechazó la vulneración del artículo 23.2 CE alegada al comprobar que la permanencia en el puesto de trabajo había sido valorada por la Administración del mismo modo a todos los concursantes.

### VI. ÁMBITO DEL DERECHO A ACCEDER A LAS FUNCIONES PÚBLICAS EN CONDICIONES DE IGUALDAD

El artículo 23.2 CE, al garantizar el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, está garantizando, en primer lugar, la igualdad en el acceso a la función pública, esto es, en el ingreso como personal estatutario de la Administración o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas; el derecho a la promoción y a la carrera profesional en estas condiciones y, por último, como lógica consecuencia de los anteriores derechos, el derecho a no ser cesado en el ejercicio de las funciones públicas por motivos discriminatorios.

Este derecho fundamental no garantiza, por tanto, que el desarrollo de la relación funcional se va a llevar a cabo en condiciones de igualdad. La igualdad en el ejercicio de la relación funcional tendrá, en su caso, la garantía que con carácter general se deriva del artículo 14 CE pero no la más específica que consagra el artículo 23.2 CE. No obstante, este diferente ámbito apenas va a tener relevancia práctica, dado que el ámbito más específico que garantiza el artículo 23.2 CE y que no quedaría comprendido en el genérico principio de igualdad que garantiza el artículo 14 CE, sería el derecho a la predeterminación normativa de los requisitos de acceso y la exigencia de que estos requisitos –en los procedimientos de selección para ingreso en la Administración– deben estar referidos a los principios de mérito y capacidad, por lo que ninguna de estas manifestaciones del artículo 23.2 CE resulta de aplicación una vez que se ha adquirido la condición funcional.

Como ya se ha indicado, el derecho que garantiza el artículo 23.2 CE no actúa con la misma intensidad cuando se trata de acceder a la función pública que en el desarrollo de la carrera administrativa, pues, como ya se ha señalado, en los procedimientos de selección para la provisión de puestos de trabajo entre quienes ya tienen la condición de funcionario se pueden tomar en consideración criterios ajenos a los principios de mérito y capacidad cuando a través de éstos se pretenda mejorar la prestación de los servicios o tomar en consideración la protección de otros bienes constitucionales (SSTC 192/1991, FJ 4º; 200/1991, FJ 3º; 156/1998, FJ 3º; 235/2000, FJ 13º; 30/2008, FJ 5º).

En cualquier caso, estos procedimientos deben garantizar la igualdad material de todos los aspirantes y por ello no podrán establecerse requisitos discriminatorios ni prescindir de las reglas de procedimientos que garanticen esa igualdad material. La STC 221/2004 otorgó el amparo por apreciar que, al haberse adjudicado plazas por el procedimiento de libre designación sin haber publicado la convocatoria de estos procedimientos selectivos, se vulneró la igualdad de oportunidades entre los posibles aspirantes a estas plazas, lesionando por ello el derecho que consagra el artículo 23.2 CE.

Por último debe indicarse que esta garantía de igualdad en el acceso a las funciones públicas exige, a su vez, que el cese en estas funciones sea acorde con las exigencias del principio de

igualdad, y por ello este derecho fundamental garantiza también el derecho a mantenerse en el ejercicio de las funciones públicas en condiciones de igualdad. Por esta razón las leyes que regulan el cese en las funciones públicas deberán ser, como ha señalado la STC 73/1994, “generales, abstractas y, en principio, de similar alcance para todos los funcionarios, sin que puedan existir más diferencias al respecto que aquellas que tengan una justificación objetiva y razonable” y la Administración no podrá aplicarlas de modo discriminatorio.

## VII. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

– ALEGRE ÁVILA, J.M.: “De nuevo sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública: las Sentencias del Tribunal Constitucional 27/1991, 151/1992 y 302/1993”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 3, 1993, págs. 253 y ss.

– BARNES VÁZQUEZ, J.: “Acerca de la selección del profesorado universitario a la luz del artículo 23.2 CE”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Pamplona, 1998, t. IV, BIB, 1998/238.

– CHINCHILLA MARÍN, C.: “El derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad. (Jurisprudencia constitucional) en Morales Tobar, M. (coord.): *Descentralización, Administración Pública y Constitución. Fortalecimiento de la justicia constitucional en Ecuador*, Quito, 2005, págs. 11 y ss.

– FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “Régimen jurídico de la función pública y jurisprudencia constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, 1992, págs. 61 y ss.

– GARRIDO FALLA, F.: “Artículo 23” en Garrido Falla, F. (dir.): *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Civitas, 2001, págs. 523 y ss.

– MESEGUER YEBRA, J.: “El derecho fundamental del artículo 23.2 CE al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas. (Estudio jurisprudencial. Años 1997 y 1998)”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 27, 1999, págs. 261 y ss.

– PALOMAR OLMEDA, A.: “La configuración constitucional del derecho de acceso a las funciones públicas”, *Revista de la Cortes Generales*, núm. 25, 1992, págs. 86 y ss.

– PULIDO QUECEDO, M.: *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992.

– RIVERO ORTEGA, R.: “Acceso a la función pública autonómica y doctrina constitucional. (Comentario a la STC 11 de febrero de 1999)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 2000, págs. 343 y ss.

– RODRÍGUEZ-ARANA, J.: “El marco constitucional del acceso a la función pública en el Derecho Administrativo Español”, *Actualidad Administrativa*, núm. 3, Quincena del 1 al 15 de febrero de 2007, La Ley, T. I, págs. 260 y ss.

– SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Artículo 23.2. El derecho a acceder a funciones y cargos públicos” en Alzaga Villamil, O. (dir.): *Comentarios a la Constitución de 1978*, Coed. Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1997, t. II, págs. 667 y ss.

– “Igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública y estabilización funcional de los interinos. (Comentario a la Sentencia 12/1999, de 11 de febrero, del Tribunal Constitucional)” *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 34, 1999, págs. 117 y ss.

# Disponibilidad de agua y nuevos desarrollos urbanísticos\*

JORGE AGUDO GONZÁLEZ

Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Madrid

## Resumen

### DISPONIBILIDAD DE AGUA Y NUEVOS DESARROLLOS URBANÍSTICOS

*En el presente estudio se analizan las técnicas jurídicas de coordinación interadministrativa en materia de disponibilidad de agua para nuevos desarrollos urbanísticos. Desde esta perspectiva, el trabajo pone de relieve cómo nuestra normativa fomenta soluciones manifiestamente contrarias al buen entendimiento de la “servicialidad” de la política de aguas establecida en el artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, algo que tiene una consecuencia evidente: la judicialización y la ineficacia del sistema. El trabajo aborda un análisis*

*tanto de la legislación estatal y autonómica vigente como de la jurisprudencia reciente en la materia, poniendo de relieve las omisiones y defectos más importantes de nuestro ordenamiento jurídico que han permitido una lamentable generalización de situaciones patológicas. Por este motivo, en este estudio se aboga por un cambio legal que aborde la regulación de esta materia con reglas claras, concluyentes y estrictas que impidan la prevalencia de las decisiones urbanísticas sobre las relativas a la utilización racional de los recursos hídricos.*

## Abstract

### AVAILABILITY OF WATER AND NEWS CITY-PLANNINGS DEVELOPMENTS

*In the present study are analysed the juridical techniques of interadministrative coordination as regards availability of water for new*

*city-planning developments. From this perspective, the work underlines how our rules foment solutions glaringly contrary to the*

(\*) Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación PRODESTCAM-CM: Programa de desarrollo territorial y gestión del agua en la Comunidad de Madrid (S2007/HUM-0474) dirigido por el profesor Ángel MENÉNDEZ REXACH.

good understanding of the “servicing” of the politics of waters settled down in the article 40.2 of the Redrafting Text of the Law of Waters, something that has an evident consequence: the judicialization and the inefficacy of the system. The work approaches an analysis so much of the current state and autonomous legislation, as of the recent jurisprudence in the matter, underlining the omissions and

more important defects of our legal system that have allowed a lamentable generalization of pathological situations. For this reason, in this study it is pleaded for a legal change that deals with the regulation of this matter with clear, conclusive and strict rules that impede the prevalence of the city-planning decisions on those relative to the rational use of the hydric resources.

## Sumario:

### **I. Introducción. Ordenación del territorio, urbanismo y política hidráulica: una relación servicial mal entendida que ha fomentado la primacía del urbanismo. II. Políticas del suelo y política hidráulica: prevalencia o coordinación. Trascendencia en materia de planificación hidrológica.**

A) La imprescindible coordinación entre las políticas del suelo y la política hidráulica y su traslado al ámbito de la planificación hidrológica.

B) Intento de explicación del protagonismo del urbanismo en la normativa sobre planificación hidrológica. Críticas. **III. Nuevos desarrollos urbanísticos y gestión hídrica.**

A) Ordenación del territorio, urbanismo y gestión hídrica: análisis de la competencia prevalente. B) Mecanismos ordinarios de articulación de las competencias estatales y autonómicas en relación con la garantía de disponibilidad de agua en nuevos desarrollos urbanísticos. a) El informe sobre disponibilidad de recursos del artículo 25.4 del TRLA.

a') El tratamiento otorgado por la legislación de aguas estatal no permite garantizar la prevalencia de la competencia estatal en materia de gestión hídrica en situaciones de conflicto. a") La eficacia otorgada al informe no evita su separación motivada.

b") El carácter desfavorable del silencio informador de la Administración hidráulica.

c") Desarrollo reglamentario, aplicación del informe, preceptividad y plazos.

d") El contenido del informe. b') El tratamiento del informe en la legislación sectorial estatal y autonómica. a") El intento de solución en la nueva legislación estatal de sue-

lo. b") La relación del informe previsto en el artículo 25.4 del TRLA y su relación con otros informes vinculantes. c') Algunos intentos de devaluación adicional de la eficacia

y trascendencia del informe en la legislación autonómica. d') Análisis de la eficacia real del informe del organismo de cuenca en situaciones de conflicto. e') Planteamiento de propuestas y conclusiones en torno al informe del organismo de cuenca. a") El informe, incluso vinculante, como técnica jurídica de coordinación interadministrativa para el ejercicio de competencias concurrentes. b") Análisis de la eficacia de los informes estatales objeto de la doctrina constitucional y reflexiones sobre su previsión en la legislación de aguas. b) Otras previsiones que contribuyen a considerar que las decisiones urbanísticas prevalecen sobre las mantenidas en materia de gestión hídrica. a') La prioridad absoluta y sobredimensionada del uso de abastecimiento de población. b) El procedimiento para el otorgamiento de concesiones de abastecimiento. c) La expropiación de aprovechamientos a favor de usos preferentes. **IV. Conclusión.**

### **I. INTRODUCCIÓN. ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, URBANISMO Y POLÍTICA HIDRÁULICA: UNA RELACIÓN SERVICIAL MAL ENTENDIDA QUE HA FOMENTADO LA PRIMACÍA DEL URBANISMO**

El modelo urbanístico imperante en España en los últimos años, entre otras cosas, se ha caracterizado por no haber considerado suficientemente la preocupación por los efectos negativos de las nuevas actuaciones urbanísticas en los recursos naturales, sobre todo por lo relativo al consumo de suelo, pero también por las nuevas demandas de agua generadas muchas veces en zonas de déficit hídrico<sup>1</sup>. Desde este segundo punto de vista, no se puede desconocer que la planificación urbanística de nuevos desarrollos urbanísticos no sólo condiciona la gestión del territorio, sino también afecta de forma muy importante a la planificación y gestión hídrica<sup>2</sup>.

Esa afección se ha visto reafirmada por la debilidad de la ordenación del territorio en España, es decir, por la ausencia de planes territoriales que se erijan en freno a la expansividad del urbanismo en lo relativo al consumo de un recurso limitado como el territorio y, asociado a ello, de otros recursos tan preciados y escasos como el agua. Esa debilidad de la ordenación del territorio ha trastocado los criterios de interrelación objetiva que se podían presumir existen entre la ordenación territorial y la urbanística, hasta el punto de que **esa relación ha evolucionado invirtiendo los términos de la política predominante**. De hecho, en buena parte del territorio español no se puede decir que el planeamiento territorial prevalezca sobre las decisiones urbanísticas, ya que son estas últimas las únicas manifestaciones de ordenación

(1) BLANQUER CRIADO: *La iniciativa privada y el ciclo integral del agua*, Valencia, 2005, págs. 261 y ss., y AGUDO GONZÁLEZ: *Urbanismo y gestión del agua*, Madrid, 2007, págs. 21 y ss. y 123 y ss.

(2) En esta dirección la Estrategia Territorial Europea (ETE) (apartado 3.4.3. "Gestión de los recursos hídricos: un reto particular para el desarrollo territorial") pone de relieve la importancia de la ordenación del territorio para evitar usos del suelo que consuman mayores cantidades de agua.

física del territorio existentes. En estas circunstancias es fácil comprender que los planes urbanísticos condicionen y mediaten cualquier posterior planificación territorial.

La evolución e importancia adquirida por el urbanismo ha trascendido a su relación con la planificación y gestión hídrica, generando un efecto similar al que acontece con la ordenación del territorio. Hasta hace pocas décadas, la política hidráulica funcionaba como el principal instrumento de ordenación territorial y desarrollo regional. Sin embargo, en la actualidad la trascendencia del urbanismo ha dado lugar a que pueda hablarse igualmente de un cambio en la política predominante<sup>3</sup>: **el urbanismo condiciona de forma determinante las decisiones de la Administración hidráulica sobre todo en materia de gestión hídrica.**

Las grandes cuestiones que desde esta temática se plantean, y a las que vamos a dedicar nuestro estudio, son sin duda trascendentales. En primer lugar, la cuestión primordial que afrontaremos es determinar **si realmente cabe mantener esa prevalencia de lo urbanístico que en la práctica se ha convertido en algo común.** Esta cuestión será analizada tanto desde la perspectiva general de la relación entre la política del suelo y la hidráulica, como desde la específica de la planificación territorial-urbanística e hidrológica. En segundo término, y no menos trascendente, nos preguntaremos si ante la inexistencia de límites a nivel del planeamiento territorial, **cabría justificar que las decisiones en materia de gestión hídrica establecieran condicionantes definitivos a aquellas decisiones urbanísticas que limitan y predeterminan la gestión de los recursos.** Esta cuestión será analizada con especial referencia a lo que atañe a la disponibilidad de recursos para nuevos desarrollos urbanísticos. Las conclusiones, ya lo anticipamos, no son del todo halagüeñas, al menos en los términos de la legislación vigente.

## **II. POLÍTICAS DEL SUELO Y POLÍTICA HIDRÁULICA: PREVALENCIA O COORDINACIÓN. TRASCENDENCIA EN MATERIA DE PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA**

### **A) La imprescindible coordinación entre las políticas del suelo y la política hidráulica y su traslado al ámbito de la planificación hidrológica**

La supremacía vigente de las políticas del suelo sobre las políticas del agua se ha pretendido justificar en una interpretación errónea del artículo 40.2 del Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA), en virtud del cual **“la política del agua está al servicio de las estrategias y planes sectoriales que sobre los distintos usos establezcan las Administraciones públicas”.** Sin embargo, este artículo no puede ser entendido en el sentido de que la política hidráulica deba estar subordinada a otras como la territorial o urbanística. El primer motivo y principal es que el mismo precepto añade, tras el inciso transcrito, que dicha relación de servicio lo es **“sin perjuicio de la gestión racional y sostenible del recurso que debe ser aplicada por el Ministerio de Medio Ambiente, o por las Administraciones hidráulicas competentes, que condicionará toda autorización, concesión**

(3) AGUDO GONZÁLEZ: *Urbanismo...*, ob. cit., págs. 119 y ss.

o infraestructura futura que se solicite”<sup>4</sup>. En otras palabras, el servicio a las políticas sectoriales está condicionado por los objetivos de una gestión racional y sostenible del recurso, lo que nivela la relación entre las distintas políticas sectoriales y la política del agua.

La literalidad del precepto comentado no puede por tanto inducir a error en torno a esa relación equilibrada<sup>5</sup>, pues la alusión al carácter instrumental de la política del agua ha de ser entendida como una apelación a la coordinación entre las Administraciones competentes<sup>6</sup>. Esto mismo se deduce del artículo 14.3º del TRLA, cuando establece que el ejercicio de las funciones estatales en materia de aguas se regirá por el principio de “compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio”. En otras palabras, del mismo modo que no puede admitirse que la política de aguas dirija la ordenación territorial y urbanística, tampoco cabe admitir lo contrario. Sólo una acción coordinada parece conforme con las previsiones legales comentadas.

La llamada a la coordinación intersectorial se confirma en el artículo 41.4 del TRLA (y en el artículo 71.4 del RPH). Según este precepto, “los planes hidrológicos se elaborarán en coordinación con las diferentes planificaciones sectoriales que les afecten, tanto respecto a los usos del agua como a los del suelo, y especialmente con lo establecido en la planificación de regadíos y otros usos agrarios”<sup>7</sup>. Mandato que se reitera en el artículo 68.2 del RPH, en este caso aludiendo al PHN, señalando que “la coordinación de los diferentes planes hidrológicos se realizará en el Plan Hidrológico Nacional considerando las diversas planificaciones sectoriales de carácter general, en particular la agrícola, la energética, la de ordenación del territorio y la planificación urbanística, así como la protección del medio ambiente y de la naturaleza, todo ello en el marco de la política general del Estado y su planificación económica”<sup>8</sup>.

(4) Con idéntica literalidad tanto el artículo 10 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, por la que se aprueba el Plan Hidrológico Nacional (PHN, en adelante), como el artículo 1.3 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Planificación Hidrológica (RPH).

(5) Al contrario de las presunciones que pudieran derivarse del artículo 40.2 del TRLA, artículos como el artículo 43.3 o el apartado 5º del artículo 99 bis del TRLA proclaman la preeminencia de los Planes Hidrológicos de Cuenca (PHC) sobre los instrumentos de planificación física del territorio. Las normas autonómicas aprobadas en esta materia amplían los supuestos en los que se confirma la prevalencia de la planificación relacionada con la gestión del agua. Así, el artículo 24.2 del Decreto 380/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la planificación hidrológica de Cataluña, el artículo 21.1 de la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón, o el artículo 16.1 de la Ley 12/2002, de 27 de junio, Reguladora del Ciclo Integral del Agua de Castilla-La Mancha. Esta prevalencia encaja perfectamente con el artículo 2.f) de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, en virtud del cual en nuestro ordenamiento jurídico rige como principio general la prevalencia de la protección medioambiental sobre la planificación urbanística y territorial.

(6) GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH y DÍAZ LEMA: *Derecho de Aguas*, Madrid, 1986, págs. 620 y ss.; EMBID IRUJO: “La planificación hidrológica”, *RAE*, núm. 123, 1990, pág. 145; SÁNCHEZ MORÓN “Planificación hidrológica y ordenación del territorio”, *RAE*, núm. 123, 1990, pág. 85; MOLINA GIMÉNEZ: “Nuevas tendencias en la ordenación ambiental de los recursos hidráulicos”, en *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, dirigido por Embid Irujo, Madrid, 2002, tomo I, págs. 302 y ss.; DELGADO PIQUERAS y CARRILLO MORENTE: “El informe de las Confederaciones Hidrográficas en la tramitación de planes y programas de actuación urbanizadora”, *Revista Práctica Urbanística* 2006, núm. 55, pág. 14; BLANQUER CRIADO: *La iniciativa...*, ob. cit., págs. 269 y ss.; RENAUF FAUBELL: “El informe de la Confederación Hidrográfica sobre la suficiencia de recursos hídricos de los planes urbanísticos”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 22, 2007, pág. 489; AGUDO GONZÁLEZ: *Urbanismo...*, ob. cit., págs. 123 y ss.

(7) En la práctica, sin embargo, BASSOLS COMA: “La ordenación del territorio en la Directiva marco comunitaria del agua”, en *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*, Madrid, 2003, págs. 48 y ss., ha puesto de relieve la existencia de ejemplos precisamente de todo lo contrario.

(8) Esta conclusión también trasluce de la Directiva 2000/60 marco del agua (DMA), cuyo considerando 16º afirma que “es necesaria una mayor integración de la protección y la gestión sostenible del agua en otros ámbitos políticos comunitarios”. Lo más destacado, teniendo en cuenta tanto el objeto como la base jurídica de la Directiva, es que el mismo considerando concluye haciendo una alusión que puede interpretarse razonablemente como una remisión a la ETE:

Cuando nos adentramos en el RPH y en la Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre, por la que se aprueba la Instrucción de planificación hidrológica (IPH), esta perspectiva lógicamente se mantiene, aunque con algunos matices relevantes. No en vano, aquella coordinación a la que acabamos de aludir, da la sensación de que sólo se ha de producir en relación con los planes urbanísticos. Es como si la normativa reglamentaria sobre planificación hidrológica desconfiara de que el planificador territorial pudiera suplir el déficit de ordenación territorial existente en nuestro país, de modo que ante la ausencia de planes territoriales, se recurre directamente a los planes urbanísticos como base para la previsión de determinaciones en los PHC. Lógicamente, no se nos puede escapar que además esta consideración puede ser malinterpretada y utilizada nuevamente para condicionar a su vez la relación equilibrada entre urbanismo y política hidráulica.

Incidimos en estos datos con alusión expresa a la planificación territorial, porque después de nuestras consideraciones previas, parecería lógico entender que una reflexión sobre la sostenibilidad territorial e hídrica sólo podría partir de la asunción de una política territorial vinculada a la gestión de todos los recursos naturales. Sin embargo, **esta apreciación presuntamente racional queda superada por las previsiones de la normativa sobre planificación hidrológica: tanto en el RPH, como en la IPH, se alude escasísimamente a la política territorial (artículos 68.2 y 71.4 del RPH) (y ni una sola vez al planeamiento territorial), aunque sí se hace y en varias ocasiones al planeamiento urbanístico, dando lugar a una inexplicable disociación entre ordenación del territorio y planificación hidrológica**<sup>9</sup>.

Ciertamente, aunque los requerimientos de coordinación entre planificación hidrológica y territorial-urbanística tienen una plasmación clara en la normativa reglamentaria sobre planificación hidrológica, **esa coordinación se asume desde unas premisas que contribuyen a amparar una preferencia de lo urbanístico frente a lo territorial: 1º) Para fijar las previsiones sobre demandas urbanas se recurre a las previsiones de los planes urbanísticos; 2º) Para determinar las presiones antropogénicas que pueden impedir alcanzar los objetivos medioambientales en cada masa de agua también se acude a los instrumentos de planeamiento urbanístico**<sup>10</sup>. Por el objeto de nuestro análisis, nos centraremos sólo en la primera cuestión.

El artículo 14.1 del RPH se refiere a los “criterios para la estimación de las demandas de agua”. Dicho precepto establece que los PHC incorporarán una estimación de las demandas para los horizontes temporales 2015 y 2027. En concreto, para el cálculo de las demandas de abastecimiento, el artículo 14.1.a) del RPH establece que se tendrán en cuenta “**las previ-**

“La presente Directiva puede aportar también una importante contribución a otros ámbitos de cooperación entre los Estados miembros, como la Perspectiva del desarrollo territorial europeo”.

(9) En esta dirección, GALERA RODRIGO: “El Laberinto Planificador”, en *Nuevo Derecho de Aguas*, coordinado por González-Varas Ibáñez, Madrid, 2007, pág. 205; PALLARÈS SERRANO: “Planificación hidrológica de cuenca y ordenación del suelo”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 11, 2007, págs. 192 y ss.; ÁLVAREZ CARREÑO: “Consideraciones sobre la creciente interconexión de los ordenamientos del suelo y del agua”, en *El Derecho del siglo XXI. Homenaje al profesor Bassols Coma*, Madrid, 2008, págs. 74 y 75.

(10) Así son definidas tales presiones en el apartado 1.2.54 de la IPH. Desde esta perspectiva, el artículo 15.2.c) del RPH establece que “el inventario sobre el tipo y la magnitud de las presiones antropogénicas significativas” incluirá “la estimación y determinación de agua para usos urbanos, industriales, agrarios y de otro tipo, incluidas las variaciones estacionales y la demanda anual total, y de la pérdida de agua en los sistemas de distribución”. Asimismo, la letra g) del mismo precepto prevé la identificación de “los usos del suelo, incluida la identificación de las principales zonas urbanas, industriales y agrarias, zonas de erosión, zonas afectadas por incendios, zonas de extracción de áridos y otras ocupaciones de márgenes y, si procede, las pesquerías y los bosques”.

siones de los planes urbanísticos, en evaluaciones demográficas, industriales y de servicios e incluirá la requerida por industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal. En estas evaluaciones se **tendrá en cuenta tanto la población permanente como la estacional, así como el número de viviendas principales y secundarias por tipologías**<sup>11</sup>.

El recurso a las determinaciones de los planes urbanísticos plantea un problema claro: ¿podría significar que las cifras infladas (algo que ha sido común) de crecimiento poblacional previstas en esos planes debieran tener necesariamente una respuesta en los PHC con previsión de demandas tanto para el abastecimiento existente, como para los nuevos desarrollos urbanísticos? Esta suposición, aunque posible, no debe ser viable en la práctica y en su caso debería ser corregida con los datos aportados por otras fuentes<sup>12</sup>. Además, la nueva normativa sobre planificación hidrológica prevé límites a la fijación de estimaciones sobre nuevas demandas urbanas en escenarios futuros (años 2015 y 2027), basadas en las previsiones de evolución de “factores determinantes” como la distribución espacial de la población y su estructura (permanente o estacional), la distribución y tendencias del número y de viviendas principales y secundarias por tipología de vivienda<sup>13</sup> o la incidencia de las políticas públicas vinculadas al uso del agua. Asimismo, cada demanda urbana se ha de caracterizar por datos como la distribución territorial de las unidades de demanda urbana, su volumen anual y distribución temporal, la calidad de los recursos, el consumo y los retornos de agua al sistema, así como la garantía de los recursos<sup>14</sup>.

No obstante, y a pesar de lo dicho, lo más llamativo es que en la ordenación relativa a la evolución de los “factores determinantes” relacionados con la población y la vivienda, el apartado 3.1.1.2.2.1 de la IPH asume un planteamiento que reafirma la dependencia de los datos ofrecidos por los planes urbanísticos a modo de vía subsidiaria: **“En caso de no disponer de previsiones oficiales, podrán realizarse estimaciones utilizando otros criterios de previsión demográfica, como los que puedan estar incluidos en los planes urbanísticos”**. ¿Y los planes territoriales? Insistimos en que el recurso a los planes urbanísticos puede conllevar un problema de falta de credibilidad y de ausencia de realismo de muchas previsiones, aparte de

(11) Ya el artículo 75.a) del Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, por el que se aprueba el reglamento de administración pública del agua y de la planificación hidrológica (RAPA), mantenía el mismo tenor literal con la excepción de la consideración de la primera y segunda residencia por tipologías, así como el inciso final que añade el RPH, que dispone que “se considerarán las dotaciones domésticas básicas y las previsiones de las Administraciones competentes sobre los efectos de cambios en los precios, en la eficiencia de los sistemas de abastecimiento y en los hábitos de consumo de la población”.

(12) En el caso de la Confederación Hidrográfica del Tajo, el “Estudio General sobre la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Tajo” (julio de 2008), pág. 49, elaborado en el marco del procedimiento de revisión del PHC para su adaptación a la DMA, toma al aumento de población como principal indicador de la evolución del uso, para lo cual se han empleado los datos de población calculados por extrapolación a la Demarcación de las proyecciones de población del Instituto Nacional de Estadística (INE).

(13) El apartado 3.1.1.2.2.1 de la Instrucción establece los criterios para concretar las previsiones de evolución de la población y la vivienda. En concreto, los PHC deberán incluir previsiones sobre: “a) Población permanente. b) Población estacional. c) Composición de los hogares. d) Número de viviendas principales. e) Número de viviendas secundarias. f) Tipología de las viviendas. g) Número de plazas hoteleras y de apartamentos, plazas de camping y datos de pernoctaciones e índices de ocupación”.

(14) Los niveles de garantía de las demandas urbanas que establece la IPH se fijan en el apartado 3.1.2.2.4. Desde esta perspectiva, se considerará satisfecha la demanda urbana cuando: a) El déficit en un mes no sea superior al 10% de la correspondiente demanda mensual; b) En diez años consecutivos, la suma de déficit no sea superior al 8% de la demanda anual. Es decir, la cobertura de las demandas puede tener déficits en los términos apuntados.

dar carta de naturaleza a la falta de diligencia generalizada de los gobiernos regionales al no aprobar un planeamiento territorial que constriña las decisiones urbanísticas<sup>15</sup>.

En fin, en los términos que anunciamos anteriormente, los términos del RPH y de la IPH son lo suficientemente relativos como para afirmar que aunque la “servicialidad” de la política hidráulica no conllevaría implícita una sumisión, sí que supondría una coordinación donde la ordenación del territorio parece no tener cabida, contribuyendo a que el urbanismo asuma un papel dirigente en materia territorial que no le corresponde. Una coordinación que, en cualquier caso, contaría con límites claros que tendrían que ver con la estimación realista y la garantía de las demandas (o lo que es lo mismo, con las previsiones de disponibilidad de recursos), así como con el cumplimiento del Derecho comunitario europeo<sup>16</sup>. Justamente es aquí donde alcanzan todo su sentido los límites a la “servicialidad” de la política del agua basados en la gestión racional y sostenible del recurso a que alude el artículo 40.2 del TRLA.

## **B) Intento de explicación del protagonismo del urbanismo en la normativa sobre planificación hidrológica.**

### **Críticas**

La normativa general sobre planificación hidrológica, aunque desde una perspectiva general asuma que la planificación territorial debe coordinarse con la hidrológica (artículos 40.2 y 41.4 del TRLA o el artículo 68.2 del RPH), cuando desciende a un grado de concreción mayor, parece obviar la escala de planeamiento territorial y recurre al planeamiento urbanístico sin más<sup>17</sup>. Un primer dato explicativo de esta solución, a la que ya hemos aludido, podría tener que ver con el déficit de planeamiento territorial existente en España. Déficit que en el caso de la relación entre desarrollos urbanísticos y disponibilidad de agua es aun mayor, pues si bien muchas Leyes y planes territoriales aluden a la relación entre urbanismo y agua, lo cierto es que dicho tratamiento se hace principalmente desde la perspectiva de las zonas inundables, de la conservación del dominio público hidráulico (DPH), de la conservación de la calidad de las aguas... No obstante, se ha de reconocer que la existencia de recursos hí-

(15) Esta conclusión se entiende aun menos si tenemos en cuenta que el artículo 33.a) de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, prevé que el Programa de Desarrollo Rural Sostenible, previsto como novedad en la Ley, pueda contemplar medidas dirigidas a “hacer compatible el desarrollo urbanístico con el mantenimiento del medio ambiente, limitando el desarrollo urbanístico a la disponibilidad de agua para abastecimiento y a una ordenación territorial previa”. También son llamativas las previsiones de la IPH relativas a los efectos de determinadas políticas públicas. En este marco, el apartado 3.1.1.2.2.4, letra c), dispone que los PHC incluirán previsiones acerca de las “tendencias en los modelos de desarrollo urbanístico. Se realizará un análisis de las tendencias de evolución de las tipologías de vivienda, teniendo en cuenta el efecto de los planes urbanísticos y las expectativas de construcción”. No se puede negar que tratándose de los efectos derivados de las políticas públicas es llamativo que ni siquiera se mencione a la ordenación del territorio.

(16) Este límite general tiene que ver con el cumplimiento de la DMA y los objetivos medioambientales establecidos para las distintas masas de agua. No sólo la calidad de las aguas, sino también la cantidad de agua circulante (caudales ecológicos) constituye un elemento clave para satisfacer los objetivos de la Directiva, en concreto, para el cumplimiento de los indicadores hidromorfológicos previstos en la DMA. De hecho, como pone de relieve el documento titulado “Esquema provisional de temas importantes. Parte española de la Demarcación Hidrográfica del Tajo”, las nuevas demandas urbanas podrían limitarse en función de la necesidad de cumplir con tales objetivos (véase, AGUDO GONZÁLEZ: *Ejecución y gestión de obras hidráulicas*, Granada, 2008, págs. 27 y ss. y 314 y ss.).

(17) Llama aun más la atención que sea la normativa sobre planificación hidrológica la que disponga esa relación, ya que previsiones similares en la legislación urbanística, más allá de las relacionadas con la evaluación ambiental estratégica (EAE) de planes, suelen brillar por su ausencia (GALERA RODRIGO: “El Laberinto...”, ob. cit., pág. 211).

dricos para abastecer a la población es mencionada también en algunos planes territoriales<sup>18</sup>. Esas referencias generalmente insisten en la necesidad de garantizar el abastecimiento a los nuevos desarrollos urbanísticos, algo que poco añade a la exigencia documental que nuestro Derecho urbanístico ha requerido a los planes urbanísticos en ese mismo sentido<sup>19</sup>. Ante este panorama, parecería lógico entender que la normativa general sobre planificación hidrológica tuviera que recurrir directamente a los planes urbanísticos.

Sin embargo, no es del todo cierto que la legislación territorial no acogiera mayores consideraciones al respecto. Y es que hubiera sido deseable establecer una relación expresa entre las futuras demandas urbanas a prever en la planificación hidrológica y los límites sobre capacidad de carga<sup>20</sup> de los recursos naturales en general, y de los hídricos en particular, que alguna legislación autonómica territorial (y urbanística) ya prevé<sup>21</sup>. Es decir, no se entiende bien por qué la normativa sobre planificación hidrológica no remite los límites analizados anteriormente no sólo a criterios puramente urbanísticos (expectativas de crecimiento urbano, tipología de vivienda, etc.), sino también a parámetros objetivos vinculados con la capacidad de carga de los recursos naturales establecidos en la legislación territorial. Es bien cierto, no obstante, que por coherencia esos límites deberían ser analizados en el procedimiento de EAE de planes urbanísticos, de modo que desde ese punto de vista las remisiones de la normativa sobre planificación hidrológica a los planes urbanísticos ya incorporaría esta presunción<sup>22</sup>. Sin embargo, presumir esto no siempre va de suyo<sup>23</sup>. En definitiva, **una remisión al planeamiento territorial y a la capacidad de carga de los recursos naturales (incluidos los hídricos), no sólo podría haber operado como clave de cierre que propiciase el fortalecimiento que precisa la ordenación del territorio, sino también que garantizase el papel determinante de la EAE de los planes urbanísticos, otorgándose límites claros a la aprobación de planes urbanísticos sin garantía de recursos hídricos**<sup>24</sup>.

(18) 1º) Directriz 28.1 de la Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación del Territorio de Canarias, sobre disponibilidad de recursos de agua suficientes para los nuevos desarrollos destinados a uso residencial y turístico; 2º) Artículo 12 del Plan Especial de Protección del Medio Ambiente Natural de La Rioja, relativo a la existencia de la dotación de agua necesaria previa a la obtención de licencia urbanística para usos residenciales en suelo no urbanizable; 3º) Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, aprobado por Decreto 129/2006, de 27 de junio, el cual afirma que “la situación actual en la que la demanda supera la disponibilidad de recursos (especialmente en los periodos secos) con lo que existe un déficit o desequilibrio en el balance hídrico global del territorio andaluz”.

(19) CARO-PATÓN CARMONA: “La disponibilidad de agua como requisito de la aprobación de los planes urbanísticos”, RDU, núm. 227, 2006, y AGUDO GONZÁLEZ: *Urbanismo...*, ob. cit., págs. 179 y ss.

(20) Por capacidad de carga de un territorio entendemos la aptitud de todos los recursos naturales para soportar de forma sostenible un nivel determinado de usos, aprovechamientos, actividades o actuaciones.

(21) AGUDO GONZÁLEZ: *Urbanismo...*, ob. cit., págs. 151 y ss.

(22) AGUDO GONZÁLEZ: *Urbanismo...*, ob. cit., págs. 163 y ss.

(23) Sobre todo teniendo en cuenta la insatisfactoria práctica seguida en relación con la evaluación de impacto ambiental de proyectos, del mismo modo que considerando las prácticas puestas de relieve al poco de la entrada en vigor de la Ley 9/2006, de 28 de abril, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Véase AGUDO GONZÁLEZ: “Contrariedades y problemas derivados de la aplicación inmediata de la evaluación estratégica ambiental a los planes urbanísticos”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 11, 2007, págs. 89 y ss., “Evaluación de Impacto Ambiental: problemas jurídicos”, RDU, núm. 176, 2000, págs. 27 y ss., y *Ejecución...*, ob. cit., págs. 193 y ss. En la misma dirección, MARTÍNEZ NIETO “Impacto ambiental de las nuevas urbanizaciones y sostenibilidad de los trasvases de agua entre cuencas”, en *Agua y Urbanismo*, coordinado por González-Varas Ibáñez, Murcia, 2005, pág. 390.

(24) Esa referencia expresa podría permitir rechazar, a los efectos de determinar nuevas demandas, todos aquellos planes urbanísticos que no hubieran basado sus modelos de crecimiento en indicadores sostenibles. Además, lo ideal sería que esas determinaciones de los planes urbanísticos a su vez estuvieran condicionadas y englobadas en los límites de crecimiento poblacional, de densidad, etc., previstos en los planes territoriales. Con estos (y otros) criterios fijados a nivel supramunicipal y con carácter vinculante, los planes urbanísticos sólo podrían fijar previsiones de crecimiento en

### III. NUEVOS DESARROLLOS URBANÍSTICOS Y GESTIÓN HÍDRICA

#### A) Ordenación del territorio, urbanismo y gestión hídrica: análisis de la competencia prevalente

La coordinación ha de ser la base de la integración de las políticas del suelo y de la política hidráulica. Ahora bien, esa coordinación no descarta que en la práctica se produzcan conflictos interadministrativos generados sobrevenidamente<sup>25</sup>. De hecho, en escenarios futuros de cambio climático y escasez de agua, es muy probable que la disponibilidad de recursos no garantice las demandas de nuevos desarrollos urbanísticos<sup>26</sup>. En estas circunstancias debemos plantearnos qué título competencial debe entenderse prevalente en esas situaciones excepcionales y, por ello, qué Administración debería poder resolver definitivamente sobre la cuestión conflictiva.

El Tribunal Constitucional ha señalado en muchas ocasiones que la articulación del ejercicio de competencias concurrentes ha de basarse en la aplicación de mecanismos de colaboración interadministrativa. En la legislación de aguas han sido previstos diversos mecanismos, como los ya señalados en el marco de la planificación hidrológica; además, el artículo 25.4 del TRLA prevé el informe del organismo de cuenca, en cuanto instrumento fundamental para lograr esa coordinación en relación con la disponibilidad de recursos hídricos generados por nuevos proyectos urbanísticos. No en vano, dicho informe tiene como finalidad aclarar la viabilidad de los nuevos proyectos urbanísticos mediante el análisis de su compatibilidad con el sistema de planificación y gestión de los recursos hídricos<sup>27</sup>.

función del modelo territorial establecido y, en consecuencia, la disponibilidad de recursos hídricos quedaría igualmente constreñida.

(25) Evidencia este dato la denuncia realizada por el eurodiputado español David HAMMERSTEIN, que ha supuesto que la Comisión Europea haya solicitado información al Gobierno de España acerca de 266 urbanizaciones de Andalucía, Castilla-La Mancha, Murcia y la Comunidad Valenciana, que “a pesar de contar con una opinión negativa de la Confederación Hidrográfica respectiva en cuanto a la disponibilidad de recursos hídricos, hayan recibido una aprobación definitiva por parte de la autoridad competente, con la demanda anual estimada de agua de cada una de ellas”.

En una línea parecida se manifiestan tanto el informe *Janelly FOURTOU*, sobre las alegaciones de aplicación abusiva de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística (LRAU) y sus repercusiones para los ciudadanos europeos, de 5 de diciembre de 2005, como el Informe sobre la misión de investigación en Madrid, la Comunidad Valenciana y Andalucía, de 27 de febrero al 3 de marzo de 2007, de los parlamentarios europeos Marcin LIBICKI y Michael CASHMAN.

(26) Ya el Libro Blanco del Agua (págs. 11 y 12) aludía a esta cuestión, refiriéndose a “la insuficiente fiabilidad y la vulnerabilidad del abastecimiento urbano” vinculada a la insuficiencia de recursos. Esta problemática se ha puesto de relieve nuevamente en el apartado 4.15 del Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático: “El urbanismo extensivo que se está desarrollando en nuestro país plantea problemas de aumento del uso de recursos por vivienda, incluyendo agua, energía y mayores necesidades de transporte, por lo que genera impactos en sinergia con otros sectores”. El plan propone como línea de actuación en el sector urbanístico la “evaluación del impacto del urbanismo extensivo sobre los sectores de transporte, de recursos hídricos y consumo de energía por vivienda”. Consideraciones parecidas se deducen de los documentos aprobados en el procedimiento de revisión de los PCH para su adaptación a la DMA: 1º) Confederación Hidrográfica del Segura, “Estudio General de la Demarcación Hidrográfica del Segura” (julio de 2008) (pág. 23): “La urbanización ligada al turismo (...) supone un riesgo cuando la planificación territorial no va ligada a la disponibilidad de recursos actuales y futuros pudiendo provocar situaciones futuras de déficit en la atención de la demanda que pueden verse agravadas por situaciones de sequía”; 2º) Confederación Hidrográfica del Tajo, “Esquema provisional de temas importantes. Parte española de la Demarcación Hidrográfica del Tajo” (julio de 2008) (págs. 75 y 76): “El principal problema ligado a la atención de la demanda estriba en la insuficiencia de recursos hídricos disponibles para cubrir la demanda solicitada. El nuevo régimen de caudales ecológicos previsto en el Reglamento de Planificación Hidrológica, los nuevos criterios de garantía para asignación de recursos, la disminución de los recursos disponibles y el objetivo de alcanzar el buen estado de las masas de agua en 2015 supone una disminución significativa de los recursos disponibles que agravan la situación de déficit en algunos sistemas de explotación”.

(27) Como bien señala MOLINA GIMÉNEZ: “Comentarios sobre la naturaleza del informe sobre disponibilidad de recursos hidráulicos en actuaciones urbanísticas, a la luz de la jurisprudencia cautelar y sustantiva valenciana”, *Revista*

Ahora bien, cuando las relaciones entre Administraciones no puedan articularse de forma coordinada o consensuada con base en los instrumentos establecidos en el ordenamiento, el propio Tribunal Constitucional ha elaborado una serie de criterios de prevalencia entre los títulos competenciales en conflicto. En estos casos el Tribunal Constitucional ha venido considerando como regla general “la prevalencia de la regla competencial específica sobre la más genérica” (así, en las SSTC 87/1987 y 69/1988). No obstante, la STC 213/1988 señaló que a “este criterio no se le puede atribuir un valor absoluto”. También en ambos sentidos las SSTC 197/1996 y 14/2004. En cualquier caso, la jurisprudencia constitucional ha reiterado en muchas ocasiones que el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por otras, aun siendo exclusivas de las CCAA (STC 56/1986). Ahora bien, aquella prevalencia debe ejercerse en los términos que aclaran las SSTC 40/1998 y 204/2002:

“(…) cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace –o, al menos, así lo entiende el constituyente– un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas, aunque, evidentemente, esto sólo será así cuando la competencia se ejerza de manera legítima: es decir, cuando la concreta medida que se adopte encaje, efectivamente, en el correspondiente título competencial, cuando se haya acudido previamente a cauces cooperativos para escuchar a las entidades afectadas, cuando la competencia autonómica no se limite más de lo necesario, etc.”.

Siguiendo las directrices de la jurisprudencia recién expuesta, en la temática aquí analizada el eventual conflicto se plantearía entre las competencias autonómicas en materia territorial-urbanística y las estatales en materia de gestión hídrica (artículo 149.1.22 CE). Sobre esta cuestión en primer lugar habría que tener en cuenta que la competencia sobre gestión hídrica es claramente más específica que las competencias sobre ordenación territorial, pues si algo caracteriza a esta última materia es su carácter transversal, global e integrador que le permite coordinar todas las acciones públicas con incidencia territorial<sup>28</sup>. En buena lógica esto mismo es trasladable al urbanismo, caracterizado igualmente por una concepción horizontal e integral de la ordenación física del suelo, según la cual toda actuación con incidencia territorial en el término municipal ha de quedar reflejada en el Plan General. Desde esta perspectiva, por tanto, no parece que pueda negarse la prevalencia de la competencia sobre gestión hídrica por tratarse de la competencia más específica.

Esa prevalencia se confirma con base en los intereses generales cuya gestión compete al Estado (artículo 149.1.22 CE); intereses que no pueden verse condicionados por el ejercicio de competencias ajenas<sup>29</sup>, sencillamente porque en otro caso, principios como el de unidad de gestión y respeto a la unidad de cuenca (artículo 14.1.º y 2.º del TRLA) dejarían de tener sentido. Por esta razón las SSTC 161/1996, 243/1993, 15/1998, 110/1998 o 166/2000 han

Aranzadi de Derecho Ambiental 2008, núm. 14, pág. 127, el informe tiene como finalidad “limitar crecimientos urbanísticos insostenibles desde un punto de vista hidráulico”.

(28) En esta dirección, PAREJO ALFONSO: “Ordenación del territorio y medio ambiente”, RDU, núm. 146, 1996, págs. 153 y ss., MENÉNDEZ REXACH “Coordinación de la ordenación del territorio con políticas sectoriales que inciden sobre el medio físico”, Documentación Administrativa, núm. 230-231, 1992, págs. 245 y ss., AGUDO GONZÁLEZ: “La formalización jurídico-administrativa de la ordenación del territorio en España”, en *Teoría y práctica de la ordenación del territorio*, coordinado por J. Vinuesa y L. Galiana, Madrid, 2009, capítulo 2, in toto.

(29) Igualmente, los AATSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de marzo de 2007 (recurso 1004/2007; ponente: Basanta Rodríguez), y de 1 de julio de 2008 (asunto Sector 9 de Elda, Alicante).

mantenido como regla general la **prevalencia de las competencias estatales para gestionar de manera unitaria las cuencas hidrográficas**<sup>30</sup>.

Desde la perspectiva puramente territorial, estas conclusiones encajan perfectamente. En este sentido, puede tomarse como parangón la doctrina constitucional dictada en relación con las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio al albur de su distinción con la materia medio ambiente. Las SSTC 36/1994, 28/1997, 149/1998 o 46/2007 consideran que **“la competencia de ordenación del territorio, aunque debe ponderar los efectos sobre el medio ambiente, no atrae hacia sí las normas relativas a la protección de la naturaleza, ni todo lo relativo a la preservación de los ecosistemas (...). Al igual que las demás actuaciones con incidencia territorial, estas competencias en materia de medio ambiente pueden condicionar el ejercicio de la competencia sobre ordenación del territorio”**. Las sentencias añaden que **“el titular de la competencia sobre ordenación del territorio deberá ejercerla sin menoscabar los ámbitos de éstas y otras competencias colindantes”**.

En fin, aunque los planes territoriales puedan incidir en cuestiones relacionadas con el medio ambiente o la protección del dominio público natural (y por qué no, también con la gestión hídrica), lo cierto es que esos planes no pueden predeterminar los términos en que otras Administraciones deban ejercer sus competencias (por ejemplo, las relativas a la gestión de los recursos hídricos). Algo que se ajusta a la perfección a aquella doctrina constitucional (SSTC 161/1996, 243/1993, 15/1998, 110/1998 o 166/2000), en virtud de la cual las competencias estatales en materia de gestión hídrica no pueden verse condicionadas por la actuación que puedan llevar a cabo las CCAA en las cuencas gestionadas por el Estado. Esta conclusión es razonable que se extrapole al urbanismo, tanto por el carácter integral de esta materia como por su tradicional adaptabilidad para hacer propio lo ambiental<sup>31</sup>, lo que puede llevar también a que el planeamiento urbanístico “usurpe” decisiones que competen a otros niveles administrativos.

La conclusión no puede ser más evidente: la ausencia de disponibilidades hídricas informada por la Administración hidráulica estatal constituye un dato determinante y condicionante del ejercicio de las competencias autonómicas en materias territorial y urbanística. Además, en los términos de la jurisprudencia constitucional, no puede decirse que esta conclusión suponga una exclusión ni general, ni desproporcionada de las competencias en materia territorial y/o urbanística de las CCAA. Esto es así sencillamente porque la decisión acerca de la inexistencia de recursos hídricos para abastecer a la población residente de nuevos desarrollos urbanísticos no impide ni la búsqueda de soluciones alternativas a la disponibilidad de recursos (producción industrial de agua, reutilización...) ni el ejercicio de las facultades de planeamiento en direcciones compatibles con la gestión hídrica (proyección de un modelo de ciudad compacta con consumos per capita inferiores, infraestructuras bien dimensionadas y con pérdidas menores por el menor coste de conservación y el menor nivel de averías, etc.). Fuera de estas posibilidades de acción, el conflicto debe resolverse a favor de la decisión de la Administración hidráulica, no sólo por los problemas futuros de garantía del abastecimiento que pueden generarse, sino también porque de ello pueden derivarse problemas medioambientales (incumplimiento de caudales ecológicos, daños a reservas fluviales

(30) Alguna excepción matizada y menor en AGUDO GONZÁLEZ: *Ejecución...*, ob. cit., págs. 362 y ss.

(31) AGUDO GONZÁLEZ: *Incidencia de la protección del medio ambiente en los usos del suelo*, Barcelona, 2004, págs. 189 y ss. y 411 y ss.

o espacios protegidos, sobreexplotación de acuíferos y efectos negativos en humedales,...) que pueden dar lugar a incumplimientos del Derecho comunitario<sup>32</sup>.

### **B) Mecanismos ordinarios de articulación de las competencias estatales y autonómicas en relación con la garantía de disponibilidad de agua en nuevos desarrollos urbanísticos**

A pesar de las pretensiones de coordinación entre las políticas del suelo y del agua, e incluso de la prevalencia de las competencias estatales sobre gestión hídrica, lo cierto es que en la práctica el estado de la cuestión de nuestro Derecho fomenta soluciones en contra de un buen entendimiento de la servicialidad de la política del agua a la que ya hemos hecho referencia. Esta práctica nace con base en la interpretación y aplicación que se ha venido realizando de diversos preceptos de la legislación de aguas, cuyo sentido debería ser el opuesto al que en realidad es aplicado, y cuyo efecto no es otro que dar carta de naturaleza a esa visión prevalente de lo urbanístico frente a la gestión hídrica. Dicho de otro modo, los términos en que la legislación de aguas regula los mecanismos de articulación de las competencias estatales y autonómicas en relación con la garantía de disponibilidad de agua para nuevos desarrollos urbanísticos, no garantizan ni una colaboración administrativa equilibrada como vía ordinaria de cohesión el ejercicio concurrente de competencias, ni la prevalencia de la competencia estatal en materia de gestión hídrica en supuestos de conflicto.

#### **a) El informe sobre disponibilidad de recursos del artículo 25.4 del TRLA**

a') El tratamiento otorgado por la legislación de aguas estatal no permite garantizar la prevalencia de la competencia estatal en materia de gestión hídrica en situaciones de conflicto

a") *La eficacia otorgada al informe no evita su separación motivada*

El artículo 25.4 del TRLA prevé la participación de la Administración hidráulica en la tramitación de los planes urbanísticos y territoriales en relación con la disponibilidad de recursos para nuevas demandas. La redacción vigente trae causa de la Ley 11/2005, de 22 de junio. La gran novedad incorporada fue precisamente extender el objeto de dicho informe a la existencia de recursos disponibles<sup>33</sup>.

En torno a la eficacia del citado informe, el párrafo 2º del artículo 25.2 del TRLA no concreta si éste goza o no de eficacia vinculante: "Cuando los actos o planes de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales comporten nuevas demandas de recursos hídricos, el informe de la Confederación Hidrográfica se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer tales demandas". En consecuencia, ante el

(32) En este punto deben prevalecer los valores ambientales y la garantía del cumplimiento del Derecho comunitario europeo representado en este caso por la DMA. Sobre este tema véase AGUDO GONZÁLEZ: Ejecución, ob. cit., págs. 27 y ss., y 314 y ss., y "Nivel elevado de protección, ponderación y prevalencia de los intereses ambientales. Estudio jurisprudencial", RDU, núm. 201, 2003.

(33) Aunque la redacción vigente data de 2005, ya la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, introdujo esta regulación al por entonces artículo 23 de la Ley de Aguas. Aquella redacción se corresponde con el vigente artículo 25.4.I. No obstante, incluso con anterioridad, el artículo 78 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico (RDPH) ya previó una intervención parecida a la luego prevista en la Ley en 1999.

silencio del precepto, y conforme a las reglas generales del artículo 83.1 de la LRJPAC<sup>34</sup>, se ha de entender que se trata de un informe no vinculante<sup>35</sup>.

Esta conclusión, no obstante, se ha pretendido rebatir basándose en los siguientes argumentos: 1º) El artículo 25.4.I del TRLA señala en su inciso final que el organismo de cuenca dictará su informe “teniendo en cuenta a estos efectos lo previsto en la planificación hidráulica y en las planificaciones sectoriales aprobadas por el Gobierno”; 2º) Considerando que el artículo 40.4 del TRLA dispone el carácter vinculante de la planificación hidrológica, el informe de la Confederación Hidrográfica será en consecuencia vinculante siempre que sea fiel a esos planes<sup>36</sup>. En conclusión, en virtud de estos datos, y a pesar del silencio del artículo 25.4 del TRLA, se ha mantenido que la eficacia del informe sería necesariamente vinculante. A favor de esta conclusión se podría afirmar además que la estimación de las demandas de los PHC son dictadas, como ya hemos comentado, considerando las previsiones de los planes urbanísticos, de modo que la disponibilidad de recursos puesta de relieve en el informe emitido con base en el artículo 25.4 del TRLA sería una decisión condicionada por esa previa coordinación<sup>37</sup>. En consecuencia, continuar con la tramitación de un plan urbanístico en contra de un informe negativo sería una actuación contraria al principio de lealtad interadministrativa.

Pues bien, aunque estos criterios pudieran parecer definitivos, lamentablemente no es así, pues la vinculación a las normas (a los PHC, en este caso) no es un dato determinante para que de una interpretación sistemática del TRLA se pueda considerar que el informe del organismo de cuenca sea vinculante. De hecho, y como pondremos de relieve, nuestra legislación de aguas paradójicamente fomenta prácticas como la aprobación de planes urbanísticos condicionada a la realización de cuantas actuaciones sean necesarias para garantizar la disponibilidad de recursos. En este sentido, la emisión de un informe negativo con base en el PHC correspondiente no impide que la Administración urbanística decida seguir adelante con el proyecto y aprobarlo definitivamente, ya que nada imposibilita acudir *a posteriori* a la Adminis-

(34) Artículo 83.1 de la LRJPAC: “Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes”.

(35) En este orden de cosas es cuanto menos llamativo lo sucedido en la Comunidad Valenciana. El artículo 19.2 de la Ley 4/2004, de ordenación del territorio y protección del paisaje de la Comunidad Valenciana, fue aprobado estableciendo que “la implantación de usos residenciales, industriales, terciarios, agrícolas u otros que impliquen un incremento del consumo de agua, requerirá la previa obtención de informe favorable del organismo de cuenca competente, o entidad colaboradora autorizada para el suministro”. Es decir, el informe era vinculante, o mejor, obstativo de la aprobación del plan, ya que sin un informe favorable no podía ser aprobado. Y decimos que el informe “era” obstativo, porque la Disposición Adicional Octava de la Ley 16/2005, de urbanismo de esa Comunidad, modificó el citado precepto para eliminar la referencia al carácter favorable del informe, dejando únicamente una alusión a la exigencia de solicitar tal informe.

(36) En este sentido, DE TOLEDO JAÚDENES: “Artículo 15”, en *Comentarios a la Ley del Suelo*, dirigido por González Pérez, Madrid, 2007, vol. I, pág. 677. Además, como señalan DELGADO PIQUERAS y CARRILLO MORENTE: “El informe...”, ob. cit., pág. 24, que estas apreciaciones se incluyan en el primer párrafo del artículo 25.4 y no en su segundo párrafo (el que aquí nos interesa), no parece que sea óbice para llegar a soluciones semejantes también en este caso, pues la vinculación de las distintas Administraciones a los PHC seguirá siendo obviamente la misma, pues lógicamente el informe sobre disponibilidad de recursos se deberá someter a las determinaciones de los planes en materia de asignaciones y reservas de recursos.

(37) Todo ello sin olvidar que, en los términos de las SSTC 161/1996 y 118/1998, así como del artículo 25.1 del TRLA, las CCAA deben estar legítimamente representadas en el procedimiento de elaboración de los PHC, mediante su incorporación en la Junta de Gobierno de las Confederaciones Hidrográficas. En estos términos, conferir al informe del organismo de cuenca carácter vinculante, no supondría estar ante el establecimiento unilateral de prescripciones vinculantes para la planificación urbanística, sino ante “una consecuencia lógica de las previsiones contempladas en dichos planes, en el momento de su elaboración” (MUÑOZ AMOR: “Bruselas investigará 250 urbanizaciones españolas sin agua garantizada”, RDU, núm. 250, 2009, pág. 153).

tración hidráulica para poner en marcha soluciones alternativas que garanticen el suministro futuro, como, por ejemplo, el recurso a la producción industrial de agua o a la expropiación de aprovechamientos no preferentes<sup>38</sup>.

En los términos de la legislación vigente, el límite no es la emisión de un informe desfavorable, sino la motivación aportada para separarse del informe del organismo de cuenca. Lógicamente, los informes no vinculantes también condicionan las facultades resolutorias de la Administración y la ausencia de una motivación en contrario adecuada, razonable y suficiente ha de identificarse con un ejercicio arbitrario de las competencias administrativas<sup>39</sup>. Sólo en estos términos se pueden entender satisfechas las exigencias del artículo 54.1.c) de la LRJPAC para separarse motivadamente de un informe no vinculante.

Sin embargo, a pesar de los requerimientos legales, en esta materia es posible toparse en demasiados casos con actuaciones arbitrarias. En la práctica no es difícil encontrar decisiones basadas en justificaciones con apariencia de suficiencia<sup>40</sup>, ni tampoco utilizar informes de parte que sirvan para apoyar aquella motivación en contrario<sup>41</sup>. Estos ejemplos evidencian que la regulación de la eficacia del informe del organismo de cuenca (así como otras cuestiones sobre las que más tarde habrá ocasión de pronunciarse) deja mucho que desear, pues al no zanjar claramente las dudas sobre su eficacia, no permite garantizar en última instancia la prevalencia de las competencias estatales sobre gestión hídrica, fomentando así la siempre insatisfactoria judicialización del sistema jurídico.

### b") El carácter desfavorable del silencio informador de la Administración hidráulica

También es reprochable la regulación del silencio informador del organismo de cuenca introducida por Ley 11/2005. El párrafo 3º del artículo 25.4 señala que “el informe se entenderá desfavorable si no se emite en el plazo establecido al efecto”. En este aspecto la modificación fue radical, pues la Ley 46/1999 entendía que el silencio era favorable<sup>42</sup>.

(38) Claro está que podría decirse que aun en estos casos la eficacia de los informes, en aplicación de los PHC, es realmente vinculante, pues aunque el plan urbanístico se aprobase, el informe negativo del organismo de cuenca habría supuesto la búsqueda de nuevas soluciones alternativas que en todo caso se ajustarían a los PHC en vigor. Quizás esto pueda entenderse así, pero lo cierto es que el informe no habría servido para desactivar una actuación urbanística insostenible desde el punto de vista hídrico, esto es, justamente la función que debería cumplir. Desde este punto de vista, es difícil mantener que ese informe sea vinculante por mucho que haya sido dictado con base en las determinaciones de los PHC respectivos.

(39) DESDENTADO DAROCA: “El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?”, en III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, pág. 14.

(40) De la misma opinión, MARINA JALVO: “Consideraciones sobre las demandas de agua derivadas del crecimiento urbanístico”, en *El Derecho urbanístico del siglo XXI. Homenaje al profesor Bassols Coma*, Madrid, 2008, págs. 385, o DELGADO PIQUERAS y CARRILLO MORENTE: “El informe...”, ob. cit., pág. 26.

(41) La motivación in aliunde prevista en el artículo 89.5 de la LRJPAC y asumida por el Tribunal Supremo [SSTS de 2 de diciembre de 1994 (Ar. 10024), 3 de mayo de 1995 (Ar. 4050) o de 3 de junio de 1997 (Ar. 5173)] y el Tribunal Constitucional (SSTC 146/1990 o 209/1993).

(42) El artículo 19.2 de la Ley 4/2004, de ordenación del territorio y del paisaje de la Comunidad Valenciana, también establecía que en caso de que el organismo de cuenca no remitiera su informe en el plazo señalado, se entendería “otorgado en sentido favorable”. Para evitar cualquier reproche de inconstitucionalidad tras la modificación del artículo 25.4.III del TRLA por la Ley 11/2005, la Disposición Adicional Octava de la Ley 16/2005, de urbanismo de la Comunidad Valenciana, modificó este extremo remitiendo a la legislación de aguas la concreción de efectos del silencio informador. ¿Acaso hubiera podido el legislador autonómico modificar el efecto del silencio en la remisión de un informe de competencia estatal? La atribución *ope legis* de los efectos derivados de la omisión de la actuación formal de la Administración no puede depender de otras Administraciones distintas a la de la titular de la competencia en cuestión, pues esto sería tanto como dejar a la decisión ajena la eficacia y virtualidad de las facultades propias. Cosa bien distinta es que, en los términos

La actual redacción no puede dejar de ser criticada. De hecho, al dotar de un carácter negativo al silencio, en realidad se estaría condicionando el ejercicio de competencias ajenas bajo la premisa de un informe inexistente y que presume una solución que puede no tener nada que ver con la realidad<sup>43</sup>. Es más, supone una auténtica contradicción con la naturaleza de los informes administrativos hablar de un informe desfavorable presunto, ya que si no se ha emitido ningún juicio especializado o técnico, esto es, justamente aquello que define a esos informes<sup>44</sup>, difícilmente podría entenderse una presunción en ese sentido<sup>45</sup>. Todo ello, sin obviar que esta regulación implica avalar a la Administración incumplidora de su función informante<sup>46</sup>.

Una posible explicación, que permitiría entender la previsión legal, es su relación con la regla del artículo 43.2 de la LRJPAC cuando atribuye carácter negativo al silencio producido en procedimientos en los que la estimación de la solicitud “tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público”. Evidentemente no estamos ante este supuesto, pues nos encontramos únicamente ante la facultad de la Administración hidráulica de informar acerca de la existencia de recursos suficientes, y no ante la de atribuir facultades para su aprovechamiento<sup>47</sup>, sin perjuicio de que sea cierto que la disponibilidad de recursos es determinante para el otorgamiento posterior de la correspondiente concesión.

Otra posible justificación quizá pueda tener que ver con la eficacia del Derecho comunitario europeo. Ya la STJCE de 28 de febrero de 1991 (As. 360/87, Comisión contra Italia) reconoció la imposibilidad de otorgar una autorización de vertido en aguas subterráneas por silencio administrativo: “una autorización tácita no puede ser compatible con las exigencias de la Directiva (80/68), máxime cuando, como ha señalado la Comisión, semejante autorización no permite la realización de investigaciones previas ni posteriores, ni controles”<sup>48</sup>. Nuestro caso, es claro, tiene poco que ver con el analizado en la sentencia citada. Sin embargo, la relación existente entre las previsiones del artículo 25.4 del TRLA y la consecución de los objetivos medioambientales de la DMA<sup>49</sup>, podría servir para justificar la aplicación de esta jurisprudencia

que señalaremos a continuación, al otorgar carácter desfavorable al silencio, el legislador estatal también haya podido condicionar competencias ajenas.

(43) En términos similares, el ATSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 2007 (recurso 1004/2007; ponente: Basanta Rodríguez).

(44) DELGADO PIQUERAS y CARRILLO MORENTE: “El informe...”, ob. cit., pág. 27.

(45) En cualquier caso, esta crítica sería igualmente extensible a los informes presuntos favorables. Ahora bien, la diferencia principal se encontraría en la afección a las competencias ajenas, en la medida en que se evitaría cualquier reparo a la actuación sometida infructuosamente a informe.

(46) MENÉNDEZ REXACH: “El fomento de las buenas prácticas administrativas en la nueva Ley de Suelo y otras normas estatales recientes”, en “Urbanismo y Corrupción”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 12, 2008, pág. 149.

(47) MENÉNDEZ REXACH: “El fomento...”, ob. cit., pág. 149.

(48) Posteriormente también la STJCE de 14 de junio de 2001 (As. 230/2000, Comisión contra Bélgica).

(49) La Exposición de Motivos de la Ley 11/2005 señala que la modificación legal realizada incorporaba “medidas para favorecer la mayor integración de la protección y la gestión sostenible del agua en otras políticas, como las relativas a energía, transporte, ordenación del territorio y urbanismo”. No hay duda de que la modificación del artículo 25.4 del TRLA atiende a ese tipo de medidas. Pues bien, la justificación que la Exposición de Motivos da para tales reformas es plasmar “la reorientación de la política del agua cuyos ejes principales son: cumplir las normas europeas, en particular

cia<sup>50</sup>. Cosa distinta es que realmente el legislador estatal estuviera pensando en ello al regular el silencio informador del organismo de cuenca.

En realidad, la única justificación razonable de la regulación del silencio es el propósito de evitar que la no emisión del informe pudiera ser considerada como la validación tácita del proyecto, algo que, como puede imaginarse, ha sido utilizado para evitar cualquier posterior oposición por parte del organismo de cuenca<sup>51</sup>. Esta idea se pone de relieve en los AATSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de enero 2007 (recurso 1003/2006; ponente: Narbón Laínez) y de 19 de enero de 2007 (recurso 1004/2007; ponente: Basanta Rodríguez) cuando señalan que el silencio desfavorable permite “no incurrir el Estado en el principio de que ‘nadie puede ir válidamente contra sus propios actos’”<sup>52</sup>.

A pesar de todo, lo cierto es que el efecto negativo del silencio no sirve para evitar de forma eficaz que la Administración urbanística pueda proseguir con la tramitación del plan urbanístico<sup>53</sup>, pues nada en contra de esta posibilidad se dice<sup>54</sup>. Estas conductas se ven favorecidas por la flexibilidad del artículo 83 de la LRJPAC<sup>55</sup>. La práctica seguida de este precepto, unida a la falta de determinación del artículo 25.4 del TRLA, coopera a que en la práctica se confirme la posibilidad de aprobar planes urbanísticos sin consideración al carácter negativo del silencio informador. Probablemente la regla más reprochable en este sentido sea la prevista en el artículo 83.4 de la LRJPAC, cuando dispone que si el informe debiera ser emitido por una Administración pública distinta a la que tramita el procedimiento (éste sería nuestro caso) y

la Directiva Marco 2000/60; *garantizar la equidad, la eficiencia y la sostenibilidad en la gestión y el uso de los recursos hídricos, y utilizar para ello las mejores tecnologías disponibles*”.

(50) LASAGABASTER HERRARTE: *Derecho Ambiental. Parte Especial III*, Bilbao, 2007, págs. 158 y 159, cita esta misma jurisprudencia al comentar el carácter favorable del silencio informador de la Agencia Vasca del Agua, previsto en el artículo 7.k) de la Ley 1/2006, de 23 de junio, de Aguas, relativo al informe que ha de emitir en los procedimientos de aprobación de planes urbanísticos.

(51) DELGADO PIQUERAS y CARRILLO MORENTE: “El informe...”, *ob. cit.*, pág. 19.

(52) En cualquier caso, que la Administración hidráulica no se pronuncie expresamente a lo largo de la tramitación del plan urbanístico debería tener consecuencias, como hacer decaer la fundamentación de solicitud de suspensión cautelar motivada en la insuficiencia de recursos hídricos, ya que no es dable tratar de justificar esa suspensión en una inexistencia de recursos no amparada en un informe real. En la misma línea, MOLINA GIMÉNEZ: “Comentarios...”, *ob. cit.*, pág. 135.

(53) CARO-PATÓN CARMONA: “La disponibilidad...”, pág. 69, DELGADO PIQUERAS y CARRILLO MORENTE: “El informe...”, *ob. cit.*, pág. 27, MOLINA GIMÉNEZ: “Comentarios...”, *ob. cit.*, págs. 130 y 134. Sin embargo, como pone de relieve el último autor citado, cuestión diferente sería que el informe no fuera emitido por causas no imputables a la Administración hidráulica, previo requerimiento de ampliación de la información remitida para emitir el informe. Este caso en realidad sería similar a la no solicitud del informe. De hecho, este supuesto es parecido al del recurso contencioso-administrativo 1003/2006 presentado ante el TSJ de la Comunidad Valenciana y que más tarde comentaremos en profundidad. En este supuesto el organismo de la cuenca emitió un “informe” negativo a propia iniciativa que sólo manifestaba que con los datos que se le habían aportado era imposible emitir un informe completo en los términos del artículo 25.4 del TRLA [en términos similares el ATSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de julio de 2008 (asunto Sector 9 de Elda, Alicante)]. Pues bien, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de mayo de 2008 (recurso 1003/2006; ponente: Altarriba Cano) declaró nulo el acuerdo impugnado (aprobación de un Plan Parcial) precisamente por no haber sido solicitado el informe del organismo de cuenca.

(54) LASAGABASTER HERRARTE: “Derecho Ambiental...”, *ob. cit.*, pág. 157, mantiene esta misma conclusión con base en el artículo 15.3 del Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLS de 2008), cuando señala que cabe el disentimiento motivado, por parte de la memoria ambiental, de los informes emitidos por la Administración hidráulica. El autor deduce que en los mismos términos será también posible disentir del silencio desfavorable.

(55) Sobre estas cuestiones, véase AGUDO GONZÁLEZ: “Estudio del trámite de consultas en los procedimientos de aprobación de planes urbanísticos a la vista de la última jurisprudencia relativa a los artículos 42.5.c) y 83 de la Ley 30/1992. Especial referencia a la suspensión del plazo para resolver y a los informes extemporáneos”, RDU, 2006, núm. 229, págs. 127 y ss.

transcurriera el plazo sin que aquél fuera evacuado, “se podrán proseguir las actuaciones”; en otras palabras, si la legislación sectorial nada dice, el sentido del silencio no impide continuar la tramitación del procedimiento administrativo<sup>56</sup>. En fin, la conclusión parece obvia: el silencio desfavorable no impide la posibilidad de aprobar un plan urbanístico, lo que significa que el efecto desfavorable del silencio no es solución adecuada a los conflictos planteados.

Cosa distinta es que para que la Administración urbanística se separe del silencio desfavorable deba motivar su decisión. Ahora bien, aunque en principio se antoja complicado tener que justificar algo en contra de una mera presunción no apoyada en datos, ni en análisis alguno, la realidad es que esa complejidad en la práctica no es tal. En este sentido, debemos recordar la carga documental que todos los planes urbanísticos deben acoger en relación con la existencia de recursos hídricos [ex artículo 53.4 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico (RPU) y correlativos de la legislación autonómica], de modo que frente ante el silencio negativo, los planes urbanísticos pueden llevar implícita ya una motivación en contrario.

En estos términos no nos puede sorprender que los derroteros de la práctica administrativa den lugar a situaciones problemáticas desde la perspectiva de la garantía del suministro por ausencia de reservas de agua<sup>57</sup>. En la práctica esas situaciones irregulares consiguen consolidarse, trasladando a la Administración la carga de asumir la ejecución de las actuaciones necesarias para garantizar el suministro, aprovechando que el servicio domiciliario de agua potable es un servicio municipal que se extiende a todo el término municipal<sup>58</sup>. La solución parece evidente: deben evitarse esas situaciones anómalas y patológicas con una planificación responsable que otorgue a la intervención del organismo de cuenca la importancia que posee y que sea objeto de un control pleno por parte de los órganos autonómicos competentes para la aprobación definitiva de planes urbanísticos<sup>59</sup>.

(56) Tanto o más criticable es la previsión, también en el artículo 83.4 de la LRJPAC, de los términos en que se salda el tratamiento de los informes extemporáneos, pues el precepto señala que si el informe es emitido fuera de plazo “podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución”. Ahora bien, como afirma la STS de 29 de junio de 2004 (Ar. 8157), la Administración actuante no puede desconocer los informes extemporáneos evacuados por otra Administración aun no siendo vinculantes, siempre y cuando se pronuncien sobre cuestiones de competencia de la Administración informante y que esas consideraciones pudieran ser fundamentales para la legalidad de la actuación administrativa.

(57) Véanse ejemplos en AGUDO GONZÁLEZ: *Urbanismo...*, ob. cit., págs. 171 y ss.

(58) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ y CARRILLO MORENTE: “¿Abastecimiento municipal de agua potable para asentamientos residenciales irregulares en suelo rústico?” *Revista Aranzadi Urbanismo y Edificación*, núm. 15, 2007, págs. 13 y ss., y BLANQUER CRIADO: *La iniciativa...*, ob. cit., págs. 96 y ss. Para atajar estas prácticas luego imputadas a los presupuestos municipales, el artículo 9.2.c) del TRLS de 2008 incorpora el deber de los propietarios de suelo en situación básica rural de costear la ejecución de “las infraestructuras de conexión de la instalación, la construcción o la edificación con las redes generales de servicios y entregarlas a la Administración competente para su incorporación al dominio público cuando deban formar parte del mismo”.

(59) La jurisprudencia ha venido afirmando que el control por parte de los órganos competentes de la Comunidad Autónoma al momento de la aprobación definitiva de los planes urbanísticos depende, por un lado, de que se trate de determinaciones regladas o discrecionales y, por otro, de que esas determinaciones afecten o no a intereses supralocales. En este sentido, bastantes decisiones jurisprudenciales han mantenido que las consideraciones de carácter ambiental pueden ser base para el control de las decisiones urbanísticas debido a que afectan a intereses supramunicipales (LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS: “La nueva línea jurisprudencial del control jurisdiccional sobre la discrecionalidad de la potestad de planeamiento”, *RDU*, núm. 241, 2008, págs. 42 y ss.). A todo ello se ha de añadir que, a la vista de las SSTC 159/2001 ó 240/2006, el legislador sectorial ha venido introduciendo nuevos controles de la actividad municipal de planeamiento urbanístico (un repaso de esta cuestión en LOZANO CUTANDA: “Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo”, *RAP*, núm. 172, 2007, págs. 345 y ss.).

c”) Desarrollo reglamentario, aplicación del informe, preceptividad y plazos

Otro de los interrogantes que deja abierto el artículo 25.4 del TRLA es su aplicación inmediata, visto que el precepto comienza remitiéndose a su desarrollo reglamentario para concretar los supuestos en que el informe deba ser emitido<sup>60</sup>. La literalidad de la Ley ha permitido afirmar que estos informes no podrán ser emitidos, sino hasta que se produzca dicho desarrollo reglamentario<sup>61</sup>.

Sin perjuicio de las insuficiencias de la regulación del artículo 25 del TRLA, no cabe decir que no pueda ser aplicado de forma inmediata y generalizada (como de hecho está ocurriendo en la práctica). La remisión al reglamento alude a la concreción de los plazos y supuestos en que deba ser emitido el informe del organismo de cuenca. Sin embargo, en el párrafo 3º del mismo precepto ya se especifica uno de esos supuestos, que es casualmente el que es objeto de nuestro estudio. El propio precepto completa el supuesto de hecho indicando que el informe será “también de aplicación a los actos y ordenanzas que aprueben las entidades locales en el ámbito de sus competencias, salvo que se trate de actos dictados en aplicación de instrumentos de planeamiento que hayan sido objeto del correspondiente informe previo de la Confederación Hidrográfica” (el artículo 25.4.IV del TRLA). Es decir, el supuesto de hecho determina de forma relativamente suficiente los casos en que el informe ha de ser preceptivo<sup>62</sup>, sin perjuicio de que sería preferible una mayor concreción.

Desde el punto de vista de la concreción del supuesto de hecho, uno de los aspectos dudosos es el inciso final del artículo 25.4.IV. Obsérvese que la literalidad del precepto alude a “**actos dictados en aplicación** de instrumentos de planeamiento”. Esto lógicamente nos induce a pensar en Proyectos de Urbanización, licencias, ... No obstante, parecería lógico entender que también los planes de desarrollo se acogerían a esta excepción, siempre que no modificaran el planeamiento general en los términos que luego se dirá. Sin embargo, cáigase en la cuenta de que mientras el párrafo 2º del artículo 25.4 se refiere a “actos o planes”, el párrafo 4º alude sólo a “actos”, lo que parece compaginarse mal con una eventual identificación con figuras de planeamiento. Quizás pudiéramos salvar esta interpretación considerando que la referencia a los “actos” del último párrafo, alude a todos los “actos jurídico-públicos”, incluidos los de naturaleza normativa, y por ello los planes de desarrollo.

Sea como fuere, lo cierto es que sólo una interpretación omnicomprendiva parecería tener sentido. Parece lógico que no sea preciso solicitar el informe al momento de la aprobación del Proyecto de Urbanización aprobado en ejecución de un plan ya informado, pero tampoco pa-

(60) Según fuentes del Ministerio de Medio Ambiente el desarrollo normativo del artículo 25.4 del TRLA se producirá con la modificación del RDPH, pero por el momento no hay novedad al respecto.

(61) En esta dirección, CARO-PATÓN CARMONA: “La disponibilidad...”, pág. 69, y MARINA JALVO: “Consideraciones...”, ob. cit., pág. 378. En contra, sin perjuicio de reconocer que es necesario realizar un desarrollo reglamentario que clarifique la redacción legal, AGUDO GONZÁLEZ: *Urbanismo...*, ob. cit., págs. 176 y ss., RENAUF FAUBELL: “El informe...”, ob. cit., pág. 494, o PALLARÈS SERRANO: “Planificación...”, ob. cit., pág. 195. También parece ser esta última la opinión de MENÉNDEZ REXACH: *El fomento...*, ob. cit., pág. 149, FANLO LORAS: “Aguas” en *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, dirigido por Martín Rebollo y Bustillo Bolado, Cizur Menor, 2007, pág. 1097, y de LASAGABASTER HERRARTE: “Derecho Ambiental...”, ob. cit., pág. 156.

(62) De modo que, en ningún caso es posible, por ejemplo, la aprobación definitiva condicionada a la posterior solicitud del informe del organismo de cuenca, como así pone de relieve la STS de 25 de febrero de 2009 (recurso 872/2008; ponente: Yagüe Gil): “... en definitiva, la aprobación del Plan se supedita a que exista agua, cosa que debe acreditarse en todo caso antes de otorgarse la aprobación definitiva”. En la misma línea la STS de 30 de marzo de 2009 (recurso 790/2008; ponente: Calvo Rojas).

rece que sea preciso hacerlo si se trata de un Plan Parcial u otro instrumento de planeamiento de desarrollo que no modifique las previsiones del planeamiento general<sup>63</sup>. Así interpretado, este supuesto no sería más que la plasmación de criterios básicos de economía procesal, pues resulta innecesario que el organismo de cuenca deba pronunciarse respecto de un plan de desarrollo cuyas demandas de agua ya han sido informadas en el procedimiento de aprobación del planeamiento general<sup>64</sup>.

Sin embargo, puede suceder, porque así lo prevén casi todas las Leyes urbanísticas autonómicas, que los Planes Parciales modifiquen determinaciones de planeamiento general que sí afecten a las previsiones sobre demandas de agua. En tal caso, la solicitud de informe sí que debería reiterarse<sup>65</sup>. Buena parte de las Leyes autonómicas prevén que los Planes Parciales puedan modificar motivadamente determinaciones pormenorizadas o de desarrollo previstas en el planeamiento general<sup>66</sup>. Algunas de esas determinaciones son realmente determinantes de las previsiones de consumo de agua, como, por ejemplo, la asignación de usos pormenorizados y tipologías. Un cambio en la tipología edificatoria puede suponer una alteración importante en la densidad de población con repercusiones al alza del consumo previsto (imaginemos un cambio de vivienda unifamiliar a vivienda en altura en régimen de propiedad horizontal); pero también el cambio contrario (con reducción de la densidad de viviendas) puede generar incrementos de consumo de agua, sobre todo si tenemos en cuenta el riego de jardines y el llenado de piscinas privadas. En estos casos, de confirmarse los incrementos de demandas, parecería razonable que por mucho que el Plan General hubiera podido ser sometido a informe del organismo de cuenca, debiera solicitarse un nuevo informe<sup>67</sup>.

Siguiendo con los problemas derivados de la remisión reglamentaria analizada, ésta ha servido incluso para poner en duda el carácter preceptivo del informe, señalándose que ante la ausencia de desarrollo reglamentario y, por tanto, de la concreción de los supuestos en que debe ser emitido el informe, cabría entender que la solicitud preceptiva de éste podría ponerse en duda<sup>68</sup>. Interpretación a la que, por otro lado, ha contribuido la redacción del artículo 19.2 de la Ley 4/2004, de 30 de junio, de ordenación del territorio y protección del paisaje de la Comunidad

(63) También FANLO LORAS: "Aguas", ob. cit., pág. 1093, DELGADO PIQUERAS y CARRILLO MORENTE: "El informe...", ob. cit., pág. 22, o la STS de 7 de febrero de 2007 (recurso 5989/2003; ponente: Fernández Valverde), aunque esta sentencia se pronuncie sobre el artículo 25.4.I del TRLA.

(64) Se trataría de aplicar soluciones parecidas a las vigentes en la Ley 9/2006, relativa a la EAE de planes, tanto en lo que se refiere a la relación entre planes generales y de desarrollo (véase AGUDO GONZÁLEZ: "Contrariedades...", ob. cit., págs. 105 y ss.). En estos casos, a lo largo de la tramitación del plan de desarrollo se podrá utilizar la información pertinente disponible que se haya obtenido en otras fases del proceso de decisión o en la elaboración de los planes, de modo que se podrán evitar duplicidades evaluatorias (artículos 6.2 y 8.3 de la Ley 9/2006). Pues bien, lo mismo cabe decir en nuestro caso: no tiene sentido que se reitere la consulta al organismo de cuenca.

(65) FANLO LORAS: "Aguas", ob. cit., pág. 1.093, y DELGADO PIQUERAS y CARRILLO MORENTE: "El informe...", ob. cit., pág. 22.

(66) En alguna Comunidad Autónoma incluso es posible la modificación de determinaciones estructurantes o generales (Castilla-La Mancha).

(67) En este sentido, debe interpretarse también el artículo 41.4 del Decreto 67/2006 de 12 de mayo, por el que se aprobó el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística de la Comunidad Valenciana, el cual dispone que los mecanismos regulados con el fin de determinar la suficiencia de recursos hídricos para nuevos usos en el territorio, incluido el informe del organismo de cuenca, "no será de aplicación cuando la implantación de los referidos usos se verifique en aplicación de instrumentos de planeamiento que ya hayan sido objeto del correspondiente informe".

(68) DELGADO PIQUERAS y CARRILLO MORENTE: "El informe...", ob. cit., pág. 23.

Valenciana, al plantear la petición del informe del organismo de cuenca de una forma aparentemente alternativa a la del informe de las entidades colaboradoras autorizadas para el suministro y, por ello, como un informe no preceptivo. Sin embargo, esta interpretación no puede ser aceptada. No sólo por la literalidad del artículo 25.4.II del TRLA (que imperativamente ordena que los organismos de cuenca “se pronuncien expresamente”), sino también porque la jurisprudencia ya ha confirmado la preceptividad del informe. En este sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de mayo de 2008 (recurso 1003/2006; ponente: Altarriba Cano)<sup>69</sup>.

Por último, en relación con la laguna existente en torno al plazo de emisión del informe, tampoco ha de ser un impedimento para la aplicación efectiva del informe, pues esa omisión deberá cubrirse con las normas vigentes. Desde este punto de vista, no parece razonable acudir a las reglas generales de la LRJPAC, pues el artículo 83.2 de la LRJPAC prevé un exiguo y poco realista plazo de 10 días<sup>70</sup>. Por el contrario, en defecto de previsión expresa en la legislación de aguas, y al tratarse de informes a emitir en el marco de la tramitación de planes de competencia exclusiva de las CCAA, la solución coherente parecía ser acudir a los plazos que las Leyes autonómicas establezcan para realizar el trámite de consultas<sup>71</sup> a celebrar antes de la aprobación provisional del plan<sup>72</sup>.

Esta solución es la que parece deducirse del artículo 15.3 del TRLS de 2008 cuando dispone que “en la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse”, entre otros, el informe de la Administración hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas, eso sí, “cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora”. Sucede no obstante que el mismo precepto vincula esa fase de consultas con el procedimiento de EAE del plan<sup>73</sup>. Esto supondría, por tanto, que salvo que la legislación autonómica estableciera otra cosa en coherencia con el inciso recién transcrito del TRLS de 2008, efectivamente el informe deberá pedirse en la fase de consultas regulada por la normativa

(69) También la STS de 7 de febrero de 2007 (recurso 5989/2003; ponente: Fernández Valverde), aunque la sentencia se pronuncia sobre el informe previsto en el artículo 25.4 del TRLA en su primer párrafo y, por tanto, no en lo relativo a la existencia de recursos hídricos.

(70) A favor, sin embargo, PALLARÈS SERRANO: “Planificación...”, ob. cit., pág. 195, y DELGADO PIQUERAS y CARRILLO MORENTE: “El informe...”, ob. cit., pág. 23.

(71) AGUDO GONZÁLEZ: *Urbanismo...*, ob. cit., pág. 179. Sin embargo, de los avatares de la legislación de la Comunidad Valenciana no parece deducirse que el legislador autonómico haya asumido la competencia para ordenar esta cuestión. El artículo 19.2 de la Ley 4/2004, de ordenación del territorio y protección del paisaje de la Comunidad Valenciana, en su redacción original disponía que el informe debía emitirse en el plazo de tres meses. Sin embargo, tras la modificación del TRLA por la Ley 11/2005, la Disposición Adicional Octava de la Ley 16/2005, urbanística de la Comunidad Valenciana, modificó el inciso señalado remitiéndose a estos efectos a lo establecido en la legislación estatal y dejando las cosas tal cual estaban en el TRLA. Por otro lado, el artículo 83.3 de la Ley 16/2005 regula el plazo del trámite de consultas a la Administración estatal en los procedimientos de aprobación de planes urbanísticos, pero lo hace por remisión a la Disposición Adicional Segunda.4 de la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, o bien a “la legislación sectorial estatal que resulte aplicable”. Por tanto, aquí cabría entender que el plazo sería de dos meses (según la Disposición Adicional Segunda.4 de la Ley 13/2003), o bien que la remisión a la legislación sectorial supone un reenvío al TRLA, llevándonos a un bucle sin solución.

(72) Con ello se satisficaría la postura del *Sindic de Greuges* de la Comunidad Valenciana que viene reclamando que el informe sea emitido antes de ese momento procesal (Resolución de 20 de julio de 2006, queja núm. 2005/2071).

(73) De la misma opinión, PAREJO ALFONSO y ROGER FERNÁNDEZ: *Comentarios a la Ley de Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)*, Madrid, 2007, pág. 205, FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ: “Medio ambiente, urbanismo y edificación: de la política de la Unión Europea al código técnico de la edificación y a la nueva Ley de Suelo”, RDU, núm. 235, 2007, pág. 60, SÁNCHEZ GOYANES: “Artículo 15”, en *Ley de Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo*, dirigido por Sánchez Goyanes, Madrid, 2007, págs. 481 y 482.

autonómica, eso sí, de conformidad con el artículo 10.1.b) de la Ley 9/2006, que regula las consultas a las Administraciones afectadas en materia de EAE, de forma que la duración de este trámite deberá ser como mínimo de 45 días.

d”) *El contenido del informe*

El artículo 25.4 del TRLA tampoco es especialmente expresivo en lo que se refiere al contenido del informe que analizamos. Tan sólo señala que se pronunciará sobre “la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer tales demandas”, esto es, las nuevas demandas que comporten los planes en tramitación. A pesar de que el precepto sea tan poco explícito parece una obviedad señalar que cuando el TRLA habla de la existencia de “recursos suficientes” para satisfacer nuevas demandas, no se está refiriendo a la existencia de caudales con título administrativo u otro derecho que legitime su aprovechamiento. Es decir, no se puede decir que al momento de solicitar el informe, el interesado deba ostentar ya un título que sustente su petición.

Esta interpretación, sin embargo, no parece ser seguida por algunos organismos de cuenca. Así, la Confederación Hidrográfica del Júcar viene exigiendo que al momento de solicitar el informe se motiven los siguientes aspectos: a) **Origen del agua** con la que se pretende cubrir la nueva demanda. Si el suministro se pretende realizar mediante conexión a la red de abastecimiento municipal, se exige que se documente la concesión o derecho que ampare el incremento de consumos. Si, por el contrario, el suministro se pretendiera imputar a nuevas masas de agua subterráneas o superficiales, entonces deberá documentarse su disponibilidad aportando los datos de la concesión o derecho en que se fundamenta la petición; b) **Volumen del incremento de la demanda solicitada**, estimando las necesidades en función de los usos previstos.

Tanto el requerimiento documental del origen del agua como la relativa al volumen solicitado no son más que la reiteración del contenido de la carga documental que los planes urbanísticos deben acoger en relación con la existencia de recursos hídricos. Esta obligación documental es una realidad en nuestro ordenamiento desde la aprobación del RPU<sup>74</sup>. En concreto, esta carga se imponía a los Planes Parciales de conformidad con el artículo 53.4 del RPU: “En la red de abastecimiento de agua se indicarán las fuentes de la misma, el caudal disponible y, en su caso, el área de protección de aquéllas”<sup>75</sup>. Por tanto, al momento de solicitar el informe del organismo de cuenca con remisión del expediente, la documentación del plan en tramitación debería aportar ya información fundamentada sobre los extremos señalados<sup>76</sup>.

(74) CARO-PATÓN CARMONA: “La disponibilidad...”, ob. cit., in toto, y AGUDO GONZÁLEZ: *Urbanismo...*, ob. cit., págs. 179 y ss.

(75) La aplicación general y supletoria de este precepto fue confirmada por la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 14 de febrero de 2005 (recurso 1289/2004; ponente: Martínez Olalla). No obstante, la legislación autonómica ha coincidido en establecer una carga documental similar no necesariamente limitada a los Planes Parciales. En relación con los Planes Generales, por ejemplo, el artículo 45 de la Ley 16/2005, urbanística de la Comunidad Valenciana, y el artículo 38.3 del Decreto 67/2006, de 19 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística de la Comunidad Valenciana.

(76) El artículo 38.4 del Decreto 67/2006 de la Comunidad Valenciana establece que el estudio de los recursos hídricos “se incorporará al expediente del plan como documento propio del mismo. Durante la tramitación de éste se solicitará informe del organismo de cuenca correspondiente adjuntándole una copia del mismo”.

Ahora bien, lo que no parece de recibo es que la fundamentación de esos extremos requiera documentar la preexistencia de una concesión (u otro derecho) que legitime el aprovechamiento de agua propuesto<sup>77</sup>. Dicho de otro modo, la justificación de la fuente y el caudal disponible tiene como finalidad probar que hay una posibilidad razonable de obtener el título correspondiente<sup>78</sup>. Ahora bien, esto no quiere decir que durante la tramitación del planeamiento sea preciso que el promotor disponga de la concesión correspondiente (u otro título legitimante)<sup>79</sup>. Concretamente, la concesión deberá obtenerse en todo caso antes del inicio de las obras de urbanización y, concretamente, de las infraestructuras vinculadas al ciclo integral del agua (artículo 123.1.II del TRLA)<sup>80</sup>.

### b') El tratamiento del informe en la legislación sectorial estatal y autonómica

#### a") El intento de solución en la nueva legislación estatal de suelo

Para superar la insatisfactoria regulación acogida en el TRLA, la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y luego el TRLS de 2008, han intentado solventar la débil situación del organismo de cuenca en el procedimiento de aprobación de planes urbanísticos. Sin embargo, ya lo adelantamos, las novedades aportadas en la mayoría de los casos difieren poco de la situación existente hasta la aprobación de la nueva Ley de Suelo.

El artículo 10.1.c) del TRLS de 2008, entre los criterios básicos de utilización del suelo, dispone que “para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el Título I, las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, deberán: c) **Atender, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, a los principios de (...) garantía de suministro de agua**”<sup>81</sup>. La expresión de este principio no parece que sea realmente una novedad, pues como hemos reiterado la obligación documental de la disponibilidad de recursos hídricos que garanticen el suministro futuro ha sido preceptiva desde la aprobación del RPU. En realidad, la novedad estriba en que, sin perjuicio de las previsiones u omisiones de la legislación autonómica, así como del tipo de plan (recordemos

(77) En esta dirección, el ATSJ de la Comunidad Valenciana, de 1 de marzo de 2007 (recurso 1003/2006; ponente: Narbón Laínez), MOLINA GIMÉNEZ: “Comentarios...”, ob. cit., págs. 127 y 128, y RENAU FAUBELL: “El informe...”, ob. cit., pág. 504.

(78) No obstante, hay que reconocer que la situación puede ser variable. De hecho, puede suceder que el Ayuntamiento tenga ya inscrito en el Registro de Aguas el caudal que precisa.

(79) En cualquier caso, los requisitos que deben documentarse en el planeamiento urbanístico tienen una relación directa con la documentación que debe aportarse con la solicitud y tramitación de la concesión de abastecimiento. Esta información está relacionada en buena medida con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa sobre calidad de las aguas destinadas a consumo humano; además, la solicitud de concesión está condicionada también por datos previos como la existencia de recursos en la zona de captación (artículos 123.3, 125.1 y 130.2 del RDPH). En definitiva, tanto la identificación del origen del agua, como la existencia de recursos son datos determinantes para poder justificar las informaciones requeridas para solicitar la correspondiente concesión.

(80) Sobre estas cuestiones, véase AGUDO GONZÁLEZ: *Urbanismo...*, ob. cit., págs. 184 y 185.

(81) Reitera incluso con mayor ímpetu esta previsión, el artículo 33.a) de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural. Como se recordará, este precepto establece que el Programa de Desarrollo Rural Sostenible podrá contemplar medidas dirigidas a “hacer compatible el desarrollo urbanístico con el mantenimiento del medio ambiente, limitando el desarrollo urbanístico a la disponibilidad de agua para abastecimiento y a una ordenación territorial previa”. También son importantes para evitar actuaciones urbanísticas ineficientes las consideraciones del artículo 34.d) de la misma Ley, que establece que el Programa de Desarrollo Rural Sostenible pueda contemplar medidas dirigidas a “desincentivar el urbanismo disperso, particularmente en las zonas rurales periurbanas”.

que el RPU sólo se refería a los Planes Parciales), se exige que se articulen los mecanismos necesarios para que la garantía del abastecimiento sea objeto de previa justificación.

Con el ánimo de otorgar mayor peso a este objetivo básico, el artículo 15.3 del TRLS de 2008 dispone que “en la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora: a) **El de la Administración hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas** y sobre la protección del dominio público hidráulico”. Aquí la novedad es relativa, salvo por los matices procedimentales que pudieran derivarse acerca del momento en que solicitar el informe o sobre el plazo para su emisión en los términos comentados anteriormente. Y es que desde que el TRLA fue modificado por la Ley 11/2005, el informe sobre disponibilidad de recursos debía ser solicitado durante la tramitación de los planes urbanísticos, en concreto, en el trámite de consultas<sup>82</sup>.

Sin embargo, esta previsión sí que puede ser importante en relación con las cuencas intracomunitarias gestionadas por las CCAA<sup>83</sup>. La literalidad del artículo 25.4 del TRLA no deja lugar a dudas de que el organismo competente para dictar el informe son las “Confederaciones Hidrográficas”. Esta alusión expresa, con referencia nominativa incluida, dejaría fuera del supuesto de hecho de la norma a las cuencas intracomunitarias con organismos de cuenca propios<sup>84</sup>, sin perjuicio de que las Leyes de Aguas de esas CCAA hubieran acogido previsiones similares a la del artículo 25.4 del TRLA que salvaran dicha laguna. Con la nueva Ley parece que aquella facultad informadora se amplía en todo caso y a todas las cuencas<sup>85</sup>, con independencia de lo establecido en la legislación autonómica, cubriendo así cualquier omisión<sup>86</sup>.

El segundo contenido realmente interesante del precepto se encuentra en el último párrafo del artículo 15.3 del TRLS de 2008, el cual dispone que “**los informes a que se refiere este apartado serán determinantes para el contenido de la memoria ambiental, que sólo podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada**”. ¿Qué quiere decir este inciso final de la norma estatal? Centraremos la atención en los siguientes aspectos: 1º) El informe tiene una eficacia “determinante”; 2º) Dicha eficacia es aplicable respecto de la memoria ambiental dictada en el marco de

(82) De la misma opinión, LOZANO CUTANDA: “Urbanismo...”, ob. cit., pág. 357.

(83) Y sólo en tales casos, pues en las cuencas intracomunitarias en las que los servicios de gestión no hayan sido traspasados a las CCAA, es evidente que la competencia seguirá siendo ejercida por el organismo de cuenca hasta que se lleve a cabo el traspaso de servicios [EMBEDIR: “La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2004 en relación a las cuencas internas de las Comunidades Autónomas de Valencia y de Castilla-La Mancha desde la perspectiva de su ejecución y cumplimiento”, RAP, núm. 169, 2006, pág. 449, y FANLO LORAS: “Planificación hidrográfica en España: estado actual de un modelo a fortalecer”, en *Derecho de Aguas*, Murcia, 2006, págs. 576 y ss.]

(84) DELGADO PIQUERAS y CARRILLO MORENTE: “El informe...”, ob. cit., pág. 15, y RENAUF AUBELL: “El informe...”, ob. cit., pág. 498.

(85) Cáigase en la cuenta de que el artículo 15.3 del TRLA de 2008 alude ahora genéricamente al informe de “la Administración hidrológica”, lo que permite englobar a cualquier organismo competente en la materia.

(86) ¿Puede el Estado imponer el ejercicio de tales facultades a la Administración autonómica? No parece que quepa duda, pues el Estado sigue siendo titular del DPH con independencia de quien lo gestione, aparte de tratarse de una medida básica de protección medioambiental (Disposición Final Primera.1 del TRLS de 2008), que no es nueva en nuestro ordenamiento, pues en otros muchos casos la legislación básica estatal ha previsto que las CCAA emitan informes preceptivos en materias diversas.

la EAE de los planes urbanísticos, y 3º) A pesar de dicha eficacia, la memoria ambiental puede separarse del contenido del informe del organismo de cuenca de forma motivada.

En primer lugar, el precepto comentado establece que el informe será “determinante”. La utilización de este calificativo relacionado con informes administrativos alude claramente a los artículos 42.5.c) y 83.3 de la LRJPAC<sup>87</sup>, los cuales prevén la posibilidad de suspender el plazo legal para resolver los procedimientos administrativos en curso, en el caso de que deban solicitarse informes preceptivos y “determinantes” para la resolución del procedimiento. Ahora bien, si ésta es toda la repercusión del precepto analizado, lo cierto es que poco se habría ganado con la LRJPAC en la mano, pues parece evidente que pocos informes tan “determinantes” de un desarrollo urbanístico pueden existir como el regulado en el artículo 25.4 del TRLA<sup>88</sup>.

El escaso bagaje de esta referencia al carácter “determinante” del informe, quizás pueda permitir presumir que la previsión del artículo 15.3 del TRLS de 2008 haya pretendido referirse además a un eventual condicionamiento más intenso de la decisión mantenida en el marco del procedimiento de EAE a que se deben someter los planes urbanísticos<sup>89</sup>. Sin embargo, no se puede decir que esto sea así, sobre todo en los términos en que ha sido prevista su relación con la memoria ambiental que pone fin al procedimiento de EAE. Según el artículo 12 de la Ley 9/2006, la memoria ambiental tiene por finalidad valorar la integración de los aspectos ambientales en la propuesta de planeamiento, analizando tanto el proceso de evaluación, como el informe de sostenibilidad ambiental, del mismo modo que tomando en consideración los impactos significativos en el medio derivados de la ejecución del plan. Pues bien, téngase en cuenta que el informe del organismo de cuenca es determinante de una memoria ambiental que no tiene carácter vinculante en la toma del acuerdo de aprobación definitiva del plan urbanístico<sup>90</sup>.

Sin considerar la previsión del artículo 15.3 del TRLS de 2008, lo cierto es que la eficacia del informe del organismo de cuenca era determinante directamente de la aprobación definitiva del plan y no de la citada memoria ambiental. No obstante, a pesar de lo que pudiera parecer esta última consideración, lo cierto es que las cosas no han cambiado demasiado. En primer lugar, no se puede negar que la relación del informe sobre disponibilidad de recursos con la memoria ambiental sea razonable, pues es lógico entender que sea en el procedimiento de EAE del planeamiento urbanístico donde se diriman cuestiones como la garantía del sumi-

(87) También MENÉNDEZ REXACH: “El fomento...”, ob. cit., pág. 148, PAREJO ALFONSO y ROGER FERNÁNDEZ: *Comentarios...*, ob. cit., págs. 205 y 206, SÁNCHEZ GOYANES: “Artículo 15”, ob. cit., pág. 482, VAQUER CABALLERÍA: “Constitución, Ley de Suelo y ordenamiento territorial y urbanístico”, en *El nuevo régimen jurídico del suelo*, Madrid, 2008, pág. 104.

(88) La STS de 18 de febrero de 2004 (Ar. 4089 de 2005) considera que los informes “determinantes” no se identifican con los vinculantes, de modo que cabría la suspensión de la tramitación del procedimiento de aprobación de planes urbanísticos, a la espera de un informe crucial como el que venimos estudiando. Sobre todas estas cuestiones, AGUDO GONZÁLEZ: *Estudio ...*, ob. cit., págs. 127 y ss.

(89) Parecen apuntar en esta dirección, ALLI ARANGUREN y ALLI TURRILLAS: *Estudio sistemático del Texto Refundido de la Ley de Suelo*, Madrid, 2008, pág. 431; PORTO REY: “Afección práctica de la nueva Ley del Suelo a los instrumentos urbanísticos”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 16, 2007, págs. 41 y 42; MORENO MOLINA: “El derecho al medio ambiente y su traducción en el ámbito urbanístico”, en *El derecho a un medio ambiente adecuado*, dirigido por Embid Irujo, Madrid, 2008, pág. 105; MOLINA GIMÉNEZ: “Comentarios ...”, ob. cit., págs. 126 a 131.

(90) Esto es algo que en la legislación estatal queda claro, pero que para ser exactos dependerá de la legislación autonómica. Por ejemplo, en el caso de las CCAA de Madrid o de Andalucía el documento equiparable a la memoria ambiental sí que es vinculante. En el resto de casos, a falta de una concreción legal de la eficacia de la memoria ambiental, ya mantuvimos en otra ocasión (AGUDO GONZÁLEZ: *Incidencia...*, ob. cit., págs. 264 y ss.) que la eficacia que se pueda otorgar a dicho acto lamentablemente podrá no ser muy distinta a la que la jurisprudencia ha otorgado a la Declaración de Impacto Ambiental de proyectos, esto es, la de un acto de trámite no impugnabile directamente [SSTS de 17 de noviembre de 1998 (Ar. 10522), 13 de noviembre de 2002 (Ar. 10019) o de 11 de diciembre de 2002 (Ar. 185 de 2003)].

nistro<sup>91</sup>. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que entre la solución del TRLS de 2008 y la que es deducible antes de su entrada en vigor la verdad es que el resultado no es especialmente distinto. El único matiz es que, con base en la legislación vigente, en el acuerdo de aprobación definitiva no será preciso justificar ninguna separación del informe del organismo de cuenca si, como así exige ahora el TRLS de 2008, dicha motivación ya se hizo en la propia memoria ambiental, siendo suficiente la remisión a ésta. Ahora bien, nada de todo esto justifica que el órgano competente para aprobar definitivamente no supervise con pleno control la justificación dada en la memoria ambiental<sup>92</sup>.

Finalmente, debemos tener en cuenta que cualquier pretendida “especial” eficacia atribuida al informe del organismo de cuenca se dilata en cuanto atendemos al último inciso del artículo 15.3 del TRLS de 2008: **la memoria ambiental puede disentir de los informes de forma expresamente motivada**<sup>93</sup>. Es decir, el informe, a pesar de su especial determinación, no deja de ser un informe no vinculante del que la Administración puede separarse con la correspondiente motivación, esto es, justamente lo que ya se deducía a la vista del artículo 25.4 del TRLA y del artículo 54.1.c) de la LRJPAC. En fin, **no se ha ganado demasiado en este aspecto, salvo por lo que pueda suponer en el fomento de la objetividad y de la colaboración interadministrativa o, en su defecto, del control judicial**<sup>94</sup>.

b”) *La relación del informe previsto en el artículo 25.4 del TRLA y su relación con otros informes vinculantes*

La eficacia “determinante” no vinculante del informe previsto en el artículo 25.4 del TRLA podría superarse si se entendiera que la Disposición Adicional Segunda.4 de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, supone una corrección del tenor literal del TRLA en este aspecto. Esta disposición establece lo siguiente:

**“La Administración General del Estado, en el ejercicio de sus competencias, emitirá informe en la instrucción de los procedimientos de aprobación, modificación o revi-**

(91) Así, por ejemplo, en el caso de la Ley 7/2007, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía, cuyo Anexo II.B, relativo al contenido del “Estudio de Impacto Ambiental de los instrumentos de planeamiento urbanístico”, señala en su punto b).2 que el estudio y análisis ambiental del territorio afectado incluirá un “análisis de necesidades y disponibilidad de recursos hídricos”.

(92) La aplicación del comentado precepto del TRLS de 2008 a otros informes “vinculantes” como los previstos en la legislación de costas, carreteras, etc., deja aún más en evidencia la regulación del artículo 15.3 del TRLS. En estos casos la nueva regulación, por lo que se refiere a la posibilidad de suspensión del plazo legal para resolver, tan sólo confirma algo que era obvio y evidente con la LRJPAC, pues si algún tipo de informe debe ser considerado como “determinante”, éstos son los informes “vinculantes-obstativos”, como los dos mencionados. En segundo lugar, aplicar como señala el artículo 15.3 del TRLS 2008 ese carácter determinante de los mencionados informes respecto de la memoria ambiental o es un modo de promover soluciones consensuadas, o directamente es una devaluación de su eficacia. Sobre esta última posibilidad, lo cierto es que no parece que la intención del legislador haya sido ésta. De la misma opinión, DE TOLEDO JAÚDENES: “Artículo 15”, ob. cit., págs. 701 y 702. Siendo esto lo más razonable, significaría que el disentimiento previsto en el artículo 15.3 del TRLS de 2008 no tiene sentido si ante informes vinculantes nos encontramos: con la Ley de Costas o de Carreteras en la mano ni la Administración ambiental (competente para dictar la memoria ambiental), ni la urbanística (competente para aprobar el plan urbanístico) tienen la facultad de “dissentir” y separarse de los informes estatales. Ahora bien, quizás pudiera entenderse que tal disentimiento tiene sentido en casos como los previstos en la legislación de costas, pues como tendremos ocasión de poner de relieve más tarde, en este caso el disentimiento, si bien no permite separarse del informe, sí que da lugar a un trámite destinado a intentar lograr el consenso.

(93) Por este motivo, para LASAGABASTER HERRARTE: “Derecho Ambiental...”, ob. cit., pág. 157, el TRLS de 2008 es incluso menos favorable a la eficacia del informe que el TRLA.

(94) VAQUER CABALLERÍA: “Constitución...”, ob. cit., pág. 105.

sión de los instrumentos de planificación territorial y urbanística que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales. Estos informes tendrán carácter vinculante, en lo que se refiere a la preservación de las competencias del Estado (...).”

Los amplios términos de esta disposición (referidos de forma general a “la preservación de las competencias del Estado”) podrían permitir entender que el informe regulado en esta disposición, no sólo englobaría, sino que también enmendaría la omisión del TRLA al no calificar al informe del organismo de cuenca previsto en el artículo 25.4 como un informe vinculante. Es cierto, no obstante, que en contra de esta tesis cabría argumentar la especificidad material de la Ley 13/2003 y de la propia disposición<sup>95</sup>. Y es que aunque la Disposición Adicional Segunda se enmarca bajo el epígrafe “Colaboración y coordinación entre Administraciones públicas”, sin alusión a las “obras públicas de interés general del Estado”, los tres primeros apartados de la Disposición Adicional Segunda sí que aluden o se refieren expresamente a las obras públicas de interés general, siendo el apartado 4º el único que guarda silencio al respecto. Desde este punto de vista, la generalidad con que se expresa esta disposición en relación con las competencias estatales podría dar a entender que el legislador introdujo esta previsión con el ánimo de no constreñir su aplicación a la materia que denomina a la Ley. Esto sin duda alguna es dudoso en aras a una adecuada interpretación sistemática de la disposición<sup>96</sup>.

Aun asumiendo que estas conclusiones pudieran ser mantenidas de forma general para toda España, quedaría todavía por despejar las dudas que surgen en alguna Comunidad como la Valenciana. En esta Comunidad, un precepto de la Ley urbanística 16/2005 parece acoger expresamente la interpretación generalista de la Disposición Adicional Segunda.4 de la Ley 13/2003 antes referida. En otras palabras, lo que para otras CCAA pudiera ser inadmisibles, para la Comunidad Valenciana resultaría dudoso a la vista de la remisión que el artículo 83.3 de la Ley 16/2005 realiza a la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/2003:

“La falta de emisión en el plazo de un mes de los informes o dictámenes señalados en los apartados anteriores no interrumpirá la tramitación del plan general. En aquellos supuestos en los que el informe deba ser emitido por la Administración general del Estado, su carácter, plazo de emisión y efectos serán los establecidos en la disposición adicional segunda de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública, o en la legislación sectorial estatal que resulte aplicable”.

Téngase en cuenta que el artículo 83.2 de la Ley valenciana se refiere al trámite de consultas de forma general y sin limitación alguna. En consecuencia, para cualquier informe que deba ser emitido por la Administración estatal resultaría que su carácter, plazo de emisión y efectos quedarían determinados por lo previsto en la Disposición Adicional Segunda de la Ley estatal 13/2003, “o en la legislación sectorial estatal que resulte aplicable”. No obstante, esta coetilla final quizá pudiera ser determinante, pues ciertamente limita sustancialmente la remisión a

(95) Este mismo argumento es utilizado en el ATSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de marzo de 2007 (recurso 1003/2006; ponente: Narbón Láinez).

(96) Otro argumento en contra sería la afirmación del ATSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de marzo de 2007 (recurso 1003/2006; ponente: Narbón Láinez), según la cual es un tanto contradictorio que el artículo 25.4 del TRLA fuera modificado por Ley 11/2005 sin que incluyera una redacción compatible con la de la Disposición Adicional Segunda.4.º de la Ley 13/2003.

la Ley 13/2003, máxime en los casos en que exista una regulación específica sobre “carácter, plazo de emisión y efectos” de los informes a emitir (por ejemplo, con sus defectos, el artículo 25.4 del TRLA)<sup>97</sup>.

Aun desechando como primera hipótesis una interpretación favorable al carácter vinculante del informe previsto en el artículo 25.4 por su integración indirecta en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/2003, quedaría aún plantearse si, en el estricto ámbito que pueda atribuirse al informe previsto en dicha disposición, pero también al regulado en el artículo 128.3 del TRLA, estos informes no podrían incidir, con la eficacia vinculante que les caracteriza, en cuestiones relacionadas con las que son competencia del informe del artículo 25.4 del TRLA. Es decir, aunque no pudiera admitirse la primera suposición, una segunda más restringida podría permitir fundamentar que los informes previstos en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/2003 y en el artículo 128.3 del TRLA pudieran pronunciarse sobre la disponibilidad de agua sólo a los efectos de informar sobre la integración en el planeamiento urbanístico de las obras hidráulicas de interés general<sup>98</sup>.

El dilema está en si es acertado y coherente mantener una separación diametral entre el informe regulado en los preceptos comentados y el previsto en el artículo 25.4 del TRLA, y si, por ello mismo, en aquellos informes no podrían realizarse consideraciones de competencia estatal (y eficacia vinculante-obstativa) que pudieran estar relacionadas con las previstas para el informe del artículo 25.4 del TRLA. Esto es algo que no parece descabellado teniendo en cuenta que: 1º) El artículo 131.3 del TRLA señala que para declarar una obra hidráulica de interés general “deberá ponderarse la adecuación del proyecto a las exigencias medioambientales, teniendo especialmente en cuenta la compatibilidad de los usos posibles y el mantenimiento de la calidad de las aguas”; en otras palabras, la declaración de interés general de una obra hidráulica implica el respeto a la normativa medioambiental, algo que desde la perspectiva de la disponibilidad de recursos tiene una trascendencia especial en la garantía de los caudales ecológicos; 2º) A efectos de la ejecución misma de la obra, debemos insistir en que el artículo 40.2 del TRLA y el artículo 10 del PHN establecen que “la gestión racional y sostenible del recurso (...) condicionará toda autorización, concesión o infraestructura futura que se solicite”; desde esta perspectiva es difícil admitir que un informe sobre la integración de una obra hidráulica en el planeamiento urbanístico no considera aspectos como la existencia o no de recursos hídricos, y 3º) El condicionamiento a que aluden los preceptos citados en el anterior punto se plasma a efectos prácticos en el artículo 123.1.II del TRLA, según el cual, “no podrá iniciarse la construcción de una obra hidráulica que comporte la concesión de

(97) Sin embargo, en el marco de la pieza cautelar, se ha emitido alguna resolución judicial que no desacredita aquella interpretación integradora de la Disposición Adicional Segunda.4 de la Ley 13/2003 y el artículo 25.4 del TRLA. En este sentido, el ATSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 2007 (recurso 1004/2007; ponente: Basanta Rodríguez). Esta interpretación recientemente ha sido avalada en el marco de la resolución del recurso de casación contra la suspensión cautelar de la aprobación definitiva del Plan General de Enguera por la STS de 25 de febrero de 2009 (recurso 872/2008; ponente: Yagüe Gil). La sentencia afirma que “la apreciación de buen derecho predicada por la Sala de instancia existe en realidad (dicho sea esto sin prejuzgar el fondo del asunto): hay un precepto que exige el informe previo de la Confederación Hidrográfica del Júcar (artículo 25.4 del TRLA 1/2001, modificado por la Ley 11/2005, de 22 de junio), informe que, además, probablemente tenga carácter vinculante a tenor de lo establecido en el artículo 83.3 de la Ley Autonómica 16/2005, de 30 de diciembre, que se remite a la Disposición Adicional Segunda.4 de la Ley estatal 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública”.

(98) En contra, el ATSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de marzo de 2007 (recurso 1003/2006; ponente: Narbón Lainez).

nuevos usos del agua, sin que previamente se obtenga o declare la correspondiente concesión, autorización o reserva demaniales, salvo en el caso de declaración de emergencia o de situaciones hidrológicas extremas”.

En fin, una interpretación integradora permitiría entender que el informe previsto en el artículo 128.3 del TRLA, al igual que el regulado en la Disposición Adicional Segunda.4.º de la Ley 13/2003, pueden incluir consideraciones similares a las del informe del artículo 25.4 del TRLA, o al menos determinaciones claramente relacionadas con la disponibilidad de recursos, y todo ello con la eficacia vinculante-obstativa que les caracteriza. De hecho, resulta importante poner de relieve cómo una interpretación separada del artículo 25.4 del TRLA, por un lado, y del artículo 128.3 del TRLA y de la Disposición Adicional Segunda.4.º de la Ley 13/2003, por otro, puede dar lugar a situaciones incongruentes. En efecto, podría darse el caso de que al albur de la tramitación de planes urbanísticos tuvieran que emitirse por el organismo de cuenca dos informes diferentes pero intervinclados y con eficacia bien distinta. Segundo, que infraestructuras determinantes para la existencia de recursos disponibles y destinadas a dar servicio a nuevas actuaciones urbanísticas previstas en planes urbanísticos en tramitación<sup>99</sup>, pudieran ser informadas favorablemente (y de forma vinculante) en todo lo relativo a su ubicación, etc., pero negativamente (y sin carácter vinculante) en cuanto a la existencia de agua, sin que ello tuviera ninguna consecuencia realmente obstativa en la aprobación del planeamiento urbanístico, aunque sí para la ejecución final de la infraestructura. Esto es algo posible gracias tanto a la distinta eficacia de los informes, como a la regla general de prevalencia de las demandas urbanas (artículo 60.3 del TRLA), así como a las previsiones del artículo 123.1.II del TRLA, pues a pesar de que el informe sobre disponibilidad de agua fuera negativo, nuestro ordenamiento no impide de forma tajante y definitiva que no se puedan aprobar los planes, sin perjuicio de paralizar la construcción de las obras hidráulicas hasta que se tramitaran todos los expedientes necesarios para garantizar el abastecimiento y poder otorgar la correspondiente concesión, ya con recurso a la expropiación de aprovechamientos (ex artículo 60.2 del TRLA), ya a la producción industrial de agua.

### c') Algunos intentos de devaluación adicional de la eficacia y trascendencia del informe en la legislación autonómica

La frágil posición del organismo de cuenca en los procedimientos de aprobación de planes urbanísticos se confirma en la legislación autonómica. Es especialmente interesante el artículo 19.2 de la Ley 4/2004, de 30 de junio, de ordenación del territorio y protección del paisaje de la Comunidad Valenciana, en la medida en que establece una alternativa a la solicitud del informe del organismo de cuenca, siendo suficiente el informe de la “entidad colaboradora autorizada para el suministro”<sup>100</sup>. Así interpretado, este precepto supone eliminar el carácter preceptivo del informe de la Confederación Hidrográfica y, en consecuencia, constituye una

(99) Imaginemos la construcción de canalizaciones, desaladoras, etc., declaradas de interés general cuya ejecución es determinante de la existencia de recursos hídricos suficientes para la futura población, pues no debemos olvidar que el artículo 46.1.a) y d) del TRLA califica como obras de interés general a “las obras que sean necesarias para la regulación y conducción del recurso hídrico, al objeto de garantizar la disponibilidad y aprovechamiento del agua en toda la cuenca”, así como a “las obras de abastecimiento, potabilización y desalación cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma”.

(100) Como señala RENUAU FAUBELL: “El informe...”, ob. cit., pág. 498, este concepto debe integrarse en el de “gestor” del servicio de abastecimiento de agua utilizado en el artículo 2.3 del Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de la calidad de agua de consumo humano.

flagrante vulneración de las competencias estatales<sup>101</sup>, ya que la normativa autonómica no puede impedir o condicionar el modo en que la Administración estatal ha de ejercer sus competencias<sup>102</sup>.

No obstante, esto no es óbice para que la Administración autonómica pueda establecer que el ejercicio de sus propias competencias quede a su vez condicionado por otros informes en ningún caso alternativos a los del organismo de cuenca. Esta conclusión parece ser confirmada por la redacción reglamentaria que desarrolla el artículo 19.2 de la Ley valenciana 4/2004. El artículo 41.1 del Decreto 67/2006, de 12 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística<sup>103</sup>, parece constreñir las palabras del legislador valenciano, al menos en materia urbanística. En este sentido, cabría entender que la alternativa de informes planteada a nivel legal era sólo potencial, de modo que debía concretarse en qué materias (de las citadas en el precepto legal) era o no real. De hecho, el Decreto 67/2006 omite cualquier alusión a los usos agrícolas que sí son citados en el precepto legal. En otras palabras, es como si el reglamento efectivamente concretara que en la materia urbanismo la alternativa entre informes no es efectiva, a diferencia de lo que sucede en materia agrícola (lo que por otra parte no deja de ser problemático)<sup>104</sup>.

**En otras CCAA se ha reiterado la misma técnica informadora con atribución de competencias a organismos dependientes de la Administración autonómica<sup>105</sup>.** Por los mismos

(101) En este sentido, el ATSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de enero de 2007 (recurso 1003/2006; ponente: Narbón Láinez).

(102) Esto pone de relieve lo que GALERA RODRIGO: “El Laberinto...”, ob. cit., pág. 212, denomina como la “indiferencia del legislador autonómico respecto de la normativa estatal concurrente”.

(103) El precepto en la parte que nos interesa dice lo siguiente: “La implantación de usos residenciales, industriales, terciarios u otros que impliquen un incremento del consumo de agua, requerirá la previa obtención de un informe del organismo de cuenca competente. Asimismo, se podrá obtener informe de una entidad colaboradora autorizada para el suministro. El contenido de estos informes deberá determinar la cantidad y calidad de los recursos hídricos disponibles para dicha actuación”.

(104) Esta interpretación en el ATSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 2007 (recurso 1004/2007; ponente: Basanta Rodríguez).

(105) Por ejemplo, es el caso del artículo 22 de la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón (informe del Instituto Aragonés del Agua en relación con los Planes Generales, así como sus modificaciones, del mismo modo que respecto a la aprobación y modificación de los Planes Parciales y Especiales que incidan en cuestiones relacionadas con la gestión del agua); en la misma línea, el artículo 8.5 del Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña (informe de la Agencia Catalana del Agua durante la tramitación de los planes urbanísticos, las normas de planeamiento urbanístico, los Programas de Actuación Urbanística municipales o comarcales que hayan sido tramitados independientemente y que contengan determinaciones propias de los planes urbanísticos, así como los planes de mejora urbana, los Planes Parciales y los Planes Especiales); también el artículo 7.k) de la Ley 1/2006, de 23 de junio, de Aguas de la Comunidad del País Vasco (informe de la Agencia Vasca del Agua para “informar con carácter vinculante los Planes Generales, Normas Subsidiarias, Planes Parciales y Planes Especiales”).

En el caso de la Comunidad de Castilla-La Mancha, la competencia informadora no se otorga a una entidad u organismo público, sino a la Dirección General del Agua, en los términos del artículo 16.1 de la Ley 12/2002, de 27 de junio, Reguladora del Ciclo Integral del Agua (informe vinculante en relación con “la aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de ordenación territorial y planificación urbanística que incidan sobre los proyectos, obras e infraestructuras hidráulicas” a que se refiere la Ley). Finalmente, en la Comunidad de Madrid el Decreto 170/1998, de 1 de octubre, de gestión de las infraestructuras de saneamiento, establece en su artículo 7 la competencia de la Consejería para emitir el informe (informe vinculante en relación con todos los planes, proyectos o actuaciones de alcantarillado y todos los desarrollos urbanísticos que impliquen variación en las condiciones de funcionamiento de los emisarios o las depuradoras), previo informe de los “Entes Gestores del sistema de emisarios y del servicio de depuración”, que según el artículo 11 del mismo Decreto, será el Canal de Isabel II cuando los tramos de emisarios discurren fuera del casco urbano consolidado.

motivos señalados anteriormente, las determinaciones de la legislación autonómica no pueden suponer la exclusión del informe del organismo de cuenca, salvo en el caso de cuencas intracomunitarias con los servicios traspasados<sup>106</sup>. En las cuencas intercomunitarias, sin embargo, mientras que el informe estatal estaría constreñido a la preservación del DPH y a la disponibilidad de los recursos hídricos, los informes de los organismos autonómicos deberían centrarse en cuestiones estructurales relacionadas con el suministro del agua, el saneamiento, la depuración o la reutilización de aguas residuales. Así pues, **el organismo autonómico competente podría incidir en consideraciones que matizaran (no excluyeran o condicionaran) la competencia estatal**. Por ejemplo, aunque el informe del organismo de cuenca fuera favorable, el informe del organismo autonómico podría ser desfavorable (por ejemplo, porque el proyecto no solucionara adecuadamente la gestión integral de los recursos hídricos)<sup>107</sup>. Desde este punto de vista, estos informes (máxime si son vinculantes) podrían impedir la aprobación del correspondiente plan<sup>108</sup> y, por ello, una posterior solicitud de concesión para nuevas demandas. Aquí la coordinación interadministrativa será fundamental para evitar responsabilidades administrativas.

### d') Análisis de la eficacia real del informe del organismo de cuenca en situaciones de conflicto. Estudio de la jurisprudencia

La jurisprudencia vertida hasta el momento en relación con el artículo 25.4 del TRLA es escasa por el corto recorrido que ha tenido la regulación del informe introducida en 2005. No obstante, ha habido tiempo para que hayan sido dictadas algunas resoluciones judiciales muy interesantes sobre todo en relación con la suspensión cautelar de planes urbanísticos. En esta materia los avances son destacables, vista sobre todo la moderación de la jurisprudencia en relación con la suspensión cautelar de planes urbanísticos ligada a la naturaleza jurídica normativa de los planes<sup>109</sup>.

(106) Cualquier otra interpretación nos llevaría a soluciones igualmente incompatibles con la competencia de las Confederaciones Hidrográficas en términos similares a los señalados por el ATSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de enero de 2007 (recurso 1003/2006; ponente: Narbón Láinez).

(107) Más difícil es admitir que siendo desfavorable el informe del organismo de cuenca, pudiera ser favorable el de la entidad autonómica, pues si no hay agua, por muy correcta que haya sido la planificación de las infraestructuras del ciclo integral del agua, éstas dejarían de tener sentido. De hecho, sería paradójico que fueran emitidos dos informes divergentes y no fuera considerado el del organismo de cuenca que es quien debe otorgar la correspondiente concesión. Sin embargo, la práctica nos demuestra cómo la coherencia no siempre rige la acción administrativa. La práctica del artículo 19.2 de la Ley 4/2004 de la Comunidad Valenciana pone de relieve cómo el carácter desfavorable del informe de la Confederación Hidrográfica no ha sido impedimento para asumir los informes emitidos por las entidades colaboradoras autorizadas para el suministro en detrimento de los primeros. Cosa distinta es que esa actuación luego reciba un correctivo vía judicial; eso sí, de nuevo el sistema nos conduce a una judicialización no deseable.

(108) En esta dirección el artículo 25.a) de la Ley 45/2007, de desarrollo sostenible del medio rural, el cual establece medidas imperativas y constitutivas de un freno a nuevas actuaciones urbanísticas. Ese artículo prevé que el Programa de Desarrollo Rural Sostenible pueda contener medidas orientadas al **“fomento de la eficiencia, el ahorro y el buen uso de los recursos hídricos en el medio rural”**. Entre otras medidas, el artículo 25.a) dispone que el Programa podrá prever **“la implantación y ejecución de planes de gestión integral de recursos hídricos por zonas rurales o mancomunidades de Municipios, que contemplen la gestión conjunta del ciclo integral del agua”**. La alusión a la gestión integral de los recursos hídricos y al ciclo integral del agua alude justamente a aquellas materias que en cuencas intercomunitarias serían objeto de los informes de las entidades autonómicas antes referidas. Pues bien, lo más destacado del artículo 25.a) se añade en su segundo párrafo, cuando afirma que **“estos planes constituirán un límite para las actuaciones de urbanización en el medio rural”**.

(109) El Tribunal Supremo viene afirmando que tratándose de disposiciones generales **“el interés público está más acentuado que si de un acto singular se tratase; y ello condiciona en grado sumo la suspensión, supeditándola a la producción con la ejecución de unos daños y perjuicios, no ya difíciles e imposibles de reparar, sino de una entidad semejante o superior a los que a la comunidad acarrearían las dilaciones en ejecutar”** [AA.TS de 27 de diciembre de

Sin duda alguna, el asunto que más juego ha dado es el de la impugnación del Acuerdo de 30 de junio de 2006, dictado por la Comisión Territorial de Urbanismo de la Consellería de Territorio i Habitatge de la Comunidad Valenciana, por el que se aprueba, supeditado a determinadas correcciones formales de carácter documental, la homologación modificativa y Plan Parcial Sector “Pinaret” (término municipal de Ador). La primera resolución vertida en este asunto fue el ATSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de enero de 2007 (recurso 1003/2006; ponente: Narbón Laínez).

De esta primera resolución lo primero que es destacable es cómo el Auto articula su argumentación con base en los requerimientos derivados de la DMA, señalando que “la protección del medio ambiente en materia de recursos hídricos necesariamente exige una política de ordenación del territorio y uso del suelo acorde con la política medioambiental”. Se señala esto porque, cuando la Sala afronta el contenido del informe analizado, recurre de nuevo a la Directiva y al calendario de implementación de ésta para deducir el estado de conocimientos que el organismo de cuenca debería poseer al momento de emitir su informe acerca de la disponibilidad de recursos hídricos. En este sentido, el Auto va enumerando las obligaciones impuestas por la Directiva ya vencidas de conformidad con la propia norma comunitaria y la Disposición Adicional Undécima del TRLA<sup>110</sup>, poniendo de relieve que a la fecha del Auto “el Organismo de la Cuenca cuenta o debe contar con gran información sobre todas las aguas de la Comunidad Valenciana, superficiales, subterráneas, etc., calidad, usos, etc. En definitiva, cuenta con todos los elementos para hacer un informe completo que será el exigible por parte del Tribunal”. Hecha esta exposición, el Auto concluye afirmando algo determinante: “(...) la Sala no va a dar por válidos informes que no se ajusten a los parámetros que se acaban de citar, ni al Organismo de la Cuenca ni a las Entidades Colaboradoras o empresas”. Esta conclusión merece una valoración muy positiva, pues evidencia que esta cuestión tiene una trascendencia que se ha venido soslayando con informes que no merecen recibir tal nombre.

1990 (Ar. 10265) o de 7 de septiembre de 1991 (Ar. 6813)]. Este presupuesto lleva a que la ponderación de los intereses en conflicto suela decantarse por la prevalencia de los intereses generales puestos de manifiesto con la aprobación del plan [AATS de 24 de diciembre de 1990 (Ar. 10185), 27 de diciembre de 1990 (Ar. 10265), 7 de septiembre de 1991 (Ar. 6813) o de 24 de octubre de 1994 (Ar. 7820)]. Pues bien, lo más destacado de los Autos que aquí vamos a comentar es que esta jurisprudencia no supone un impedimento para suspender cautelarmente los planes aprobados sin garantía de suministro.

En esta dirección, es imprescindible la cita de la STS de 25 de febrero de 2009 (recurso 872/2008; ponente: Yagüe Gil). Esta resolución es muy importante, pues admite la suspensión de la aprobación definitiva de un Plan General con base en el siguiente argumento: “(...) aunque sea doctrina de esta Sala la de que no deben suspenderse con carácter general los instrumentos de planeamiento porque expresan el interés público urbanístico, no debe olvidarse que esa doctrina (que tiene también sus matizaciones) resulta aplicable cuando son particulares quienes impugnan los Planes, pero no cuando al interés público que el Plan representa se le opone otro interés público, que ejercita otra Administración distinta, como aquí la Administración del Estado respecto de los intereses hidráulicos. En tales casos, hay dos intereses públicos afectados que han de confrontarse sin dar prevalencia de principio a ninguno de ellos”. Es cierto que el criterio utilizado es criticable, pero de lo que no cabe duda es de que la sentencia acoge un cambio radical en la jurisprudencia que sin duda ha de ser bienvenido. Posteriormente, la STS de 30 de marzo de 2009 (recurso 790/2008; ponente: Calvo Rojas) ha mantenido igualmente la suspensión cautelar de la aprobación definitiva de la homologación modificativa y Plan Parcial del sector “El Rajolar” de Llaurí (Valencia), sin necesidad de recurrir a ese argumento: “Tampoco puede 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”. En el mismo sentido, la STS de 6 de julio de 2009 (recurso 658/2008; ponente: Yagüe Gil).

(110) En concreto, el Auto cita el estudio de las repercusiones de la actividad humana en el estado de las aguas superficiales y subterráneas; el Registro de las Zonas Protegidas; el seguimiento del estado de las aguas superficiales, del estado de las aguas subterráneas y de las zonas protegidas.

Realizado el excurso precedente, llega el momento de analizar el contenido de los informes obrantes en el expediente. En realidad, sólo es posible hacerlo en relación con el de la entidad colaboradora, pues el organismo de cuenca emitió un “informe” negativo en el que tan sólo se manifestaba que con los datos que se habían aportado era imposible emitir un informe completo en los términos del artículo 25.4 del TRLA. Así pues, el Auto pasa a estudiar el informe de la entidad colaboradora autorizada para el suministro previsto en el ya comentado artículo 19.2 de la Ley valenciana 4/2004<sup>111</sup>:

“El informe emitido por la empresa es manifiestamente insuficiente y no permite mínimamente analizar la perspectiva de la urbanización que se pretende, se afirma que se van a poner en servicio unos pozos que aseguran el suministro con análoga regularidad que el resto de la población. Dicho informe omite todos los datos esenciales (...)”<sup>112</sup>. En definitiva, la Sala entiende como principio que la empresa que propone un instrumento de planeamiento debe acreditar *prima facie* que cuenta con recursos hídricos para dicho Plan y, no habiendo llevado mínimamente a cabo esta acreditación podemos encontrar-nos en un futuro que se haga una urbanización y no cuente con agua, ante esta tesitura procede decretar la suspensión solicitada por la Abogacía del Estado.”

En estos términos, obviamente se declara la suspensión cautelar. El Auto fue recurrido en súplica por la Generalitat Valenciana y, al albur de otras alegaciones, la Sala reabre el análisis de la cuestión al examinar los nuevos datos obrantes en autos. El ATSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de marzo de 2007 (recurso 1003/2006; ponente: Narbón Laínez) resuelve el recurso y desde el principio pone de relieve que el objeto de la resolución va a ser el análisis de la función informadora del organismo de cuenca. El Auto entra en el análisis de la nueva información aportada por la Confederación Hidrográfica en la pieza cautelar y llama la atención el radical cambio de perspectiva mantenido, criticando duramente la documentación aportada:

“(…) en primer lugar los informes de la Confederación aportados a los autos, básicamente se circunscriben a la existencia o no de aprovechamientos en régimen de concesión (...). Es decir, los informes de la CHJ sólo se refieren a los aprovechamientos concedidos o en tramitación, pero no aluden a los recursos físicamente disponibles o no disponibles. Esto resulta claramente insuficiente por cuanto del artículo 25.4 del TRLA no se deduce que sea necesario acreditar la existencia de concesión, basta que se acredite la existencia física del agua y su disponibilidad; pero ésta puede presumirse tratándose de abastecimiento a las poblaciones que es el uso prioritario conforme al artículo 60 del Texto Refundido de la Ley de Aguas. El precepto habla, en efecto, de existencia o inexistencia de recursos hídricos suficientes; sin que a la CHJ haya probado la afectación a otros usos legalmente implantados a que alude el artículo 19.4 LOT. Frente a ello, los

(111) El informe de la entidad colaboradora señalaba lo siguiente: “Que tras la próxima puesta en servicio del pozo ubicado en la partida ‘Sierra de Ador’ nos encontraríamos en condiciones de garantizar el suministro de agua potable del Plan Parcial Residencial, estimamos en un consumo máximo de 183 m<sup>3</sup>/día, de tal modo que se asegura la suficiencia del mismo con análoga regularidad a la que disfrutaban el resto de construcciones del término municipal de Ador, haciendo constar que dicha actuación no comportará merma adicional respecto a las disponibilidades de caudal existentes”.

(112) El Auto señala que nada se dice sobre la titularidad de los pozos y la disponibilidad de agua presente o futura; acerca del aforo; sobre la calidad de las aguas teniendo en cuenta que en este caso son para consumo humano; sobre la necesidad o no de tratamiento; o bien acerca de la necesidad o no de hacer obras de infraestructura.

recurrentes en súplica aportan un informe de la sociedad general de abastecimientos sobre la existencia física de ciertas captaciones que, desde luego, por su cantidad de agua parecen suficientes para abastecer a la población”<sup>113</sup>.

Cáigase en la cuenta de que estas afirmaciones son realizadas a la vista de la documentación adicional aportada y referida “a los aprovechamientos concedidos o en tramitación”. Dicha información trataba de justificar que los recursos necesarios o bien ya estaban siendo aprovechados, o bien estaban en vías de estarlo. Sin embargo, la Sala desatiende esta información y sólo considera la aportada por los recurrentes en súplica, quienes aportaron un informe de la Sociedad General de Abastecimientos sobre la existencia de ciertas captaciones que por su cantidad “parecían” ser suficientes para abastecer a la población. Además, hay que tener en cuenta que esos aprovechamientos de aguas subterráneas estaban destinados a usos no preferentes en relación con el abastecimiento de población. Como veremos posteriormente éste es un dato determinante.

Quien suscribe no entiende bien por qué se ha de criticar que la información aportada por el organismo de cuenca se refiera “a los aprovechamientos concedidos o en tramitación”. Aquí lo criticable no debería ser que la información aportada aluda a estas cuestiones, ya que parece lógico que para conocer los recursos disponibles sea preciso conocer los aprovechamientos existentes y los solicitados con anterioridad que, obviamente, condicionarán o se verán afectados por el otorgamiento de posteriores concesiones. Además, con esa información, en realidad se estaría justificando si el plan en tramitación afecta “al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales” (en los términos del artículo 25.4.I del TRLA), a pesar de lo cual la Sala afirma que tampoco se habría probado tal afección. Lo realmente criticable es que las informaciones remitidas por el organismo de cuenca “sólo” aludan a las concesiones otorgadas y a las solicitadas, y no a los recursos disponibles. Ahora bien, tan criticable es esto como que el informe “sólo” tenga que demostrar la existencia o no de recursos suficientes estén o no concedidos, pues como veremos a continuación esto coloca al informe en una débil situación jurídica.

Efectivamente, en los términos que expusimos anteriormente, es una obviedad afirmar que “del artículo 25.4 del TRLA no se deduce que sea necesario acreditar la existencia de concesión, basta que se acredite la existencia física del agua y su disponibilidad”<sup>114</sup>. Ahora bien, si como señala la Sala sólo es preciso probar que hay agua disponible, con ello se está dando cabida a cualquier nueva demanda urbana cuya satisfacción deberá solucionarse *a posteriori*, pero sin que ello imposibilite entender que efectivamente hay recursos suficientes. En fin, parece que se pretende trasladar la idea de que cuando sea preciso solicitar una concesión de abastecimiento deberá recurrirse a las vías expropiatorias previstas en la legislación de aguas

(113) Concluye el Auto señalando que “el *fumus* juega en este caso a favor de la no adopción de la medida cautelar porque no existe apariencia suficiente de buen derecho de la Administración recurrente a la vista de la existencia de una acreditación mínima de recursos hídricos. Y teniendo en cuenta que, en cuanto a ponderación de intereses, estamos ante dos intereses públicos en conflicto, sin que se acredite *prima facie* la pérdida legítima de la finalidad del recurso por la no suspensión del plan recurrido a la vista de la apariencia de disponibilidad de agua, procede levantar la medida cautelar adoptada”.

(114) Esta afirmación tiene que ver con la información que la Confederación Hidrográfica del Júcar exige a los solicitantes del informe. Recordemos que el organismo de cuenca exige la documentación de la concesión o derecho que legitima el uso pretendido.

(artículo 60.2 del TRLA) para solventar cualquier inconveniente, o bien garantizar el suministro por medios alternativos a los convencionales.

En esta dirección el Auto hace dos afirmaciones que confirman esta interpretación: 1º) En primer lugar, señala que la disponibilidad de recursos “**puede presumirse tratándose de abastecimiento a las poblaciones que es el uso prioritario conforme al artículo 60 del Texto Refundido de la Ley de Aguas**”. En otras palabras, una vez aprobado el plan, difícilmente justificable será no otorgar la correspondiente concesión; 2º) También afirma que “una cosa es lo que pretenda otorgar en concesión la CHJ y otra la disponibilidad real de los recursos y (...) **habiéndose acreditado prima facie la existencia física de agua y su cuantía debería la CHJ haber prima facie acreditado su no disponibilidad**”. En fin, si hay agua, da lo mismo si está siendo o no explotada, pues lo único relevante es que haya agua disponible, sin perjuicio de que posteriormente deban buscarse soluciones para que el futuro abastecimiento quede garantizado (expropiación de usos no preferentes). En estos términos hay que reconocer que es difícil que pueda haber algún informe negativo.

Con estos mimbres, obviamente el Auto levanta la medida cautelar. Lo más llamativo de todo este asunto llega con la sentencia que resuelve el procedimiento principal. La STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de mayo de 2008 (recurso 1003/2006; ponente Altarriba Cano) pone de relieve que durante la tramitación del expediente “**no consta que se solicitara informe a la Confederación Hidrográfica del Júcar**, sino que es la propia confederación la que en escrito de 5 de enero de 2005, pone la existencia de bienes de Dominio Público Hidráulico que habrán de ser respetados y sin perjuicio de las competencias de la propia Confederación”. Dicho esto, es lógico que la sentencia concluya afirmando que “**la omisión de un informe preceptivo determina la anulación del acto**, con retroacción de actuaciones para que expresamente se solicite”.

Siendo ésta la resolución del recurso interpuesto, **no se llega a entender cómo fue posible que en la pieza cautelar se dedicaran tantos esfuerzos a la prueba del contenido de los informes**. Y es que en realidad la cuestión a dilucidar en la pieza separada no era el contenido de los informes, sino que lo verdaderamente relevante eran dos cuestiones: 1ª) Que no se había solicitado el informe al organismo de cuenca (sin perjuicio de que en la pieza separada pudiera aportar documentación adicional); 2ª) Si el informe de la entidad colaboradora podía sustituir al de la Confederación Hidrográfica. Era claro, en tal caso, que el *fumus boni iuris* no podía considerarse favorable a la parte que ni siquiera había solicitado el informe<sup>115</sup> con remisión de la documentación necesaria, máxime evidenciada su falta de diligencia en el primer Auto luego recurrido en súplica. En otras palabras, **la información sobre recursos disponibles era una cuestión que ni siquiera debería haber sido analizada, pues no habiendo informe del organismo de cuenca, aquella otra información que pudiera haber sido aportada en la pieza separada, ni era sustitutiva de dicho informe, ni debería haber servido para favorecer a quienes ni siquiera lo habían solicitado**<sup>116</sup>. Es más, si una buena parte del primer Auto analizado se dedicó a explicar por qué el informe previsto en el artículo 19.2 de la Ley

(115) Esta apreciación se confirma en la STS de 30 de marzo de 2009 (recurso 790/2008; ponente: Calvo Rojas), limitándose a considerar si se solicitó o no el informe de la Confederación Hidrográfica y entendiéndose que la cuestión relativa a la participación informadora de la entidad colaboradora autorizada para el suministro “corresponde a la controversia de fondo”.

(116) En este sentido, el Voto Particular de la Magistrada BASANTA RODRÍGUEZ al ATSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de marzo de 2007 (recurso 1003/2006; ponente: Narbón Laínez).

valenciana 4/2004 no podía sustituir al informe del organismo de cuenca, con la decisión tomada en vía de resolución del recurso de súplica lo que se hizo fue justamente eso, asumir la información aportada por la entidad colaboradora<sup>117</sup> y desacreditar el “no informe” del organismo de cuenca<sup>118</sup>.

#### e') Planteamiento de propuestas y conclusiones en torno al informe del organismo de cuenca

El análisis realizado hasta el momento permite alcanzar las siguientes conclusiones acerca del informe del organismo de cuenca: 1º) La práctica sigue siendo desalentadora, pues es más habitual de lo razonable la desconsideración del informe del organismo de cuenca, algo que se confirma tanto por la omisión misma de su petición, como en la pretensión de su sustitución por otros informes (en los términos de la legislación autonómica, siendo especialmente llamativo sobre todo si se trata de entidades concesionarias de la Administración promotora), como por la desconsideración de su contenido. Lo peor de todo es que la propia Administración urbanística promueve y da apoyo a esas iniciativas, resguardándose en el hecho de que los informes de la Administración hidráulica no son vinculantes; 2º) En estas condiciones, la garantía del abastecimiento (por los medios que sea) una vez aprobado el plan es el dato clave, con independencia de la prueba real de recursos disponibles, lo que en última instancia supone que las decisiones urbanísticas predeterminan las decisiones en materia hídrica; 3º) Es cierto, no obstante, que los Tribunales comienzan a tomar conciencia de la importancia de la probatura de la existencia de recursos hídricos vinculados a proyectos urbanísticos; en este sentido, es loable el intento de fijar un contenido serio y adecuado de estos informes, evitando así que la consulta a la Administración hidráulica se salde con un dictamen limitado y sin apenas justificación.

Vista la precaria regulación de la eficacia del informe del organismo de cuenca, así como su poco razonable aplicación práctica, **cabría plantearse si es o no viable una nueva regulación que otorgue una eficacia realmente definitiva a un informe de la trascendencia del previsto en el artículo 25.4 del TRLA y coherente con la prevalencia de las competencias estatales en materia de gestión hídrica en situaciones de conflicto como las expuestas.**

(117) Igualmente, MOLINA GIMÉNEZ: “Comentarios...”, ob. cit., pág. 133.

(118) Esta conclusión se confirma en el ATSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 2007 (recurso 1004/2007; ponente: Basanta Rodríguez) dictado en un asunto similar en relación con el Plan Parcial “Masía de Porxinos” de Ribarroja. El Auto afirma que el contenido del informe de la entidad colaboradora no parece cumplir las exigencias del artículo 19.2 de la Ley 4/2004, pues “no se pronuncia sobre aspectos que son exigibles y, por otra parte, de gran trascendencia, en orden a permitir concluir, por ejemplo, que las ‘nuevas’ necesidades de agua no afectan ni menoscaban los usos ya existentes”. Nada más se alega sobre su contenido. A continuación, se añade una consideración que encuadra perfectamente el debate cautelar con el fin de evaluar el *fumus boni iuris* que fundamenta la solicitud de suspensión: “(...) en principio han de predicarse del supuesto presente, en que, cuanto menos se ha producido una ‘omisión’ de trámite preceptivo”. Efectivamente, el hecho de que el organismo de cuenca no hubiera podido emitir su informe es el dato relevante y no otro. El ATSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de marzo de 2007 (recurso 1004/2007; ponente: Basanta Rodríguez) resolvió el recurso de súplica interpuesto contra el anteriormente citado. La suspensión fue levantada ante la viabilidad de la nueva propuesta de la entidad suministradora. Ahora bien, esto no podía tener ninguna consecuencia, pues la DIA del plan se encontraba condicionada y la aprobación del Plan Parcial supeditada a la emisión del informe del organismo de cuenca.

a”) El informe, incluso vinculante, como técnica jurídica de coordinación interadministrativa para el ejercicio de competencias concurrentes

El Tribunal Constitucional ha admitido, ya hace bastantes años, que el ejercicio de las competencias autonómicas pueda estar condicionado por la previa y preceptiva emisión, incluso con carácter vinculante, de informes de la Administración estatal<sup>119</sup>. Esta técnica de coordinación interadministrativa constituye una vía adecuada, única y exclusivamente, para la preservación de las competencias estatales (SSTC 103/1989, 149/1991, 40/1998 ó 65/1998). En este sentido, las SSTC 118/1986, 36/1994, 197/1996 ó 118/1998 no han dudado en censurar la facultad estatal de sujeción de las competencias autonómicas a informe previo cuando ello supusiera el desconocimiento de las competencias de las CCAA<sup>120</sup>.

Dentro de estos límites mínimos e infranqueables, la STC 65/1998 (FJ 14º) ha matizado el alcance de los informes vinculantes emitidos en materias de competencia estatal, señalando que éstos pueden condicionar la competencia autonómica, pero no dar soluciones cerradas que predeterminen el posterior ejercicio de dichas competencias<sup>121</sup>. Dicho de otro modo, son las CCAA las que asumiendo las determinaciones del informe deberán dar una solución adecuada en el ejercicio de sus competencias. Esto supone entender que los informes vinculantes en sentido estricto difícilmente podrían encajar con esta doctrina, debiendo en todo caso considerarse como informes meramente obstativos<sup>122</sup>.

b”) Análisis de la eficacia de los informes estatales objeto de la doctrina constitucional y reflexiones sobre su previsión en la legislación de aguas

A pesar del importante avance que significa el artículo 25.4 del TRLA, según la redacción otorgada por Ley 11/2005, lo cierto es que hubiera sido deseable que la reforma legal hubiese utilizado unos términos más ajustados tanto a la prevalencia de la competencia estatal

(119) Sin embargo, no es posible que las CCAA supediten el ejercicio de las competencias estatales a un informe vinculante de la Administración autonómica: SSTC 40/1998, 204/2002 o 46/2007.

(120) En esta dirección, por ejemplo, la STC 118/1998 declaró la inconstitucionalidad del artículo 90.4 del RAPA, en la medida en que preveía que fueran informados preceptivamente por el organismo de cuenca los expedientes de declaración de zonas protegidas que se incoaran con posterioridad a la aprobación de los PHC. En este sentido, el Tribunal consideró que el informe preceptivo, aun no siendo vinculante, condicionaba indebidamente el ejercicio de las competencias autonómicas.

(121) STC 65/1998: “(...) tales sugerencias vinculantes no implican la asunción de competencias urbanísticas por el Ministerio, sino la determinación de criterios flexibles que, sin imponer soluciones urbanísticas concretas, han de ser atendidos por la autoridad urbanística competente en el planeamiento para que no quede afectada la carretera objeto de la competencia estatal”. En un sentido parecido la STC 227/1988 desde la perspectiva del contenido de los PHC: “(...) la Administración del Estado no puede establecer unilateralmente en los planes hidrológicos cualesquiera prescripciones vinculantes para la planificación urbanística u otras actuaciones públicas de competencia autonómica en virtud de una genérica potestad de coordinación, sino tan sólo en la medida en que cuente con un título competencial específico para ello”.

(122) Esta solución es la única que parece aceptable desde los parámetros de la STC 40/1998. La sentencia, al tratar la posibilidad del ejercicio concurrente de competencias sobre un mismo ámbito físico (en la línea de doctrina constitucional iniciada por la STC 77/1984), fija una serie de límites que deben ser extrapolables al recurso a mecanismos de colaboración y coordinación interadministrativa como son los informes administrativos: “(...) cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace –o, al menos, así lo entiende el constituyente– un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas, aunque, evidentemente, esto sólo será así cuando la competencia se ejerza de manera legítima: es decir, cuando la concreta medida que se adopte encaje, efectivamente, en el correspondiente título competencial, cuando se haya acudido previamente a cauces cooperativos para escuchar a las entidades afectadas, cuando la competencia autonómica no se limite más de lo necesario, etc.”.

en la materia, como a la jurisprudencia constitucional recién comentada, del mismo modo que a la relevancia misma del informe, a la hora de determinar su eficacia. Lógicamente no hubiera sido conforme con el sistema competencial otorgarle una eficacia vinculante en sentido estricto. De hecho, todos los informes calificados por la legislación sectorial estatal como informes vinculantes son simplemente informes obstativos o impeditivos del ejercicio de las competencias ajenas. Es más, hubiese sido deseable combinar esa eficacia matizada con mecanismos de negociación y consenso en caso de discrepancias, en términos similares a los previstos en la Ley de Costas<sup>123</sup>.

En efecto, el informe previsto en la Ley de Costas [artículos 112.a) y 117 de la Ley] tiene una eficacia vinculante-obstativa<sup>124</sup>, siempre y cuando contenga objeciones basadas en materias de competencia estatal. Pero aún más, en caso de que el informe sea desfavorable se prevé la apertura de “un período de consultas, a fin de llegar a un acuerdo” (artículo 117.2 de la Ley de Costas). Se trata, por tanto, de una conjugación de técnicas de coordinación interadministrativa (el informe vinculante-obstativo), con otras de carácter cooperativo (consulta)<sup>125</sup>. Desde esta perspectiva, el pretendido carácter vinculante del informe se relativiza hasta el punto de que en caso de disconformidad, la Administración urbanística no está obligada a asumir los términos del informe, sino a no aprobar definitivamente el plan y a participar en un nuevo trámite en el que se busque el consenso entre las Administraciones afectadas<sup>126</sup>.

Vistos estos precedentes del artículo 25.4 del TRLA, así como toda la jurisprudencia constitucional, el débil estado del informe del organismo de cuenca no se puede comprender<sup>127</sup>. **¿Por qué soluciones como las contempladas en la legislación de costas no son aplicables en materia de aguas?** Además, si, como ya expusimos, en situaciones excepcionales de conflicto la competencia sobre gestión hídrica es prevalente sobre la autonómica en materia territorial y urbanística, ¿no sería esta vía un modo adecuado para dar carta de naturaleza a dicha prevalencia?

**El punto crítico de la traslación al TRLA de soluciones similares a las de la Ley de Costas sería el cumplimiento de los límites infranqueables que enmarcarían las facultades estatales en los términos de la jurisprudencia constitucional: 1º) Que los informes no se pronunciaran sobre competencias ajenas; esto es una obviedad que no merece mayores consideraciones;**

(123) Algunos autores tratan de justificar esa posibilidad como ya real mediante la aplicación integrada del TRLA y la Disposición Adicional Segunda.4 de la Ley 13/2003 (MOLINA GIMÉNEZ: “Comentarios...”, ob. cit., pág. 131).

(124) Lo que no queda condicionado porque el artículo 15.3.b) del TRLS de 2008 le atribuya una eficacia “determinante” de la memoria ambiental.

(125) MENÉNDEZ REXACH: “Coordinación ...”, ob. cit., pág. 280.

(126) Una conclusión parecida puede aplicarse a la Disposición Adicional Segunda.4 de la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, la cual alude al carácter vinculante del informe, al tiempo que prevé mecanismos para alcanzar soluciones negociadas. A la misma conclusión se debe llegar a la vista del artículo 10.2 de la Ley de Carreteras. Por mucho que la Ley insista en que el informe tiene eficacia vinculante, en realidad su eficacia es meramente obstativa. Eso sí, en este caso, a diferencia de lo que sucede en la legislación de costas, no se prevé ningún trámite posterior de “solución de controversias”. No obstante esa omisión, la STC 65/1998 (FJ 14º) insistió sobre este particular considerando que las determinaciones del informe previsto en el artículo 10.2 de la Ley de Carreteras deben ser flexibles, sin imponer soluciones urbanísticas, sin que ello excluya “la utilización de todos los mecanismos previstos en la legislación que permitan llegar a una solución concertada de las posibles discrepancias”.

(127) En este sentido, LOZANO CUTANDA: “Urbanismo...”, ob. cit., pág. 358, PALLARÈS SERRANO: “Planificación...”, ob. cit., pág. 195 y MUÑOZ AMOR: “Bruselas...”, ob. cit., pág. 151.

2º) Que al hacerlo lo hiciesen de forma flexible, esto es, no predeterminando soluciones urbanísticas; esta consideración tiene más trascendencia, pero como vamos a poner de manifiesto no parece que concurra en nuestro caso y 3º) Que en todo caso no supusiera imponer límites desproporcionados a la competencia ajena en materia urbanística; tampoco parece que sea el caso. Intentaremos justificar por qué.

Los cauces previstos en la Ley de Costas (o en la Ley 13/2003) claramente encajan con la doctrina constitucional, pues no sólo prevén la coordinación entre Administraciones vía informe, sino también la “negociación” y el consenso, lo que en todo caso nos remite a soluciones flexibles y proporcionadas. Así pues, salvo que el informe se extralimite indicando consideraciones extrañas a la competencia estatal, el informe previsto en esas Leyes no puede ser tachado de imponer límites desproporcionados de ningún tipo. Así lo ratifica la jurisprudencia constitucional.

En el caso del informe del organismo de cuenca se han emitido algunas opiniones que consideran que si dicho informe tuviera una eficacia obstativa, coartaría desproporcionadamente las competencias municipales y autonómicas. Así, se ha señalado que un informe “vinculante-obstativo” podría impedir todo desarrollo urbanístico, dejando sin sentido las facultades urbanísticas para ordenar el territorio. Esto es, sería tanto como entender que el organismo de cuenca fuera quien determinara “el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos” (en los términos de la STC 61/1997)<sup>128</sup>. Consideraciones en esta línea son realizadas en el ATSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de marzo de 2007 (recurso 1003/2006; ponente: Narbón Laínez):

“La doctrina sentada en Sentencias como la 118/1998, de 4 de junio, del Tribunal Constitucional (recurso 2163/1998, BOE 158/1998, de 3 de julio de 1998) o la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 19 de junio de 2003, núm. 123/2003, recurso 2988/1995, BOE 170/2003, de 17 de julio de 2003, impedirían un informe preceptivo y vinculante en materias como las recogidas en el artículo 25.4 ‘(...) en materia de medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, espacios naturales, pesca, montes, regadíos y obras públicas de interés regional (...)’. También de las SSTC 149/1991 y 227/1988 se desprende que el carácter vinculante de los informes estatales en relación con los actos de las Comunidades Autónomas debe circunscribirse estrictamente a aquellos aspectos que entren efectivamente dentro de la competencia estatal.”

Ninguna de estas alegaciones es admisible. Ya se mencionó anteriormente que sentencias como las SSTC 36/1994 o 118/1998 censuraron la facultad estatal de sujeción de las competencias autonómicas a informe preceptivo cuando ello supusiera el desconocimiento de las competencias de las CCAA. En otras palabras, el informe inconstitucional es aquel que se emite en el marco de las competencias ajenas, pero recurrir a esa doctrina para ser aplicada al informe del artículo 25.4 del TRLA es claramente erróneo, pues la competencia sobre gestión hídrica en cuencas intercomunitarias es obviamente competencia estatal<sup>129</sup> y va de

(128) DELGADO PIQUERAS y CARRILLO MORENTE: “El informe...”, ob. cit., págs. 25 y 26.

(129) La cita de la STC 123/2003 es aun más confusa, pues resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de pesca fluvial de Extremadura. Si algo se pone de manifiesto en esta sentencia es la prevalencia de la competencia estatal sobre gestión hídrica con algunas excepciones puntuales como la facultad provisional de las CCAA para establecer caudales ambientales en defecto de determinaciones expresas en los PHC. Sobre todo ello, véase AGUDO GONZÁLEZ: Ejecución..., ob. cit., págs. 362 y ss.

suyo que los organismos de cuenca algo tendrán que decir acerca de si existen o no recursos hídricos para abastecer nuevos desarrollos urbanísticos. De lo contrario la preeminencia de la decisión urbanística sería definitiva y absoluta.

El ATSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de marzo de 2007 (recurso 1003/2006; ponente: Narbón Laínez) también realiza alguna reflexión posterior que merece ser criticada. Al estudiar la posible eficacia vinculante del informe del organismo de cuenca interpretada a la luz de la Disposición Adicional Segunda.4.º de la Ley 13/2003, se afirma lo siguiente:

“Pero es que, además, una interpretación del precepto tan amplia como la que sostiene la representación procesal de la Administración del Estado posiblemente sería contraria a la interpretación constitucional de las relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas, al conducir, en el plano aplicativo, a consecuencias similares a las que comportaba el artículo 4 del proyecto de LOAPA, declarado inconstitucional por STC 76/1983. Piénsese que de las SSTC 40/1998 y 77/1984, así como de la STC 204/2002, se deduce que, en caso de superposición de títulos competenciales, habrá que agotar al máximo la interpretación del orden de competencias, y sólo en casos residuales habría que determinar cuál es la competencia prevalente.”

El Auto apunta algo que ya hemos reiterado en varias ocasiones: la prevalencia de la competencia estatal sólo es imponible en situaciones excepcionales de conflicto en las que los mecanismos de colaboración y coordinación administrativa no han sido operativos. Sin embargo, la Sala no parece entender que si un plan urbanístico prevé un incremento de demandas de agua y la Administración competente para gestionar los recursos hídricos informa acerca de la inexistencia de tales recursos, y a pesar de todo ello la Administración urbanística continúa con la tramitación del plan, obviamente nos encontraríamos ante una situación de conflicto que debe culminar con la prevalencia de la competencia estatal.

Por último, respecto de la cita de la STC 76/1983, debemos recordar que el artículo 4 de la LOAPA, al que también se alude, acogía, según la propia Sentencia del Tribunal Constitucional, “una reformulación de la cláusula de supremacía del Derecho estatal” que pretendía precisar la interpretación que debe darse al mencionado artículo de la Constitución, siendo esto lo que le convertía en inconstitucional. Ahora bien, atribuir a una eventual eficacia “vinculante-obstativa” del informe de los organismos de cuenca esa misma conclusión, es del todo erróneo, pues en ningún caso cabe entender que los informes vinculantes de la Administración estatal tengan como finalidad “incidir indirectamente en la delimitación de competencias mediante la interpretación de los criterios que sirven de base a la misma” (STC 76/1983). Si esta interpretación no fuera correcta sólo cabría llegar a dos conclusiones: 1ª) Informes como los previstos en las Leyes de Carreteras y Costas, así como en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 13/2003 y en el artículo 128.3 del TRLA, serían inconstitucionales; 2ª) Nadie habría entendido la jurisprudencia constitucional que avala el informe vinculante como instrumento para la articulación de competencias concurrentes.

En definitiva, ninguno de los argumentos mencionados en el citado Auto es aceptable por las siguientes razones: 1ª) Porque el informe desfavorable del organismo de cuenca condicionaría sólo parcialmente las competencias urbanísticas, en concreto, en lo relativo a los nuevos desarrollos urbanísticos, pero no tiene por qué afectar a las competencias urbanísticas

sobre suelo urbano o suelo no urbanizable o incluso a sectores de suelo urbanizable con suministro garantizado<sup>130</sup>. Es decir, **no existe en ningún caso un condicionamiento más allá de lo estrictamente necesario**; 2<sup>a</sup>) De no admitirse la interpretación propuesta, **se confirmaría que la prevalencia de la competencia estatal sobre gestión hídrica, así como la relevancia de los intereses generales a garantizar en estos casos no es real**, ya que aquella competencia puede ser desvirtuada por decisiones urbanísticas en contrario, como así pone de relieve la práctica administrativa: tampoco la competencia urbanística puede condicionar el ejercicio de las competencias sobre gestión hídrica y sin embargo esto es algo que sí es una realidad; 3<sup>a</sup>) Por coherencia, la solución propuesta debe ser correcta, pues en otro caso se pondría en evidencia lo paradójico que resultaría aceptar que **se admitiera la posibilidad de condicionamiento vinculante-obstativo por parte de las entidades y órganos autonómicos con competencias relacionadas con el agua** (País Vasco, Castilla-La Mancha o Madrid) **y no cuando de organismos estatales se tratase**, y 4<sup>a</sup>) En los términos de la ya analizada STC 65/1998, los informes vinculantes emitidos en materias de competencia estatal pueden condicionar la competencia autonómica, pero no dar soluciones cerradas que predeterminen el posterior ejercicio de dichas competencias. Desde este punto de vista, **el informe negativo de la Confederación Hidrográfica no excluiría posteriores desarrollos urbanísticos**, pues el recurso a la producción industrial de agua, la reutilización o el ahorro de agua, así como un modelo urbanístico compacto y con tipologías edificatorias con menores requerimientos hídricos, podrían matizar el informe del organismo de cuenca.

### **b) Otras previsiones que contribuyen a considerar que las decisiones urbanísticas prevalecen sobre las mantenidas en materia de gestión hídrica**

#### **a') La prioridad absoluta y sobredimensionada del uso de abastecimiento de población**

La escasez de los recursos hídricos impone establecer criterios que otorguen prioridad a unos usos frente a otros. Este método es el previsto tradicionalmente en nuestra legislación de aguas, frente a otros que recurren a la resolución caso por caso de la posible incompatibilidad entre aprovechamientos al momento de proceder a su autorización. No es preciso decir que este segundo modelo otorga una considerable discrecionalidad administrativa y por ello ofrece un gran casuismo. Aparte de superar estos inconvenientes, la fijación de un orden de preferencia imperativo tiene como finalidad evitar que de forma general el agua pueda ser destinada a usos de menor interés público<sup>131</sup>, lo que al mismo tiempo expresa un determinado orden de valores en coherencia con las necesidades sociales<sup>132</sup>.

(130) Esto mismo sucede con otros informes de la Administración estatal, pero ocurre que sus condicionamientos no se centran en las nuevas actuaciones de transformación urbanística, sino en las infraestructuras (Ley de Carreteras o Ley 13/2003) o en el dominio público natural (Ley de Costas y el propio TRLA en el mismo artículo 25.4.I). Es decir, las decisiones urbanísticas también se ven constreñidas por esos informes emitidos en materias de competencia estatal.

(131) En coherencia con los principios de racionalidad del uso que dirige la planificación hidrológica y la explotación de los recursos (artículos 40.1 y 59.2 del TRLA).

(132) GONZÁLEZ PÉREZ, DE TOLEDO JAÚDENES y ARRIETA ÁLVAREZ: *Comentarios a la Ley de Aguas*, Madrid, 1987, pág. 359; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Derecho de Aguas*, Madrid, 1997, pág. 295; GUAITA MARTORELL: *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, Madrid, 1986, págs. 154 y 155; GAY DE MONTELLA y MASSÓ ESCOFET: *Tratado de la Legislación de Aguas*, Barcelona, 1949, págs. 400 y ss.; EMBID IRUJO: "La utilización racional de las aguas y los abastecimientos urbanos", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 10, 1997, pág. 214; BLANQUER CRIADO: *La iniciativa...*, ob. cit., pág. 38.

El problema que este modelo genera tiene que ver con los términos con que es prevista la preferencia del uso prevalente. Los problemas surgen tanto cuando esa preferencia es establecida de una forma general y absoluta, sin aparentes limitaciones, como cuando es dimensionada en unos términos tan amplios que el uso prevalente pueda acoger a otros usos cuyo objeto no sea estrictamente el característico y definitorio del uso prevalente. Esto es justamente lo que sucede en nuestro ordenamiento cuando el artículo 60.3.II del TRLA establece que “el orden de prioridades que pudiere establecerse específicamente en los PHC, deberá respetar en todo caso la supremacía del uso consignado en el apartado 1”, esto es, del abastecimiento de población.

Es cierto que en nuestro ordenamiento los criterios de prioridad no tienen por qué ser homogéneos para toda la cuenca, de forma que pueden diferenciarse distintos criterios de preferencia por sistemas de explotación dentro de una misma Demarcación Hidrográfica<sup>133</sup>. Sin embargo, esta flexibilidad del sistema no se acoge para el uso de abastecimiento que es siempre y en todo caso preferente<sup>134</sup>. Esto permite en todo caso condicionar usos preexistentes y no preferentes tanto en el caso de nuevas concesiones (en tramos donde con anterioridad no hubiera aprovechamientos urbanos), como en relación con aprovechamientos ya concedidos (por ejemplo, por incremento de las demandas urbanas existentes)<sup>135</sup>.

La prioridad del uso de abastecimiento de población se mantiene también en relación con los caudales ecológicos que, sin tener la condición jurídica de uso del agua, prevalecen sobre el resto de usos, excepto el abastecimiento. El artículo 59.7 del TRLA establece genéricamente que “en todo caso se aplicará también a los caudales medioambientales la regla sobre supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones”<sup>136</sup>.

Por otro lado, y en relación con la amplitud con que este tipo de uso es acogido en la legislación de aguas, cabe señalar que si bien la prevalencia del abastecimiento de población puede ser entendible, no lo es si consideramos el **sobredimensionamiento y falta de restricciones**

(133) Esto es algo que ya se preveía en el artículo 76.1 del RAPA, y se confirma en la actualidad en el artículo 17.1 del RPH y en el apartado 3.3 de la IPH.

(134) Por ejemplo, el artículo 4 del PHC del Norte establece un orden de preferencia general y otro “en las cabeceras de cuenca con aguas de calidad correspondiente al grupo tipo A1” del Anexo I del RAPA. Ahora bien, en todo caso el abastecimiento de población es lógicamente el uso preferente.

(135) La preferencia absoluta de este uso es confirmada por la jurisprudencia citada por GONZÁLEZ PÉREZ, DE TOLEDO JAÚDENES y ARRIETA ÁLVAREZ: *Comentarios...*, ob. cit., págs. 360 y ss. También ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: *El abastecimiento de agua en España*, Madrid, 2004, pág. 257, en nota 665, cita sentencias recientes que hablan incluso del “contenido esencial de todo abastecimiento de aguas para poblaciones”. En esta dirección las SSTS de 15 de abril de 1981 (Ar. 1454), 18 de octubre de 1983 (Ar. 5900), 28 de junio de 1983 (Az. 3667) o de 15 de enero de 1991 (Ar. 385).

(136) ¿Es razonable y coherente con un modelo sostenible de gestión hídrica y urbanística la prioridad indiscriminada de los usos domésticos sobre los caudales ecológicos? La respuesta debe ser negativa, aunque por de coherencia con la trascendencia del uso de abastecimiento, las propuestas de modificación de la preferencia del uso de abastecimiento sólo deben afectar al otorgamiento de nuevas concesiones para urbanizaciones y complejos turísticos y residenciales con altos consumos *per capita* (AGUDO GONZÁLEZ: *Urbanismo...*, ob. cit., págs. 196 y ss.).

En apoyo de esta tesis se ha de tener en cuenta que la jurisprudencia nos ofrece algunos ejemplos que evidencian una cierta evolución doctrinal en la prioridad absoluta del abastecimiento de población. Así, ya en algún caso el Tribunal Supremo ha confirmado la denegación del otorgamiento de concesiones de abastecimiento precisamente por estar en juego intereses de carácter ambiental [STS de 11 de diciembre de 2003 (Ar. 8532)]. Esta misma apreciación se podría trasladar perfectamente a los caudales ecológicos. Por su parte, la STS de 30 de octubre de 2007 (Ar. 7093) confirmó la legalidad de una concesión de abastecimiento, precisamente porque de los 4,5 litros por segundo de caudal solicitado finalmente con base en varios informes obrantes en el expediente sólo fueron concedidos 0,76, puesto que así no cabía apreciar riesgos ambientales derivados de dicho otorgamiento.

con que este tipo de uso es acogido en la legislación de aguas<sup>137</sup>. Los problemas se plantean fundamentalmente en relación con el otorgamiento de nuevas concesiones para urbanizaciones y complejos turístico-residenciales<sup>138</sup>, cuyas demandas se multiplican por cuatro o cinco en comparación con desarrollos urbanísticos destinados a primera residencia<sup>139</sup>. En menor medida también es criticable la inclusión de las dotaciones necesarias para “industrias de poco consumo” situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal (artículo 60.3.1.º del TRLA)<sup>140</sup>. Pero aún más, aunque el artículo 60 del TRLA nada diga, lo cierto es que también pueden incluirse aprovechamientos con destino a regadío realizados a través de las redes municipales y estrechamente vinculados a los suministros domiciliarios<sup>141</sup>, además de usos ganaderos como así prevé, por ejemplo, el artículo 7 del PHC del Ebro. Precisamente tanto por la amplitud del uso de abastecimiento en sí mismo, como por la relevancia que pueden suponer estos otros usos incluidos en el aprovechamiento dirigido a abastecer a la población<sup>142</sup>, debe criticarse la preferencia absoluta de los usos destinados al consumo humano sin acoger matización alguna<sup>143</sup>.

En los PHC vigentes encontramos previsiones dirigidas a precisar las asignaciones destinadas a este uso, estableciendo límites cuantitativos específicos en función del tipo de población (permanente o estacional<sup>144</sup>). Estos criterios no son más que la plasmación de los establecidos ya en el artículo 75.a) del RAPA y en los artículos 9 y siguientes de la Orden de 24 de sep-

(137) AGUDO GONZÁLEZ: Ejecución..., ob. cit., págs. 314 y ss.

(138) SÁNCHEZ MORÓN: “Aspectos ambientales de la modificación de la Ley de Aguas”, en *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*, dirigido por Embid Irujo, Madrid, 2000, pág. 97, CARPI ABAD: *Aprovechamientos hidroeléctricos: su régimen jurídico-administrativo*, Valladolid, 2002, págs. 416 y 417, o ESTEVAN ESTEVAN “Obstáculos para la difusión de los programas de gestión de la demanda en España”, en *El agua a debate desde la Universidad. Hacia una nueva cultura del agua*, coordinado por Arrojo Agudo y Martínez Gil, Zaragoza, 1999, pág. 189.

(139) BLANQUER CRIADO “Turismo residencial y urbanizaciones privadas: los servicios públicos de prestación obligatoria y alternativas a su incumplimiento por el Ayuntamiento”, en *Ordenación y gestión del territorio turístico*, dirigido por Blanquer Criado, Valencia, 2002, págs. 867 y ss. Aun fuera de estos supuestos, no se puede decir que las dotaciones para abastecimiento en general hayan sido poco generosas (EMBID IRUJO: “La utilización...”, ob. cit., págs. 212 y 213). En este sentido, se ha de llamar la atención sobre el artículo 65.2 del TRLA, el cual prevé la revisión de concesiones de abastecimiento sin derecho a indemnización cuando “se acredite que el objeto de la concesión puede cumplirse con una menor dotación o una mejora de la técnica de utilización del recurso, que contribuya a un ahorro del mismo”.

(140) El artículo 12.1.1.º del PHC del Tajo establece que el abastecimiento incluye no sólo la dotación necesaria para industrias de poco consumo conectadas a la red municipal, sino también las “de gran consumo conectadas a la red municipal y sin suministro alternativo”.

(141) ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: *El abastecimiento...*, ob. cit., pág. 244.

(142) Esta apreciación ya se intuía en el Libro Blanco del Agua (pág. 11) al referirse al abastecimiento urbano: “Una de las características de esta demanda es su gran heterogeneidad en cuanto a empleo de agua se refiere, pues incluye utilizaciones domésticas (individuales), municipales, colectivas (servicios públicos, como hospitales y escuelas), industriales, comerciales e incluso agrícolas, todo lo cual contribuye a dificultar, en gran medida, su conocimiento”. Una previsión loable en la dirección de reducir esos otros usos asociados al consumo humano es la establecida en el artículo 21.d) de la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid. Este precepto regula las particularidades de la EAE de los instrumentos de planeamiento urbanístico general, señalando que “será requisito necesario la inclusión en el estudio de medidas tendentes al ahorro efectivo y disminución del consumo de agua potable, restringiendo en lo posible su uso al abastecimiento para el consumo”.

(143) En líneas generales mantienen esta opinión, MARTÍN RETORTILLO, *Derecho...*, ob. cit., págs. 297 y 298, EMBID IRUJO: “La utilización...”, ob. cit., pág. 214, o ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: *El abastecimiento...*, ob. cit., págs. 250 y 251.

(144) Por ejemplo, el artículo 12.1.1.º del PHC del Tajo con remisión a los límites cuantitativos establecidos en su artículo 8. En términos parecidos los artículos 9.1.1) y 5 del PHC del Guadalquivir. Igualmente, los artículos 8 y 9 del PHC del Ebro con remisión a los anexos para la determinación de dotaciones máximas. Llama la atención el artículo 9 del PHC del Ebro, en cuanto al diferente tratamiento justificativo que se emplea para motivar la población permanente y la estacional. Mientras que la población permanente es preciso justificarla con base en el último censo vigente y otros datos del INE o de la CCAA, para la población estacional sólo se afirma que “se justificará adecuadamente”, sin mayores aclaraciones.

tiembre de 1992, por la que se aprobó la Instrucción para la elaboración de los PHC vigentes, y que ahora son desarrollados por el artículo 14.1.a) del RPH teniendo en cuenta “tanto la población permanente como la estacional, así como el número de viviendas principales y secundarias por tipologías”. La referencia tanto a la población permanente, como estacional, complementada por la distinción entre vivienda principal y secundaria, aparte de la consideración de la tipología edificatoria, evidencian que el uso de abastecimiento acoge una categoría de uso (el turístico de carácter estacional y de segunda residencia generalmente en tipología de baja densidad) que contrasta con el uso característico de la población permanente (residente en vivienda habitual y con una tipología habitualmente en altura y en régimen de propiedad horizontal), cuyos niveles de consumo son mucho menores.

Una propuesta razonable debe apuntar a la alteración del uso de abastecimiento con delimitación tipológica de subtipos con un orden de preferencia distinto al estrictamente destinado al consumo humano. La idea en definitiva es distinguir entre el uso de abastecimiento de población permanente de aquellos usos de abastecimiento de población estacional y en los que el abastecimiento integra el que podríamos denominar “uso turístico-residencial”, donde la presencia de tipologías de baja densidad (asociadas a piscinas y jardines), así como usos vinculados a actividades deportivas y de ocio es muy importante<sup>145</sup>. Ahora bien, parece lógico entender que estos límites sólo deberían imponerse en relación con nuevos proyectos, pues obviamente no es viable dejar sin abastecimiento a complejos en funcionamiento<sup>146</sup>.

### b’) El procedimiento para el otorgamiento de concesiones de abastecimiento

Por si todo lo comentado hasta el momento no fuera suficiente, la ineficiencia del sistema se confirma a la vista del procedimiento administrativo a seguir para la resolución de las solicitudes de concesiones de abastecimiento. Este procedimiento se desarrolla sin aplicación del principio de competencia de proyectos, cuya finalidad es, precisamente, optar “en igualdad de condiciones” por aquellas solicitudes que “proyecten la más racional utilización del agua y una mejor protección de su entorno”. Efectivamente, el artículo 79.2 del TRLA afirma que “el principio de competencia podrá eliminarse cuando se trate de abastecimientos de agua de poblaciones”,

(145) Al no existir un precepto similar al del artículo 4.2 del PHC del Júcar (“Queda incluida dentro del uso recreativo la utilización de recursos que pudieran destinarse para el mantenimiento y adecuación de vedados y cotos de pesca de especies no protegidas y el riego de campos de golf”) en la mayoría de PHC, sucede que el agua destinada al riego de campos de golf vinculada a oferta residencial (aparte de piscinas, riego de jardines, etc.) puede ser computada como parte de las demandas urbanas. Aquella solución debería haber sido establecida de forma general, sobre todo ante la omisión de otras medidas igualmente útiles como las previstas en el artículo 8.3º y 4º de la Ley 4/2008, de 14 de mayo, de medidas urgentes para un desarrollo territorial sostenible en las Islas Baleares: “3. El proyecto o anteproyecto del campo de golf y las posibles instalaciones complementarias tendrá que incluir las conexiones viarias necesarias y de otros servicios en el exterior de la actuación, así como un estudio de las consecuencias y la incidencia sobre el entorno paisajístico e hídrico de la zona donde se pretende implantar. Con la solicitud tendrá que adjuntarse, asimismo, la documentación justificativa correspondiente de la suficiencia de agua adecuada para regar el campo de golf, que tiene que proceder necesariamente de la reutilización de aguas residuales depuradas. 4. Las instalaciones de campo de golf en ningún caso pueden contemplar usos residenciales, a excepción de los estrictamente indispensables para el personal encargado de su mantenimiento o vigilancia, ni en ningún caso usos de alojamiento turístico en cualquiera de las modalidades previstas en la legislación reguladora”.

(146) FANLO LORAS: “Aguas”, ob. cit., pág. 1.097, o AGUDO GONZÁLEZ: *Urbanismo...*, ob. cit., págs. 204 y ss. Esta propuesta debería afectar a proyectos presentados en los últimos meses, vinculados con nueva oferta turístico-residencial y ubicados en zonas con escasez de agua. Es el caso del proyecto de 32 hoteles y casinos, así como campos de golf y un hipódromo previsto en el desierto de los Monegros, o el proyecto del casino más grande de Europa y el complejo turístico anejo en Ciudad Real.

y es el artículo 122 del RDPH el que dispone que en el procedimiento de tramitación de las concesiones de abastecimiento se suprime el trámite de competencia de proyectos. Además, la regla del artículo 122 del RDPH es aplicable en todo caso, es decir, también para el caso de urbanizaciones aisladas<sup>147</sup>.

En estas condiciones difícilmente podrá articularse la aplicación del artículo 60.4 del TRLA en detrimento del uso de abastecimiento de población. Dicho precepto establece que **“dentro de cada clase, en caso de incompatibilidad de usos, serán preferibles aquellas de mayor utilidad pública o general, o aquellas que introduzcan mejoras técnicas que redunden en un menor consumo de agua o en el mantenimiento o mejora de su calidad”**. Primero, es difícil entender cómo podrá articularse la incompatibilidad de usos en contra de una nueva solicitud de abastecimiento durante la tramitación del expediente en relación con solicitudes de la misma “clase”<sup>148</sup>, por la sencilla razón de que en estos casos no hay competencia de proyectos<sup>149</sup>. En segundo lugar, si dicha incompatibilidad se produjera en relación con aprovechamientos preexistentes y de la misma “clase” (abastecimiento de población), tampoco parece que fueran aplicables aquellos criterios sobre incompatibilidad de usos. En tal caso, como pondremos de relieve a continuación, el artículo 121.2 del RDPH prevé la suspensión de la tramitación de cualquier solicitud de concesión incompatible con otra ya otorgada, salvo que aquélla goce de preferencia a efectos expropiatorios. En otras palabras, la nueva solicitud de concesión de abastecimiento no sólo no se someterá a competencia de proyectos, sino que podrá seguir su tramitación en detrimento de concesiones previas no preferentes.

En definitiva, **los criterios de incompatibilidad a que alude el artículo 60.4 del TRLA no son aplicables cuando se trata de relaciones entre nuevos usos o preexistentes destinados a abastecimiento**, pues en realidad la solución siempre es favorable a estos usos mediante el recurso en última instancia a la técnica expropiatoria. Esto, claramente, **acentúa la ineficiencia y la falta de racionalidad del sistema**, pues los dos mecanismos existentes que pueden imponer ciertas limitaciones a tales efectos (competencia de proyectos y reglas sobre incompatibilidad de usos) **no son aplicables cuando de abastecimiento de población se trata**<sup>150</sup>.

(147) La aplicación del procedimiento a las urbanizaciones aisladas fomenta una concepción territorial de los proyectos urbanísticos dispersa y expandida, ineficiente en los consumos de recursos naturales, estructurada sobre la ejecución de costosas y kilométricas obras de urbanización, generalmente menos eficientes, por no hablar de que legitima un mecanismo de articulación de buena parte de los proyectos turísticos de alto consumo de agua que venimos criticando. Los matices en torno al procedimiento de estas concesiones se acogen en el artículo 124 del RDPH, refiriéndose: 1º) A la persona legitimada para solicitar la concesión (representante de la Comunidad de Propietarios, en caso de estar constituida, o en otro caso el promotor de la urbanización o de la entidad urbanizadora en su caso; 2º) A la documentación a acompañar prevista en el artículo 123.3 del RDPH, “sustituyéndose el censo de población por la justificación del número de habitantes autorizado en la urbanización y certificación, expedida por el Alcalde del Municipio donde radique la urbanización, de que la misma no puede ser abastecida desde las instalaciones municipales”. Sobre estas cuestiones, GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ: “La Ley de Aguas y el servicio de abastecimiento de poblaciones”, en *Jornadas sobre Derecho de Aguas*, coordinado por León Gross, Elcano, 1999, págs. 92 a 97.

(148) En la misma línea, DELGADO PIQUERAS: “El abastecimiento a poblaciones en la Ley de Aguas: análisis para una posible reforma”, *RAP*, núm. 145, 1998, pág. 322. La solución que apunta el autor es la constitución de mancomunidades, consorcios u otras entidades semejantes que explotarían conjuntamente los recursos y a las que se otorgaría la concesión (artículo 89 del TRLA).

(149) GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ: “La Ley de Aguas...”, ob. cit., págs. 91 y 96, señala que aunque la normativa no lo exija, en estos casos también debe aplicarse el trámite de competencia de proyectos.

(150) Estas reglas sí tienen sentido cuando se trata de regular la compatibilidad del uso de abastecimiento con otros usos no preferentes (en los términos del artículo 17.1 del RPH). Esto mismo se confirma en los vigentes PHC (artículo 10.3 del PHC del Guadiana o artículo 13.1 del PHC del Tajo o el artículo 8 del PHC del Segura). Insistimos, nuevamente, en que esa previsión normativa sólo tiene sentido para regular la compatibilidad con el uso de abastecimiento, pues en

### c') La expropiación de aprovechamientos a favor de usos preferentes

Unida a las previsiones generales recién comentadas, el artículo 60.2 del TRLA establece que **“toda concesión está sujeta a expropiación forzosa, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general sobre la materia, a favor de otro aprovechamiento que le preceda según el orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de Cuenca”**<sup>151</sup>. Si relacionamos esta disposición con la preferencia general del uso de abastecimiento, no es necesario explicar que **los nuevos desarrollos urbanísticos pueden tener garantizado el suministro en todo caso a costa de aprovechamientos anteriores y destinados a usos no preferentes**. Esta conclusión tiene su máxima manifestación al momento de la solicitud de la correspondiente concesión. De conformidad con el artículo 121.2 del RDPH, si una nueva solicitud para el otorgamiento de una concesión fuera incompatible con otra concesión ya otorgada, **“se suspenderá de forma definitiva la tramitación en el punto en que se halle y, previa audiencia del peticionario, se denegará la concesión solicitada, a no ser que ésta goce de los derechos de preferencia señalados en el artículo 98 de este reglamento y pueda ser declarada de utilidad pública a los efectos de expropiación forzosa, o que la incompatibilidad pueda ser eliminada por aplicación del artículo 96 del mismo”**<sup>152</sup>.

El frecuente recurso a la expropiación de aprovechamientos<sup>153</sup> tiene mucho que ver con que en nuestro Derecho exista una **relación unidireccional entre el uso del agua autorizado y el título concesional otorgado**<sup>154</sup>. Es decir, en nuestro ordenamiento no es posible obtener una concesión administrativa que ampare simultáneamente dos usos<sup>155</sup>. En la práctica estos

caso de incompatibilidad la solución se decantará en todo caso por la primacía del uso de abastecimiento en los términos señalados.

(151) En este sentido, el artículo 94 del RDPH dispone que **“llevarán implícita la declaración de utilidad pública las concesiones de agua cuando su finalidad sea el abastecimiento de población”**. Asimismo, el artículo 17.3 del RPH añade que los PHC fijarán **“las condiciones y requisitos necesarios para la declaración de utilidad pública de las distintas clases de uso del agua, a efectos de la expropiación forzosa de los aprovechamientos de menor rango en el orden de preferencia que para cada sistema de explotación de la demarcación hidrográfica se haya determinado en el plan hidrológico”**.

(152) En estos casos es donde, como señala BLANQUER CRIADO: *La iniciativa...*, ob. cit., págs. 39 y 40, la jerarquización de usos es realmente aplicable, en los términos de la STS de 26 de mayo de 1997 (Ar. 4379). Ahora bien, no se puede olvidar que fuera de los supuestos de solicitud de concesiones, el orden de preferencia también tiene vigencia a los efectos de aplicar la potestad expropiatoria, en los términos de los artículos 94 del RDPH y 17.3 del RPH.

(153) Así lo confirman MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Derecho...*, ob. cit., pág. 296 y nota 280, y ÁLVAREZ FERNÁNDEZ: *El abastecimiento...*, ob. cit., pág. 256, en nota 658.

(154) Estas consideraciones ya se vislumbraban en el Libro Blanco del Agua (pág. 14), al referirse a las posibilidades y limitaciones del actual régimen de concesiones administrativas: **“Según la regulación actual, el recurso ha de destinarse al uso concedido sin que pueda ser aplicado a otros usos distintos (...). Es importante retener ambas cuestiones, pues apuntan a la posible flexibilidad de usos del agua: en primer lugar, la imposibilidad de aplicar las aguas a otros usos distintos de los concedidos...”**. Una cierta flexibilización en la línea apuntada se ha logrado con la regulación del contrato de cesión de derechos (artículos 67 y ss. del TRLA). El artículo 67.1 establece que los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas **“podrán ceder con carácter temporal a otro concesionario o titular el derecho de igual o mayor rango según el orden de preferencia”**. En cualquier caso, la reasignación de aprovechamientos queda condicionada por el orden de prelación de usos, sin atender a posibles soluciones más rentables o de mayor interés social.

(155) Para HERAS MORENO: **“Usos del agua y eficiencia económica. Una propuesta de revisión y actualización”**, *“La economía del agua en España”*, Revista del Instituto de Estudios Económicos, núm. 4, 2001, **“un aprovechamiento multiuso significa plantearse de entrada utilizar unos denominados caudales para abastecimiento, regadío y producción de energía, atendiendo todo ello a un proyecto así concebido y económicamente valorado. Su titular optaría por uno u otro en función de la rentabilidad, entre otras cosas, de la producción que fuera a obtener. Quiere decirse que podría plantear el mismo usuario utilizar los caudales que la Administración le otorgue para el uso de abastecimiento, de regadío o de producción de energía, de acuerdo con su proyecto aprobado pero amparados por el mismo título concesional. Desde el**

supuestos se han venido saldando mediante la superposición de títulos concesionales<sup>156</sup>. Si a ello unimos el sobredimensionamiento del uso de abastecimiento y su preferencia en el orden de prelación de usos, es evidente que ello fomente el recurso a la expropiación para dar cobertura a nuevas demandas urbanas.

Por si todo esto fuera poco, debemos recordar que el artículo 25.4.I del TRLA establece que las Confederaciones Hidrográficas emitirán informe previo en relación con los planes urbanísticos que “afecten al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales”. No cabe duda de que la disponibilidad de recursos vinculados a planes urbanísticos con uso residencial puede conllevar tal afección. De hecho, siendo en todo caso prevalente el uso de abastecimiento, es claro que existe una relación inmediata entre las consideraciones puestas de relieve en este informe sobre afección de aprovechamientos y el recurso a los expedientes del artículo 60.2 del TRLA. Es decir, la prevalencia de las competencias en materia de gestión hídrica articulada a través de lo previsto en el informe del organismo de cuenca, queda subyugada por las competencias autonómicas y municipales, pues a pesar de la inexistencia de recursos disponibles, el ordenamiento aboca a la aplicación de los mecanismos previstos en el artículo 60 del TRLA para garantizar el abastecimiento de la población residente<sup>157</sup>.

Esto significa, en definitiva, que la preferencia del uso de abastecimiento (artículo 60.2 del TRLA) es una regla que se impone sobre la opinión del organismo de cuenca sobre disponibilidad de recursos (artículo 25.4 del TRLA), lo que nos indica que la prevalencia de las competencias sobre gestión hídrica en situaciones de conflicto es una realidad, pero sólo para aplicar de forma precondicionada los mecanismos que la propia legislación de aguas prevé para garantizar aprovechamientos derivados de nuevas demandas urbanísticas<sup>158</sup> (sin perjuicio del recurso a la producción industrial de agua).

Esta apreciación nos lleva a tres conclusiones tan insatisfactorias como su premisa: 1ª) Si la preferencia del uso abastecimiento y el eventual recurso a la expropiación de aprovechamientos prevalecen sobre la presunción de inexistencia de recursos motivada en el respectivo informe, entonces, sólo puede decirse que la virtualidad del informe previsto en el artículo 25.4 del TRLA queda totalmente en entredicho<sup>159</sup>; 2ª) Si esto fuera correcto, en-

punto de vista ambiental, no cabe la menor duda de que actuando de esta forma se minimizarían de manera importante los efectos negativos que tienen este tipo de obras (...). La prelación de usos, por un lado, y la imposición legal de amparar bajo un único título concesional a cada uso, por otro, pueden crear ineficiencias estructurales en términos económicos, sociales y medioambientales importantes en la valoración económica de los usos del agua”.

(156) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Derecho...*, ob. cit., pág. 299.

(157) Recuérdese que el ATSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de marzo de 2007 (recurso 1003/2006; ponente: Narbón Laínez), afirma que la disponibilidad de recursos se presume “tratándose de abastecimiento a las poblaciones que es el uso prioritario conforme al artículo 60 del Texto Refundido”.

(158) Parecen apoyar esta tesis DELGADO PIQUERAS: “El abastecimiento...”, ob. cit., pág. 320, y ARIÑO ORTIZ y SASTRE BECEIRO: “Agua y urbanismo: desequilibrios hídricos y su repercusión en el desarrollo urbanístico”, en *Agua y Urbanismo*, coordinado por González-Varas Ibáñez, Murcia, 2005, pág. 40. Una visión más cercana a la aquí mantenida (o en AGUDO GONZÁLEZ: *Urbanismo...*, ob. cit., pág. 215, en nota 274) en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: “El derecho subjetivo al agua. Posibilidades del régimen concesional y de autorizaciones”, en *Agua y Urbanismo*, coordinado por González-Varas Ibáñez, Murcia, 2005, págs. 47 y 48, quien fundamenta un derecho subjetivo al agua de la colectividad y de los urbanizadores, siempre que los nuevos desarrollos urbanísticos persigan satisfacer necesidades sociales. No se puede negar que en muchos casos los factores sociales deben imperar sobre otros, de modo que la expropiación de aprovechamientos no prevalentes podría estar plenamente justificada cuando el agua sea destinada, por ejemplo, a abastecer VPP. No es así, sin embargo, cuando el interés del urbanizador sea puramente empresarial, ligado a proyectos turístico-residenciales.

(159) Esta visión denostada del informe del artículo 25.4 del TRLA se podría tratar de ratificar con base en preceptos como el artículo 17.1 del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana que garantiza “el derecho de los valencianos

tonces parecería que la legislación de aguas fomenta indirectamente un modelo territorial muy alejado del que pretende perseguir el TRLS de 2008, pues aparentemente lo racional sería dotar de abastecimiento a toda costa<sup>160</sup> y no asumir una planificación responsable y coherente con la situación de los recursos naturales y, por ello mismo, una medida racional en la clasificación del suelo urbanizable con base en criterios como la capacidad de carga, cuando no proceder a desclasificar suelo (sin perjuicio de las eventuales responsabilidades administrativas que de ello pudieran surgir), y 3ª) Es totalmente paradójico, pero, a pesar de estas conclusiones, todavía sería posible justificar que las competencias en esta materia del organismo de cuenca no quedan imposibilitadas ni condicionadas de forma definitiva, pues obviamente la gestión de los recursos para garantizar el abastecimiento corresponderá a la Administración hidráulica; otra cosa es, insistimos, que esa competencia sea ejercida precondicionada, predeterminada y sojuzgada en unos términos absolutamente desproporcionados por las decisiones urbanísticas. Condicionamiento que, lógicamente, se traslada de forma definitiva a la hora de otorgar las respectivas concesiones.

En este sentido, cabría plantearse si una vez aprobado el planeamiento urbanístico, la Administración hidráulica podría denegar la concesión de abastecimiento que en su caso fuera solicitada para los nuevos desarrollos urbanísticos. Si el informe sobre disponibilidad de recursos fue positivo, el aforismo *non venire contra factum proprium* impediría fundamentar la denegación de la posterior concesión. Ahora bien, si por el contrario el informe hubiera sido negativo, lógicamente podría denegarse la concesión, evidenciándose que la Administración urbanística habría incurrido en responsabilidad al haber aprobado un plan cuya ejecución no era viable.

No obstante, frente a esta situación, todavía cabría otra alternativa: acudir a la expropiación de aprovechamientos no preferentes o a la producción industrial de agua. Estas soluciones alternativas son de hecho las que el ordenamiento induce a aplicar<sup>161</sup>, de modo que quizá sea más ajustado a la realidad pensar que, a pesar de la falta de recursos disponibles puestos de relieve en el correspondiente informe, una vez aprobado el plan y generada una demanda expectante, la Administración hidráulica sólo podría no otorgar la concesión si no hubiera posibilidad de acudir a aquellas soluciones alternativas<sup>162</sup>. Es decir, la decisión urbanística

y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad". Es decir, es como si el suministro de agua a cualquier desarrollo urbanístico pudiera estar garantizado con base en este derecho, de modo que más que solicitar el informe del organismo de cuenca, lo que correspondería sería solicitar la concesión correspondiente. Sin embargo, se ha de recordar que este derecho es un derecho sin contenido en los términos de la STC 247/2007, dependiente, como reconoce el mismo precepto, de lo establecido en la legislación estatal (y, por ello, de los artículos 25.4 y 60 del TRLA).

(160) Algo que también vulneraría la legislación urbanística que exige que el planeamiento documente la disponibilidad de recursos hídricos para las nuevas demandas creadas. Parece claro que no habiendo agua, no puede haber nuevos desarrollos urbanísticos que comprometan el estado de los ecosistemas y la calidad de las aguas en general (AGUDO GONZÁLEZ: *Urbanismo...*, ob. cit., págs. 211 a 214).

(161) Igualmente, FANLO LORAS: "Aguas", ob. cit., pág. 1.097.

(162) Una práctica que ha fomentado esta conclusión es la aprobación de planes urbanísticos de forma condicionada a la emisión del informe sobre disponibilidad de recursos. Es el caso de la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2006 (Ar. 222013). En este asunto, por motivos cronológicos, no es aplicable ni el informe del artículo 25.4 del TRLA, ni el previsto en el artículo 19.2 de la Ley 4/2004. El supuesto es el siguiente: por Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Alicante es aprobado el Plan Parcial "Ampliación Eucaliptos" (Benijofar), supeditando su publicación a la subsanación de los condicionantes indicados en la DIA, como la existencia de dotación suficiente de agua apta para el abastecimiento. En posteriores informes se puso de manifiesto que la Mancomunidad de los Canales del Taibilla podría disfrutar en el futuro de suficientes recursos vinculados a la ejecución de las nuevas desaladoras (programa de inversiones

anómala condicionaría una decisión hidráulica en principio excepcional y forzosamente anómala<sup>163</sup>. En definitiva, las decisiones urbanísticas predeterminan las decisiones en materia de gestión hídrica, pero raramente sucederá lo contrario. Sólo cabe alcanzar una conclusión: la prevalencia de las competencias sobre gestión hídrica no es real, ni siquiera en casos de conflicto, pues la práctica demuestra que aún no existiendo recursos hídricos (evidente situación de conflicto entre gestión hídrica y urbanismo) y habiéndose puesto de manifiesto este dato en los respectivos informes del organismo de cuenca, es posible aprobar los planes con desconocimiento justificado de ellos.

### IV. CONCLUSIÓN

A pesar de los deseos de coordinación entre las políticas del suelo y del agua, e incluso de la prevalencia de las competencias sobre gestión hídrica mantenida por el Tribunal Constitucional, lo cierto es que en la práctica nuestra normativa fomenta soluciones manifiestamente contrarias al buen entendimiento de la “servicialidad” de la política de aguas establecida en el artículo 40.2 del TRLA. De hecho, mientras no se promueva un cambio legal definitivo y clarificador, la práctica administrativa podrá seguir sirviéndose de mecanismos varios para garantizar la preeminencia de las decisiones urbanísticas.

Contra estas afirmaciones, no se puede pretender alegar que en la práctica la mayoría de las actuaciones urbanísticas son coherentes con los principios de colaboración y con las competencias de los organismos de cuenca. Esto aunque en buena medida sea verdad, tampoco puede servir para pretender minimizar el problema. A tales efectos, sólo es preciso recordar la denuncia presentada ante la Comisión Europea en relación con 266 urbanizaciones de Andalucía, Castilla-La Mancha, Murcia y la Comunidad Valenciana aprobadas sin que el suministro de agua esté previamente garantizado.

Muy probablemente sea más cercano a la realidad afirmar que la “normalidad” patológica de supuestos como los analizados, se debe a que las reglas de nuestro Derecho no son lo suficientemente certeras como para impedir o reducir el número de supuestos patológicos. La consecuencia es un sistema jurídico judicializado. Lógicamente que el control judicial puede remediar muchas de las actuaciones administrativas desviadas, pero lo cierto es que un sistema jurídico judicializado no es un sistema jurídico eficaz, ni siquiera puede ser con-

del PHN para 2003-2006). Con base en tales informes se procedió a la publicación del plan condicionando su ejecución al previo informe de la Mancomunidad de los Canales del Taibilla sobre existencia de recursos. Pues bien, la sentencia señala que “incidiendo el condicionante relativo a la ejecución del planeamiento en la eficacia del acto pero no en su validez no procede la anulación de los actos impugnados”. Es decir, se genera una situación que fuerza con posterioridad a la Administración hidráulica a buscar soluciones para abastecer el proyecto.

De forma definitiva la STS de 25 de febrero de 2009 (recurso 872/2008; ponente: Yagüe Gil) se ha pronunciado para atajar este tipo de prácticas. La sentencia se pronuncia resolviendo el recurso interpuesto contra la suspensión cautelar de la aprobación definitiva del Plan General de Enguera, la cual había sido supeditada a la obtención del informe de la Confederación Hidrográfica del Júcar. Pues bien, la sentencia afirma que “los daños y perjuicios derivan del hecho de que, sin informe de la Confederación, no puede decirse que exista agua; es decir, no se trata del defecto formal de falta de un informe, sino del problema material de existencia o no existencia de agua (...). De forma que, en definitiva, la aprobación del Plan se supedita a que exista agua, cosa que debe acreditarse en todo caso antes de otorgarse la aprobación definitiva. Ésta puede supeditarse a la concurrencia de aspectos accesorios o complementarios, pero no a la vital e imprescindible de la existencia de agua. Y ninguna duda cabe de que aprobar un Plan General sin que conste la real existencia de recursos hídricos puede originar daños y perjuicios de muy difícil reparación”.

(163) En esta línea, el ATSJ de la Comunidad Valenciana de 1 de marzo de 2007 (recurso 1003/2006; ponente: Narbón Laínez).

siderado un ordenamiento que garantice el cumplimiento del Derecho, por la sencilla razón de que el coste y la lentitud de la justicia, por un lado, y la ejecutividad de los actos de la Administración, por otro, permiten que muchos supuestos irregulares no accedan a los órganos judiciales o que cuando lo hagan obtengan una resolución tardía e inejecutable. Reglas claras, concluyentes y estrictas no impiden totalmente estas situaciones, pero sí que pueden permitir reducirlas y, sobre todo, evidenciar de forma manifiesta prácticas administrativas contrarias a Derecho que por su propio contenido exterioricen con rotundidad actitudes desviadas y prevaricadoras.

**I. DERECHO COMUNITARIO****Sumario:**

**1. Introducción. 2. Principios generales. 3. Fuentes. 4. Recursos.** A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) y C) Recurso por responsabilidad extracontractual y responsabilidad del estado por incumplimiento del Derecho comunitario. D) Cuestiones prejudiciales. E) Medidas cautelares. **5. Mercado interior.** A) Libre circulación de mercancías. B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento. a) Libre prestación de servicios. b) Libertad de establecimiento. C) Libre circulación de trabajadores. D) Libre circulación de capitales.

**1. INTRODUCCIÓN**

La jurisprudencia del TJCE 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.

En las anteriores crónicas de esta revista hemos venido refiriéndonos a los sucesivos procesos de ratificación del tratado de Lisboa por parte de los Estados miembros. Como es sabido, para entrar en vigor, el Tratado de Lisboa debe ser ratificado por todos los Estados miembros. Hasta ahora lo han hecho 26 de los 27 estados de la Unión. Irlanda tiene previsto celebrar un nuevo referéndum el próximo 2 de octubre de 2009, y los indicios auguran una respuesta positiva esta vez. Los sondeos sitúan actualmente el “sí” en un 54%, puesto que los 27 Estados miembros aceptaron las garantías jurídicas relativas a la neutralidad militar y el régimen fiscal irlandés. Además, la recesión económica, que afecta especialmente a Irlanda, incita a los irlandeses a aceptar este Tratado por el interés del país, lo que permitiría desbloquear definitivamente la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

La enésima traba en el proceso de aprobación del Tratado de Lisboa ha venido esta vez de Alemania. El 30 de junio de 2009, como ya sucediera en 1992 con el Tratado de Maastricht, el Tribunal Constitucional alemán suspendió el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa, al solicitar una ley de acompañamiento para garantizar los derechos del Parlamento alemán. El Bundestag se reunió en urgencia el 26 de agosto para adoptar, el 8 de septiembre, este texto de acompañamiento.

Asimismo debemos congratularnos por la decisión del parlamento de Islandia tomada el 16 de julio de 2009 por mayoría absoluta, de solicitar su adhesión a la Unión Europea como miembro de pleno Derecho. No obstante, la adhesión deberá someterse a referéndum a los islandeses después de las negociaciones con la UE. Como miembro del Espacio Económico Europeo (EEE) y signatario del convenio de Schengen, Reikiavik ya aplica una gran parte de la reglamentación europea. Dado que este país forma parte del Espacio Económico Europeo, su incorporación es bastante probable que tenga lugar el 1 de enero de 2011.

## 2. PRINCIPIOS GENERALES

En el asunto C-12/08, resuelto por la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009, se le planteó al Tribunal por el órgano jurisdiccional remitente si resulta compatible con los derechos fundamentales, en particular con el derecho a una tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 6 del CEDH, un sistema en el que el derecho individual de los trabajadores a ejercer una acción para que se controle el cumplimiento de las obligaciones de información y de consulta establecidas en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, está limitado en cuanto a las imputaciones que pueden formularse y está supeditado a la notificación previa de objeciones por los representantes de los trabajadores y por la comunicación previa al empresario, por el trabajador afectado, de que impugna la regularidad del procedimiento de información y de consulta.

A este respecto, el Tribunal recordó, en primer lugar, que el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho comunitario, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH, y que, por otra parte, ha sido reafirmado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza (véanse, en particular, las Sentencias de 13 de marzo de 2007, **Unibet**, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 37, y de 3 de septiembre de 2008, **Kadi y Al Barakaat International Foundation/ Consejo y Comisión**, C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. p. I-0000, apartado 335).

Por otra parte, es jurisprudencia reiterada que, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, si bien los Estados miembros tienen la responsabilidad de garantizar, en cada caso, una protección efectiva de estos derechos (véase la Sentencia de 15 de abril de 2008, **Impact**, C-268/06, Rec. p. I-2483, apartados 44 y 45 y jurisprudencia citada).

Para el Tribunal, incumbe al Derecho nacional determinar la legitimación y el interés de un justiciable para ejercitar una acción judicial, si bien el Derecho comunitario exige, no obstante, además de que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad, que la normativa nacional no vulnere el derecho a una tutela judicial efectiva (véanse en este sentido, en particular, las Sentencias de 11 de julio de 1991, **Verholen y otros**, C-87/90 a C-89/90, Rec. p. I-3757, apartado 24; de 11 de septiembre de 2003, **Safalero**, C-13/01, Rec. p. I-8679, apartado 50, y **Unibet**, antes citada, apartado 42).

## I. Derecho Comunitario

Con respecto al derecho de información y de consulta establecido en la Directiva 98/59, el Tribunal entiende que dicho derecho está concebido en beneficio de los trabajadores como colectivo y, por ende, posee una naturaleza colectiva. El hecho de que el artículo 6 de la Directiva 98/59 permita a los Estados miembros establecer procedimientos a favor de los trabajadores a título individual no puede cambiar la naturaleza colectiva de dicho derecho. En estas circunstancias, un sistema nacional, como el controvertido en el litigio principal, que prevé a favor de los representantes de los trabajadores un procedimiento que les permite exigir el control del cumplimiento por el empresario del conjunto de las obligaciones de información y de consulta enunciadas en la Directiva 98/59 y que, además, reconoce en beneficio del trabajador un derecho individual a ejercer una acción, supeditándolo a límites y requisitos específicos, puede garantizar una tutela judicial efectiva de los derechos colectivos consagrados en dicha Directiva en materia de información y de consulta.

Por otra parte, en la Sentencia citada de 16 de julio de 2009 el Tribunal declara que el artículo 2 de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que, como el artículo 66, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley belga de 1998, considerado aisladamente, puede reducir las obligaciones de información y de consulta del empresario que desee proceder a despidos colectivos con respecto a las obligaciones establecidas en dicho artículo 2.

En estas circunstancias, incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el artículo 66, apartado 1, párrafo segundo, de la Ley de 1998 puede interpretarse en el sentido de que dicha disposición, al remitirse al convenio colectivo núm. 24, no exime al referido empresario del deber de cumplir el conjunto de las obligaciones establecidas en el artículo 2 de la Directiva 98/59.

Ahora bien, a este respecto, es cierto que, según jurisprudencia reiterada, una directiva no puede, por sí sola, imponer obligaciones a un particular y no puede, por tanto, ser invocada, como tal, contra dicha persona, de modo que incluso una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares no puede aplicarse como tal en el marco de un litigio en el que sólo se enfrentan particulares (véase, en este sentido, la Sentencia de 5 de octubre de 2004, **Pfeiffer y otros**, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apartados 108 y 109).

Sin embargo, al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a interpretarlo, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue y, por lo tanto, a atenerse al artículo 249 CE, párrafo tercero (véase, en este sentido, la Sentencia **Pfeiffer y otros**, antes citada, apartado 113).

Esta obligación de interpretación conforme afecta al conjunto de disposiciones del Derecho nacional y tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en el de seguridad jurídica, en el sentido de que no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional (véanse, en este sentido, las Sentencias de 8 de octubre de 1987, **Kolpinghuis Nijmegen**, 80/86, Rec. p. 3969, apartado 13; de 4 de julio de 2006, **Adeneler y otros**, C-212/04, Rec. p. I-6057, apartado 110; Impact, antes citada, apartado 100, y de 23 de abril de 2009, **Angelidaki y otros**, C-378/07, Rec. p. I-0000, apartado 199).

El principio de interpretación conforme del Derecho nacional, impuesto de este modo por el Derecho comunitario, requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede éste ser objeto de una aplicación

que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la Directiva controvertida (véase, en este sentido, la Sentencia Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 115).

A este respecto, si el Derecho nacional, mediante la aplicación de los métodos de interpretación reconocidos por éste, permite, en determinadas circunstancias, interpretar una disposición del ordenamiento jurídico interno de tal manera que se evite un conflicto con otra norma de Derecho interno o reducir con este fin el alcance de dicha disposición aplicándola sólo en la medida en que resulte compatible con la referida norma, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de utilizar los mismos métodos con objeto de alcanzar el resultado perseguido por la directiva controvertida (véase la Sentencia Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 116).

Para el TJCE, en el caso de autos, el referido principio requiere, por tanto, que el órgano jurisdiccional remitente garantice, en el marco de sus competencias y tomando en consideración el conjunto de normas del Derecho nacional, la eficacia de la Directiva 98/59, a fin de evitar que las obligaciones que debe cumplir el empresario que desee proceder a despidos colectivos se reduzcan con respecto a las establecidas en el artículo 2 de dicha Directiva.

### 3. FUENTES

Ninguna novedad puede destacarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el período de referencia a que se circunscribe este número de la Revista Justicia Administrativa.

Con todo, pueden citarse las SSTJCE de 19 de mayo de 2009, As. C-313/08, **Comisión c. Italia**, y de 16 de julio de 2009, As. C-574/08, **Comisión c. Bélgica**, que reiteran el momento en el que debe constatar 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. Así, los citados pronunciamientos señalan (en sus Fundamentos 12 y 9, respectivamente):

“(…) l’existence d’un manquement doit être appréciée en fonction de la situation de l’État membre telle qu’elle se présentait au terme du délai fixé dans l’avis motivé, et les changements intervenus par la suite ne sauraient être pris en compte par la Cour”.

### 4. RECURSOS

#### **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 el recurso por omisión, el recurso de anulación, la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario.

### D) Cuestiones prejudiciales

En los últimos tres meses, el Tribunal de Justicia ha mantenido una innegable línea de continuidad en la que viene siendo su “reiterada jurisprudencia” sobre las cuestiones prejudiciales y las medidas cautelares. Ahora bien, ello no quiere decir que, al menos en parte y en lo que concierne a las cuestiones prejudiciales, no existan algunas puntualizaciones o precisiones (p. ej., si existe o no posibilidad de réplica por las partes a las conclusiones de los Abogados Generales en este tipo de procedimientos), que merecen nuestra atención y nuestro comentario.

Los motivos de inadmisibilidad, la competencia del propio Tribunal de Justicia y alguna que otra cuestión relativa a las reglas de procedimiento han sido las temáticas que han ocupado la atención de la Curia comunitaria durante el período que comprende esta crónica.

Así es, en primer lugar y por enésima vez, el Alto Tribunal europeo se ha ocupado de precisar cuáles son las razones por las que una cuestión prejudicial puede ser inadmitida; partiendo de la base –por todos conocida– de que en este tipo de procedimientos la regla es la de la admisión, debido a su naturaleza declaradamente cooperativa.

De hecho, y según la reiterada jurisprudencia de la Corte comunitaria, en el marco de un procedimiento prejudicial (de los previstos en el artículo 234 del TCE), corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional interno, que conoce el litigio principal, apreciar tanto la necesidad como la pertinencia del planteamiento de una decisión de esta naturaleza para poder dictar sentencia. Por consiguiente, cuando las cuestiones suscitadas guarden relación con la interpretación o la validez del Derecho Comunitario, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas está, en principio, obligado a pronunciarse.

No obstante lo anterior, el propio “éxito” del mecanismo prejudicial ha hecho que, desde principios de los años noventa, la Curia comunitaria haya restringido en cierta medida su uso. Y lo ha hecho reconociendo la existencia de una serie de supuestos cuya concurrencia consiente que, excepcionalmente, el Tribunal de la Unión se niegue a responder a la cuestión o cuestiones planteadas por un órgano jurisdiccional interno. Estos supuestos, según ha establecido la reiterada también jurisprudencia del Tribunal, son: a) que la cuestión planteada no guarde relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal; b) que el problema sea de naturaleza hipotética; y c) que a la Corte europea no le sean facilitados los elementos de hecho, o de Derecho, necesarios y suficientes en el escrito de remisión para responder, de manera útil, a la cuestión o cuestiones planteadas.

Desde entonces, y hasta ahora, estas circunstancias han pasado a configurar los llamados: “motivos de inadmisión” prejudicial. Motivos que, con relativa frecuencia, son invocados por las partes en los procedimientos prejudiciales cuando alguna de ellas pretende impedir su ordinaria terminación. Ahora bien, el Tribunal de Justicia –con idéntica periodicidad– se ha visto obligado a precisar su exacto alcance y significado, so pena de que la reiterada apelación de aquellos motivos pueda convertir la regla (admisibilidad) en excepción (inadmisión). Buena prueba de ello lo son la STJCE de 23 de abril de 2009, *Rüffler*, As. C-544/07; la STJCE de la misma fecha, *Angelidaki y otros*, As. Ac., C-378/07, C-379/07 y C-380/07, y la STJCE también de 23 de abril de 2009, *VTB-VAB*, As. Ac., C-261/07 y C-299/07.

En efecto, en la primera de ellas, el Gobierno polaco duda de la admisibilidad de la cuestión planteada, pues, a su juicio, concurren dos de los anteriores motivos de inadmisión. A saber: 1) que el escrito de remisión no expone de modo suficiente el contexto fáctico y jurídico del

litigio (vid., apdos. 30 a 32 de la sentencia); y 2) que la cuestión planteada resulta innecesaria o hipotética (apdos. 33 a 35).

En cambio, el parecer del Tribunal de Justicia es otro bien distinto. Así es, luego de recordar la regla general de la admisión (apdos. 36 y 37 de la antedicha sentencia), así como los motivos que la exceptúan (apdo. 38), la Corte comunitaria estima, de una parte, que de la cuestión planteada se desprende "... claramente..." que el litigio principal y la duda prejudicial fruto de él se refieren al derecho a deducir de un concreto impuesto polaco una serie de cotizaciones por razones de enfermedad fundamentadas en el Derecho Comunitario (apdo. 39 de la sentencia); y, de otra parte (apdos. 41 y 42), que el Tribunal está "... suficientemente informado..." sobre el estatus jurídico del demandante en el proceso principal (el Sr. Rüffler), así como de la naturaleza de las anteriores cotizaciones, lo que le permite responder eficazmente al órgano jurisdiccional nacional.

A la luz de lo anterior (apdos. 43 y 44 de la sentencia), y en opinión de la Curia comunitaria, no resulta evidente que la interpretación solicitada no tenga relación con el litigio principal; que el problema sea hipotético; o que no disponga de los elementos de hecho, o de Derecho, necesarios para dar una respuesta útil a la cuestión suscitada. En consecuencia: procede declarar la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada.

En términos parecidos y a una conclusión idéntica llega el Tribunal de Justicia en la segunda de las sentencias antes citadas. En efecto, en los asuntos acumulados C-378/07, C-379/07 y C-380/07, y en contra de los motivos de inadmisión invocados, tanto por el Gobierno helénico como por la Comisión Europea (en el primer caso por reputar hipotética la cuestión planteada y en el segundo por carecer ésta de objeto, vid., apdos. 46 a 53 de la sentencia), la Corte comunitaria considera, de un lado, que la cuestión no puede entenderse hipotética por el mero hecho de que el órgano nacional o interno haya, supuestamente, equivocado el marco normativo de referencia, ya que, más allá de este dato: "... el examen de las presentes cuestiones debe realizarse partiendo del punto de vista de la interpretación del Derecho nacional..." que resulta del Derecho Comunitario. De otro lado, y a juicio siempre del Tribunal de Justicia, las cuestiones planteadas no pueden considerarse en modo alguno desprovistas de objeto, dado que expresan la duda (en el caso concreto del juez nacional griego e italiano) de si las previsiones de un Acuerdo Marco comunitario se aplican, o no, a los litigios principales (vid., apdo. 55 de la sentencia) de los que están conociendo.

Por todo ello, el Tribunal de Justicia no estima demostrado que la cuestión-cuestiones planteadas no guarden relación con la realidad, o que el objeto de los litigios sometidos a su enjuiciamiento tengan un carácter meramente hipotético (apdo. 57 de la sentencia). En tales circunstancias, no procede sino considerar admisibles las cuestiones remitidas.

La tercera y última de las sentencias, en las que el Tribunal de Justicia ha tratado el argumento de los motivos de inadmisión, es la que decide los asuntos acumulados C-261/07 y C-299/07. En esta sentencia, en efecto, algunas de las partes en el procedimiento (en concreto VTB, el Gobierno belga y el español) ponen en duda la admisibilidad de las cuestiones presentadas, dado que versan —en todos los casos— sobre normas de Derecho interno dictadas con carácter previo a la entrada en vigor de la disposición comunitaria reseñada por los jueces nacionales (vid. apdos. 29 y 30 de la sentencia) en sus escritos de remisión.

## I. Derecho Comunitario

La opinión del Tribunal de Justicia, en cambio, es que el anterior no es motivo bastante para calificar la cuestión de hipotética y, en su consecuencia, declarar su inadmisibilidad, y ello con base en el siguiente argumentario. En primer lugar (apdos. 34 a 37 de la sentencia), porque las normas de Derecho interno a las que aluden los órganos judiciales nacionales no fueron derogadas, ni tan siquiera modificadas, por otras normas internas posteriores, siendo así que continúan estando en vigor. Y, en segundo lugar (apdos. 38 y 39), porque las propias autoridades nacionales consideraron, inicialmente, que estas disposiciones preexistentes resultaban suficientes para garantizar la adaptación del Derecho interno a la directiva controvertida, lo que ha puesto en duda la denominada: “obligación de abstención”. Una obligación que pesa sobre los Estados de la Unión y que comporta que éstos, durante el plazo de adaptación del Derecho interno a esta u otra directiva, deben guardarse de dictar normas u otras disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado querido por aquélla.

En vista de todo lo expuesto (apdos. 40 y 41 de la sentencia), el pronunciamiento prejudicial resulta útil y, por lo mismo, admisible, pues versa sobre disposiciones primordiales de una directiva comunitaria que, en opinión de los órganos jurisdiccionales remitentes, es necesario interpretar para poder resolver los asuntos principales.

Ahora bien, como ya hemos señalado al comienzo, no sólo los motivos de inadmisión han ocupado el tiempo del Tribunal de Justicia. La Corte comunitaria, efectivamente, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de su competencia, así como sobre otros aspectos de índole procedimental; como lo son, en particular, el atinente a la reapertura de la fase oral del procedimiento o a la existencia de posibilidad de réplica a las conclusiones del Abogado General.

En cuanto a lo primero, esto es, el alcance de su propia competencia, el Tribunal de Justicia, como parte de la STJCE de 25 de junio de 2009, *Roda Golf & Beach Resort, As. C-14/08* (que tiene su origen en una petición prejudicial formulada por un órgano jurisdiccional español: el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de San Javier, Murcia), ha tenido oportunidad de responder a dos delicadas cuestiones, como lo son: a) si un juez, cuyas decisiones pueden ser objeto de ulterior recurso conforme a las leyes procesales internas, está facultado para plantear una cuestión prejudicial (apdo. 24 de la sentencia) relativa al Título IV del TCE; y b) si la resolución de un recurso por ese mismo juez frente a un acto adoptado por un secretario judicial reviste naturaleza de litigio y, por tanto, puede considerarse manifestación del ejercicio de su función jurisdiccional o no (apdo. 31 de la sentencia).

A la primera incógnita (apdos. 25 a 29 de la STJCE de 25 de junio de 2009, *Roda Golf & Beach Resort, As. C-14/08*), la Corte comunitaria ha respondido, en este caso concreto, afirmativamente. Y decimos “en este caso concreto” porque, en rigor y conforme al artículo 68 del TCE, sólo los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso pueden hacer uso del mecanismo prejudicial previsto en el artículo 234 del mismo Tratado; algo que, en principio, estaría vetado al órgano remitente en el caso de autos, pues estamos en presencia de un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, cuyas resoluciones son revisables ante instancias superiores.

Ocurre, sin embargo y como estrictamente ha evidenciado el Tribunal de Justicia, que en este caso concreto, donde un juez interno debe decidir acerca de la negativa de un secretario judicial a dar traslado de un documento a destinatarios establecidos en un tercer Estado (Reino Unido e Irlanda), no está del todo claro si dicha decisión es susceptible o no de recurso. Y ello, según ha recogido también el Abogado General en sus conclusiones (punto 41), porque en

España existe una cierta "... heterogeneidad..." jurisprudencial a este respecto, así como una importante "... controversia académica..." (vid., apdo. 28 de la sentencia).

Es por ello que, sólo en estas circunstancias, la Corte comunitaria ha admitido a trámite la cuestión prejudicial remitida, respondiendo positivamente a la pregunta de si un órgano jurisdiccional interno cuyas previsiones no se sabe con certeza si pueden ser, o no, objeto de recurso tiene competencia para conocer de una cuestión prejudicial atinente a una disposición fundada en el Título IV del TCE. Lo cual, dicho sea de paso, significa que el Tribunal de Justicia interpreta restrictivamente el alcance de la previsión contenida en el artículo 68 del TCE, permitiéndonos colegir que, en caso de duda, las cuestiones prejudiciales remitidas por este tipo de órganos y respecto de esta clase concreta de materias podrán ser admitidas.

En cuanto a la segunda incógnita planteada, es decir, si la resolución de un recurso por ese mismo juez frente a un acto adoptado por un secretario judicial reviste naturaleza de litigio y, por tanto, puede considerarse manifestación del ejercicio de su función jurisdiccional o no (apdo. 31 de la sentencia), el Tribunal de Justicia responde, asimismo, de forma afirmativa. Ello se debe, en opinión de la Curia comunitaria (apdos. 32 a 38 de la sentencia), a que en este caso específico el juez no está tramitando y resolviendo un expediente administrativo (como sostiene la Comisión), ni su actuación lo es en calidad de autoridad administrativa. Antes al contrario: el juez que sustancia un recurso de apelación contra una resolución de un tribunal inferior competente para la llevanza de un registro que deniega una solicitud de inscripción "... conoce de un litigio y realiza una función judicial..." (apdo. 36 de la sentencia). Conforme a esta lógica (apdo. 39), el juez remitente (Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de San Javier) está haciendo un uso legítimo del mecanismo prejudicial y, por tanto (apdo. 40), el Tribunal de Justicia debe declararse para responder a las cuestiones planteadas por aquél.

En lo que se refiere, por último, a las sentencias de la Corte comunitaria en las que se han enfrentado aspectos de naturaleza procedimental, no podemos dejar de señalar la STJCE de 23 de abril de 2009, TNT Post UK, As. C-357/07 y la STJCE de 2 de julio de 2009, **Bavaria y Bavaria Italia**, As. C-343/07.

En la primera de ellas, el Tribunal de Justicia aborda el argumento de la posibilidad de reapertura de la fase oral del procedimiento. Y lo hace (apdo. 22 de la sentencia) recordando que, según su reiterada jurisprudencia, aquél puede ordenar de oficio o a propuesta del Abogado General, o de las partes, la reapertura de la fase oral de un asunto de índole prejudicial, conforme al artículo 61 de su Reglamento de procedimiento. Pero que ello sólo es posible cuando el propio Tribunal no se considere suficientemente instruido o cuando el asunto deba dirimirse con base en una alegación que no haya sido debatida entre las partes.

Pues bien (apdo. 23 de la sentencia), según el Tribunal de justicia, los hechos del asunto principal y el funcionamiento del mercado postal en el Reino Unido fueron explicados detalladamente por el órgano jurisdiccional remitente y comentados en las observaciones escritas y orales presentadas ante el propio Tribunal de Justicia. En consecuencia, la Curia comunitaria considera que dispone de todos los elementos necesarios para responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente y, así también, que debe desestimar la solicitud de reapertura de la fase oral del procedimiento (apdo. 25 de su resolución).

En la STJCE de 2 de julio de 2009, **Bavaria y Bavaria Italia**, As. C-343/07, en cambio, el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre una petición ciertamente inusual: la de dos de las par-

## I. Derecho Comunitario

tes en este procedimiento (Bavaria y Bavaria Italia) de poder presentar escrito de réplica a las conclusiones que había formulado el Abogado General (apdo. 31 de la sentencia). Pues bien, la respuesta de la Corte comunitaria a esta petición es negativa y lo es por un doble motivo.

En primer lugar (apdo. 32 de la sentencia), porque lo cierto es que ni el Estatuto del Tribunal de Justicia, ni su Reglamento de Procedimiento, prevén la posibilidad de que las partes “repliquen” a las conclusiones presentadas por el Abogado General. De modo que, según la jurisprudencia de la Corte, debe rechazarse de plano toda solicitud que persiga este fin.

A ello se añade, en segundo término (apdo. 33 de la sentencia), que aun en el caso de que se considerara que las recurrentes en el litigio principal lo que pretendían era reabrir la fase oral del procedimiento, la conclusión hubiese sido idéntica. En efecto, conviene recordar que, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia puede ordenar de oficio o a propuesta del Abogado General, o de las partes, la reapertura de la fase oral del procedimiento prejudicial –como ya antes se ha apuntado–, no lo es menos que sólo puede hacerlo si considera que no está suficientemente instruido o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes; algo que, en el caso de autos, no se verifica. Téngase en cuenta que el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, ha considerado en este supuesto que ya dispone de todos los elementos necesarios para responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente y que dichos elementos ya han sido debatidos ante él.

En vista de lo anterior, cabe afirmar que las solicitudes de las partes de presentar un escrito de réplica a las conclusiones del Abogado General en el seno de un procedimiento prejudicial serán, por lo general, rechazadas.

### E) Medidas cautelares

Ni en las sentencias pronunciadas por la Corte comunitaria en el período que comprende esta crónica, ni en las conclusiones de los Abogados Generales previas a ellas, se ha hecho alusión alguna a las medidas cautelares digna de ser mencionada. Así las cosas, cualquier comentario a este respecto resulta ocioso y el contenido de este epígrafe debe quedar vacante.

## 5. MERCADO INTERIOR

### A) Libre circulación de mercancías

En el período objeto de análisis (del 25 de mayo al 30 de julio de 2009), tan solo se ha dictado una sentencia en esta materia. Se trata de la STJCE (Sala Segunda) de 4 de junio de 2009, Pometon (asunto C-158/08), en el que se resuelve una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del reglamento comunitario antidumping. La cuestión se planteó en relación con la importación, declarada en régimen de perfeccionamiento activo, de lingotes de magnesio en bruto originarios y procedentes de China. Pues bien, entre 1998 y 2001, la empresa italiana POMETON SpA importaba de la sociedad vinculada POMETON doo, con domicilio social en Sezana (Eslovenia) lingotes de magnesio en bruto originarios y procedentes de China, cuya importación a la Comunidad habría dado lugar a la aplicación de un derecho *antidumping* con arreglo al Reglamento (CE) núm. 2402/98 del Consejo, de 3 de noviembre de 1998, por el que se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de magnesio en

bruto sin alear originarias de la República Popular de China y por el que se percibe definitivamente el derecho provisional impuesto. Este producto se importaba en el marco de contratos de elaboración por cuenta de POMETON doo, cliente establecido en un país tercero. Pometon SpA solicitó y obtuvo la sujeción de esta mercancía al régimen de perfeccionamiento activo con un período de suspensión de seis meses. POMETON SpA transformaba dicha mercancía en gránulos de magnesio, no sujetos a derechos antidumping, y luego la reexportaba a través del punto aduanero de Ferneti (Italia).

El Tribunal de Justicia ya declaró que la obligación de devolver una ventaja indebidamente percibida a través de una práctica irregular no viola el principio de legalidad. En efecto, esta obligación no constituye una sanción, sino la mera consecuencia de la constatación de que las condiciones exigidas para la obtención del beneficio resultante de la normativa comunitaria fueron creadas artificialmente, haciendo que la ventaja percibida fuera indebida y justificando, por consiguiente, la obligación de devolverla (S. de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke*, C-110/99).

Por ello, y respecto a las cuestiones que se sometían a su consideración, el Tribunal hace las siguientes declaraciones:

1ª) El artículo 13 del Reglamento (CE) núm. 384/96 del Consejo, de 22 de diciembre de 1995, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Comunidad Europea, no es aplicable si no existe una decisión del Consejo de la Unión Europea, adoptada a propuesta de la Comisión de las Comunidades Europeas, de extender la aplicación de los derechos antidumping a las importaciones procedentes de países terceros de productos similares o de partes de estos productos.

2ª) La operación consistente en limitarse a hacer atravesar la frontera a una mercancía tras su transformación en un producto no sujeto a derechos antidumping, sin intención real de reexportarla, y en reimportarla poco tiempo después, no puede acogerse legítimamente al régimen de perfeccionamiento activo. El importador que se haya acogido irregularmente a este régimen y se haya aprovechado de él está obligado a pagar los derechos correspondientes a los productos de que se trate, sin perjuicio, en su caso, de las sanciones administrativas, civiles o penales previstas por la legislación nacional. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional la competencia para apreciar si la operación controvertida en el asunto principal debe o no considerarse irregular a la vista del Derecho comunitario.

## **B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento**

### **a) Libre prestación de servicios**

En el período analizado (del 25 de mayo al 30 de julio de 2009), tan sólo se ha dictado un fallo del TJCE en la materia, resolutorio de dos asuntos acumulados. Nos referimos a la STJCE (Sala Cuarta) de 11 de junio de 2009, *E.H.A. Passenheim-van Schoot* (asuntos acumulados C 155/08 y C 157/08). El concreto supuesto de hecho se plantea en relación con las liquidaciones complementarias del Impuesto sobre la Renta practicadas por la Administración fiscal neerlandesa tras descubrir activos poseídos en otro Estado miembro y rendimientos obtenidos de tales activos que habían sido ocultados.

## I. Derecho Comunitario

El Derecho comunitario tiene establecido el intercambio de información fiscal entre los Estados miembros en la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos. Por su parte, la Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, regula la fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

Los dos supuestos de hecho enjuiciado son muy similares, y tienen en común la puesta de manifiesto de fuentes de riqueza que hasta entonces habían permanecido ocultas para la Hacienda holandesa. En el asunto C-155/08, la Inspección especial tributaria de Bélgica proporcionó información a la Administración tributaria neerlandesa sobre las cuentas financieras abiertas en el Kredietbank Luxembourg, banco establecido en Luxemburgo, a nombre de una serie de personas residentes en los Países Bajos. En el asunto C-157/08, la Sra. Passenheim-van Schoot, tras el fallecimiento de su esposo y por su propia iniciativa, comunicó a la Administración tributaria neerlandesa toda la información referente a los activos administrados por un banco establecido en Alemania, pertenecientes a ella y a su difunto marido. Estos activos nunca habían sido mencionados hasta entonces en las declaraciones de ambos relativas al impuesto sobre la renta, al impuesto sobre el patrimonio y a sus cotizaciones de seguridad social.

El artículo 49 TCE se opone a la aplicación de toda normativa nacional que tenga por efecto hacer más difíciles las prestaciones de servicios entre Estados miembros que las prestaciones puramente internas de un Estado miembro (SS. de 28 de abril de 1998, **Safir** C-118/96; de 4 de marzo de 2004, **Comisión/Francia**, C-334/02, y de 11 de septiembre de 2007, **Comisión/Alemania**, C-318/05). Además, constituyen en particular restricciones a los movimientos de capitales, en el sentido del artículo 56.1 CE las medidas impuestas por un Estado miembro que puedan disuadir a sus residentes de solicitar préstamos o realizar inversiones en otros Estados miembros (S. de 26 de septiembre de 2000, **Comisión/Bélgica**, C-478/98).

El Tribunal es contundente y da por válidas las actuaciones de la Hacienda holandesa, por encima incluso del secreto bancario. Para el Tribunal:

1) Los artículos 49 y 56 TCE no se oponen a que, cuando los activos procedentes del ahorro y los rendimientos que de ellos se obtienen se ocultan a las autoridades tributarias de un Estado miembro, y éstas no disponen de indicio alguno sobre su existencia que les permita iniciar una investigación, dicho Estado miembro aplique para proceder a la liquidación complementaria un plazo que es mayor cuando estos activos se poseen en otro Estado miembro que cuando se poseen en el primer Estado miembro. A este respecto, carece de relevancia que ese otro Estado miembro aplique el secreto bancario.

2) Asimismo, los artículos 49 y 56 TCE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, cuando un Estado miembro aplica un plazo para la liquidación complementaria que es mayor en el caso de los activos poseídos en otro Estado miembro que en el de los activos poseídos en ese primer Estado miembro, y cuando esos activos extranjeros y los rendimientos que de ellos se obtienen se ocultan a las autoridades tributarias del primer Estado miembro, las cuales no disponen de indicio alguno sobre su existencia que les permita iniciar una investigación, la multa impuesta por la ocultación de dichos activos y rendimientos extranjeros se calcule de forma proporcional al importe de la liquidación complementaria y de acuerdo con este período más largo.

**b) Libertad de establecimiento**

En el período analizado (del 25 de mayo al 30 de julio de 2009), también ha habido únicamente un fallo del Tribunal sobre esta materia. Se trata de la STJCE (Sala segunda), de 4 de junio de 2009, **Comisión contra Grecia** (asunto C-568/07), que no es sino la continuación de una sentencia condenatoria ya firme. En esta sentencia se condena (nuevamente) a Grecia por incumplir una sentencia del propio Tribunal. En concreto, y a pesar de que Grecia levantó las trabas que existían (y por las que ya fue condenada) para el establecimiento libre de otros ciudadanos comunitarios como titulares de negocios de óptica, esa derogación se hizo manteniendo una única incompatibilidad con el fallo judicial anterior, en particular que la mayoría de los socios de una sociedad que explote un comercio de artículos de óptica deberán ser ópticos y, en lo que se refiere a las sociedades anónimas, que por lo menos el 51% del capital social sea propiedad de ópticos.

Por ello, el Tribunal declara que Grecia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 228.1 TCE, al no haber adoptado, en la fecha en que expiró el plazo señalado en el dictamen motivado emitido por la Comisión de las Comunidades Europeas en virtud del artículo 228 TCE, todas las medidas necesarias para la ejecución de la Sentencia de 21 de abril de 2005, **Comisión/Grecia** (C-140/03), la cual versaba también sobre libertad de establecimiento y que fue comentada en el número 28 de esta Revista (julio de 2005), págs. 54-55. La condena supone además la obligación de abonar una cantidad a tanto alzado de un millón de euros en la cuenta “Recursos propios de la Comunidad Europea”, rechazando no obstante la imposición de una multa coercitiva que había sido pedida por la Comisión.

**C) Libre circulación de trabajadores**

- a) Igualdad de trato.
- b) Reconocimiento de títulos.

**D) Libre circulación de capitales**

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre libre circulación de trabajadores y libre circulación de capitales.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

LUIS F. MAESO SECO

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA

JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

## II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS

### Sumario:

**1. Introducción. 2. Procesos constitucionales.** A) Recurso de inconstitucionalidad. B) Cuestión de inconstitucionalidad. C) Recurso de amparo. a) Admisibilidad de la demanda [artículo 50.1.b) LOTC]: interpretación del criterio de admisión “especial trascendencia constitucional del recurso de amparo constitucional”. b) Admisibilidad de la demanda (artículo 49.1 LOTC): la carga de la prueba de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo recae sobre el recurrente. Esta justificación es un requisito insubsanable. Régimen transitorio. c) Plazo de interposición de la demanda (artículos 43.2 y 44 LOTC): el aumento del plazo para interponer recursos de amparo contra decisiones judiciales exige una diferenciación estricta respecto de los amparos contra actos administrativos. El plazo de interposición de los amparos mixtos es de 30 días. d) Plazo de interposición de la demanda y asistencia jurídica gratuita: la solicitud de asistencia jurídica gratuita por el recurrente en amparo no interrumpe el plazo de interposición del recurso si finalmente es asistido por un letrado de libre designación. Extemporaneidad del recurso de amparo y causa de inadmisión del artículo 50.1.a) LOTC. e) Suspensión de sentencias por interposición de recursos de amparo (artículo 56 LOTC): se mantiene inalterada la doctrina anterior a la reforma operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo. f) La legitimación para recurrir en amparo la decisión de un órgano del Congreso (artículo 42 LOTC) sólo la ostentan quienes numérica y nominalmente decidieron unirse para formar la oportuna agrupación de Diputados y vieron frustrada su pretensión. Recurso de amparo contra un acto sin valor de Ley emanado por un órgano de las Cortes (artículo 42 LOTC): denegación de legitimación activa de cuatro parlamentarios recurrentes por no ser las personas “directamente afectadas” [artículo 46.1.a) LOTC]; inadmisión del recurso [artículo 50.1.a) LOTC]. g) No se exige abstención del magistrado constitucional cuando la causa de parentesco por consanguinidad (artículo 219.2 LOPJ) sólo se presentó en el proceso judicial previo y no en el proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional. **3. Distribución de competencias.**

A) Ayudas públicas y competencias sobre medio ambiente, espacios naturales protegidos y fomento de la investigación (artículo 149.1.15ª y 23ª CE): corresponde a la Comunidad Autónoma regular el procedimiento de tramitación y gestionar las subvenciones para fomentar la investigación en los parques nacionales. B) Ayudas públicas y bases del régimen energético (artículo 149.1.25ª CE): corresponde a la Comunidad Autónoma regular el procedimiento de tramitación y gestionar las subvenciones para fomentar las energías renovables. C) Bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (artículo 149.1.18ª CE): corresponde a la Comunidad Autónoma establecer el régimen de incompatibilidades de los funcionarios interinos farmacéuticos. D) Competencia sobre defensa de la competencia (artículo 149.1.13ª CE): la Comunidad Autónoma no puede establecer límites temporales a las ventas con descuento.

## 1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica se analizan las Sentencias del Tribunal Constitucional de los meses de abril, mayo y junio de 2009 (desde la STC 87/2009, de 20 de abril, hasta la STC 163/2009, de 29 de junio de 2009). En este segundo trimestre del año 2009, el Tribunal Constitucional ha dictado 76 sentencias, de las cuales 52 han sido recursos de amparo, 22 cuestiones de inconstitucionalidad y 2 conflictos positivos de competencia.

En este trimestre el Tribunal Constitucional ha aplicado dos de los principios vertebradores de la LO 6/2007, de 24 de mayo, para la descarga de la agenda del Tribunal Constitucional. Por un lado, descentralizar la toma de decisiones que impliquen cuestiones más rutinarias o de mera aplicación de la doctrina constitucional asentada; por otro lado, la necesidad de que las cuestiones importantes o trascendentales sean decididas por los órganos más amplios del Tribunal. La aplicación de ambos principios rige, obviamente, para los casos planteados con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 6/2007, de 24 de mayo, pero también para los planteados con anterioridad, en virtud de su disposición transitoria primera.

Respecto a la descentralización en la toma de decisiones, en 18 de las 22 cuestiones de inconstitucionalidad dictadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.c) LOTC, el Pleno decidió deferir su resolución a las Salas. En el mismo sentido, el Pleno defirió la resolución de los dos conflictos positivo de competencias dictados en este período a las Salas, según el artículo 10.2 LOTC. Por último, en virtud del artículo 52.2 LOTC, las Salas del Tribunal han deferido a las Secciones la resolución de 7 de los 52 recursos de amparo dictados al entender que para ello es aplicable la doctrina constitucional asentada.

En cuatro ocasiones las Salas del Tribunal decidieron pronunciarse sobre la admisión a trámite de los recursos de amparo, de acuerdo con el artículo 11.2 LOTC (STC 155/2009, de 25 de junio, (FH 5); STC 132/2009, de 1 de junio (FH 7); STC 113/2009, de 11 de mayo (FH 5); STC 102/2009, de 27 de abril (FH 7); STC 91/2009, de 20 de abril (FH 7); y en la STC 155/2009, de 25 de junio, el Pleno recabó para sí el conocimiento del recurso de amparo

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

(FH 10) en virtud del artículo 10.1.n) LOTC. Esta última sentencia es la más importante del trimestre en la sección de procesos constitucionales porque avanza en la interpretación del criterio de admisión de la “especial trascendencia constitucional del recurso de amparo constitucional” del artículo 50.1.b) LOTC.

Otro aspecto de las reformas introducidas por la LO 6/2007, de 24 de mayo, que ha sido analizado este trimestre es la diferenciación de plazos de interposición de recursos de amparo, dependiendo de que la violación sea causa directa e inmediata de una decisión judicial, 30 días (artículo 44 LOTC), o de que la causa sea un acto administrativo *lato sensu*, 20 días (artículo 43.2 LOTC). Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en los Autos 175/2009, de 1 de junio (FJ 3º) y 172/2009, de 1 de junio (FJ 3º).

Acerca de la distribución de competencias, podemos destacar que el Tribunal constitucional ha resuelto dos conflictos positivos de competencias (SSTC 136/2009 y 138/2009) y cuatro cuestiones de inconstitucionalidad en las que se denunciaban vicios de incompetencia territorial (SSTC 87/2009, 106/2009, 135/2009 y 137/2009). En las SSTC 136/2009 y 138/2009 se utilizan como parámetro de control las Leyes Orgánicas 2/2007 y 5/2007, de reforma de los Estatutos de Autonomía de Andalucía y Aragón. En ambos casos, el TC señala que la reforma “no ha alterado sustancialmente el régimen de distribución de competencias en la materia a la que se refiere el presente proceso” (espacios naturales protegidos y régimen energético).

### 2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

#### A) Recurso de inconstitucionalidad

En este trimestre el Tribunal no ha dictado ningún recurso de inconstitucionalidad.

#### B) Cuestión de inconstitucionalidad

No hay doctrina novedosa sobre la cuestión de inconstitucionalidad en las sentencias dictadas este trimestre.

#### C) Recurso de amparo

##### a) Admisibilidad de la demanda [artículo 50.1.b) LOTC]: interpretación del criterio de admisión “especial trascendencia constitucional del recurso de amparo constitucional”

Tras dos años de su entrada en vigor, el Tribunal Constitucional da un paso más en la interpretación del nuevo trámite de admisión del recurso de amparo en la **STC 155/2009, de 25 de junio**. Por ello, de conformidad con el artículo 10.1.n) LOTC, el Pleno del Tribunal Constitucional recabó para sí el conocimiento de este recurso de amparo (FH 10).

El Alto Tribunal reconoce que en el nuevo artículo 50.1.b) LOTC se plasma la opción del legislador por “una nueva configuración del recurso de amparo”, en virtud de la habilitación que le otorga el artículo 161.1.b) CE en relación con el artículo 53.2 CE. De este modo, se pasa de un

recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas a los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptible de amparo a otro en el que “la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su “especial trascendencia constitucional”. (FJ 2º). Por tanto, para la admisión de un recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública amparable, sino que, además, es “indispensable” la especial trascendencia constitucional del recurso [artículo 50.1.b) LOTC]. A pesar de este requisito, el Tribunal insiste en que “el recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales” (FJ 2º).

A pesar de que, en virtud del artículo 49.1 *in fine* LOTC, la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso corresponde al recurrente (AATC 188/2008, de 21 de julio; 289/2008 y 290/2008, de 22 de septiembre) es el Tribunal quien debe apreciar en cada caso la existencia o inexistencia del criterio de la “especial trascendencia constitucional”. El carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de “especial trascendencia constitucional”, como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación del artículo 50.1.b) LOTC (importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”) conceden un amplio margen decisorio al Tribunal para estimar cuándo el contenido de un recurso justifica una decisión sobre el fondo y, por tanto, la admisión a trámite. En este sentido, el Tribunal decide dar una interpretación al requisito contenido en el artículo 50.1.b) LOTC haciendo una relación de casos en los que se pudiera apreciar esa “especial trascendencia constitucional”.

No obstante, el Tribunal Constitucional puntualiza que la relación que elabora *no debe ser entendida “como un elenco definitivamente cerrado* de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido” (FJ 2º).

El Tribunal considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los siguientes casos (FJ 2º):

- a) *Por nueva doctrina constitucional*: cuando un recurso plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto meramente apuntado en la STC 70/2009, de 23 de marzo.
- b) *Por cambios en la doctrina constitucional*: cuando un recurso dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna (del Tribunal), (circunstancia de esta STC 155/2009, de 25 de junio) o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el artículo 10.2 CE.
- c) *Por amparo contra leyes y reglamentos*: cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general.

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

d) *Por reiterada jurisprudencia ordinaria vulneradora de un derecho fundamental*: cuando la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución.

e) *Por incumplimiento de jurisprudencia constitucional e interés casacional de la misma*: cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros.

f) *Por negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional* (parece que el Tribunal reitera el test contenido en el apartado anterior): en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ).

g) *Cláusula de apertura*: cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados *amparos electorales o parlamentarios*.

Esta doctrina no ha tenido hasta el momento aplicación o desarrollo. En este trimestre el Tribunal sólo ha decidido un recurso de amparo planteado con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 6/2007, de 24 de mayo, y tras la STC 155/2009, de 25 de junio: la STC 163/2009, de 29 de junio. Sin embargo, la Sala Segunda no expone sus argumentos para la admisión a trámite. Esto puede ser debido a que la providencia de admisión a trámite fue dictada el 23 de septiembre de 2008, 9 meses antes de que el Pleno interpretara el concepto de “especial trascendencia constitucional”.

La interpretación del criterio “especial trascendencia constitucional” del artículo 50.1.b) LOTC llevada a cabo por la STC 155/2009, de 29 de junio, ofrece aspectos tanto positivos como negativos y mejorables. Entre los primeros, es necesario destacar que el contenido de fondo de este desarrollo ofrece guías útiles a los futuros recurrentes de amparo, y está en la línea de jurisprudencias más experimentadas en problemas de sobrecarga de agenda como el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfGE 90,22 y BVerfGE 96,245) y el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América. En este sentido, el Tribunal tiene en cuenta, por un lado, la dimensión material de esta trascendencia [primer y tercer criterio hermenéutico del artículo 50.1.b) LOTC] al conceder la oportuna relevancia al desarrollo de nueva doctrina constitucional, ya sea por inexistente o porque es necesario cambiarla [apartados a) y b) del FJ 2º]; por el otro, la dimensión procedimental [segundo criterio hermenéutico del artículo 50.1.b) LOTC] ya que el Tribunal otorga trascendencia a los cauces que aplicaron inconstitucionalmente los derechos fundamentales [apartados c), d) y e) del FJ 2º].

Sin embargo, hay aspectos importantes que se echan en falta en esta interpretación o son criticables. En primer lugar, el Tribunal no lleva a cabo un desarrollo dogmático o teórico que encuadrara la enumeración casuística que desarrolla el criterio. De esta manera, ofrecería elementos jurídicos más definitivos a los recurrentes para evaluar si sus pretensiones satisfacen el criterio de la especial trascendencia constitucional en aquellos casos que no encajaran en los supuestos enunciados. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional hace referencia a la aplicación incorrecta o inaplicación de la jurisprudencia constitucional por parte de la jurisdicción

ordinaria como criterio de admisión de un recurso de amparo [apartados d) y e) del FJ 2º]. Sin embargo, es obvio indicar que la doctrina constitucional puede ser ignorada o inaplicada por otros órganos públicos, principalmente los pertenecientes a la Administración, pudiendo incurrir en graves vulneraciones de derechos fundamentales, aunque quizá no con una repercusión general como la exigida por la cláusula de apertura enunciada en la letra g) del FJ 2º. Consecuentemente, es necesario interpretar de manera extensiva los supuestos expresados en las letras d) y e). En tercer lugar, el Tribunal no aborda en absoluto la cuestión de la función subjetiva del recurso de amparo como criterio de admisión, ya que los casos enunciados hacen referencia exclusiva a la función objetiva. De dejar así las cosas, el Alto Tribunal no salvaría la contradicción entablada entre el trámite de admisión del recurso, configurado a través de criterios de corte claramente objetivo, y su naturaleza tuteladora de derechos fundamentales, resaltada en esta misma sentencia (FJ 2º). Este aspecto concreto requiere de ulteriores y más elaboradas decisiones por parte del Alto Tribunal.

**b) Admisibilidad de la demanda (artículo 49.1 LOTC): la carga de la prueba de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo recae sobre el recurrente. Esta justificación es un requisito insubsanable. Régimen transitorio**

Se consolida la doctrina apuntada por los AATC 289/2008 y 290/2008, ambos de 22 de septiembre, de que la no justificación en la demanda por parte del recurrente de la especial trascendencia constitucional de la violación de un recurso de amparo es motivo de inadmisión insubsanable. El ATC 165/2009, de 25 de mayo, desestima el recurso de súplica del Fiscal sobre la inadmisión del recurso de amparo (artículo 50.3 LOTC) porque el recurrente “no ha ofrecido al Tribunal una argumentación en términos constitucionales” y menos ha justificado la especial trascendencia constitucional del recurso. En los AATC 166/2009 y 164/2009, de 25 de mayo; AATC 151/2009, 150/2009, 149/2009, de 14 de mayo, el Tribunal estima los recursos de súplica del Fiscal que defiende que sí se ha justificado la especial trascendencia constitucional de los recursos.

Sin embargo, conforme a la Disposición Transitoria Tercera de la LO 6/2007, de 24 de mayo, a los recursos de amparo interpuestos con anterioridad a su entrada en vigor, el 26 de mayo de 2007, no se les debe exigir los nuevos requisitos de los artículos 49 y 50 LOTC, principalmente la justificación por parte del recurrente de la especial trascendencia constitucional. Aunque parezca una afirmación obvia, en el ATC 127/2009, de 30 de abril (FJ único), el Tribunal Constitucional tuvo que estimar el recurso de súplica interpuesto por el Fiscal (artículo 50.3 LOTC) ante la inadmisión del recurso de amparo planteado el 13 de febrero de 2006 por no haber justificado el recurrente la especial trascendencia constitucional de su recurso.

**c) Plazo de interposición de la demanda (artículos 43.2 y 44 LOTC): el aumento del plazo para interponer recursos de amparo contra decisiones judiciales exige una diferenciación estricta respecto de los amparos contra actos administrativos. El plazo de interposición de los amparos mixtos es de 30 días**

Sobre el plazo de interposición del recurso de amparo se pronuncian los AATC 172/2009 y 175/2009, de 1 de junio. La diferenciación de plazos de interposición de recursos de amparo que ha establecido la LO 6/2007, de 24 de mayo, dependiendo de que la violación sea causa

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

directa e inmediata de una decisión judicial, 30 días (artículo 44 LOTC) o de que la causa sea un acto administrativo *lato sensu*, 20 días (artículo 43.2 LOTC), exige aún más “un tratamiento diferente y específico para cada supuesto” en función, por un lado, de “cuál sea el origen de la eventual lesión que pretende repararse y, por otro lado, de “a qué poder se impute la lesión del derecho fundamental aducido; en definitiva, en función de cuál sea el objeto concreto del proceso constitucional de amparo” (FJ 3º de ambas resoluciones).

En los llamados *amparos mixtos* que reúnen dos pretensiones diferenciadas y autónomas, una dirigida contra el acto administrativo y otra con la resolución judicial (STC 291/1985, de 8 de mayo, FJ 2º), el Tribunal sentencia, tras llevar a cabo una interpretación sistemática, que el plazo de interposición común a ambas pretensiones sería de treinta días (FJ 3º de ambas resoluciones).

### **d) Plazo de interposición de la demanda y asistencia jurídica gratuita: la solicitud de asistencia jurídica gratuita por el recurrente en amparo no interrumpe el plazo de interposición del recurso si finalmente es asistido por un letrado de libre designación. Extemporaneidad del recurso de amparo y causa de inadmisión del artículo 50.1.a) LOTC**

Por escrito registrado en el Tribunal Constitucional de 2 de enero de 2008, una Procuradora de los Tribunales solicitó la suspensión del plazo para interponer recurso de amparo contra el Auto del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2007 de la Sala de lo Penal, notificado el 14 de diciembre de 2007, que acordó no haber lugar a la admisión del recurso de casación formalizado contra la Sentencia de 15 de marzo de 2007, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimo Séptima, que condenó a aquél como autor de dos delitos de maltrato del artículo 153.1 y 2 del Código penal (CP) y de un delito de lesiones del artículo 147.1 CP. Del mismo modo solicitó que se remitiera comunicación al Il. Colegio de Abogados de Madrid a fin de que el recurrente obtuviera abogado adscrito al turno de oficio constitucional.

El 21 de enero, a través de diligencia de ordenación el Tribunal solicitó que en el plazo de 10 días so pena de inadmisión del recurso (artículo 49.4 LOTC) la Procuradora acreditara su designación por turno de oficio en la jurisdicción ordinaria. En contestación del requerimiento, la Procuradora remitió escrito al Tribunal el 1 de febrero concediendo la venia a otra compañera Procuradora para que la sustituyera, quien por escrito compareció ante el Tribunal el 7 de febrero de 2008, poniendo en conocimiento del Tribunal Constitucional la actuación bajo la dirección letrada de un abogado particular y no perteneciente al turno de oficio. Dada la designación del abogado defensor, se solicitó el otorgamiento del plazo de 30 días hábiles para la formalización del recurso de amparo.

En consecuencia de todo ello, el Tribunal Constitucional el 10 de marzo de 2008 dicta providencia de inadmisión del recurso de amparo planteado por incurrir en defecto de extemporaneidad [artículo 50.1.a) LOTC]. El **ATC 158/2009, de 18 de mayo**, desestima el recurso de súplica del Fiscal sobre inadmisión del recurso de amparo.

El escrito inicial de 2 de enero solicitaba la suspensión del plazo para la interposición del recurso de amparo hasta tanto a aquél le fuera designado un abogado del turno de oficio. Sin embargo, el recurrente abandonó voluntariamente el cauce abierto para la asignación de abogado de turno de oficio y fuera ya de ese cauce decidió comparecer con Procurador y Letrado de libre designación (el 7 de febrero de 2008) y, por tanto, cuando había transcurrido sobradamente

el plazo para interponer el recurso de amparo contra la resolución que se notificó el 14 de diciembre de 2007. A juicio del Tribunal, el recurrente al instar la concesión de un plazo de 30 días hábiles para la formalización del recurso, pretendería de ese modo “la obtención de un plazo adicional, al intentar, en definitiva, que se iniciara nuevamente el cómputo del plazo legal establecido para la interposición del recurso de amparo. Habida cuenta de que ni se alega ni consta la existencia de impedimento alguno para que la comparecencia con el Letrado de libre designación se efectuara, con interposición efectiva del recurso de amparo, en tiempo hábil y de que se optó, en cambio, por anunciar la intención de recurrir y solicitar la designación de un abogado de oficio, no cabe sino concluir que el plazo de treinta días previsto en el artículo 44.2 LOTC caducó, incurriendo el recurso en la extemporaneidad apreciada en la providencia que aquí se recurre, pues no puede atribuirse eficacia para interrumpir dicho plazo a unas actuaciones que nada tienen que ver ya con la comparecencia del Letrado de libre designación” (FJ 2º).

**e) Suspensión de sentencias por interposición de recursos de amparo (artículo 56 LOTC): se mantiene inalterada la doctrina anterior a la reforma operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo**

El Tribunal Constitucional mantiene inalterada la doctrina sobre la suspensión de sentencias por la interposición de un recurso de amparo tras la nueva redacción del artículo 56 LOTC dada por la LO 6/2007, de 24 de mayo. De este modo, sigue manteniendo que “procederá, en principio, acordar la suspensión de resoluciones judiciales que afectan a bienes o derechos del recurrente de amparo de imposible o muy difícil restitución a su estado anterior” (ATC 171/2009, de 1 de junio; ATC 157/2009, de 18 de mayo; ATC 156/2009, de 18 de mayo; ATC 153/2009, de 18 de mayo; ATC 139/2009, de 11 de marzo; ATC 138/2009, de 11 de marzo).

**f) La legitimación para recurrir en amparo la decisión de un órgano del Congreso (artículo 42 LOTC) sólo la ostentan quienes numéricamente y nominalmente decidieron unirse para formar la oportuna agrupación de Diputados y vieron frustrada su pretensión. Recurso de amparo contra un acto sin valor de Ley emanado por un órgano de las Cortes (artículo 42 LOTC): denegación de legitimación activa de cuatro parlamentarios recurrentes por no ser las personas “directamente afectadas” [artículo 46.1.a) LOTC]; inadmisión del recurso [artículo 50.1.a) LOTC]**

La STC 98/2009, de 27 de abril, analiza un problema de legitimación sobre un recurso de amparo contra un acto sin valor de Ley emanado por un órgano de las Cortes. El 4 de febrero de 2004 catorce Diputados del Grupo Parlamentario Socialista, miembros de la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados, solicitaron a la Presidencia del Congreso de los Diputados la convocatoria de su Diputación Permanente a fin de que compareciese el Presidente del Gobierno con el objeto de que informase sobre determinados aspectos relacionados con la Guerra de Irak. La Mesa de la Diputación Permanente, en su reunión de 9 de febrero de 2004, acordó inadmitir a trámite la citada solicitud. Por nuevo escrito de fecha 10 de febrero

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

de 2004 los mismos catorce Diputados que en su día suscribieron la citada iniciativa parlamentaria solicitaron la reconsideración de esta decisión de la Mesa. Por nueva resolución de 11 de febrero de 2004 la Mesa de la Diputación Permanente acordó desestimar la citada solicitud de reconsideración. Contra dichos Acuerdos de la Mesa, el 3 de marzo de 2004, cuatro de los catorce Diputados firmantes de las solicitudes de comparecencia y reconsideración citadas interpusieron ante el Tribunal Constitucional recurso de amparo alegando la vulneración del artículo 23 CE.

Una vez sentado que, a pesar de que uno de los cuatro Diputados recurrentes era portavoz del Grupo Parlamentario Socialista, nunca alegó actuar como tal ante el Tribunal (FJ 3º), los magistrados de la Sala Segunda constatan “la falta de identidad entre los Diputados promotores de la citada iniciativa parlamentaria y los que han promovido el recurso de amparo” (FJ 2º). El artículo 56.4 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) atribuye la facultad de solicitar la convocatoria de la Diputación Permanente a los que, conjuntamente, sumen una quinta parte de sus miembros, no a cada uno de los Diputados que la integran. Sin embargo, el recurso de amparo fue planteado sólo por cuatro de los catorce Diputados.

El artículo 46.1.a) LOTC establece que para la interposición de un recurso de amparo contra un acto sin valor de ley de las Cortes o alguno de sus órganos del artículo 42 LOTC sólo está legitimada “la persona directamente afectada”. En opinión del Tribunal, “si los cuatro Diputados recurrentes en amparo no son, ni individual ni agrupadamente, titulares de la facultad del artículo 56.4 RCD, difícilmente pueden ser considerados personas directamente afectadas en el sentido del citado artículo 46.1.a) LOTC por los Acuerdos de la Mesa recurridos en este proceso constitucional”.

Por ello, el Tribunal exige que, “una vez configurada la oportuna agrupación de Diputados (...) la identidad y composición de esa agrupación, al menos hasta el límite que marca el artículo 56.4 RCD, debe permanecer inalterada en esos estrictos términos en cuantas incidencias procesales pudieran luego producirse”. Esto significa que, “una vez formulada la correspondiente solicitud, la agrupación constituida a tal fin no podrá sufrir ya variaciones personales ni numéricas en su composición, puesto que sólo la actuación conjunta posterior de todos y cada uno de quienes dieron lugar a su constitución puede producir luego válidamente nuevos actos, sea para interesar la reconsideración de la decisión de la Mesa de la Diputación Permanente que acordó su inadmisión, sea, como también es el caso, para acudir en amparo ante este Tribunal Constitucional” (FJ 4º).

Por tanto, “la agrupación ocasional de Diputados que exige el artículo 56.4 RCD para poder solicitar formalmente la convocatoria de la Diputación Permanente es la única parte procesal que puede impugnar la correspondiente decisión de la Mesa, sin que pueda hacerlo, en su lugar, un grupo distinto o inferior de parlamentarios, aunque éstos formen parte de la agrupación de Diputados solicitante o, incluso también, aunque juntamente con otros nuevos Diputados alcancen la proporción que exige el citado artículo 56.4 RCD. En consecuencia, cada Diputado no es titular de una facultad impugnatoria de la que pueda disponer individualmente para pretender cuestionar por separado, o formando una nueva agrupación con otros Diputados, la decisión de la Mesa” (FJ 4º).

En definitiva, “la legitimación para recurrir en amparo la correspondiente decisión de la Mesa sólo la tienen quienes numérica y nominalmente decidieron unirse para formar la oportuna agrupación de Diputados y vieron frustrada su pretensión” (FJ 4º).

**g) No se exige abstención del magistrado constitucional cuando la causa de parentesco por consanguinidad (artículo 219.2 LOPJ) sólo se presentó en el proceso judicial previo y no en el proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional**

El ATC 146/2009, de 11 de mayo, vuelve sobre el tema de la abstención de los Magistrados constitucionales (artículo 80 LOTC y artículo 219.2 LOPJ). Un Magistrado constitucional presentó su abstención debido a que su hijo participó como Procurador de los tribunales en el juicio previo al amparo. Sin embargo, este Procurador no participa en el proceso del recurso de amparo. Por esta razón, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional (artículo 221.4 LOPJ) no acepta la abstención del magistrado porque su hijo no es el representante procesal del recurrente en el proceso constitucional, rechazando que el hecho de que lo fuera en la vía judicial previa “sea razón suficiente para forzar y, menos aún, admitir su solicitud de abstención”. El Tribunal añade que “ni las partes del procedimiento concursal seguido en la vía judicial son las mismas del presente recurso de amparo constitucional, ni existe tampoco identidad entre el objeto y las pretensiones de uno y otro proceso. En consecuencia, y teniendo en cuenta además el criterio restrictivo que debe guiar la aplicación de las causas de abstención y recusación de los Magistrados, muchas veces subrayado por la doctrina constitucional (por todos, STC 162/1999, de 27 de septiembre y AATC 289/2007, de 19 de junio y 81/2008, de 12 de marzo), el Tribunal Constitucional desestima la solicitud de abstención (FJ único). (Derivados del mismo caso son los AATC 146, 145, 144, 143, 142, 141 y 140/2009, de 11 de mayo.)

### 3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

**A) Ayudas públicas y competencias sobre medio ambiente, espacios naturales protegidos y fomento de la investigación (artículo 149.1.15ª y 23ª CE): corresponde a la Comunidad Autónoma regular el procedimiento de tramitación y gestionar las subvenciones para fomentar la investigación en los parques nacionales**

La STC 138/2009, de 15 de junio (Sala Primera), resuelve el conflicto positivo de competencia planteado por la Junta de Andalucía contra la Orden de 4 de octubre de 2002, del Ministerio de Medio Ambiente, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas a la investigación en materias relacionadas con la Red de Parques Nacionales y se convocan para el año 2002.

Los títulos competenciales enfrentados son los autonómicos en relación con el medio ambiente y los espacios naturales protegidos con el estatal en materia de fomento de la investigación científica y técnica del artículo 149.1.15 CE. Para determinar el ámbito material en el que debe encuadrarse la Orden Ministerial impugnada, el TC utiliza dos criterios de interpretación. En primer lugar, la Sentencia trata de determinar la materia que está más específicamente afectada. El TC afirma que la materia “fomento de la investigación” (artículo 149.1.15 CE) es más general y debe concebirse en sus términos estrictos, a fin de no desplazar y determinar el vaciamiento de otros títulos competenciales (se cita como precedente la STC 175/2003, de 30 de septiembre, FJ 6º). Se concluye que no es suficiente una relativa conexión con la

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

naturaleza investigadora de las medidas controvertidas para que éstas sean configuradas como “investigación”, sino que dicha naturaleza debe ser “nítida y preponderante”. En segundo lugar, el TC examina el objeto y finalidad de las ayudas impugnadas. El TC deduce de la Orden que los proyectos que van a ser objeto de financiación están más vinculados a la mejora de la gestión en el seno de los Parques Nacionales antes que al perfeccionamiento del conocimiento científico. La sentencia concluye que la materia en la que debe incardinarse el conflicto es la relativa a espacios naturales protegidos y medio ambiente.

A continuación el TC recuerda que el Estado no puede ejercer su poder de gasto al margen del sistema de distribución de competencias, pues no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado. En este caso, nos encontramos en un ámbito en el que el Estado dispone de un título genérico, básico o de coordinación (artículo 149.1.23 CE), que se superpone a una competencia autonómica que se califica en el Estatuto como exclusiva [artículo 57.1.e) de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía].

El TC invoca como precedente la STC 13/1992 [FJ 8.b)] para afirmar que el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus presupuestos generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de estos fondos debe corresponder, por regla general, a las Comunidades Autónomas. Según la Sentencia, la Orden impugnada contradice claramente esta doctrina, porque atribuye a la Administración del Estado la totalidad de las facultades de convocatoria, instrucción, resolución y pago de las ayudas así como la regulación completa del procedimiento para su concesión. La centralización de la entera tramitación de estas ayudas en la Administración estatal es contraria, según el TC, al orden constitucional de distribución de competencias.

### **B) Ayudas públicas y bases del régimen energético (artículo 149.1.25ª CE): corresponde a la Comunidad Autónoma regular el procedimiento de tramitación y gestionar las subvenciones para fomentar las energías renovables**

La STC 136/2009, de 15 de junio (Sala Primera), utiliza los mismos criterios que la sentencia anterior para resolver el conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno de Aragón contra la Resolución de la Dirección General del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía que regula la concesión de ayudas para apoyo a la energía solar térmica.

Lo primero que hace la sentencia es encuadrar el conflicto dentro de la materia de régimen energético. Considera que ésta es la más directamente afectada porque la finalidad principal de la subvención es el fomento del uso de la energía solar mediante el apoyo a la inversión dirigida a la implantación de instalaciones que utilicen energía de dicha procedencia. Se descarta la concurrencia de otras competencias más genéricas del Estado. No cabe clasificar la subvención dentro del título relativo a la investigación científica y técnica (artículo 149.1.15ª CE), porque la innovación tecnológica no aparece mencionada entre los criterios de evaluación de los proyectos presentados. Tampoco puede conectarse con la planificación general de la actividad

económica (artículo 149.1.13ª CE), porque “no se ejercita aquí una competencia de dirección económica de una concreta actividad o sector productivo”.

En consecuencia, el TC examina la constitucionalidad de la ayuda impugnada desde el siguiente marco de distribución competencial: corresponde al Estado la competencia para el establecimiento de las bases (artículo 149.1.25 CE) y a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución (artículo 75.4 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón). El TC recuerda que en el ámbito de las competencias compartidas, el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus presupuestos generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y organizar su tramitación. Además, la gestión de estos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas, de modo que las partidas asignadas a la ayuda deben territorializarse en los propios presupuestos generales del Estado.

El TC considera que la resolución impugnada contradice claramente la doctrina constitucional, porque la resolución establece un régimen centralizado de tramitación, gestión, concesión y pago de estas ayudas. Por último, la sentencia añade que no concurre en este caso ninguna circunstancia excepcional que permita alterar el criterio general de distribución de competencias. Según la STC 13/1992 [FJ 8.d)], el Estado puede gestionar las subvenciones aun careciendo de competencias de ejecución en la materia sólo cuando “resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector”. No cabe aplicar esta excepción al caso estudiado.

### **C) Bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (artículo 149.1.18ª CE): corresponde a la Comunidad Autónoma establecer el régimen de incompatibilidades de los funcionarios interinos farmacéuticos**

La STC 87/2009, de 20 de abril (Sala Primera), analiza la constitucionalidad de la disposición transitoria primera, apartado 3, de la Ley del Parlamento de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes para el ejercicio de 1999. Según este apartado, los funcionarios interinos farmacéuticos, que sean propietarios de oficina de farmacia, deberán acreditar el cese en dicha actividad, en el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de la presente Ley. En caso contrario, cesarán en su condición de funcionarios interinos. La norma autonómica opta por la profesionalización y especialización del personal que desempeña las funciones relativas a la salud pública, frente al modelo anterior en el que se vinculaba el cumplimiento de estas funciones públicas a la obligación de mantener oficina de farmacia abierta en la misma localidad.

El órgano judicial que plantea la cuestión de inconstitucionalidad considera que la norma autonómica contradice el régimen básico estatal en materia de incompatibilidades de los funcionarios públicos establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre. En concreto, se entiende vulnerada la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984. Esta disposición –que

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

contiene una excepción al régimen general de incompatibilidades de los funcionarios públicos— permite a los “farmacéuticos titulares” (que en 1984 era un cuerpo de funcionarios del Estado) mantener una oficina de farmacia abierta y ejercer sus funciones al servicio de la sanidad local. Originariamente, estas funciones consistían (según el Decreto de 27 de noviembre de 1953) en despachar medicamentos para la beneficencia municipal, surtir de ellos a las casas de socorro o realizar análisis químicos y microbiológicos de alimentos y bebidas). La razón de ser de la excepción al régimen general de incompatibilidades residía —según el TC— en la necesidad de disponer de una oficina de farmacia para poder realizar las funciones atribuidas a los farmacéuticos titulares.

El TC comienza recordando que en estos supuestos de inconstitucionalidad de carácter mediat o indirecto es necesario examinar con carácter previo si la norma estatal tiene, en el doble sentido material y formal, carácter básico. Desde la perspectiva formal, el precepto estatal presuntamente vulnerado fue declarado básico, ex artículo 149.1.18 CE, por la disposición final primera de la Ley 53/1984.

Desde el punto de vista material, el TC destaca que esta norma estatal tiene carácter de derecho transitorio, con una vigencia temporal limitada. El carácter básico de la norma ha decaído como resultado de la implantación de las estructuras autonómicas de atención a la salud. En primer lugar, tanto la planificación y ordenación de las oficinas de farmacia, como las funciones en materia de sanidad e higiene que en su momento estaban atribuidas a los farmacéuticos titulares, se encuentran en la actualidad directamente vinculadas a las competencias autonómicas. Por otra parte, el cuerpo de farmacéuticos titulares fue transferido a la Comunidad Autónoma y sus funciones son hoy desempeñadas por los Técnicos Inspectores de Salud Pública de la Administración autonómica.

El TC concluye que la norma estatal no tiene en el momento presente carácter básico, por lo que no es necesario analizar si la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, es efectiva e insalvable por vía interpretativa. La norma autonómica no incurre en vicio de incompetencia. En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 135/2009 (Sala Primera) y 137/2009, de 15 de junio (Sala Primera).

### **D) Competencia sobre defensa de la competencia (artículo 149.1.13ª CE): la Comunidad Autónoma no puede establecer límites temporales a las ventas con descuento**

La STC 106/2009, de 4 de mayo (Sala Primera), resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto al artículo 31.c) de la Ley de Cantabria 1/2002, de 26 de febrero, del comercio. Hay que matizar que el juicio de constitucionalidad se refiere únicamente al segundo apartado de los tres que componen el precepto legal impugnado. La norma que es objeto de control limita temporalmente las ventas con descuento dirigidas a la promoción de determinados productos. La duración de tales ventas, dispone el apartado cuestionado, no podrá ser inferior a un día ni superior a treinta.

Por lo que respecta al parámetro de control, el análisis que realiza el TC en la competencia estatal sobre legislación de defensa de la competencia. Este título competencial se refleja en el propio Estatuto de Autonomía de Cantabria (artículo 24.13) y deriva —según la doctrina del TC— del artículo 149.1.13 CE. La sentencia descarta encuadrar esta controversia competencial dentro de la materia “legislación mercantil” (artículo 149.1.6 CE), porque “el precepto impugnado no pretende regular las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles

o comerciantes en cuanto tales, ni las condiciones generales de contratación o los derechos y obligaciones que afectan a la actividad libre del empresario mercantil”.

La sentencia concluye que el segundo párrafo del artículo 31.c) de la Ley de comercio de Cantabria es inconstitucional por invadir las competencias que corresponden al Estado. Se recurre a la finalidad de la norma impugnada para vincular ésta a la legislación estatal de defensa de la competencia frente a las competencias autonómicas en materia de protección de los consumidores. Según la sentencia, la finalidad principal de la Ley es evitar que la concurrencia entre los empresarios en el mercado quede rota por el abuso de unas ofertas que aspiran a atraer a los consumidores. El TC sostiene que se trata de una regulación que afecta sobre todo a la relación horizontal entre las empresas en una economía de libre mercado, y no a la situación del consumidor como destinatario de los productos producidos por ellas.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA MACHETTI

RAÚL CANOSA USERA

RAFAEL BUSTOS GISBERT

ENCARNA CARMONA CUENCA

ISABEL PERELLÓ DOMENECH

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) Introducción. B) Derecho a la vida (artículo 2). Obligaciones positivas del Estado y negligencia médica. C) Derecho a la vida y prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículos 2 y 3). Malos tratos domésticos, perdón de la víctima y obligaciones positivas del Estado. D) Prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes (artículo 3). a) Extradición hacia un Estado en el que existan temores fundados de que el afectado sufrirá tratos contrarios al artículo 3 CEDH. b) Tratos degradantes por inadecuado lugar para detención de largo plazo. c) Malos tratos entre privados y obligaciones positivas del Estado. E) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes y derecho a la vida privada (artículos 3 y 8). Hacinamiento y condiciones de higiene de las cárceles. F) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6). a) Principio de igualdad de armas. La diferencia de plazos de prescripción de acciones para el Estado y para el particular en un pleito de naturaleza civil supone lesión del derecho del particular. b) Inexistencia del derecho a la asesoría jurídica gratuita pero reconocimiento de obligaciones positivas de información al recurrente de los derechos y plazos para el recurso por parte del juez *a quo*. G) Principio de legalidad penal (artículo 7). La ambigüedad de algunos términos jurídicos hace imposible prever que determinados actos constituyen delito. H) Vida privada y familiar (artículo 8). a) La expulsión de extranjeros que hayan cometido un delito está justificada por razones de seguridad y orden público. b) Obligaciones positivas de los Estados bajo el artículo 8 CEDH: la investigación de la paternidad. c) Protección del derecho a la reputación a través del artículo 8 CEDH: un estándar semejante al español. d) Vida privada "social". El artículo 8 CEDH incluye el derecho a la vida profesional en determinadas circunstancias. e) Errores médicos: el derecho a la vida privada incluye el derecho a cobrar indemnizaciones en los casos de errores médicos. f) Secreto de las comunicaciones de los presos. La intervención de la correspondencia de presos con sus médicos es lesiva del derecho si no se realiza una ponderación adecuada de las circuns-

tancias del caso. I) Libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9 CEDH). La imposición de sanciones por practicar un rito religioso viola la libertad de religión cuando se debe a la falta de registro de la religión correspondiente. J) Libertad de expresión e información (artículo 10). a) Derecho de acceso a la información en poder de los tribunales. b) La publicación de fotografías de un condenado en un proceso penal en el momento de serle comunicada la condena vulnera su privacidad y no está amparada por el artículo 10 CEDH. c) Lesión a la libertad de expresión por la incorrecta ejecución de una sentencia interna garantizando el acceso a documentos clasificados solicitado por un particular. d) Protección de las personas públicas frente a la difusión de rumores infundados que afectan a su vida privada. e) Reiterada lesión de la libertad de expresión por parte del Estado tras ser condenado por el TEDH que justifica un nuevo pronunciamiento del Tribunal. f) La libertad de expresión justifica, en determinados supuestos en que existe un debate público de interés general, la publicación de expresiones que en otro contexto pudieran ser consideradas ofensivas. g) La libertad de expresión en el ámbito universitario justifica la crítica del sistema de promoción de profesores en la Universidad. h) La difusión de un folleto convocando una huelga de hambre en defensa de los reclusos está amparada por la libertad de expresión. K) Libertad de reunión y asociación (artículo 11). Disolución de partidos políticos y defensa de la democracia. L) Prohibición de discriminación (artículo 14) en relación con el derecho a la vida privada familiar. Ausencia de suficiente justificación para una diferencia de trato en cuestiones hereditarias como consecuencia del origen extramatrimonial. M) Propiedad privada (artículo 1 del Protocolo núm. 1). Necesidad de justificación de los privilegios otorgados al Estado en los pleitos civiles. N) Derecho a elecciones libres (artículo 3 del Protocolo núm. 1). Inejecución de decisión judicial por autoridades electorales. Ñ) Derecho a elecciones libres y libertad de expresión (artículos 3 del Protocolo núm. 1 y 10 CEDH). Prohibición de concurrir a elecciones y margen de apreciación nacional.

**3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Igualdad (artículo 14). Similitud de los supuestos de hecho: No se da entre los funcionarios farmacéuticos interinos y los funcionarios de carrera. B) Derecho a la intimidad (artículo 18 CE). Proporcionar a una Administración Pública datos médicos de una persona fuera de todo cauce legal vulnera su derecho a la intimidad. C) Derecho a la propia imagen (artículo 18 CE). La superpro-

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

tección del derecho a la propia imagen de los menores de edad. D) Derecho de sufragio pasivo (artículo 23.2 CE). Es preciso extremar el rigor a la hora de tener por probado el fraude de una sentencia de ilegalización de un partido político y de anular la proclamación de una candidatura electoral. E) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). a) En determinadas circunstancias (agentes de policía, expediente administrativo), el derecho fundamental a no declarar contra uno mismo no incluye el derecho a mentir. b) Derecho a la ejecución de la sentencia. Vulneración del derecho por el cese discrecional en un puesto administrativo el mismo día en que la funcionaria litigante había sido nombrada por mandamiento judicial. c) Derecho de acceso a la justicia. La dimisión sobrevenida no priva de interés legítimo difuso a una asociación de jueces que impugnó ese nombramiento. d) Derecho a la ejecución de la sentencia. Incidente de extensión de efectos. Negación de legitimación para instar la ejecución de sentencia a particular que no fue parte en el proceso declarativo. **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Derecho de asilo (artículo 13.4 CE). Reconocimiento del derecho a ciudadana nigeriana que sufrió ablación genital. B) Libertad ideológica (artículo 16 CE). Objeción de conciencia frente a matrimonios del mismo sexo por parte del juez encargado del Registro Civil. C) Derecho al honor (artículo 18 CE). Violación del derecho al honor de un ciudadano por ofensas vertidas por una Administración Pública. D) Derecho a la propia imagen (artículo 18 CE). Utilización de cámaras ocultas en reportajes de investigación.

#### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la presente crónica se pasa revista a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (363 sentencias), Tribunal Constitucional (76) y Tribunal Supremo correspondientes a los meses de abril, mayo y junio de 2009.

Entre la doctrina del TEDH merece la pena destacar varios asuntos que versan sobre la controvertida cuestión de la ilegalización de partidos políticos y la defensa de la democracia que resultan de especial interés porque se refieren a nuestro país. En el caso Herri Batasuna contra España, de 30 de junio de 2009, el TEDH considera que la disolución de este partido político, conforme a la legislación vigente en España, no contradice el derecho de asociación del artículo 11 CEDH por cuanto había quedado claramente demostrada la vinculación de esta formación política con la banda terrorista ETA y la disolución se presentaba como una actuación necesaria en defensa de la democracia.

En los casos Etxebarria y Otros contra España y Herritarren Zerrenda contra España, también de 30 de junio de 2009, el TEDH estima que la prohibición por parte de los tribunales españoles de concurrir como candidatos a las elecciones no lesiona su derecho del artículo 3 del Protocolo núm. 1 ni tampoco su derecho a la libertad de expresión del artículo 10 CEDH,

ya que había quedado constatado que estos partidos suponían una continuidad de anteriores formaciones políticas que habían sido declaradas ilegales.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, nos parece relevante una Sentencia que versa sobre la misma materia que las mencionadas. En efecto, la **STC 126/2009, de 21 de mayo**, estima la demanda de amparo presentada por la coalición electoral “Iniciativa Internacionalista-La Solidaridad entre los Pueblos” contra el Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo que había anulado la proclamación de esta candidatura en las elecciones europeas. El Tribunal Constitucional exige el máximo rigor a la hora de considerar probada la vinculación de cualquier formación política con una banda terrorista o con un partido político ilegalizado y en este caso estima que no existían pruebas suficientes de dicha vinculación.

De la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puede destacarse la **Sentencia de la Sala Tercera de 11 de mayo de 2009**, que niega que exista un derecho a la objeción de conciencia de los jueces encargados del Registro Civil frente a la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### A) Introducción

En el segundo trimestre de 2009 el TEDH ha dictado un total de 363 sentencias:

Entre ellas, hay que destacar un importante número de asuntos en los que el TEDH condena a Rusia por violación de varios artículos del CEDH (2, 3, 5, 6 y 13 CEDH). Algunos de estos casos se refieren a la represión ejercida en Chechenia.

Otro numeroso grupo de sentencias tiene por objeto la condena a distintos países por dilaciones indebidas en los procesos judiciales. Entre ellas, destacaremos **Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan contra España**, de 9 de junio de 2009, un procedimiento de ejecución de un juicio penal que dura siete años y nueve meses, y **Moreno Carmona contra España**, de 9 de junio de 2009, en el que se declara la existencia de dilaciones indebidas como consecuencia de un período de cinco años entre la apertura de la fase oral y la declaración de prescripción sin realizar acto alguno destinado a la inculpación del recurrente.

También hay varios casos sobre violación del derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo núm. 1) al hilo de la restitución de propiedades expropiadas durante la vigencia de los regímenes comunistas como, por ejemplo, el caso **Minasyan y Semerjyan contra Armenia**, de 23 de junio de 2009.

De las restantes, las más importantes son las siguientes.

### B) Derecho a la vida (artículo 2). Obligaciones positivas del Estado y negligencia médica

En el Caso **Caso Šilih contra Eslovenia**, de 9 de abril de 2009, el TEDH considera que se ha producido una lesión del artículo 2 del Convenio, debido a la ineficiencia del sistema judicial esloveno a la hora de establecer la causa de la muerte del hijo del demandante y las responsabilidades derivadas de ésta.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

El hijo del recurrente falleció en un hospital esloveno en 1993, debido a una presunta negligencia médica, sin que los familiares lograsen –tras utilizar tanto la vía civil como la penal– que se estableciesen las responsabilidades consecuentes. En este sentido, el Tribunal afirma que, de acuerdo con el artículo 2 del Convenio, en los casos de una posible negligencia, los Estados miembros deben establecer un sistema judicial efectivo e independiente que pueda determinar la causa del fallecimiento y que pueda determinar las posibles responsabilidades. En este caso en concreto, el Tribunal entiende que las autoridades eslovenas no han cumplido con estas obligaciones con el nivel de diligencia exigido y, por tanto, se ha producido una lesión del artículo 2 del Convenio.

#### **C) Derecho a la vida y prohibición de tratos inhumanos y degradantes (artículos 2 y 3). Malos tratos domésticos, perdón de la víctima y obligaciones positivas del Estado**

En el Caso **Opuz contra Turquía**, de 9 de junio de 2009, el TEDH condena, por unanimidad, a Turquía por vulneración de los artículos 2 y 3. El recurrente consideraba que el Estado había incumplido sus obligaciones positivas de proteger la vida de su madre y su integridad física frente a los malos tratos infringidos por su esposo (y padre del demandante), tras seis denuncias previas por malos tratos, posteriormente retiradas por la madre. Al parecer, en el sistema jurídico turco, y de otros Estados parte del Convenio, este tipo de agresiones sólo se persiguen a instancia de parte.

Para la Corte es claro que se ha producido una violencia progresivamente mayor hacia el recurrente y su madre, que era conocida por las autoridades, lo que les hubiera debido llevar a adoptar medidas de protección. Analiza a continuación el factor de la retirada de las denuncias por la madre y el valor que debe tener para las autoridades y señala que hay que tener en cuenta una serie de factores y, en general, que cuanto más graves sean los malos tratos y cuanto mayores sean los riesgos de posteriores ataques, es mayor el interés público en que continúen los procesos, aunque se produzca el perdón de sus víctimas.

Desde otro punto de vista, es interesante recalcar que esta sentencia cita doctrina de la Corte Interamericana, en concreto **Velázquez-Rodríguez contra Honduras**, de 29 de julio de 1988, y de la Comisión interamericana, **María da Penha contra Brasil**.

#### **D) Prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes (artículo 3)**

##### **a) Extradición hacia un Estado en el que existan temores fundados de que el afectado sufrirá tratos contrarios al artículo 3 CEDH**

En el asunto **Sellem c. Italia**, de 5 de mayo de 2009, el TEDH condena nuevamente a Italia por acordar la extradición hacia Túnez de un sujeto condenado en el país por pertenencia a una organización terrorista islamista. En este asunto, el TEDH reitera su jurisprudencia **Saadi c. Italia**, de 28 de febrero de 2008 (Justicia administrativa núm. 40), y señala que, dada la situación general en Túnez y la importante información, proveniente de diversos organismos internacionales y ONGs, sobre la práctica habitual de torturas en los centros de detención de Túnez, existe un riesgo real de que el recurrente sufra tratos contrarios al artículo 3 CEDH en caso de ser extraditado al país de origen.

Lo interesante de este caso, a pesar de reiterar jurisprudencia anterior, es la valoración que realiza el TEDH de la fiabilidad de las habituales notas diplomáticas por las que los Estados destinatarios de una extradición se comprometen a no infligir tratos inhumanos o degradantes a las personas que van a ser extraditadas al país.

### **b) Tratos degradantes por inadecuado lugar para detención de largo plazo**

En el Caso **Siasios y otros contra Grecia**, de 4 de junio de 2009, unos detenidos por violación de la ley relativa a los estupefacientes, permanecen en la comisaría durante tres meses. La Corte considera que ese centro no es lugar adecuado para una detención tan larga, en cuanto se trata de un lugar destinado a acoger a personas durante un corto período. Se constata que no es posible pasear o hacer ejercicio, carece de cocina, de un sitio para oír la radio o ver la televisión para mantener contacto con el exterior, de forma que, aun teniendo condiciones aceptables para una corta detención, no las reúne para una prolongada.

Un supuesto similar, referente a un solicitante de asilo turco en Grecia, lo encontramos en **S.D. contra Grecia**, de 11 de junio de 2009.

### **c) Malos tratos entre privados y obligaciones positivas del Estado**

Destaca aquí el asunto **Beganovic contra Croacia**, de 25 de junio de 2009, donde los malos tratos se habían producido entre privados. En este caso el demandante alegaba que, tras haber sufrido malos tratos por parte de otros sujetos y haberlo denunciado, las autoridades nacionales no habían llevado a cabo una correcta investigación y persecución del delito, pues no se le había indicado la vía correcta provocando la prescripción de los hechos denunciados.

Este caso destaca porque el TEDH ofrece una consideración de lo que se entiende por malos tratos, diferenciando si se han producido por privados o por poderes públicos y establece las obligaciones del Estado al respecto. El TEDH recuerda aquí que los malos tratos deben tener un cierto grado de severidad para poder caer dentro del ámbito del artículo 3 CEDH. En cuanto a la obligación del Estado en estos casos, el TEDH requiere que las autoridades investiguen las alegaciones de malos tratos cuando plantean una sospecha razonable y que se tomen las medidas necesarias para prevenir los hechos, incluso si dichos malos tratos son producidos por sujetos particulares.

El TEDH considera que el alcance de las obligaciones positivas del Estado es diferente si los tratos contrarios al artículo 3 CEDH han sido infligidos por agentes del Estado o por privados. Si los hechos son provocados por privados, como en este caso, el TEDH considera que no hay una responsabilidad directa que se pueda imputar a los poderes públicos por los actos de los sujetos privados pero, aun así, la responsabilidad del Estado debe caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 CEDH, conforme al cual los Estados deben asegurar a todas las personas que estén bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Convenio. Esto, en relación con el artículo 3 CEDH, requiere que el Estado tome las medidas necesarias para asegurar que los sujetos dentro de su jurisdicción no serán sometidos a tortura o tratos inhumanos o degradantes, incluso si son producidos por sujetos privados. Y aquí las autoridades nacionales no pueden perder de vista, como recuerda el TEDH, que una de las principales misiones de imponer sanciones penales es restringir y detener la comisión de delitos y que es

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

muy correcta la medida de –en casos excepcionales– que las penas a los menores sean reemplazadas con servicios a la comunidad, pero que esto en ningún caso puede implicar que los hechos finalmente no sean juzgados por el Tribunal competente y acaben prescribiendo por inactividad de las autoridades públicas.

En conclusión, el TEDH consideró que en este caso las autoridades nacionales no habían cumplido de modo efectivo con sus obligaciones positivas, no habían establecido las medidas o mecanismos necesarios para el resarcimiento de la víctima y, por tanto, se había lesionado su derecho.

#### **E) Prohibición de tratos inhumanos y degradantes y derecho a la vida privada (artículos 3 y 8). Hacinamiento y condiciones de higiene de las cárceles**

En el **Caso Brânduse contra Rumanía**, de 7 de abril de 2009, el TEDH condena a Rumanía por violación de los artículos 3 y 8 CEDH. El recurrente, Sr. Branduse, es un nacional rumano que está encarcelado y que recurre al Tribunal por las condiciones de su detención, así como por la pasividad de las autoridades a la hora de solucionar la sobrepoblación de las cárceles rumanas, que carecen de unas correctas condiciones de higiene e, incluso, alimenticias.

El Tribunal afirma que el artículo 3 del Convenio exige que los Estados miembros garanticen que todas las personas que se encuentran en centros penitenciarios estén en condiciones dignas (en virtud del principio de protección de la dignidad de la persona). Además, y por lo que se refiere a las dimensiones de las celdas y las condiciones en las que se encuentran las instituciones penitenciarias, el Tribunal reitera que en otras ocasiones ha interpretado que se produce una lesión del artículo 3 del Convenio cuando existe un espacio vital inadecuado. Por ello, y aunque en este caso el Tribunal considera que no ha habido intención por parte de las autoridades de humillar o degradar al recurrente, entiende que de todos modos ha sufrido esta situación, por lo que considera que se ha producido una lesión del artículo 3 del Convenio.

Por lo que se refiere a la posible violación del artículo 8 del Convenio, el Tribunal considera que la calidad de vida del recurrente y su bienestar general han afectado a su vida privada de un modo superior a lo que conlleva de por sí la privación de libertad. Por ello, considera también que se ha producido una lesión del artículo 8 del Convenio.

#### **F) Derecho a un proceso equitativo (artículo 6)**

##### **a) Principio de igualdad de armas. La diferencia de plazos de prescripción de acciones para el Estado y para el particular en un pleito de naturaleza civil supone lesión del derecho del particular**

**Varnima Corporation International S.A. contra Grecia**, de 28 de mayo de 2009, resuelve una reclamación por violación del derecho a un juicio justo como consecuencia de la lesión al principio de igualdad de armas en un proceso civil que enfrenta a una compañía privada con el Estado. En concreto, la violación se produce porque a la recurrente se le aplica un plazo de prescripción respecto a unos determinados hechos de 1 año, mientras que el plazo de prescripción aplicado al Estado precisamente respecto a los mismos hechos es de 20 años. Con ello, se produce (especialmente por tratarse de un pleito civil y no contencioso administrativo y, por tanto, en el que el Estado actúa como sujeto privado) una lesión a los citados derechos.

**b) Inexistencia del derecho a la asesoría jurídica gratuita pero reconocimiento de obligaciones positivas de información al recurrente de los derechos y plazos para el recurso por parte del juez a quo**

En dos casos el TEDH se enfrenta a un supuesto similar contra Polonia. Se trata de **Kulikowski contra Polonia** y **Antonicelli contra Polonia**, ambos de 19 de mayo de 2009. Ambos recurrentes fueron condenados penalmente en dos instancias tras recibir asistencia letrada gratuita. También en ambos supuestos los recurrentes expresaron su deseo de interponer recurso de casación contra la sentencia condenatoria en segunda instancia. Ante tal pretensión, los respectivos abogados de oficio rehusaron preparar e interponer el citado recurso de casación dadas las nulas perspectivas de éxito del mismo. Esta actuación resultaba perfectamente conforme con la regulación interna y, en principio, a juicio del TEDH con las exigencias del Convenio dadas las particularidades del funcionamiento de los Tribunales de Casación, si bien las autoridades nacionales han de ponderar adecuadamente el conflicto en este caso entre el derecho a la tutela judicial de los condenados y la independencia de la abogacía pues si la asistencia letrada quedara exclusivamente en manos de los abogados, sin ninguna supervisión externa, se podría lesionar el derecho de acceso a la justicia. Tal ponderación es tenida en cuenta por el Tribunal Supremo polaco en la medida en que en tales supuestos reconoce a los recurrentes un mayor plazo para interponer el recurso de casación porque éste sólo comienza a transcurrir una vez el condenado es informado de la renuncia de su abogado de oficio. Sin embargo, en los casos objeto de recurso, el Tribunal de segunda instancia no informó a los recurrentes de la renuncia de sus abogados de oficio a preparar e interponer el recurso de casación, ni del plazo disponible para hacerlo sin ayuda de aquéllos. Con ello se habría producido una lesión del derecho a la tutela judicial del artículo 6.1 en conjunción con el artículo 6.3 del Convenio.

Dos opiniones concurrentes abogan por una solución más radical (y probablemente enfocan mejor el problema de fondo) al sostener que el sistema de asesoramiento legal gratuito de Polonia es lesivo del artículo 6.3 al dejar en manos del letrado de oficio la decisión acerca de las expectativas de éxito de una casación. Esa es una decisión que a su juicio condiciona de manera determinante el acceso a la justicia, en lo que a la casación se refiere, que carece de control alguno por parte de las autoridades nacionales y que deriva en una lesión al artículo 6.1 del CEDH.

Es interesante contrastar esta decisión del TEDH con el Auto del Tribunal Constitucional español 158/2009, de 18 de mayo, dictado en este mismo período sobre un caso de asistencia jurídica gratuita —aunque el supuesto de hecho es diferente— y comentado en el capítulo II “Justicia constitucional: Procesos y competencias” de este mismo Volumen.

**G) Principio de legalidad penal (artículo 7). La ambigüedad de algunos términos jurídicos hace imposible prever que determinados actos constituyen delito**

En este período el TEDH se pronuncia sobre el artículo 7 CEDH en el caso **Liivik contra Estonia**, de 25 de junio de 2009. Aquí, el solicitante (Director General de la Agencia estatal de Privatización) fue acusado de haber abusado de su posición y de no haber seguido los procedimientos legalmente establecidos en el proceso de privatización de la red ferroviaria estona. Se le acusaba de provocar un daño moral significativo a la República con unos actos incompatibles “con el sentido general de la justicia”. El demandante alegó en su defensa que, conforme a la legislación existente, le había sido imposible prever que los actos que estaba

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

realizando constituían un delito penal. El TEDH, recordando su jurisprudencia sobre los requisitos de accesibilidad y previsibilidad de las leyes, considera que los términos “daño significativo”, “daño moral significativo” o “sentido general de la justicia”, a pesar de haberse ido perfilando con la jurisprudencia de los Tribunales nacionales, eran muy vagos e imprecisos, especialmente en el momento en el que se procesó al demandante. Por ello concluye que, en el presente caso, el demandante actuó según su obligación de conducir la privatización de la red ferroviaria teniendo en cuenta todos los peligros existentes, sin que hubiera motivos suficientes que le llevaran a considerar de forma previsible que con su actuación iba a causar un riesgo y un daño moral relevante a los intereses del Estado.

#### H) Vida privada y familiar (artículo 8)

##### a) La expulsión de extranjeros que hayan cometido un delito está justificada por razones de seguridad y orden público

En el **Caso Cherif y Otros contra Italia**, de 7 de abril de 2009, los recurrentes son la mujer e hijos de un nacional procedente de Túnez que es expulsado de Italia a Túnez por ser sospechoso de haber cometido actos terroristas. Los recurrentes consideran que se ha producido una lesión del artículo 8 del Convenio.

El Tribunal, en este caso, reitera su jurisprudencia al insistir en que el Convenio no garantiza el derecho absoluto de un extranjero a entrar o residir en un determinado Estado y que todos los Estados, en el ejercicio de su función de mantener el orden público, tienen la facultad de expulsar a un extranjero que haya cometido un delito. Por ello, cualquier decisión sobre esta materia relacionada con el artículo 8 del Convenio debe ponerse en relación con la protección de la sociedad democrática. En este sentido, el Tribunal confirma que los Estados miembros tienen la facultad de establecer determinadas medidas para proteger la sociedad en relación con personas que hayan sido condenadas por delitos penales y, en estos casos, esas medidas, más allá de tener un carácter punitivo, tienen un carácter mucho más preventivo. Por todo ello, el Tribunal concluye que no se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio, al entender que, en este caso, la posible lesión de la vida familiar de los recurrentes está justificada por razones de seguridad y de orden público.

##### b) Obligaciones positivas de los Estados bajo el artículo 8 CEDH: la investigación de la paternidad

En el asunto **Kalacheva contra Rusia**, de 7 de mayo de 2009, el TEDH condena a Rusia por vulnerar el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) de una menor y de su madre, que perseguían determinar la filiación de la hija en aras a garantizar su derecho a la vida familiar. El TEDH destacaba que el artículo 8 CEDH no sólo impone una serie de obligaciones negativas a los Estados, sino también obligaciones positivas, en la medida en que les exige que adopten las medidas necesarias para que los particulares puedan disfrutar de su vida privada y familiar. En este sentido, el TEDH destacaba que el procedimiento seguido en el país para intentar determinar quién era el padre de la niña no había dado sus frutos porque, aunque se realizó un test de ADN en el que la probabilidad de que la niña fuera hija de un sujeto ascendía a un 99%, el test fue declarado inadmisibles sin que se instara la realización de otro. El TEDH consideraba que el hecho de que la Corte nacional que resolvió el litigio no solicitara la realización de un nuevo test, que era la única prueba fiable de la existencia de la relación de filiación, determinó la violación del artículo 8 CEDH.

### **c) Protección del derecho a la reputación a través del artículo 8 CEDH: un estándar semejante al español**

En el asunto **Karako contra Hungría**, de 28 de abril de 2009, el TEDH considera que la publicación de un escrito crítico con la actuación pública de un político del país en medio de una campaña política no viola el artículo 8 CEDH, en cuanto los elementos que tuvieron en cuenta las autoridades nacionales para hacer prevalecer la libertad de expresión sobre el derecho a la reputación (carácter público del personaje, contexto político, crítica a su actuación pública) ponderaban bien los intereses públicos y privados en juego. Es de destacar que, en este asunto, el TEDH incluye claramente el derecho a la reputación dentro del derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH, a pesar de que era evidente que el escrito no era lo suficientemente grave como para considerarse un atentado a la integridad personal del recurrente. El pronunciamiento del TEDH se realiza así sobre la base exclusiva del derecho a la reputación.

### **d) Vida privada “social”. El artículo 8 CEDH incluye el derecho a la vida profesional en determinadas circunstancias**

En **Bigaeva contra Grecia**, de 28 de mayo de 2009, la recurrente, ciudadana rusa, reclama una violación del artículo 8 y otra del artículo 14 en relación con el anterior precepto. La recurrente es residente legal en Grecia donde ha desarrollado una importante carrera vinculada al mundo jurídico universitario (estudios de posgrado) y laboral (pasantías obligatorias autorizadas por el Colegio nacional de la abogacía) que culmina con presentarse al examen final de ingreso necesario para el ejercicio de la profesión de abogado. Sin embargo, su solicitud de admisión al examen es denegada por el propio colegio de abogados que antes accedió a que realizara la pasantía previa obligatoria de 18 meses. Rechazo sustentado en su condición de extranjera no comunitaria. El TEDH se encuentra ante una situación jurídicamente complicada dada la injusticia manifiesta del caso. Los hechos justificadores de la demanda se encuadrarían mejor en relación con derechos laborales vinculados al derecho al libre ejercicio de la profesión que, como es conocido, no está integrado en el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en el Convenio (precisamente por ese motivo no aceptará el Tribunal la violación en relación con la prohibición de discriminación del art. 14 puesto que no hay realmente otro derecho convencional al que vincular la diferencia de trato). Por ello, el TEDH opta por utilizar ese *cajón de sastre* en el que se ha convertido el derecho a la vida privada. Para ello recuerda que en ocasiones ha reconocido la tutela por el artículo 8 de una suerte de “vida privada social”. En tal sentido, defiende que la dimensión profesional del ser humano puede ser incluida en el concepto de vida privada cuando se ve afectado “el modo en el que un individuo construye su identidad social mediante el desarrollo de relaciones con otros seres humanos”. En el supuesto objeto de recurso, el acceso al ejercicio de la profesión de abogado culminado con el examen de ingreso es el resultado de una larga trayectoria personal que refleja su deseo de integrarse en la sociedad griega; las autoridades al permitir que desarrollara todos los pasos previos alimentaron tales esperanzas y aspiraciones personales que finalmente cercenaron cuando, además, sabían desde el principio que no podían culminarse dada su condición de extranjera. Concluye el tribunal, en un caso en el que se intenta reparar la injusticia del caso concreto pero en el que es difícil extraer una doctrina general, que las autoridades nacionales mostraron “incoherencia y falta de respeto” hacia la recurrente y su vida profesional que son lesivas de su derecho a la vida privada.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### **e) Errores médicos: el derecho a la vida privada incluye el derecho a cobrar indemnizaciones en los casos de errores médicos**

En *Codarcea contra Rumanía*, de 2 de junio de 2009, la reclamante, víctima declarada de un error médico, denuncia ante el Tribunal la imposibilidad de cobrar la indemnización acordada por los tribunales civiles nacionales como consecuencia de la insolvencia (presumiblemente fraudulenta) del médico implicado y la declaración de irresponsabilidad del Hospital en el que se produjeron los hechos. El TEDH recuerda que las cuestiones relativas a la integridad física y psicológica de una persona, así como su consentimiento para ser sometida a tratamiento médico entran en el campo de protección del artículo 8. En tal sentido, los Estados tienen la obligación positiva de asegurar que los hospitales adopten las medidas necesarias para garantizar el bienestar de sus pacientes y la suficiente información sobre las consecuencias posibles de cualquier tratamiento médico. En tal sentido, una primera obligación positiva de los Estados es la creación de un sistema de recursos ante los tribunales (civiles o penales) con vistas a la obtención de indemnizaciones como consecuencia de los daños causados a los pacientes. Respecto a las indemnizaciones por errores médicos, el TEDH sostiene que si el mismo se produce en un Hospital público se puede considerar al Estado directamente responsable si no se ha informado correctamente al paciente. En el caso no fue posible establecer la responsabilidad del médico por insolvencia ni la del hospital privado dada la inexistencia entonces (situación que ha cambiado) de una legislación que creara un sistema de seguro obligatorio en el ámbito médico. Este resultado supone una lesión al derecho a la vida privada de la recurrente. A juicio del único magistrado disidente, la mayoría va demasiado lejos al exigir como obligación positiva de los Estados derivada del artículo 8 la creación de un seguro obligatorio por errores médicos y la responsabilidad pecuniaria de los hospitales por los actos realizados por sus empleados.

#### **f) Secreto de las comunicaciones de los presos. La intervención de la correspondencia de presos con sus médicos es lesiva del derecho si no se realiza una ponderación adecuada de las circunstancias del caso**

En *Szuluk contra el Reino Unido*, de 2 de junio de 2009, el recurrente, preso en una cárcel británica, alega la violación de su derecho a la vida privada como consecuencia de la intervención de su correspondencia con los médicos encargados del seguimiento de una grave dolencia. El TEDH considera que esta intervención no estaba suficientemente justificada, dadas las circunstancias del caso, puesto que no se trataba de un preso particularmente peligroso y no existían indicios reales de que el preso utilizara tal correspondencia para conseguir que los médicos se vieran obligados a comunicarse con terceras personas a efectos delictivos. Además, dados los sujetos intervinientes, el preso y los médicos especialistas externos que trataban una enfermedad particularmente grave, la confidencialidad de la correspondencia debe estar especialmente protegida.

#### **l) Libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9 CEDH). La imposición de sanciones por practicar un rito religioso viola la libertad de religión cuando se debe a la falta de registro de la religión correspondiente**

En el asunto *Masaev c. Moldavia*, de 12 de mayo de 2009, el TEDH consideraba vulnerada la libertad de religión de un recurrente musulmán, al que se le había impuesto una multa por practicar su religión, que no estaba formalmente registrada. El TEDH señalaba que la imposi-

ción de la multa indicada había de considerarse una injerencia en la libertad de religión, que sólo podría legitimarse en caso de ser legal, perseguir un objetivo legítimo y ser necesaria en una sociedad democrática. La Corte indicaba que la medida estaba prevista por el ordenamiento interno y que podía considerarse que perseguía un fin legítimo: el mantenimiento del orden público. Sin embargo, su proporcionalidad resultaba dudosa. En este sentido, el TEDH señalaba que, si bien un Estado podía exigir un registro de las diferentes iglesias, resultaba desproporcionado que impusiera multas a todos aquellos que practicaran una religión distinta a las registradas, en la medida en que se impediría así la práctica religiosa de los creyentes que pertenecieran a religiones minoritarias y, por tanto, no registradas.

## **J) Libertad de expresión e información (artículo 10)**

### **a) Derecho de acceso a la información en poder de los tribunales**

En el *Caso Társaság A Szabadságjogokért contra Hungría*, de 14 de abril de 2009, la recurrente es una asociación que tiene como fines la promoción y protección de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho en Hungría, y que desarrolla un papel muy activo en lo relacionado con la política antidroga.

Los hechos que provocaron el recurso ante el TEDH son los siguientes. En 2004 un diputado del Parlamento húngaro presenta un recurso ante el Tribunal Constitucional húngaro por la posible inconstitucionalidad de ciertas enmiendas al Código Penal en relación con los delitos relacionados con drogas.

La asociación solicita al Tribunal Constitucional acceder al recurso presentado, pero el tribunal rechaza esa solicitud. Finalmente, la asociación acude al TEDH por una posible vulneración del artículo 10 del Convenio.

El Tribunal comienza afirmando que, sin duda, constituye un asunto de interés público la presentación por parte de un diputado del Parlamento húngaro de un recurso de revisión sobre la constitucionalidad de la normativa relativa a los delitos de drogas. Por lo tanto, el Tribunal entiende que el recurrente estaba legitimado para recabar información sobre un asunto de interés público y que, en este caso, el monopolio de la información por parte del Tribunal Constitucional, ha supuesto una forma de censura. Es más, dado que la intención del recurrente era dar a conocer a la opinión pública la información solicitada al Tribunal constitucional, contribuyendo por tanto a la formación de un debate público sobre un tema de interés general, el Tribunal considera que se ha producido una injerencia con los derechos del recurrente consagrados en el artículo 10.1 del Convenio.

Por otro lado, el Tribunal analiza otro de los argumentos por los que se rechazó en su momento por parte del Tribunal Constitucional húngaro la posibilidad de facilitar esta información al recurrente. Y es que el Tribunal consideraba que era contrario a la Ley de Protección de Datos proporcionar información sobre la persona que había presentado este recurso (el diputado). Ante esta argumentación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que queda acreditado que el recurrente había solicitado la información incluso sin que aparecieran los datos personales del diputado que había presentado el recurso. Es más, el Tribunal tiene en cuenta que en este caso, podría identificarse el contenido del recurso con su opinión personal sobre

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

este asunto. Sin embargo, el Tribunal considera que sería nefasto para la libertad de expresión en la esfera política que las figuras públicas pudieran censurar a la prensa y al debate público para proteger sus derechos personales, alegando que sus opiniones sobre asuntos públicos están relacionadas con su persona, y que, por tanto, constituyen datos que pertenecen a su esfera personal que no pueden ser revelados sin su consentimiento. Por todo ello, el Tribunal considera que se ha producido una lesión del artículo 10 del Convenio.

#### **b) La publicación de fotografías de un condenado en un proceso penal en el momento de serle comunicada la condena vulnera su privacidad y no está amparada por el artículo 10 CEDH**

En el *Caso Egeland y Hanseid contra NORUEGA*, de 16 de abril de 2009, los recurrentes son los editores de dos de los principales periódicos noruegos (*Dagbladet* y *Aftenposten*), que fueron condenados por los tribunales noruegos por publicar unas fotografías de una mujer que había sido condenada a 21 años de prisión, por haber cometido un triple asesinato, a la salida de los juzgados, sin su consentimiento.

Este caso había generado un especial interés en la opinión pública noruega y en todos los medios de comunicación, debido a la brutalidad del caso y a sus especiales características (la condenada había asesinado a sus suegros y a su cuñada). Los recurrentes acuden al Tribunal Europeo al considerar que se ha violado presuntamente el artículo 10 del Convenio.

El Tribunal comienza afirmando que los hechos que originan este caso constituyen un asunto de interés público. No obstante, el Tribunal matiza esta afirmación. En este sentido, el Tribunal considera que, aunque las fotografías se habían tomado en un lugar público y a pesar de que la identidad de la mujer era ya conocida por la opinión pública, las imágenes que se publicaron mostraban un momento especialmente vulnerable de la mujer, el momento después de comunicarle la condena, por lo que considera que se ha producido una intromisión en su privacidad. Del mismo modo, el Tribunal considera que, a pesar de que la afectada en anteriores momentos hubiera colaborado con la prensa, eso no justifica que ella no pueda defender sus derechos ante los tribunales ante la difusión de unas imágenes sin su consentimiento. Por todo ello, y en conclusión, el Tribunal considera que en este caso no se ha producido violación del artículo 10 del Convenio.

#### **c) Lesión a la libertad de expresión por la incorrecta ejecución de una sentencia interna garantizando el acceso a documentos clasificados solicitado por un particular**

En *Kenedi contra Hungría*, de 26 de mayo de 2009, el TEDH avanza tímidamente en una dirección que hasta ahora había estado claramente vedada. La sentencia resuelve a favor del recurrente una reclamación como consecuencia de la negativa del Ejecutivo húngaro de conceder acceso a documentación de los servicios secretos emitida durante la dictadura comunista. El recurrente, un historiador que desea documentarse para la elaboración de un libro, acude a los tribunales nacionales que le dan íntegramente la razón y ordenan el pleno acceso a la citada documentación. Sin embargo el Ministerio del Interior se niega a cumplir tal orden (exigiendo un documento de confidencialidad que obviamente el historiador no podía suscribir) o, posteriormente, ejecutándola de manera incompleta (no se garantizó el acceso a un documento). El TEDH no sólo declara la evidente lesión del artículo 6 del convenio por la incorrecta

ejecución gubernamental de la sentencia interna, sino que también considera (y aquí está la novedad) lesionado el derecho a la libertad de expresión como consecuencia de la negativa a suministrar la información requerida al retrasar el ejercicio de la citada libertad por parte del recurrente. Esta decisión explora, tímidamente, un camino hasta ahora cerrado en el Convenio y jurisprudencia europea como es el derecho de acceso a la información pública por parte de los ciudadanos (*vid.*, también, **Társaság A Szabadságjogokért contra Hungría**, de 14 de abril de 2009, comentada en este mismo Volumen). Este derecho tiene un amplio reconocimiento y garantía en otros textos y jurisprudencia internacionales (muy singularmente en el Convenio Interamericano y en la jurisprudencia de la Corte de Costa Rica) pero que en Europa había sido expresamente rechazado como derecho autónomo y directamente exigible ante el TEDH en la jurisprudencia anterior. No es claro, todavía, que este derecho pueda ser exigido porque en el caso examinado existía una resolución judicial no ejecutada que sí lo hacía aplicando la normativa interna. Pero es significativo que el TEDH no se detenga en la declaración de violación del artículo 6 y desarrolle un poco la lesión a la libertad de expresión derivada de ella.

#### **d) Protección de las personas públicas frente a la difusión de rumores infundados que afectan a su vida privada**

En el Caso **Standard Verlags GMBH contra Austria (No. 2)**, de 4 de junio de 2009, el recurrente es una sociedad propietaria de un periódico que había publicado un artículo denominado “un rumor social” referente a una crisis matrimonial del entonces presidente austriaco, incluyendo acusaciones de adulterio con el Presidente del partido Liberal por parte de la mujer. El presidente y su mujer inician un proceso por interferencia en su vida personal por el que la revista fue condenada al pago de 12.000 euros y las costas judiciales. Por otra parte también el supuesto amante solicita y obtiene una condena del periódico. La Corte considera que la publicación no ha podido demostrar que los rumores que recogía efectivamente circulaban en ese momento en Austria, y que en ningún momento ha alegado que respondían a la verdad, y que incluso los personajes públicos tienen derecho a la protección frente a la difusión de rumores infundados que afectan a su vida privada.

#### **e) Reiterada lesión de la libertad de expresión por parte del Estado tras ser condenado por el TEDH que justifica un nuevo pronunciamiento del Tribunal**

En el caso **Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) contra Suiza (núm. 2)**, de 30 de junio de 2009, la citada Asociación, dedicada a combatir los malos tratos contra animales, consideró que la continua prohibición de emitir un anuncio publicitario en el que se denunciaba la situación de las granjas de cría de animales suponía un atentado contra su libertad de expresión. El caso resulta relevante porque el TEDH ya se había pronunciado sobre estos hechos (en Sentencia de 28 de junio de 2001) y había confirmado la violación de la libertad de expresión por parte de las autoridades suizas al prohibir la emisión del anuncio. A pesar de esto y de que la Asociación demandante planteó ante las autoridades nacionales reabrir el procedimiento y permitir la emisión del anuncio, las autoridades nacionales se negaron a ello. El TEDH recuerda la importancia de que los Estados ejecuten efectivamente las decisiones judiciales emitidas, y el importante papel que el Comité de Ministros juega en estos casos. En este caso, el Comité de Ministros no tuvo conocimiento del incumplimiento y su reiteración, sin justificación

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

alguna, provocaba la lesión del derecho de los demandados, lo que justificaba que el TEDH volviera a reexaminar el proceso y condenar de nuevo por la lesión del derecho.

Hay un voto particular del Juez Malinverni, al que se adhieren los Jueces Bîrsan, Myjer y Berro-Lefèvre y también del Juez Sajó en el que consideran que correspondía al Comité revisar la ejecución de las decisiones del Tribunal y, por lo tanto, éste no debió pronunciarse en este caso, en el que no existían nuevos hechos que justificasen un nuevo pronunciamiento.

#### **f) La libertad de expresión justifica, en determinados supuestos en que existe un debate público de interés general, la publicación de expresiones que en otro contexto pudieran ser consideradas ofensivas**

El TEDH se pronuncia en dos ocasiones sobre la violación de la libertad de expresión de periodistas que habían publicado una serie de artículos en los que criticaban a personajes considerados públicos.

En el caso **Bodrozic y Vujin contra Serbia**, de 23 de junio de 2009, dos periodistas de un periódico local de Serbia habían sido acusados de difamación por un artículo en el que se criticaba la actuación de un conocido abogado y fiscal de la localidad (por los problemas de insolvencia de una de sus sociedades y que provocó graves problemas de desempleo en la zona). Los Tribunales nacionales consideraron que se había insultado al Fiscal, definiendo el insulto como una acción objetivamente humillante hacia una persona determinada y que lesionaba su honor. En este caso, aunque el TEDH reconoce que los textos y las manifestaciones de los periodistas contenían cierto grado de mofa, no podían ser consideradas, en las circunstancias del caso, como un insulto que requiriera una condena penal, y considera que no existe una presión social que justifique limitar la libertad de expresión de los citados periodistas, ni que las razones aducidas por los Tribunales nacionales sean relevantes o suficientes para justificar la injerencia.

De forma parecida se pronuncia el TEDH en el caso **Bodrozic contra Serbia**, de 23 de junio de 2009. Aquí se condenó al mismo periodista que en el caso anterior, pero esta vez por publicar un artículo en el que se criticaba la actividad de un historiador de la localidad. Pero lo que destaca en este caso es el uso de expresiones ofensivas contra el personaje público. El periodista utiliza expresiones como “idiota”, “fascista” y “miembro de un movimiento fascista”. El Tribunal reconoce que es cierto que las palabras expresadas, si se pronuncian en público, pueden sonar duras y considerarse ofensivas, pero que aquí fueron manifestadas en el contexto de un debate público como garantía de un interés general para el funcionamiento democrático de la región. Y así, en este caso, el Tribunal considera que llamar a alguien “idiota” o “fascista” o “nazi” o “comunista” no significa que la persona pertenezca o esté afiliado a ese grupo y que el hecho de que un periodista reaccionara con estas expresiones frente a las expresiones manifestadas por el historiador contra una minoría étnica de la zona, era totalmente comprensible. Por este motivo, en vista de lo acontecido, el Tribunal considera que las expresiones usadas por el periodista sólo pueden ser interpretadas como un juicio de valor, cuya veracidad no es susceptible de ser probada y que estuvieron justificadas en todo caso.

#### **g) La libertad de expresión en el ámbito universitario justifica la crítica del sistema de promoción de profesores en la Universidad**

En el caso **Sorguc contra Turquía**, de 23 de junio de 2009, un profesor universitario alegó la vulneración de su libertad de expresión tras haber sido acusado de lesionar el honor y dignidad

de otros profesores por el hecho de repartir un folleto entre sus alumnos criticando el sistema de promoción de los profesores universitarios. En este caso el TEDH señala que los comentarios del profesor suponían juicios de valor sobre un tema de importancia pública que le concernían. En este punto el TEDH considera que la Corte de casación nacional dió más valor, sin justificación alguna, a la reputación de unas personas indeterminadas (el artículo publicado no iba contra ninguna persona en concreto) que a la libertad de expresión que deben disfrutar los profesores universitarios en el debate público. El Tribunal destaca en este caso la importancia de la libertad de expresión dentro del mundo universitario, que contribuye en último término a distribuir el conocimiento sin ningún tipo de restricción. Por todo ello, el TEDH consideró que no existieron razones suficientes para limitar la libertad de expresión del profesor.

#### **h) La difusión de un folleto convocando una huelga de hambre en defensa de los reclusos está amparada por la libertad de expresión**

En el Caso **Kara contra Turquía**, de 30 de junio de 2009, se había condenado al Presidente de una asociación de defensa de las familias de los detenidos y condenados de Anatolia, por haber difundido un folleto que incitaba a la huelga de hambre para denunciar de esa forma el trato que se estaba dando a los reclusos turcos. Desde el punto de vista de las autoridades nacionales, la asociación del detenido promovía la solidaridad y defensa de los detenidos y sus familias, pero con el hecho de haber convocado a una huelga general de hambre había puesto en peligro la vida de personas. En el presente caso el Tribunal considera que la condena del Presidente de la citada asociación debía analizarse al hilo de las circunstancias actuales que ocurrían en el país. Así, el objetivo de la asociación era sensibilizar al público, a través de su acción, de la situación de los detenidos. El TEDH considera que la condena penal del demandante a la luz de las circunstancias que rodeaban el caso no era necesario en una sociedad democrática, teniendo en cuenta el papel que la libertad de expresión juega en una sociedad democrática, haciendo valer el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, por lo que los medios empleados por las autoridades nacionales fueron desproporcionados y lesionaron la libertad de expresión del Presidente.

#### **K) Libertad de reunión y asociación (artículo 11). Disolución de partidos políticos y defensa de la democracia**

En el caso **Herri Batasuna contra España**, de 30 de junio de 2009, se trata la disolución del partido político Herri Batasuna (HB) por parte de las autoridades nacionales. En este caso, el citado partido político había sido disuelto por decisión judicial sobre la base de sus actuaciones ilícitas y contrarias a lo dispuesto en la normativa nacional sobre partidos políticos, por considerar que sus actividades y conducta eran incompatibles con un sistema democrático y perjudiciales para los valores constitucionales, la democracia y los derechos humanos.

Los demandantes alegaban que esta disolución lesionaba su derecho de asociación sin que dicha injerencia se encontrara establecida por una ley accesible y previsible, sin que existiera una finalidad legítima y sin que la medida fuera necesaria en una sociedad democrática con el único objetivo de eliminar el debate político en el País Vasco.

Por el contrario, y de forma unánime, el TEDH consideró que la disolución estaba prevista por una ley que cumplía con los requisitos de accesibilidad y previsibilidad (la Ley Orgánica

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

6/2002, de Partidos Políticos). Este Ley prevé, mantuvo el TEDH, de forma suficientemente precisa, la forma de organización y funcionamiento de los partidos políticos, así como aquellos comportamientos susceptibles de provocar su disolución o suspensión judicial. Continuaba el TEDH haciendo referencia al fin legítimo perseguido con la disolución. Rechazaba el Tribunal la tesis de los demandantes de que el motivo del Gobierno para la disolución del partido fuera eliminar todo tipo de debate relativo a la independencia vasca, pues el TEDH constataba la existencia de muchos partidos políticos “separatistas” coexistiendo de forma pacífica en muchas Comunidades Autónomas. De esta forma, el fin legítimo perseguido con la disolución era la defensa de la democracia. Y sobre la necesidad de la disolución del partido político, el TEDH considera que la solución que tomaron las autoridades nacionales fue tras un intenso estudio del vínculo existente entre los demandantes y la banda terrorista ETA, amenaza cierta y evidente contra la democracia. El TEDH recuerda aquí que la disolución del partido no se debió únicamente al hecho de que HB no condenara los actos terroristas cometidos por la organización terrorista ETA, sino que era fruto de una enumeración de comportamientos graves y reiterados que permitía concluir que el citado partido político era el instrumento político de la estrategia terrorista de ETA. El TEDH concluye de esta forma que las manifestaciones efectuadas por el partido junto con sus actos reiterados están en contradicción con los valores de una sociedad democrática, siendo la sanción de la disolución proporcionada. Así, se consideró que no había habido lesión del artículo 11 CEDH.

#### **L) Prohibición de discriminación (artículo 14) en relación con el derecho a la vida privada familiar.**

##### **Ausencia de suficiente justificación para una diferencia de trato en cuestiones hereditarias como consecuencia del origen extramatrimonial**

En **Brauer contra Alemania**, de 28 de mayo de 2009, se plantea un complejo caso de discriminación por origen extramatrimonial de una heredera. La legislación alemana prevé que en el caso de sucesiones intestadas los hijos extramatrimoniales no son considerados herederos legítimos (a diferencia de los hijos matrimoniales). Esta discriminación, sólo para nacionales nacidos antes de 1949, se justifica en la garantía de la seguridad jurídica y las legítimas expectativas de otros herederos, dadas las dificultades en la determinación de la filiación extramatrimonial en los nacidos con anterioridad a dicha fecha y la ausencia de registros o pruebas fiables que pudieran determinarla con fiabilidad suficiente (avalada por sendas resoluciones del Tribunal Constitucional Federal de 1974 y de 1996). Pero el caso es particularmente complejo porque la recurrente, nacida en la antigua República Democrática fue reconocida y mantuvo contacto permanente con su padre (ciudadano de la antigua República Federal) durante toda su vida. El TEDH considera que la justificación de la discriminación no es hoy aceptable en modo alguno dada la evolución tanto técnica (la aparición de procedimientos nuevos absolutamente fiables y aplicables para la determinación de la filiación) como jurídica (la lucha librada en todos los Estados europeos contra cualquier forma de discriminación por el origen extramatrimonial). Tras esta declaración, que en el fondo supone una afirmación general de incompatibilidad entre la ley alemana y el Convenio (lo que plantea, como siempre en estos casos, problemas respecto a una correcta ejecución de la sentencia) el TEDH examina el caso concreto para reafirmarse en que, además, la aplicación de la ley al supuesto planteado era particularmente discriminatoria y con ello totalmente inaceptable.

**M) Propiedad privada (artículo 1 del Protocolo núm. 1). Necesidad de justificación de los privilegios otorgados al Estado en los pleitos civiles**

En el caso **Zouboulidis contra Grecia (núm. 2)**, de 25 de junio de 2009, se llega a una conclusión similar a la del caso **Varnima Corporation International SA contra Grecia**, de 28 de mayo de 2009 –ya analizado en este mismo Volumen– aunque argumentando esta vez en base al derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo núm. 1. El TEDH considera, en este caso, que los plazos de prescripción previstos por el Código Civil exclusivamente para las deudas contraídas por el Estado no están justificados. El Tribunal admite que hay privilegios que son necesarios para el funcionamiento de los poderes públicos pero para que estos privilegios sean considerados legítimos no es suficiente con la mera relación estatal, sino que deben ser precisos para el correcto cumplimiento de las obligaciones públicas, en base a un interés general suficiente. En este caso, en el que el Estado estaba actuando como un empleador más, sujeto a un contrato de Derecho privado, la aplicación de un período de prescripción excepcional pierde todo sentido cuando, además, no existe un motivo de interés general suficiente para aplicar una normativa que beneficie más al Estado.

**N) Derecho a elecciones libres (artículo 3 del Protocolo núm. 1). Inejecución de decisión judicial por autoridades electorales**

En el caso **Petkov y otros contra Bulgaria**, de 11 de junio de 2009, los recurrentes afirman que se les ha impedido competir en las elecciones parlamentarias de 2001 debido a su colaboración con las agencias de seguridad durante el período comunista y que no han tenido remedios efectivos frente a esa prohibición.

La Corte señala que, en este caso, no se trata de decidir si es o no contrario al artículo 3 del Protocolo 1, excluir candidatos por su relación con las antiguas agencias de seguridad estatales, sino determinar si el hecho de que las autoridades electorales no hayan ejecutado la decisión de los tribunales que anulan la exclusión de las listas de estas personas, por ellas decididas, vulnera el artículo 3 del Protocolo 1, y concluye que es efectivamente así en cuanto las autoridades no han ejecutado la decisión judicial final que reintegraba a los recurrentes en el listado de candidatos.

**Ñ) Derecho a elecciones libres y libertad de expresión (artículos 3 del Protocolo núm. 1 y 10 CEDH). Prohibición de concurrir a elecciones y margen de apreciación nacional**

En el caso **Etxebarría y otros contra España**, de 30 de junio de 2009, los demandantes alegaban que se había lesionado su derecho reconocido en el artículo 3 del Protocolo núm. 1, al no dejárseles acceder como candidatos a las elecciones y representar a sus electores. Y también alegaban que se había lesionado su libertad de expresión, pues la nueva normativa sobre partidos políticos nacionales tenía como finalidad prohibir todas las formas de expresión de separatismo del País Vasco y que la medida llevada a cabo no era proporcionada con el fin perseguido. El TEDH consideró que las autoridades nacionales habían llevado a cabo las medidas necesarias para concluir que los partidos en cuestión suponían una continuidad de los anteriores partidos que habían sido declarados ilegales. Así, el TEDH consideró que la medida

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

que habían llevado a cabo los Tribunales nacionales no era desproporcionada y que en ningún caso se lesionaba el derecho de los electores a expresarse libremente, por lo que no se lesionaba el derecho reconocido en el artículo 3 del Protocolo núm. 1. Sobre la alegada lesión del artículo 10 CEDH, el TEDH sostuvo que este derecho estaba en relación con el anterior analizado y que la actuación de los poderes públicos entraba dentro de su margen de actuación y que, por lo tanto, no se había producido una lesión del artículo 10 CEDH.

En el caso **Herritarren Zerrenda contra España**, de 30 de junio de 2009, los demandantes alegaban que se había limitado su derecho a ser candidatos en las elecciones al Parlamento Europeo y, por tanto, que se les había privado de la posibilidad de representar a sus electores. El TEDH llegó a la misma conclusión que en el caso anterior y remitió a las conclusiones presentadas en aquél.

### 3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### **A) Igualdad (artículo 14). Similitud de los supuestos de hecho: No se da entre los funcionarios farmacéuticos interinos y los funcionarios de carrera**

La **STC 87/2009, de 20 de abril**, desestima una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta contra un precepto (DT.1, apartado 3) de la Ley del Parlamento de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para el ejercicio de 1999, por posible vulneración de los artículos 149.1.18 y 14 CE.

El precepto cuestionado, integrado en la nueva regulación autonómica de los servicios oficiales farmacéuticos, excluye a los funcionarios interinos farmacéuticos de la opción que sí otorga a los funcionarios de carrera de elegir entre someterse al nuevo régimen –incluyendo nuevas condiciones retributivas e incompatibilidades– o continuar sometido al anterior, en virtud del cual, dado el derecho-deber que pesaba sobre los funcionarios farmacéuticos de utilizar su oficina de farmacia privada para ejercer las funciones públicas que tenían encomendadas, se veían excluidos del régimen general de incompatibilidades entre actividades públicas y privadas. A diferencia de dicho derecho a optar, los funcionarios interinos farmacéuticos se someterán automáticamente a la nueva regulación autonómica, en virtud de la cual es incompatible el ejercicio de la función pública con la tenencia de una oficina de farmacia. Tal diferenciación normativa entre funcionarios de carrera e interinos entraría en contradicción, a juicio del órgano promotor, con el principio de igualdad (artículo 14 CE), por carecer de una justificación objetiva y razonable.

El Alto Tribunal recuerda su doctrina sobre el principio de igualdad, aludiendo a la primera condición que debe estar presente para sospechar la existencia de un trato discriminatorio, cual es la similitud entre las situaciones de hecho sometidas a tratamientos diferenciados. Condición ausente en este caso, dada, en primer lugar, la distinta naturaleza de la relación que vincula a funcionarios de carrera e interinos con la Administración, relación que, en el caso de los últimos, posee unas notas de excepcionalidad, urgencia y temporalidad, que impiden la generación de situaciones jurídicas consolidadas, elemento que el legislador autonómico ha tenido en cuenta para llevar a cabo la transición normativa. Por tanto, no se da la similitud sustancial entre las situaciones de hecho.

**B) Derecho a la intimidad (artículo 18 CE). Proporcionar a una Administración Pública datos médicos de una persona fuera de todo cauce legal vulnera su derecho a la intimidad**

En la STC 158/2009, de 29 de junio, el TC declara vulnerado el derecho a la intimidad en un supuesto en el que la violación se derivó del traspaso de información médica sobre el recurrente entre dos Administraciones Públicas. En el supuesto concreto, el recurrente fue expulsado de un proceso selectivo para acceder al cuerpo de la policía local de San Sebastián debido a una información médica que fue proporcionada de forma oficiosa al Ayuntamiento por el Gobierno vasco. El recurrente se había presentado previamente a la oposición para acceder a la Ertzaintza y fue excluido del proceso selectivo por sufrir una enfermedad que entraba en el cuadro de exclusiones médicas. Sin embargo, en el procedimiento selectivo para acceder a la policía local esa causa médica no fue identificada hasta que un miembro del tribunal reconoció al opositor y recordó su problema médico, informando de ello al Ayuntamiento, fuera de todo tipo de procedimiento.

El derecho a la intimidad, recuerda el TC, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. El TC subraya así que el estado de salud física y psíquica de una persona forma parte de ese ámbito propio y reservado que protege el derecho a la intimidad, quedando afectado el derecho si se accede a datos médicos sin consentimiento del paciente. Sin embargo, continúa el TC, el derecho a la intimidad no es absoluto, de modo que la injerencia indicada podrá considerarse legítima siempre que se justifique en la necesidad de proteger otros bienes o derechos constitucionales, que sea legal y proporcionada. Tras analizar las circunstancias del caso, el TC consideraba que la decisión del Ayuntamiento de excluir al recurrente del procedimiento selectivo, sin practicar ninguna prueba médica y sirviéndose únicamente de la información que le proporcionaron de forma oficiosa, fue desproporcionada. Sin embargo, cabría plantearse si la medida no fue también ilegal, en cuanto ninguna disposición normativa preveía el intercambio de información sobre los datos de salud del recurrente que efectuaron las dos Administraciones públicas.

**C) Derecho a la propia imagen (artículo 18 CE). La superprotección del derecho a la propia imagen de los menores de edad**

La STC 159/2009, de 29 de junio, considera adecuada a Derecho la decisión del TS de declarar vulnerado el derecho a la propia imagen de un menor de edad, cuya fotografía ilustró un reportaje sobre discapacitados, sin que sus padres prestaran el consentimiento para la publicación. Señala el TC, en línea con la sentencia anterior del TS (Justicia Administrativa núm. 34), que si bien no toda publicación incontestada de la imagen de una persona viola el derecho a la propia imagen, la ponderación entre este derecho y otros derechos o intereses en litigio habrá de hacerse de forma especialmente cautelosa cuando afecte a un menor de edad. En este sentido, el TC destaca que los padres del menor no consintieron en ningún momento la publicación de su imagen y que no concurría ninguna de las causas legales que permiten hacer pública la imagen de una persona sin su consentimiento. Teniendo en cuenta tales circunstancias, no procedía sino dar preferencia al derecho del menor frente a la libertad de información.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### **D) Derecho de sufragio pasivo (artículo 23.2 CE). Es preciso extremar el rigor a la hora de tener por probado el fraude de una sentencia de ilegalización de un partido político y de anular la proclamación de una candidatura electoral**

La STC 126/2009, de 21 de mayo, estima la demanda de amparo presentada por la coalición electoral “Iniciativa Internacionalista-La Solidaridad entre los Pueblos” contra el Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo a que se refiere el artículo 61 LOPJ por el que se anuló la proclamación de dicha candidatura electoral en las Elecciones al Parlamento Europeo convocadas por RD 428/2009, de 3 de abril. El Tribunal Supremo consideró que la coalición electoral estaba vinculada a ETA y al partido político ilegalizado Batasuna, quienes habían intentado, de esta forma, burlar la sentencia de disolución.

La coalición electoral demandante de amparo imputaba al Auto recurrido la lesión de varios derechos fundamentales, algunos de carácter eminentemente procesal y otros de carácter sustantivo. Después de descartar que se hayan producido vulneraciones de carácter procesal, el TC examina las alegaciones referidas a la posible lesión de derechos sustantivos, en concreto, del derecho a participar en los asuntos públicos (artículo 23 CE) en relación con el derecho a la libertad ideológica (artículo 16.1 CE) y con el principio de igualdad (artículo 14 CE).

Comienza advirtiendo el Tribunal que “la efectividad del ejercicio del derecho de sufragio pasivo impone que, a la hora de apreciar la razonabilidad de la inferencia de que se haya producido una instrumentación fraudulenta de la candidatura presentada por la coalición recurrente, tal inferencia debe resultar sólida y no excesivamente abierta”. Citando doctrina consolidada desde la STC 85/2003, de 8 de mayo, el Tribunal recuerda que la continuidad entre un partido judicialmente disuelto y un partido o candidatura electoral no ilegalizados que pretendan sucederlo sólo puede tenerse por debidamente acreditada si concurren “varias similitudes sustanciales... a) En primer lugar, la similitud sustancial de las estructuras, organización y funcionamiento; b) además, la similitud sustancial de las personas que los componen, rigen, representan o administran las candidaturas; c) en tercer lugar, la similitud de la procedencia de los medios de financiación o materiales y d) por último, se tendrán en cuenta cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo permitan considerar dicha continuidad o sucesión”.

El TC comienza anunciando que examinará si los elementos de prueba tomados en consideración por la Sala Especial del Tribunal Supremo en el Auto recurrido pueden tener en términos constitucionales el valor indiciario que se les ha atribuido; esto es, si tienen la entidad necesaria para sustentar una convicción de la que se deriva “tan grave perjuicio para el derecho de participación política garantizado por el artículo 23 CE y, con él, para el valor del pluralismo político sobre el que se fundamenta el ordenamiento constitucional del Estado democrático”. A mayor abundamiento, el TC recuerda que la Constitución no proscribía ideología alguna ni tampoco los medios por los que ésta se difundía, excluyendo tan sólo las medidas ilícitas y las que impliquen violencia.

A partir de estas reflexiones iniciales, el TC examina detalladamente las pruebas en las que se basa el Tribunal Supremo para sustentar su afirmación de que la coalición recurrente es un instrumento de ETA y del partido político disuelto Batasuna para estar presentes en las Elecciones Europeas de junio de 2009.

Del examen de estas pruebas deduce el TC que, efectivamente, ETA y Batasuna conceden cierta relevancia a las Elecciones Europeas; incluso que pretenden servirse de algún modo de esa

oportunidad para sus fines. Pero que ello haya sido mediante la instrumentalización de la coalición demandante de amparo es una conclusión que –a juicio del TC– no puede alcanzarse a partir de las pruebas aportadas del modo que constitucionalmente es exigible para limitar el derecho de participación política que en este recurso de amparo está en juego.

Insiste el TC en que, a diferencia de lo sucedido en otros casos similares (SSTC 85/2003, 99/2004, 68/2005, 110/2007, 112/2007, 43/2009 y 44/2009), en este caso no existen elementos que acrediten la existencia de vínculos de orden financiero o de apoyo material entre ETA y Batasuna y la coalición recurrente, lo que fue relevante en aquellos casos. Las pruebas aportadas no demuestran otra cosa –a juicio del TC– que la coincidencia ideológica entre la demandante de amparo y ETA y Batasuna, pero no ponen de manifiesto una concertación de voluntades entre éstos y aquélla, ni mucho menos la asunción por la recurrente de métodos violentos como instrumento de actuación en la vida pública.

La conclusión de la sentencia es, pues, que la insuficiente entidad probatoria de los indicios manejados por el Tribunal Supremo no puede justificar el sacrificio de los derechos fundamentales de participación política en términos de igualdad y de libre defensa y promoción de la propia ideología. Por ello, a juicio del TC, no es necesario oponer a estos indicios contra-indicio alguno, es decir, desacreditarlos con la condena inequívoca del terrorismo por parte de la formación política sospechosa de connivencia con una organización terrorista. No es necesario pero, según pone de manifiesto la sentencia, tal condena se realizó en la demanda de amparo, dato que no pudo conocer en su momento el Tribunal Supremo.

## **E) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)**

### **a) En determinadas circunstancias (agentes de policía, expediente administrativo), el derecho fundamental a no declarar contra uno mismo no incluye el derecho a mentir**

En la **STC 142/2009, de 15 de junio**, se aborda un amparo interpuesto por unos policías locales frente a la sanción que se les impuso por el Ayuntamiento por las manifestaciones vertidas en el seno de una información reservada, incoada a raíz de la denuncia de un ciudadano contra los agentes al objeto de esclarecer los hechos denunciados y determinar en su caso las posibles responsabilidades administrativas que pudieran derivarse para los funcionarios implicados en ellos.

Subraya el TC dos circunstancias concurrentes en este caso de particular relevancia: a) que no estamos ante un proceso penal, sino ante una comparecencia en una información reservada, donde las garantías tienen menor amplitud; b) los agentes se hallan en una “relación administrativa especial” de la que se deriva una mayor exigibilidad de rigor en las manifestaciones vertidas en el ejercicio de sus cargos, incluso cuando –como sucede en una información reservada– se investigan hechos de los que pueden derivarse responsabilidades administrativas. Por ello, se concluye que queda fuera del ámbito de cobertura de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismos y a la defensa (artículo 24.2 CE) la realización de unas manifestaciones en un expediente de información reservada que no sólo se demostraron abiertamente falsas, sino que implican la imputación al ciudadano –al que previamente habían

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

sancionado, y con motivo del esclarecimiento de la denuncia presentada por éste a raíz de su actuación profesional—, de la presentación de una denuncia falsa contra los agentes, con las eventuales consecuencias que ello podría tener para aquél, como destaca el órgano judicial. Tal modo de actuar resulta incompatible con el cumplimiento de la función que los agentes tenían asignada y no hubo, pues, vulneración del derecho fundamental.

#### **b) Derecho a la ejecución de la sentencia. Vulneración del derecho por el cese discrecional en un puesto administrativo el mismo día en que la funcionaria litigante había sido nombrada por mandamiento judicial**

STC 92/2009, de 20 de abril. A la recurrente se le había reconocido por sentencia firme su derecho a ser nombrada Jefa de una Unidad de Enfermería de un Hospital público. El mismo día en que, en virtud de resolución judicial de ejecución de aquella sentencia, por medio de una resolución administrativa se le nombró para ese cargo (con efecto retroactivo), se dictó una segunda resolución por la que se le cesaba discrecionalmente en dicho cargo por haber transcurrido el plazo legal máximo para ese nombramiento. Planteado incidente de ejecución, el tribunal competente consideró que dicha sentencia había quedado ejecutada con el nombramiento efectuado.

Considera el TC que las circunstancias concurrentes no justifican en modo alguno la decisión de disponer el cese de la recurrente en amparo, ni permiten, por tanto, excluir el móvil de represalia aducido por ésta, pues, en cuanto al límite temporal reglamentario, la recurrente adujo que el suyo ha sido el único cese producido en las Jefaturas de Unidad de Enfermería por el transcurso del período reglamentariamente establecido para el desempeño de dicho puesto de trabajo, ya que los demás ceses que se produjeron lo fueron a petición propia de los interesados, y aporta cierta documentación para acreditarlo, y la Administración no desvirtuó, como le correspondía, aquella información; y en cuanto a la invocada discrecionalidad del cese, no basta para excluir la vulneración del derecho en casos como éste, pues esa libertad de cese no descarta la posible instrumentalización *ad casum* de esa facultad con un resultado inconstitucional, que es lo que había que desvirtuar.

#### **c) Derecho de acceso a la justicia. La dimisión sobrevenida no priva de interés legítimo difuso a una asociación de jueces que impugnó ese nombramiento**

STC 102/2009, de 27 de abril. Se trata de un caso en que en vía judicial contencioso-administrativa se archivó una causa al apreciarse una pérdida de objeto del proceso (relativo a un Decreto de nombramiento de un Presidente de una Audiencia Provincial) en cuanto que, sobrevenidamente, el nombrado había dimitido y el CGPJ había aceptado esa dimisión.

Esa resolución judicial de archivo es contraria al derecho de acceso a la jurisdicción de la asociación de jueces recurrente y ello porque, al margen de que el acto de nombramiento recurrido tenga una proyección sobre intereses personales individuales que sólo cabe ejercitar al que sea titular de ellos, no puede desconocerse que dicho acto también incide directamente sobre el interés profesional difuso de que la promoción de los Jueces y Magistrados se lleve a efecto por el procedimiento que la asociación demandante de amparo estima haber sido desconocido por el Decreto recurrido (STC 24/1987, de 24 de febrero), y pese a ello, dicha resolución de archivo no dio una respuesta a la cuestión de fondo planteada ni tampoco basó el archivo en una interpretación razonable en el caso concreto de la causa legal de desaparición

de interés legítimo, sino que se aprecia una clara desproporción entre los fines que la causa legal aplicada preserva y los intereses que se sacrifican. En este caso, el fin de esa causa de archivo es evitar la continuación de un proceso en el cual el demandante haya perdido sobrevenidamente todo el interés jurídico que en él tenía, lo que no acontece en este caso totalmente, pues la aceptación de la dimisión deja subsistente la validez del nombramiento y sus efectos (incluso alguno posterior a esa aceptación), que es lo que el demandante cuestionaba

**d) Derecho a la ejecución de la sentencia. Incidente de extensión de efectos.  
Negación de legitimación para instar la ejecución de sentencia a particular  
que no fue parte en el proceso declarativo**

STC 111/2009, de 11 de mayo. En este caso, se recurre una resolución judicial por la que, en un contencioso entre la Administración y una empresa de suministro eléctrico en que se había dictado sentencia firme, se inadmite un incidente de extensión de efectos planteado por un consumidor particular. La resolución judicial impugnada se basaba en que el solicitante de la extensión de efectos no había sido parte en el proceso y en que la reclamación, en su caso, debe efectuarse directamente a la compañía eléctrica que suministró el servicio.

El TC considera que esa decisión vulneró el derecho de acceso a la jurisdicción por basarse para ello en una interpretación rigorista y desproporcionada de las normas. Afirma que no puede mantenerse que el recurrente no estuviera legitimado para instar la ejecución de la sentencia por no haber reclamado nunca a la compañía eléctrica las cantidades indebidas pues la sentencia cuya ejecución se pretende había declarado también la obligación de la compañía de fijar cuál era la cantidad abonada de forma indebida con carácter previo a aquella reclamación.

#### 4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

**A) Derecho de asilo (artículo 13.4 CE). Reconocimiento del derecho a ciudadana nigeriana que sufrió  
ablación genital**

STS de 11 de mayo de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo. La Sentencia de instancia, dictada por la Audiencia Nacional, estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por una ciudadana nigeriana contra la resolución del Ministerio del Interior que le denegó el asilo en España. La sentencia de instancia, que cuenta con un Voto Particular, rechaza la pretensión de reconocimiento de la condición de refugiada de la demandante, y estima, sin embargo, la petición de autorización de permanencia en España por razones humanitarias conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo. El TS recuerda que en anteriores ocasiones ha reconocido que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo y que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales y, más concretamente, que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entre esas persecuciones sociales (SSTS de 28 de febrero de 2006, 15 de febrero de 2007 y 31 de enero de 2008, referidas a solicitantes de asilo procedentes de Nigeria). Tras recordar la doctrina jurisprudencial y los informes de

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

ACNUR sobre la situación socio-política existente en Nigeria y a tenor de la documentación incorporada, la Sala acepta que, efectivamente, la actora proviene de Nigeria y considera también suficientemente acreditado, a tenor del expediente, que la causa de su salida de Nigeria fue la huida frente a un contexto familiar y social en el que se le había obligado a someterse a la práctica de la ablación genital como paso previo para un matrimonio no deseado, descartando la existencia de contradicciones en el relato.

Las razones expuestas llevan a la Sala a estimar el recurso de casación y anular la resolución impugnada y, en definitiva, a reconocer a la solicitante el derecho de asilo indebidamente denegado.

#### **B) Libertad ideológica (artículo 16 CE). Objeción de conciencia frente a matrimonios del mismo sexo por parte del juez encargado del Registro Civil**

STS de 11 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo. El recurso tiene su origen en la solicitud presentada por un Juez encargado de un Registro Civil en la que, invocando el derecho a la objeción de conciencia, solicitaba que se reconociera su ejercicio y su abstención en la tramitación de expedientes de matrimonio entre personas de mismo sexo, nombrándose un sustituto.

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, al resolver la alzada, rechazó el planteamiento inicial al entender que los Jueces y Magistrados están sometidos al imperio de la ley. Frente a esta decisión se formula recurso contencioso administrativo.

Recuerda la Sala las Sentencias del Pleno sobre objeción de conciencia y libertad religiosa de 11 de febrero de 2009. En ellas se rechaza que tenga cabida en nuestro ordenamiento constitucional un derecho general a la objeción de conciencia susceptible de hacerse valer pese a no contar con un reconocimiento formal en el texto fundamental o en la ley y que pueda sustentarse en el citado artículo 16 de la Constitución. Admiten, también, que nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos. No obstante, precisan que, en tal caso, se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo, no constitucional y, por consiguiente, derivado de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático, el cual podría crearlo, modificarlo o suprimirlo según lo estimase oportuno.

En el Fundamento Jurídico Séptimo, la Sala concluye que las consideraciones expuestas llevan a la desestimación del recurso. A mayor abundamiento, la Sala recuerda la especial sumisión a la ley que caracteriza la posición de los poderes públicos y, en particular, la de los jueces y magistrados.

#### **C) Derecho al honor (artículo 18 CE). Violación del derecho al honor de un ciudadano por ofensas vertidas por una Administración Pública**

En la STS de 29 de abril de 2009, Sala de lo Civil, el TS considera violado el derecho al honor de un ciudadano por las críticas vertidas contra él en el Pleno municipal de su Ayuntamiento, en el que el Alcalde y la mayoría de los concejales asistentes acordaron recriminar públicamente al recurrente por haber interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra el Ayuntamiento. El Alcalde se pronunciaba en el Pleno municipal señalando que la pretensión del recurrente en el contencioso “supone un injusto intento de obtener un beneficio económico y un incremento de su patrimonio absolutamente inmoral”. El TS recuerda en su

sentencia que, si bien los ciudadanos pueden ejercer su libertad de expresión a fin de criticar a los entes públicos, las instituciones representativas no están llamadas a ejercer ese mismo derecho de crítica con sus administrados, de modo que el ejercicio de la libertad de expresión por parte de una Administración pública debe ser cuidadosamente controlado. Analizadas en este contexto, el TS consideraba que las palabras del Alcalde eran expresiones vejatorias, contrarias al derecho al honor del recurrente, en la medida en que denostaban y envilecían el ejercicio de un derecho constitucionalmente atribuido a los particulares, como es instar la tutela judicial en relación con los actos de las administraciones públicas que les afecten, y lo hacían además en un contexto especialmente público, el Pleno municipal, aumentando así los efectos del posible descrédito del recurrente entre sus conciudadanos.

### **D) Derecho a la propia imagen (artículo 18 CE). Utilización de cámaras ocultas en reportajes de investigación**

En la STS de 30 de junio de 2009, Sala de lo Civil, el TS estudia si la utilización de una cámara oculta para grabar a una persona y la posterior difusión de esa imagen puede vulnerar los derechos al honor y a la propia imagen del afectado. En el caso de autos, la persona grabada fue un profesional de la parapsicología, al que se captó desempeñando su trabajo. Posteriormente, las imágenes fueron emitidas en televisión en un programa temático sobre los fraudes o engaños que llevan a cabo supuestos profesionales de la parapsicología.

El TS consideraba que la grabación y posterior emisión de ese reportaje no supuso un menoscabo del honor del recurrente, a pesar de que éste aparecía como un evidente “timador” en la grabación. El TS subrayaba que la libertad de información debe prevalecer sobre el derecho al honor, si la información es veraz y de interés público; lo que ocurría en el caso de autos. Señalaba, además, que el posible atentado contra la estima del recurrente se derivaba de su propio comportamiento y no del actuar de los periodistas.

Por el contrario, el TS sí consideraba violado el derecho a la propia imagen del recurrente. En relación con este derecho, el TS destacaba que no podía considerarse que el recurrente consintiera la grabación de las imágenes que se hicieron públicas, ya que si bien no opuso resistencia alguna a su grabación, no lo hizo porque no sabía que se estaba captando su imagen: no puede hablarse de consentimiento si quien tiene que consentir desconoce el objeto de su aceptación. Por otro lado, el TS señalaba que el recurrente no podía considerarse un personaje público, ni su lugar de trabajo un lugar público; y que tampoco podía aceptarse la idea de que la imagen del recurrente fuera accesoria al contenido del reportaje, en la medida en que se convirtió en el protagonista central de una investigación sobre la mala praxis en el ámbito de la parapsicología. En este contexto, el TS concluía que la grabación y posterior emisión del reportaje, sin consentimiento del afectado y sin difuminar siquiera su imagen, había violado su derecho a la propia imagen.

JAVIER GARCÍA ROCA  
 PABLO SANTOLAYA MACHETTI  
 RAÚL CANOSA USERA  
 RAFAEL BUSTOS GISBERT  
 ENCARNA CARMONA CUENCA  
 ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH  
 JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

MARÍA DÍAZ CREGO  
 IGNACIO GARCÍA VITORIA  
 MIGUEL PÉREZ-MONEO AGAPITO  
 LUCÍA ALONSO SANZ  
 MARIO HERNÁNDEZ RAMOS  
 YOLANDA FERNÁNDEZ VIVAS  
 MÓNICA ARENAS RAMIRO

**IV. FUENTES DEL DERECHO****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Bases.** A) La publicación de las nuevas bases en materia de patrimonio de las Administraciones Públicas determina la inconstitucionalidad sobrevenida de un precepto autonómico que no admite una interpretación compatible con dichas bases. B) Las CCAA pueden desarrollar las bases estatales en materia de incompatibilidades de sus funcionarios según sus características, la estructura de sus propias Administraciones y el diseño de la función pública autonómica, así como la materia o sector de la actividad administrativa donde se producen. C) Las competencias básicas en materia de medio ambiente o energía no permiten al Estado atribuirse la gestión de la tramitación, la concesión y el pago de las ayudas o subvenciones que otorgue en estos ámbitos. **3. Ley.** A) Reserva de Ley en materia penal: no se vulnera el artículo 25 CE si la interpretación y subsunción de los hechos no requiere argumentaciones extravagantes a las normalmente utilizadas en la comunidad jurídica ni parte de bases valorativas ajenas a los criterios constitucionales para llegar a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de estas normas. B) Reserva de ley en materia sancionadora; no cabe invocar su infracción en un recurso de amparo si no se ha alegado en la vía judicial previa. **4. Reglamento.** A) Distinción entre acto y norma. B) Potestad reglamentaria. a) Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria: existencia de cobertura legal. C) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. a) Trámite de audiencia. b) Informes preceptivos del Consejo de Estado y la Comisión Nacional de la Energía.

**5. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad. a) Principio de igualdad en la aplicación de la Ley: el despido de una trabajadora embarazada vulnera el principio de no discriminación por razón de sexo, a pesar de que la empresa desconociera esta circunstancia. B) Principio de igualdad en la Ley. a) El principio de igualdad en las condiciones de acceso a la función pública se vulnera por la celebración de pruebas restringidas en el caso de que no concurren circunstancias excepcionales que las justifiquen. b) La igualdad ante la ley proclamada en el artículo 14 CE no impide el distinto

tratamiento normativo entre situaciones de por sí diversas; la diferenciación normativa entre distintos sujetos no puede considerarse, por sí sola, generadora de discriminación.

C) Principio de irretroactividad de las leyes: no cabe practicar liquidaciones de tarifas portuarias aplicando nuevos criterios de cuantificación sobre supuestos de hecho ya agotados con anterioridad a la nueva regulación. D) Principio de interdicción de la arbitrariedad del legislador: se vulnera si la regulación establece una discriminación o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Id Cendoj 28079130032009100126 –STS 1921/2009–. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 181/2009, de 23 de julio.

## 2. BASES

**A) La publicación de las nuevas bases en materia de patrimonio de las Administraciones Públicas determina la inconstitucionalidad sobrevenida de un precepto autonómico que no admite una interpretación compatible con dichas bases**

La STC 162/2009, de 29 de junio, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Huesca respecto del artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón o, alternativamente, en relación con la disposición final segunda de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas, en cuanto ésta declara básico el artículo 107.1 de esta Ley.

El artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, establecía que, para adjudicar el arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de los bienes patrimoniales, debía realizarse una subasta pública, siempre que la duración de la cesión fuera superior a cinco años o su precio excediera del cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto. Excepcionalmente, y de forma justificada, podía hacerse por concurso, aun cuando el plazo de cesión fuera superior a cinco años y su precio excediera del cinco por ciento de los recursos ordinarios, cuando el arrendamiento o cesión de uso tuviera por objeto el fomento de actividades de carácter económico y el destino del uso de los bienes patrimoniales fuera la implantación o ejercicio de actividades propiamente económicas que redundaran notoriamente en la satisfacción de necesidades de interés general de los vecinos.

## IV. Fuentes del Derecho

El artículo 107.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas, dispone por su parte que “Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente”. Este precepto tiene carácter de legislación básica, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 149.1.18 CE, conforme se establece en el apartado 5 de la disposición final segunda de la Ley 33/2003.

Dado que el artículo 184.2 de la Ley de Administración Local de Aragón era conforme con la Constitución en el momento en que entró en vigor, se plantea la posible inconstitucionalidad sobrevenida de dicho precepto como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas, al establecer esta última como regla la adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales mediante concurso, frente a la regulación de la Ley aragonesa, que establecía la subasta en los mismos casos.

El Tribunal Constitucional constata el carácter básico, tanto desde el punto de vista formal como material, del artículo 107.1 de la Ley 33/2003, así como la existencia de una contradicción entre la norma estatal y la autonómica, insalvable desde el punto de vista interpretativo, lo que determina la nulidad del precepto autonómico.

Por lo que se refiere a los efectos de la inconstitucionalidad y nulidad (artículo 39.1 LOTC) del artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999 el Tribunal precisa en el FJ 7º de la STC 162/2009, que deben desplegarse exclusivamente a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley estatal (SSTC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 9º *in fine*, y 1/2003, de 16 de enero, FJ 9º), no siendo susceptibles de ser revisadas como consecuencia de esta declaración de nulidad las situaciones jurídicas consolidadas, tanto las decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (artículo 40.1 LOTC) en las que se haya aplicado dicho precepto, como, por exigencia del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), las establecidas en aplicación de él mediante acto administrativo firme (por todas, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, y 179/2006, de 13 de junio, FJ 11º).

### **B) Las CCAA pueden desarrollar las bases estatales en materia de incompatibilidades de sus funcionarios según sus características, la estructura de sus propias Administraciones y el diseño de la función pública autonómica, así como la materia o sector de la actividad administrativa donde se producen**

En las SSTC 135 y 137/2009, ambas de 15 de junio, se resuelven las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respectivamente por el Juzgado número 3 de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife y por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en relación con la disposición transitoria primera, apartado tres, de la Ley de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes, económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, para el ejercicio de 1999, por posible vulneración de los artículos 14 y 149.1.18 CE.

El órgano judicial considera que la vulneración del artículo 149.1.18 CE se produce porque la norma cuestionada entra en contradicción con el artículo 12.2 y con la disposición transitoria

sexta de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, preceptos que son declarados básicos, ex artículo 149.1.18 CE, por la disposición final primera de la citada Ley 53/1984. En concreto, el órgano judicial entiende que la norma cuestionada resulta contraria a lo establecido en la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984, relativa al régimen de los denominados farmacéuticos titulares, ya que mientras ésta permite expresamente a estos funcionarios, sin hacer distinción entre los de carrera e interinos, el ejercicio simultáneo de sus funciones con la apertura y mantenimiento de su oficina de farmacia, por el contrario, la disposición transitoria primera de la Ley de Canarias 2/1999 establece la incompatibilidad total y absoluta entre el ejercicio de sus funciones y el mantenimiento de la oficina de farmacia.

Esta cuestión ya fue resuelta por la STC 87/2009, de 20 de abril, que ha sido analizada en el número anterior de esta revista. En la citada sentencia, se expuso en relación con la alegada vulneración del artículo 149.1.18 CE, que la regulación establecida en la norma cuestionada respondía a una concreta finalidad, que era la de excluir a los farmacéuticos titulares de la incompatibilidad derivada del artículo 12.2 de la Ley 53/1984. Esta excepción encontraba su fundamento en la situación que, en el momento de promulgarse la legislación estatal sobre incompatibilidades, tenían dichos titulados, quienes ejercían al tiempo funciones privadas y las funciones públicas propias de su cargo, lo que determinaba la necesidad de disponer de oficina de farmacia abierta, con el fin de hacer posible el adecuado cumplimiento de sus funciones públicas.

Estas funciones públicas están directamente vinculadas con las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas en materia sanitaria, lo que determina la integración de los farmacéuticos titulares en la correspondiente función pública autonómica. Por ello, teniendo en cuenta que la Comunidad Autónoma de Canarias resulta competente, en los términos de su Estatuto de Autonomía, para llevar a cabo tanto el desarrollo legislativo del régimen estatutario de sus funcionarios públicos como la ordenación de establecimientos farmacéuticos y el desarrollo legislativo y la ejecución de las previsiones básicas del Estado en materia de sanidad e higiene (artículos 32.6, 31.31 y 32.10, respectivamente, del Estatuto de Autonomía de Canarias), corresponde a los poderes públicos autonómicos la adopción de las decisiones relativas a la organización de las actividades asignadas a los servicios farmacéuticos oficiales de la Administración autonómica y a su forma de prestación.

En conclusión, de acuerdo con todo lo expuesto, el Tribunal establece que el precepto legal cuestionado no vulnera el artículo 149.1.18 CE.

### **C) Las competencias básicas en materia de medio ambiente o energía no permiten al Estado atribuirse la gestión de la tramitación, la concesión y el pago de las ayudas o subvenciones que otorgue en estos ámbitos**

La STC 138/2009, de 15 de junio, resuelve el conflicto positivo de competencia planteado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra la Orden de 4 de octubre de 2002, del Ministerio de Medio Ambiente, por la que se establecían las bases reguladoras de las ayudas a la investigación en materias relacionadas con la Red de Parques Nacionales y se convocaban para el año 2002. Para el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía la Orden impugnada vulnera su autonomía financiera, así como sus competencias en materia de medio

#### IV. Fuentes del Derecho

ambiente y espacios naturales protegidos, dado que dicha Orden centraliza en los órganos estatales la tramitación y resolución de las ayudas reguladas, ignorando de este modo la doctrina constitucional recaída en relación con las subvenciones (singularmente, la STC 13/1992, de 6 de febrero). Por el contrario, el Abogado del Estado sostiene que las subvenciones establecidas en la Orden impugnada encuentran cobertura en la competencia estatal en materia de fomento de la investigación científica y técnica prevista en el artículo 149.1.15 CE, de manera que el Estado puede realizar la regulación completa de su convocatoria y concesión y también las funciones de mera ejecución necesarias para ello.

El Tribunal Constitucional toma como punto de partida para resolver este conflicto la jurisprudencia relativa a la distribución de competencias en materia de subvenciones que establece la STC 13/1992, que hace referencia, entre otros, a los supuestos en que el Estado dispone de un título genérico, básico o de coordinación, correspondiendo a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución. En consecuencia, dado que estas subvenciones se refieren a la materia de “medio ambiente” y “espacios naturales protegidos”, al Estado le compete el establecimiento de la normativa básica (artículo 149.1.23 CE), y a la Comunidad Autónoma, en dicho marco, el ejercicio de las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de espacios naturales protegidos.

Según el FJ 8.b) de la STC 13/1992, en estos supuestos “el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus presupuestos generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de estos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas de manera, por regla general, que no pueden consignarse en favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta”. En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara que la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 4 de octubre de 2002 es contraria a la Constitución pero no la anula formalmente puesto que ya había producido sus efectos en el momento en que se dictó sentencia.

La **STC 136/2009, también de 15 de junio**, resuelve un conflicto positivo de competencias de carácter muy similar al que se acaba de hacer referencia. Este conflicto lo plantea el Gobierno de Aragón contra la Resolución de la Dirección General del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, de 8 de septiembre de 2000, por la que se regula la concesión de ayudas para apoyo a la energía solar térmica en el marco del Plan de fomento para las energías renovables.

Para el Gobierno de Aragón la resolución impugnada vulnera su autonomía financiera, así como sus competencias en materia de energía eléctrica, fomento del desarrollo económico e investigación científica y técnica, dado que dicha resolución centraliza en los órganos estatales la tramitación y resolución de las ayudas en ella reguladas, ignorando de este modo la doctrina constitucional recaída en relación con las subvenciones (especialmente, la STC 13/1992, de 6 de febrero). Por el contrario, el Abogado del Estado sostiene que las subvenciones establecidas en la resolución impugnada encuentran cobertura en las competencias estatales previstas en los artículos 149.1.13 y 25 CE y, con carácter complementario, en el artículo 149.1.15 CE, considerando también justificada la reserva al Estado de las funciones de gestión y pago de las ayudas.

El Tribunal Constitucional considera que en este caso el Estado tiene competencia básica en virtud del artículo 149.1.25 CE, relativo al régimen energético y ubica su resolución, al igual que en la STC 138/2009 analizada anteriormente, en el segundo de los supuestos destacados en la STC 13/1002, relativa al ejercicio de competencias en materia de subvenciones. Para el Tribunal Constitucional en estos casos el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus presupuestos generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de estos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas, de modo que se trata de partidas que deben territorializarse en los propios presupuestos generales del Estado, si ello es posible o, en su caso, en un momento inmediatamente posterior.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara contraria a la Constitución la Resolución de la Dirección General del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, de 8 de septiembre de 2000, por la que se regula la concesión de ayudas para apoyo a la energía solar térmica en el marco del Plan de fomento para las energías renovables, que atribuye al Estado la tramitación, gestión, concesión y pago de las ayudas a las que se ha hecho referencia, cuando según el orden constitucional de competencias establecido por la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Aragón, dichas competencias corresponden a la citada Comunidad Autónoma.

### 3. LEY

**A) Reserva de Ley en materia penal: no se vulnera el artículo 25 CE si la interpretación y subsunción de los hechos no requiere argumentaciones extravagantes a las normalmente utilizadas en la comunidad jurídica ni parte de bases valorativas ajenas a los criterios constitucionales para llegar a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de estas normas**

En la STC 145/2009, de 15 de junio, se resuelve un recurso de amparo en el que se plantea, entre otras, la posible vulneración del principio de legalidad en materia penal, por haber calificado un juez un delito como robo continuado. En el recurso se alega que se ha producido una defectuosa subsunción de los hechos para considerar el robo como un delito continuado (artículo 74.2 del Código Penal: CP), dado que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, al existir en el caso una unidad natural de acción, no cabe apreciar la figura del delito continuado.

En el presente caso, la sentencia de casación confirmó la aplicación de la continuidad delictiva al robo, argumentando que, si bien queda excluida en los supuestos en que se aprecie la unidad natural de acción en la conducta típica realizada, dicha unidad no concurría en el presente caso, en el que existió una pluralidad de fracturas de cajas de seguridad para apoderarse de sus respectivos contenidos pertenecientes a diferentes dueños, siendo indiferente a estos efectos que todas esas cajas estuvieran en la misma cámara acorazada.

## IV. Fuentes del Derecho

Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la interpretación y la concreta subsunción de los hechos delictivos en el artículo 74.2 CP, que implica su consideración como delito continuado, no son contrarias a las exigencias derivadas del artículo 25.1 CE, ya que no cabe apreciar ni que se haya acudido a argumentaciones extravagantes a las normalmente utilizadas en la comunidad jurídica ni que se haya partido de bases valorativas ajenas a los criterios constitucionales, para llegar a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de estas normas y, en esa medida, imprevisibles para el recurrente. En consecuencia, el Tribunal determina que debe desestimarse este concreto motivo de amparo y con él íntegramente el recurso de amparo presentado.

### **B) Reserva de ley en materia sancionadora; no cabe invocar su infracción en un recurso de amparo si no se ha alegado en la vía judicial previa**

En la STC 181/2009, de 23 de julio, se resuelve un recurso de amparo interpuesto contra el Auto de 16 de noviembre de 2006 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que declaró la inadmisión del recurso de casación contra la Sentencia núm. 55 de 2 de febrero de 2005 de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En este recurso se alegaba entre otras, la vulneración del artículo 25 CE, que establece el principio de legalidad en materia sancionadora, producido por la resolución sancionadora objeto del recurso, a través de la aplicación del artículo 27.8 del Real Decreto 2738/1986, de 12 de diciembre, que tipifica el “suministro a puntos de venta con recargo, distintos de los que estuviesen obligatoriamente adscritos”, sin cobertura legal en la Ley 38/1985, de 22 de noviembre, del monopolio fiscal de tabacos.

El Tribunal Constitucional inadmite esta alegación basándose en que al no haber denunciado ante los órganos judiciales la queja que se aduce en amparo, como exige el artículo 44.1.c) LOTC, no se les ha otorgado la posibilidad de pronunciarse y, en su caso, reparar la vulneración constitucional ahora alegada.

## 4. REGLAMENTO

### **A) Distinción entre acto y norma**

La STS de 24 de febrero de 2009, Id 28079130032009100054 – STS 768/2009, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) resuelve el recurso de casación interpuesto por “Endesa Distribución SA” contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta). La sentencia recurrida desestimó el recurso interpuesto por “Endesa Distribución Eléctrica SL” contra la Orden del Ministerio de Economía, de 27 de diciembre de 2001, por la que se fijan de manera provisional los porcentajes de la actividad de distribución para los años 2000 y 2001. La Sala a quo entendió, a diferencia de la recurrente, que la Orden impugnada no constituía una disposición general, sino que se trataba de un acto administrativo. La Orden Ministerial fijaba de manera provisional los porcentajes de la actividad de distribución para los años 2000 y 2001, aplicables a las liquidaciones correspondientes a dichos años, que se agotaban con su cumplimiento; y no innovaba el ordenamiento jurídico.

La recurrente en casación alega, sin embargo, que la Orden Ministerial impugnada vulnera el principio de jerarquía normativa, y que tiene naturaleza de disposición general, por lo que se ha vulnerado su procedimiento de elaboración. Al respecto, señala el Alto Tribunal que la Orden se dicta en aplicación del artículo 16.3 de la Ley del Sector Eléctrico 54/1997, de 27 de noviembre, que se remite al reglamento para fijar la retribución de la actividad de distribución. Y esa remisión reglamentaria se cumple por el Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre, que regula la actividad de transporte y distribución de energía eléctrica y dispone que el “Ministerio de Industria y Energía determinará anualmente la retribución que corresponde percibir a cada sujeto o agrupación de ellos que realicen actividades de distribución”. De este modo se ejecuta por la Orden el mandato legal, sin innovar el ordenamiento jurídico, lo que conduce a entender que la consideración de acto singular excusa seguir el procedimiento de elaboración de disposiciones generales (FJ 2º). Por todo ello, se desestima el recurso de casación.

## **B) Potestad reglamentaria**

### **a) Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria: existencia de cobertura legal**

La STS de 2 de febrero de 2009, Id Cendoj 28079130042009100049 –STS 762/2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta) resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza Titulares de Centros Católicos (FERE-CECA) contra el Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre, que establece la estructura del bachillerato y fija sus enseñanzas mínimas. Sostiene la recurrente que el apartado segundo del artículo 14 del Real Decreto precitado, relativo a la permanencia de un año más en el mismo curso de bachillerato, es contrario a las normas generales sobre esta materia reguladas en el artículo 36 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE).

Tras una extensa exposición de los contenidos de los artículos 14 del Real Decreto impugnado y 36 de la LOE, el Tribunal Supremo procede a resolver su controvertida compatibilidad. Precisa el Tribunal que la LOE establece la “promoción” de un curso a otro en el supuesto de superación del primero o de evaluación negativa de, como máximo, dos asignaturas o la repetición del curso. Mientras que el artículo 14.2 del Real Decreto admite la “matrícula” condicionada de asignaturas de segundo cuando se obtenga una evaluación negativa en tres o cuatro materias. El Real Decreto establece, así, una tercera posibilidad, junto a la repetición del curso y la promoción con una o dos asignaturas evaluadas negativamente, que carece de cobertura legal. La Administración no ha respetado, por tanto, la Ley a la que está sometida de acuerdo con el artículo 103.1 de la Constitución (FJ 9º). Por todo ello, el Tribunal estima el recurso interpuesto y declara la nulidad del artículo 14.2 del Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre.

## **C) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general**

### **a) Trámite de audiencia**

La STS de 20 de enero de 2009, Id Cendoj 28079130052009100006 –STS 91/2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta) resuelve el recurso contencioso-adminis-

## IV. Fuentes del Derecho

trativo interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra el Real Decreto 1265/2005, de 21 de octubre, por el que se adoptan medidas administrativas excepcionales para la gestión de los recursos hidráulicos y para corregir los efectos de la sequía en las cuencas hidrográficas de los ríos Júcar, Segura y Tajo. Dicho Real Decreto se aprobó en virtud de la facultad que el artículo 58 del Texto Refundido de la Ley de Aguas concede al Gobierno en situaciones extraordinarias, de urgencia y necesidad. De acuerdo con este precepto, el Real Decreto debe aprobarse una vez oído el organismo de cuenca. Precisamente la falta de ese trámite constituye la única alegación de la recurrente.

Al respecto constata el Tribunal Supremo que no consta prueba alguna de que la Administración Central diese audiencia formalmente a las respectivas Confederaciones Hidrográficas en el procedimiento de elaboración del Real Decreto impugnado. Asimismo, entiende que no existe prueba alguna de que se diese cumplimiento a este trámite materialmente (FJ 4). Con base en esta argumentación, el Tribunal estima el recurso interpuesto y anula el Real Decreto impugnado.

En un sentido distinto se pronuncia la **STS de 10 de marzo de 2009**, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta) Id Cendoj 28079130062009100165 –STS 1079/2009. Dicha resolución se refiere al recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Notarios Españoles Jubilados contra el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, que modifica el reglamento de organización y régimen del notariado. Entre otras alegaciones secundarias, señala la recurrente que se ha vulnerado el trámite de audiencia en la elaboración del Real Decreto impugnado que consagra el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en la medida en que no fue oída en la elaboración del reglamento. En este sentido, el Tribunal afirma que el trámite de audiencia de la Ley 50/1997 no resulta preceptivo respecto a organizaciones de carácter voluntario, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia, de modo que el Gobierno puede solicitar discrecionalmente dichas consultas, si las estima convenientes (FJ 3º). El Tribunal desestima, pues, esta alegación, así como el resto de las formuladas por la recurrente.

### **b) Informes preceptivos del Consejo de Estado y la Comisión Nacional de la Energía**

La **STS de 24 de marzo de 2009**, Id Cendoj 28079130062009100229 – STS 1430/2009, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Junta de Extremadura contra la Sentencia de 26 de abril de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Dicho pronunciamiento estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración General del Estado y los Ayuntamientos de Badajoz, Cáceres y Mérida contra el Decreto 74/2002, de 11 de junio, que aprueba las normas marco de las policías locales en Extremadura, anulando dicha norma por considerarla contraria a Derecho. Entendió la Sala a quo que se había prescindido del informe preceptivo del Consejo de Estado.

Pues bien, la Junta de Extremadura alega en su recurso que no se interpretó correctamente la exigencia legal del informe del Consejo de Estado, ya que las modificaciones introducidas en el texto del Decreto tras la participación del Consejo de Estado no eran sustanciales y, por tanto, no conducían al surgimiento de la necesidad de dar nueva audiencia al Consejo de Estado. Al respecto, señala el Tribunal Supremo que las modificaciones introducidas sí tenían carácter sustancial en cuanto que afectaban a las escalas, número de oficiales según plantilla,

régimen de incremento de gasto, etc., aspectos todos ellos esenciales en la configuración de un régimen mínimo de homogeneización de las policías locales en la Comunidad Autónoma (FJ 2º). El Tribunal confirma, pues, la interpretación de la sentencia impugnada y desestima el recurso interpuesto.

En un sentido similar se pronuncia la **STS de 21 de abril de 2009**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (Id Cendoj 28079130032009100126 – STS 1921/2009). Este pronunciamiento resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad “Gas Natural SGD, SA” contra el Real Decreto 1068/2007, de 27 de julio, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural. La entidad recurrente apoya el recurso en dos motivos; por un lado, la inobservancia del procedimiento legalmente establecido para la aprobación de normas reglamentarias; por otro lado, la invalidez del artículo 4.2 del Real Decreto, por considerarlo contrario a la Directiva 2003/55 y a la Ley del Sector de Hidrocarburos 34/1998, de 7 de octubre. El Tribunal Supremo se centra, sin embargo, únicamente, en los defectos formales de elaboración del reglamento impugnado que determinan su nulidad. Afirma la Sala que se han omitido dos informes: el de la Comisión Nacional de la Energía y el del Consejo de Estado:

a) El informe de la Comisión Nacional de la Energía se impone por la Disposición Adicional Undécima.tercero.1 de la Ley del Sector de Hidrocarburos y por el artículo 5.2 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la Comisión. En concreto, de acuerdo con la Ley, la Comisión tiene como función “participar, mediante propuesta o informe, en el proceso de elaboración de disposiciones generales que afectan a los mercados energéticos y, en particular, en el desarrollo reglamentario de la presente Ley”. Pues bien, el Preámbulo del Real Decreto impugnado se remite únicamente al informe que la Comisión Nacional de la Energía de 26 de julio de 2007 emitió en relación con el, entonces, proyecto del Real Decreto 871/2007, de 29 de julio, por el que se revisa la tarifa eléctrica a partir del 1 de julio de 2007. Entiende, por ello, el Tribunal que no parece lógico entender cumplido el requisito de informe de la Comisión mediante la remisión a un informe que se emitió con anterioridad a la iniciación del procedimiento de elaboración de la norma respecto de la cual es preceptivo (FJ 2º).

b) El informe del Consejo de Estado también es preceptivo con respecto al Real Decreto impugnado conforme al artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado 3/1980, de 22 de abril, que se refiere a la necesidad de informe respecto de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes; y al artículo 24.2 de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre. En este sentido, afirma la Sala que el Real Decreto impugnado es un reglamento de naturaleza ejecutiva, ya que actualiza la normativa en vigor en el sector de los hidrocarburos e introduce medidas pertinentes para la ejecución de lo dispuesto en la disposición transitoria quinta de la Ley 12/2007, de 2 de julio, afectando directamente a los consumidores. De modo que debió solicitarse informe al Consejo de Estado (FJ 2º).

Con base en estos defectos formales, el Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto y declara la nulidad del Real Decreto impugnado.

### 5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

#### A) Principio de igualdad

##### a) Principio de igualdad en la aplicación de la Ley: el despido de una trabajadora embarazada vulnera el principio de no discriminación por razón de sexo, a pesar de que la empresa desconociera esta circunstancia

La STC 124/2009, de 18 de mayo, resuelve el recurso de amparo interpuesto por una trabajadora que fue despedida estando embarazada, contra la Sentencia 325/2004, de 7 de junio, del Juzgado de lo Social núm. 4 de Granada, confirmada en casación por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2006. Ambas sentencias declararon ajustado a derecho el reconocimiento de la improcedencia del despido de la recurrente en amparo, llevado a cabo por la mercantil Infraestructuras y Equipamientos de Granada, S.A., el mismo día en que la despidió, sin que la empresa conociera en ese momento su estado de embarazo.

La demandante alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, (artículo 24 CE), en relación con el principio de igualdad, (artículo 14 CE), y fundamenta el recurso en que las citadas sentencias no han tenido en cuenta la presunción legal establecida por el artículo 55.5.b) del Estatuto de los trabajadores (LET), en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de vida familiar y laboral, en virtud de la cual no se admite el cese, despido, extinción, o no renovación del contrato de trabajo de una embarazada, sin necesidad de que la trabajadora acredite el conocimiento de su estado de gestación por el empresario. Al estar la mujer en estado de gravidez en la fecha de despido, éste debía haber sido calificado como nulo por el Tribunal *a quo*, al no haber llevado a cabo el empresario una actividad probatoria suficiente que despejase cualquier muestra de discriminación.

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo por considerar vulnerado el artículo 14 CE, al encontrarse la recurrente embarazada en el momento del despido, y haber sometido el órgano judicial la consideración de esta circunstancia a la exigencia de que la empresa hubiera tenido conocimiento de su estado de gravidez en dicho momento.

#### B) Principio de igualdad en la Ley

##### a) El principio de igualdad en las condiciones de acceso a la función pública se vulnera por la celebración de pruebas restringidas en el caso de que no concurren circunstancias excepcionales que las justifiquen

En la STC 130/2009, de 1 de junio, se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con la posible vulneración del principio de acceso en condiciones de igualdad a la función pública, en relación con la celebración de unas pruebas restringidas para acceder a la condición de Secretario o Interventor de las entidades locales de Navarra, al amparo de la Ley Foral 11/2004, de dicha Comunidad Autónoma. Las cuestiones de inconstitucionalidad fueron planteadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en relación con la disposición adicional primera, apartado 1, de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre, que actualiza el régimen local de Navarra, por su posible contradicción con el artículo 23.2 CE.

En primer lugar, la Sala que plantea la cuestión considera que el párrafo primero del apartado 1 de la disposición legal transcrita podría ser contrario al derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23.2 CE), por restringir el proceso de habilitación que en ella se prevé para acceder a la condición de Secretario o Interventor de las Entidades Locales de Navarra a quienes “en el momento de publicación de la convocatoria para obtener la citada habilitación, vinieren ocupando la plaza en interinidad por un período ininterrumpido de al menos un año o de forma discontinua de hasta dos años durante los cuatro precedentes a la convocatoria mencionada”. Esta regulación incumple, a juicio de la Sala, dos de los requisitos que ha establecido la doctrina del Tribunal Constitucional para admitir con carácter excepcional las llamadas “pruebas restringidas”, como son la excepcionalidad de la situación que se pretende afrontar y la legitimidad del fin perseguido.

El Tribunal Constitucional considera que el intento de racionalizar la planta de la Administración local de Navarra en lo que hace al desempeño de las necesarias funciones de secretaría e intervención, no constituye una situación excepcional que permita apreciar que se dan las condiciones para entender que no se vulnera en este caso el artículo 23.2 CE. En consecuencia, a juicio del Tribunal, en este caso no cabe afirmar que la diferencia de trato, establecida en una norma con rango de ley, pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, por lo que considera inconstitucional la regulación cuestionada.

Adicionalmente, en dos de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en el presente proceso constitucional se plantea la conformidad con el artículo 23.2 CE de lo establecido en el párrafo segundo del cuestionado apartado 1 de la disposición adicional primera de la ley Foral 11/2004, pues la Sala entiende que la limitación que impone a quienes ejercen las funciones compartidas de secretaría e intervención, los cuales sólo pueden participar en las pruebas convocadas para el acceso a la condición de Secretario, resulta contraria al citado precepto constitucional, por hacerles de peor condición que aquellos que sólo desempeñan el puesto de Interventor. El Tribunal Constitucional considera que, dado que esta regulación está estrictamente vinculada a la anterior, debe ser considerada asimismo inconstitucional.

**b) La igualdad ante la ley proclamada en el artículo 14 CE no impide el distinto tratamiento normativo entre situaciones de por sí diversas; la diferenciación normativa entre distintos sujetos no puede considerarse, por sí sola, generadora de discriminación**

En las SSTC 135 y 137/2009, ambas de 15 de junio, se resuelven las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respectivamente por el Juzgado número 3 de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife y por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en relación con la disposición transitoria primera, apartado tres, de la Ley de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes, económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, para el ejercicio de 1999, por posible vulneración de los artículos 14 y 149.1.18 CE.

#### IV. Fuentes del Derecho

Las citadas sentencias remiten la resolución de las cuestiones planteadas a la STC 87/2009, analizada en el número anterior de esta revista, cuyas principales consideraciones se reproducen a continuación.

El precepto objeto de la cuestión de inconstitucionalidad dispone que los funcionarios interinos farmacéuticos, que sean propietarios de una Oficina de Farmacia, deberán acreditar el cese en dicha actividad, en el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de la Ley, pues en caso contrario cesarán en su condición de funcionarios interinos; esta norma no se aplica a los funcionarios titulares. La vulneración del artículo 14 CE se fundamenta por los recurrentes en que la disposición transitoria cuestionada impide que los interinos ejerzan la facultad de elegir de la que sí disponen los titulares, consistente en el mantenimiento de su anterior régimen retributivo, u optar por el nuevo, previsto en el artículo 18 de la misma Ley de Canarias 2/1999, con las incompatibilidades que de él se deriven. Por el contrario, los funcionarios interinos farmacéuticos que sean, a su vez, propietarios de oficinas de farmacia deben acreditar el cese en dicha actividad o, en caso contrario, cesarán en su condición de interinos.

En conclusión, la Ley de Canarias 2/1999 prevé la coexistencia de dos regímenes jurídicos diferenciados aplicables en función de la distinta condición, funcionario de carrera o interino, de sus destinatarios. Estos regímenes diferenciados encuentran fundamento precisamente en la distinta naturaleza de la relación que vincula a unos y a otros con la Administración Pública. El Tribunal entiende que la igualdad ante la ley proclamada en el artículo 14 CE no impide el distinto tratamiento normativo entre situaciones de por sí diversas, así como que la diferenciación normativa entre distintos sujetos no puede considerarse, por sí sola, generadora de discriminación. En este caso no se trata de situaciones iguales, ya que los funcionarios interinos, por la propia transitoriedad en el desempeño de las funciones a ellos asignadas, no han generado situaciones jurídicas consolidadas, lo cual fundamenta el distinto tratamiento normativo que establece la Ley de Canarias 2/1999.

En la **STC 127/2009, de 26 de mayo**, se resuelve la cuestión planteada por la Magistrada-Juez titular del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, que considera que el artículo 172.2 del Código penal, en su vigente redacción, dada por el artículo 39 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, puede ser contrario a los artículos 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 de la Constitución, por serlo del principio de igualdad, en relación con los valores de justicia y dignidad de la persona; del derecho a la presunción de inocencia, en relación con el principio de culpabilidad; del principio de legalidad; de la promoción de la igualdad real, en relación con la interdicción de la arbitrariedad; y del principio de proporcionalidad.

El párrafo primero del artículo 172.2 CP sanciona “con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años” a quien “de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”. El párrafo segundo impone la misma pena “al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. Si el párrafo tercero prevé una agravación de la pena (mitad superior) cuando concurren ciertas circunstancias (el delito se comete en presencia de menores, o en el domicilio común o en el de la víctima, o “quebrantando

una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”), el párrafo cuarto dispone que se podrá imponer la pena inferior en grado “en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho”.

Para resolver la cuestión planteada, el Tribunal parte, siguiendo lo establecido en la STC 59/2008, de 14 de mayo (FJ 6), y en la STC 45/2009, de 19 de febrero (FJ 3º), de que “corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal”, para el que “goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6º; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9º; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3º; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4º). En consecuencia, el análisis del artículo 172.2 CP no puede por ello “serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa” (SSTC 59/2008, FJ 6º; 45/2009, FJ 3º).

Por lo que se refiere a la posible vulneración del principio de igualdad y del principio de no discriminación por razón de sexo, el Tribunal se remite de nuevo a su argumentación de la citada STC 59/2008 (JA, núm. 41, pág. 149), –reproducida también en la STC 45/2009, comentada en el número anterior de esta revista–. En estas sentencias, en casos en los que se plantean cuestiones similares, el Tribunal Constitucional expone que, a partir de la perspectiva del principio general de igualdad, la constitucionalidad de la norma pasa “porque el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación”. El Tribunal considera que las finalidades de la diferenciación en estos casos son la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres, “que el legislador entiende como insuficientemente protegida[s] en el ámbito de las relaciones de pareja”, y “la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito” (STC 59/2008, FJ 8º). En consecuencia, establece que la regulación en cuestión no ha producido una vulneración del principio de igualdad en la ley, dado que el fin de la norma es legítimo, el tratamiento normativo diferenciado se ajusta al fin de la norma, y no resulta desproporcionado en sus consecuencias jurídicas, sino razonable.

Sobre esta misma cuestión, véanse las SSTC 151, 152, 153 y 154 todas de 25 de junio de 2009; 156, de 29 de junio de 2009; 164 y 165, de 2 de julio de 2009, y, por último, 177, 178, 179 y 180, de 21 de julio de 2009.

### **C) Principio de irretroactividad de las leyes: no cabe practicar liquidaciones de tarifas portuarias aplicando nuevos criterios de cuantificación sobre supuestos de hecho ya agotados con anterioridad a la nueva regulación**

En la STC 161/2009, de 29 de junio, se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación con la Disposición Adicional Trigésima Cuarta, apartado

## IV. Fuentes del Derecho

segundo, de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la redacción dada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, por posible vulneración de los artículos 9.3 y 117.3 CE.

El apartado primero de dicha disposición fue declarado nulo por la STC 116/2009, de 18 de mayo, por vulneración del artículo 9.3 CE. La anulación de dicho apartado, relativo a la regulación de unas tarifas portuarias, se fundamentó en que, a juicio del Tribunal Constitucional, imponía una retroactividad auténtica.

La regulación en cuestión permitía la práctica de nuevas liquidaciones, estableciendo la cuantificación de las tarifas a aplicar en relación con supuestos de hecho que, no sólo habían sido ya realizados en su integridad y estaban plenamente agotados al amparo de una legislación anterior, sino que incluso habían sido ya objeto de liquidación conforme a esa legislación.

El Tribunal Constitucional, aplicando la misma doctrina, declara la inconstitucionalidad de la disposición adicional segunda del mismo texto legal, alegando, al igual que en la STC 116/2009, de 18 de mayo, que se trata de un precepto con indudable carácter retroactivo, en cuanto que permite la práctica de nuevas liquidaciones que sustituyan a las anteriores anuladas, sin que concurren exigencias cualificadas de interés común que puedan resultar prevalentes y justifiquen su legitimidad constitucional.

Sobre esta misma cuestión, véanse las SSTC 146/2009, de 15 de junio y 116/2009, de 18 de mayo.

### **D) Principio de interdicción de la arbitrariedad del legislador: se vulnera si la regulación establece una discriminación o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional**

En la STC 128/2009, de 1 de junio, se plantea la posible vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad que regula el artículo 9.3 CE, por el artículo 219.2 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante LGSS), en la redacción dada por el artículo 88 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Este precepto regula el acceso al subsidio de desempleo para los mayores de 52 años, estableciendo una serie de requisitos y disponiendo que, en caso de concurrir causas que determinaran la suspensión del subsidio, éste no podría volver a obtenerse si en el momento de la solicitud, no se acreditase de nuevo que se reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco plantea tres cuestiones de inconstitucionalidad en relación con este precepto, alegando, entre otras, la posible vulneración del artículo 9.3 CE, que regula el principio de interdicción de la arbitrariedad.

En los casos planteados, los desempleados perceptores del subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años, vieron extinguido el subsidio que venían percibiendo por haber obtenido en un período de tiempo determinado rentas superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, y cuando, con posterioridad, volvieron a solicitar el subsidio, por haber visto nuevamente disminuidas sus rentas por debajo del referido límite del 75 por 100, éste les fue denegado por aplicación de lo dispuesto en el artículo 219.2 LGSS, al no encontrarse de nuevo en alguna de las situaciones que permiten el acceso a él. A juicio del órgano judicial que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, este requisito, que implica en la práctica la exigencia de hallarse en situación legal de desempleo tras haber cubierto un previo

período de trabajo, resulta incompatible con la propia razón de ser del subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años, que es la consideración por parte del legislador de la extraordinaria dificultad, que se convierte en la práctica casi en imposibilidad, de que los desempleados mayores de dicha edad puedan acceder nuevamente al mercado de trabajo. En consecuencia, se plantea la posible vulneración por parte de esta regulación, del artículo 9.3 CE, en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, pues el impedimento del acceso al subsidio una vez desaparecida la causa que dio lugar a su extinción constituye una determinación del legislador que no es respetuosa con su propio criterio de considerar el desempleo de mayores de cincuenta y dos años como situación que requiere una protección específica.

El Tribunal Constitucional recuerda en su sentencia que la calificación de “arbitraria” dada a una Ley a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución exige una cierta prudencia. Según reiterada jurisprudencia constitucional, el control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse de forma que no imponga restricciones indebidas al Poder Legislativo y respete sus opciones políticas, por lo que, “no puede tacharse de arbitraria una norma que persigue una finalidad razonable y que no se muestra desprovista de todo fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución adoptada, pues entrar en el enjuiciamiento de cuál haya de ser su medida justa supone debatir una opción tomada por el legislador que, aun cuando pueda ser discutible, no tiene que ser necesariamente arbitraria ni irracional (por todas, STC 149/2006, de 11 de mayo, FJ 6º, y las en ella citadas)”. Para el Tribunal, el análisis de la posible vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad debe centrarse en determinar si dicho precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias (SSTC 47/2005, de 3 de marzo, FJ 7º; 13/2007, de 18 de enero, FJ 4º, y 90/2009, de 20 de abril, FJ 6º).

En consecuencia, la configuración como causa de extinción de la pérdida del derecho al subsidio de dos de los requisitos establecidos para el acceso a ella (en particular, los de carencia de rentas hasta un límite determinado y existencia de responsabilidades familiares), con el efecto de que, para volver a obtener el reconocimiento de un nuevo derecho, hayan de reunirse de nuevo los mismos requisitos exigidos para el reconocimiento del anterior derecho extinguido, no puede considerarse arbitraria o irracional, especialmente en el caso de una prestación de naturaleza asistencial como es el subsidio por desempleo. La valoración de los efectos que tal solución pueda determinar en el alcance de la protección dispensada a uno o varios de los colectivos protegidos, no corresponde al ámbito del control de la constitucionalidad desde la perspectiva del artículo 9.3 CE, por pertenecer al ámbito de las legítimas decisiones del legislador.

En conclusión, el Tribunal determina que no se ha vulnerado el principio de interdicción de la arbitrariedad en este supuesto.

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. Concepto de acto administrativo.** A) Acto firme.  
 a) Acto firme y consentido: no extensión de efectos de sentencia. b) Acto firme y consentido: no cabe responsabilidad patrimonial. B) Acto discrecional. a) Discrecionalidad técnica: proceso selectivo. **3. Procedimiento administrativo. iniciación, tramitación y finalización.** A) Iniciación. a) Subsanción de solicitudes en procedimiento iniciado de oficio. B) Anulación de procedimiento administrativo. a) Anulación de procedimiento expropiatorio por anulación del acto administrativo del que trae causa. **4. Eliminación del acto administrativo.** A) Revisión de oficio. a) Inadmisión a trámite de solicitud de revisión de oficio. B) Recursos administrativos. a) Improcedencia de recurso de alzada per saltum.

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el análisis de las sentencias dictadas en el período comprendido entre los meses de mayo a julio, ambos incluidos, de 2009, con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo y de las de los Tribunales Superiores de Justicia.

En este período no existen sentencias que, por su relevancia, puedan considerarse de especial interés o que merezcan ser destacadas.

## 2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

### A) Acto firme

#### a) Acto firme y consentido: no extensión de efectos de sentencia

Las SSTs de 21 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Séptima, (recursos de casación 6316/2005, 6255/2005 y 6314/2005), tienen como objeto determinar la conformidad al ordenamiento jurídico de los Autos de 12 de mayo y 6 de septiembre de 2005, dictados por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que reconocen los efectos de la sentencia de dicha sala 532/2004, de 21 de mayo. En estos casos, cuando los interesados formularon su solicitud de extensión de los efectos de la sentencia de la Sala de Navarra, dentro del plazo de un año desde la fecha de la sentencia cuyos efectos pretende que le sean extendidos, ya había ganado firmeza la resolución denegatoria de su petición y, por tanto, se había producido el acto firme y consentido que determinaba, de forma taxativa, la necesaria desestimación del incidente, pues si bien el artículo 110.2 LJCA ya no exige solicitud previa a la Administración, la Sala de instancia omitió el hecho de que el interesado había formulado una petición previa a la Administración cuya denegación había consentido, al no interponer recurso contencioso administrativo.

Los razonamientos expuestos, coherentes con el criterio expresado en una jurisprudencia anterior dictada en asuntos similares, conducen al Tribunal a reconocer la estimación de este motivo del recurso, lo que obliga a casar y anular los Autos recurridos y a desestimar la solicitud de extensión de la Sentencia de 21 de mayo de 2004.

#### b) Acto firme y consentido: no cabe responsabilidad patrimonial

La STS de 12 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Sexta, reproduce los argumentos del Tribunal de instancia, que reprocha al actor que, en su solicitud de responsabilidad, se limita a relatar su vida profesional y dejar constancia de una serie de actos administrativos dictados con relación a su etapa de militar profesional que fueron firmes y consentidos, por lo que no se puede deducir en ningún caso antijuricidad alguna, por mucho que ahora intente, desde su puro criterio subjetivo, aducir que eran contrarios a derecho. Al no haber sido recurridos, eran firmes y gozan de presunción de validez, no procediendo que ahora, muchos años después de dictarse, se acuda a ellos para intentar justificar una conducta voluntaria del recurrente y así justificar la reclamación patrimonial. En consecuencia, el recurrente ha de soportar los perjuicios que atribuye a actuaciones administrativas, cuyos efectos tiene el deber jurídico de soportar en cuanto se trata de actos administrativos firmes y consentidos en su momento.

### B) Acto discrecional

#### a) Discrecionalidad técnica: proceso selectivo

La STS de 11 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Séptima, reitera una abundante jurisprudencia sobre la llamada discrecionalidad técnica de la Administración en procesos selectivos de personal de la Administración pública.

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

En primer lugar, en relación con el retraso en la celebración de una prueba selectiva, convocada en “llamamiento único”, el Tribunal afirma que el tribunal calificador tiene, aun en el caso del llamamiento único, un amplio abanico de poderes para poder apreciar la existencia de causas de fuerza mayor que justifiquen, y aun impongan, el aplazamiento de un examen a alguno de los intervinientes, siempre procurando que ello no afecte a los demás participantes, y que el proceso selectivo no sufra retraso notable en su desarrollo.

Ya más concretamente referido a la discrecionalidad técnica, el Tribunal Supremo afirma que esto no obsta a que a través de la realización de las pruebas oportunas, el órgano judicial pueda conocer plenamente de la cuestión suscitada y llegar en su caso a la convicción de la invalidez del acto administrativo. En consecuencia, la sentencia impugnada no debió rechazar a limine y so pretexto de la discrecionalidad técnica, el contenido de la prueba pericial, sino valorarla y, en su caso, estimarla, o rechazarla por no desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado, razonadamente.

### 3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. INICIACIÓN, TRAMITACIÓN Y FINALIZACIÓN

#### A) Iniciación

##### a) Subsanación de solicitudes en procedimiento iniciado de oficio

La STS de 11 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Séptima, conoce de la impugnación de un proceso selectivo de personal de la Administración pública. Sostiene el Tribunal Supremo que el tribunal calificador de las pruebas debió subsanar el escrito presentado por el candidato mediante la aplicación del artículo 71 LRJPAC. Sin embargo, no nos encontramos con un procedimiento iniciado a instancia de parte, regido por los artículos 70 y 71 LRJPAC, sino ante un procedimiento iniciado de oficio y, además, ante un procedimiento en concurrencia, donde los interesados han de acreditar sus méritos dentro de un plazo determinado. Por lo que es evidente que, sin necesidad de negar tajantemente la posibilidad de aplicación de dicho precepto en alguna circunstancia, no es de aplicación en el presente caso. Y, además, la falta de utilización de este precepto no puede servir para dar por buenos unos méritos no acreditados, ni la inaplicación por el tribunal calificador de dicho precepto, en su caso, puede perjudicar a terceros, que se ven preteridos por dicha circunstancia.

#### B) Anulación de procedimiento administrativo

##### a) Anulación de procedimiento expropiatorio por anulación del acto administrativo del que trae causa

La STS de 2 de junio de 2009, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Sexta, se pronuncia sobre el recurso núm. 1073/2000, que se interpuso contra el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación que fijaba el justiprecio de los bienes y derechos que se vieron afectados por la expropiación realizada por un Ayuntamiento. La sociedad recurrente pretende que se declare la nulidad del acto impugnado, al no proceder la expropiación de los terrenos litigiosos. El Tribunal considera que es de aplicación al caso el criterio ya establecido por esta

Sala en la Sentencia de 5 de diciembre de 2007, estimando el recurso contencioso-administrativo en el sentido de anular el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, en atención a la nulidad del expediente expropiatorio, que alcanza a dicho acuerdo de fijación de justiprecio pues la anulación de los actos administrativos por los que se aprueba el planeamiento urbanístico del que trae causa la expropiación, deja sin efecto ni valor alguno las declaraciones de utilidad pública y necesidad de ocupación, desapareciendo la *causa expropriandi* y acarreado todo ello la nulidad del procedimiento expropiatorio, incluida la determinación del justiprecio, como ya afirma una jurisprudencia anterior que en esta sentencia también se cita.

Este criterio es aplicable al caso, en cuanto la anulación, por sentencia del Tribunal Supremo, del acuerdo del Ayuntamiento que aprobó definitivamente el establecimiento de reserva de terrenos para su adquisición con destino al Patrimonio Municipal del Suelo, supuso la desaparición sobrevenida de la *causa expropriandi* y con ello la nulidad del procedimiento expropiatorio, incluido el acto de fijación del justiprecio por el Jurado de Expropiación, que resulta improcedente como compensación de una inexistente expropiación. Y todo ello sin perjuicio de los derechos de la parte que resulten de la ejecución de esta sentencia, ya sea *in natura* o sustitutoria en el caso de que no pueda restablecerse la situación anterior a la actuación expropiatoria anulada.

#### 4. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

##### A) Revisión de oficio

##### a) Inadmisión a trámite de solicitud de revisión de oficio

En la STS de 25 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Quinta, (recurso de casación 2840/2006), el objeto del litigio se concreta en determinar si había o no razones para inadmitir la solicitud de revisión de oficio de los instrumentos de gestión y de planeamiento (Plan Parcial) y, más en concreto, si es o no cierto que la solicitud de revisión carecía manifiestamente de fundamento. En definitiva, si es o no ajustada a derecho la sentencia de instancia que confirma la decisión de inadmisión de la revisión de oficio adoptada por el Ayuntamiento expropiante. El Tribunal Supremo considera que procede declarar no haber lugar al recurso de casación. En concreto, rechaza las alegaciones de los recurrentes relativas a la vulneración del principio de justa distribución de beneficios, así como la exigencia de localizar el aprovechamiento urbanístico en terrenos aptos para la edificación [artículo 62.1.c), e) y f) LRJPAC, en relación con los artículos 71 y 72 del Reglamento de Gestión Urbanística]. Con más detalle, en lo que se refiere a la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) LRJPAC (actos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición) no cabe apreciar su concurrencia, ni siquiera con carácter indiciario y a los solos efectos de haber admitido a trámite la solicitud de revisión de oficio, pues de las alegaciones de los recurrentes –tanto en vía administrativa como en el proceso de instancia y ahora en casación– no se deriva que los instrumentos de planeamiento y gestión a que se alude alberguen ese vicio radical. Con ello

no estamos excluyendo que sus determinaciones pudieran albergar alguna deficiencia, o que no hayan podido ser ejecutadas de forma inadecuada, pero se trataría entonces de motivos de anulabilidad (artículo 63.1 LRJPAC) que no pueden ser corregidos por el estrecho cauce de la acción de nulidad regulada en el artículo 102 LRJPAC.

### B) Recursos administrativos

#### a) Improcedencia de recurso de alzada *per saltum*

La STS de 4 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Sexta (recurso contencioso-administrativo 259/2006), conoce de la impugnación en la que se pretende obtener la anulación de la liquidación de honorarios que giró un Registrador de la Propiedad por la inscripción de determinadas certificaciones relativas a algunas fincas de propiedad del recurrente. Justifica la interposición del recurso de alzada en que no procede tal liquidación de honorarios, ya que los artículos 2 y 3 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, que le sirven de fundamento, se extralimitan de la delegación que el legislador le hizo al Gobierno para refundir la normativa en esta materia.

El artículo 107.3 LRJPAC, después de excluir la posibilidad de que las disposiciones de carácter general se recurran en la vía administrativa, dispone que los recursos contra un acto que se funden exclusivamente en la ilegalidad de alguna norma reglamentaria pueden interponerse directamente ante el órgano que la aprobó. Este recurso, conocido como de “alzada *per saltum*”, se dirige contra el acto, no contra la norma, pero introduce una doble excepción. En primer lugar, permite que en la vía administrativa pueda juzgarse una disposición general pese a la inexistencia de recursos en esa vía contra dicha clase de actuación administrativa, pues la nulidad de la disposición opera como presupuesto de la anulación del acto contra el que se dirige el recurso. En segundo término, posibilita que quien decida la anulación de un acto administrativo sea una autoridad distinta del superior jerárquico de quien lo dictó, pues la competencia se atribuye a la que aprobó la norma reglamentaria. A juicio del Tribunal Supremo, los condicionantes objetivos no concurren en el caso que analiza. En primer lugar, considera que el recurso de alzada *per saltum* no se funda en la nulidad de una norma reglamentaria, sino en la de dos preceptos de una disposición con rango y fuerza de ley.

La Administración, sometida plenamente al ordenamiento jurídico (artículo 103.1 CE), carece de potestades para enjuiciar un texto que, por decisión del constituyente (artículo 82.1 CE), tiene la fuerza y el rango de una ley, aunque sea para comprobar si se excedió del mandato. En tal situación, y como excepción, únicamente los tribunales de lo contencioso-administrativo pueden comprobar si se produjo extralimitación. A lo anterior añade el Tribunal que los referidos artículos 2 y 3 del Texto Refundido de 2004 se limitan a reproducir los tres primeros apartados del artículo 1 de la Ley 48/2002, por lo que resulta evidente que no incurren en extralimitación alguna y que, por ende, conservan su rango y fuerza de ley. No hace falta mayor argumento para concluir que en el recurso de alzada *per saltum* no puede enjuiciarse una ley ni proponerse que se suscite cuestión de inconstitucionalidad de ella, facultad que nuestro ordenamiento reserva a los jueces (artículo 163 CE).

Considera el Tribunal que la improcedencia de este recurso de alzada se evidencia también si, situándonos en la hipótesis defendida por el actor, entendiéramos que los artículos 2 y 3

del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario son nulos, porque de esa nulidad no se derivaría la disconformidad a derecho de la liquidación impugnada. En otras palabras, no existe la necesaria conexión directa entre la norma cuya nulidad se invoca y el acto administrativo impugnado.

JULIA ORTEGA BERNARDO

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

## Contratos de las Administraciones Públicas

### Sumario:

#### 1. Consideración preliminar. 2. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.

A) Concepto de poder adjudicador. a) La inclusión de un organismo público en el Anexo de la Directiva no determina automáticamente su carácter de poder adjudicador.

b) La contratación con otra autoridad pública sobre la que se ejerce un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios no debe someterse a licitación pública.

B) Determinación de la normativa a aplicar a un contrato mixto de suministro y servicios. C) Causas de exclusión en la licitación pública. 3. Ejecución de los contratos.

A) Suspensión de la obra e indemnización de daños al contratista. B) Liquidación del contrato. Plazo de prescripción desde la recepción de las obras o del objeto del contrato.

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de marzo de 2009 a agosto de 2009. Lo más relevante en este ámbito se encuentra en las consideraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al precisar el concepto de poder adjudicador cuando una Administración contrata con otros poderes públicos, así como al puntualizar la distinción entre contratos de servicio y contratos de suministro a efectos de las Directivas Comunitarias. Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y la Audiencia Nacional no existe cuestión novedosa alguna.

## 2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

### A) Concepto de poder adjudicador

#### a) La inclusión de un organismo público en el Anexo de la Directiva no determina automáticamente su carácter de poder adjudicador

La STJCE de 11 de junio de 2009, As. C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns GbR y Orthopädie Schuhtechnik contra AOK Rheinland/Hamburg*, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf relativa a la aplicación 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, a las Cajas Públicas del Seguro de Enfermedad, configuradas como entidades de Derecho público dotadas de capacidad jurídica y autonomía de gestión. En concreto, se solicita del Tribunal que se pronuncie sobre si tales Cajas públicas del seguro de enfermedad constituyen poderes adjudicadores a efectos de la aplicación de las reglas de la Directiva 2004/18; en segundo lugar, si la puesta a disposición por fabricantes de calzado especializados, a raíz de un acuerdo celebrado con la caja pública del seguro de enfermedad, de calzado ortopédico fabricado y adaptado individualmente a las necesidades de los pacientes, junto con asesoramiento detallado a éstos antes y después de la puesta a disposición, debe considerarse un contrato de suministro o un contrato de servicios, y, en tercer lugar, en caso de que la citada puesta a disposición de calzado ortopédico deba considerarse una prestación de servicios, si se trata en el presente caso de una “concesión de servicios” o de un “acuerdo marco” en el sentido de lo dispuesto en la Directiva 2004/18. Respecto de la primera cuestión, el Tribunal rechaza el argumento, esgrimido por la demandante y por la Comisión de considerar a las Cajas como Organismo de Derecho Público por el simple dato de su mención expresa en el anexo III de la Directiva 2004/18. Por el contrario, el Tribunal argumenta que “(...) incumbe al juez comunitario, cuando conoce de una petición motivada en este sentido por un órgano jurisdiccional nacional, garantizar la coherencia interna del acto comunitario en cuestión, comprobando si la inscripción de un organismo dado en la referida lista responde a una aplicación correcta de los criterios de fondo definidos en la citada disposición. Esta intervención del Tribunal de Justicia viene exigida por la seguridad jurídica, que constituye un principio general del Derecho comunitario (...)”. En consecuencia, no es la incorporación en el Anexo el dato que permite aplicar la Directiva a un determinado organismo, sino el cumplimiento cumulativo de los tres requisitos exigidos por el artículo 1, apartado 9 de la Directiva. A estos efectos, el Tribunal constata que las cajas públicas del seguro de enfermedad de que se trata son personas jurídicas de Derecho público que han sido creadas por Ley específicamente para satisfacer necesidades relacionadas con la salud pública. Por ello, tales necesidades son de interés general, no teniendo carácter industrial o mercantil, en la medida en que los servicios se prestan por las citadas cajas sin ánimo de lucro. El Tribunal recuerda que el requisito de la financiación pública se cumple tanto con una financiación directa por el Estado como mediante una financiación indirecta. En el caso en cuestión, se trata de “(...) un régimen público del seguro de enfermedad que tiene su origen en actos del Estado, está, en la práctica, garantizada por los poderes públicos y está asegurada mediante una forma de recaudación de las cotizaciones correspondientes regulada por las disposiciones de Derecho público, (por lo que) cumple el requisito relativo a la financiación mayoritaria por el Estado,

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos (...)”, por lo que deben ser consideradas poder adjudicador a los efectos de la Directiva.

### **b) La contratación con otra autoridad pública sobre la que se ejerce un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios no debe someterse a licitación pública**

A su vez, la STJCE de 9 de junio de 2009, As. C-480/06, Comisión contra República Federal de Alemania, en recurso por incumplimiento analiza el contrato suscrito entre cuatro Landkreise de Baja Sajonia que contrataron para su gestión mancomunada con los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo un contrato relativo a la eliminación de sus residuos en una instalación de valorización térmica, sin seguir procedimiento de licitación alguno. Para el Tribunal, tras reiterar su doctrina según la cual “(...) la licitación no es obligatoria en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que dicha entidad realice con ella u otros entes territoriales que la controlen la parte esencial de su actividad (...)”, rechaza que en este caso ésta sea aplicable. Ciertamente cuando se trata de un supuesto de “delegación” por un municipio de la prestación de un servicio público a una mancomunidad cuyo objeto es exclusivamente prestar servicios a los municipios asociados, ésta puede realizarse sin convocar licitación alguna, siempre y cuando los municipios mancomunados puedan ejercer un control conjunto sobre la mancomunidad (STJCE de 13 de noviembre de 2008, Asunto C-324/07). Por el contrario, en el supuesto sometido al Tribunal, los cuatro Landkreise, que suscriben el contrato controvertido como técnica de cooperación entre entidades locales que tiene como finalidad garantizar la realización de la competencia de servicio público común a ellas de eliminación de residuos, no ejercen un control que pueda calificarse de análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, ya sea sobre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, o sobre el titular de la instalación térmica –sociedad cuyo capital está constituido parcialmente por fondos privados–. No obstante, analizando los términos del contrato, el Tribunal constata que el contrato controvertido constituye tanto el fundamento como el marco jurídico de la construcción y explotación futuras de una instalación destinada a la realización de un servicio público (la valorización térmica de residuos), siendo partes únicamente autoridades públicas, sin la participación de ninguna parte privada, y sin que dicho contrato prevea o prejuzgue la eventual convocatoria de una licitación necesaria para la construcción y la explotación de la instalación de tratamiento de residuos, lo que permite afirmar al Tribunal que en este caso los Landkreise realizaron su competencia de servicio público, no a través de sus propios medios, sino mediante la colaboración con otras autoridades públicas, no siendo necesario aquí licitación alguna.

### **B) Determinación de la normativa a aplicar a un contrato mixto de suministro y servicios**

La citada STJCE de 11 de junio de 2009, As. C-300/07, a la hora de determinar la normativa a aplicar a un contrato mixto, precisa que “(...) cuando un contrato público mixto tiene por objeto tanto productos como servicios, el criterio que debe aplicarse para determinar si dicho contrato debe considerarse un contrato de suministro o un contrato de servicios es el valor respectivo de los productos y de los servicios incorporados en dicho contrato. En caso

de puesta a disposición de mercancías que se fabrican y adaptan individualmente en función de las necesidades de cada cliente, y sobre cuya utilización se debe asesorar individualmente a cada cliente, la fabricación de las citadas mercancías debe clasificarse en la parte “suministro” de dicho contrato, a efectos del cálculo del valor de cada uno de los componentes de éste (...). Si en tal contrato mixto, la preponderancia económica la ostenta la prestación del servicio, debe dilucidarse si se trata de una concesión de servicios o un acuerdo marco. Para el Tribunal la cuestión no es fácil, puesto que “(...) de la definición antes citada de la concesión de servicios se desprende que ésta se caracteriza por una situación en la que un derecho de explotación de un servicio determinado se transfiere por un adjudicador a un concesionario, disponiendo este último, en el marco del contrato celebrado, de cierta libertad económica para determinar las condiciones de explotación de dicho derecho y estando así, de modo paralelo, ampliamente expuesto a los riesgos vinculados a dicha explotación. En cambio, un acuerdo marco se caracteriza por una situación en la que la actividad del operador económico parte en el acuerdo está regulada, en la medida en que todos los contratos que se adjudiquen al citado operador en el curso de un período determinado deberán respetar los requisitos previstos en dicho acuerdo (...)”. Desde estas premisas, el Tribunal considera que, de resultar preponderante la prestación de servicio en tal contrato mixto, deberá configurarse como un acuerdo marco, dado que en el contrato celebrado entre una caja pública del seguro de enfermedad y un operador económico se determina la remuneración de las diferentes prestaciones que se esperan de dicho operador así como la duración de la aplicación del acuerdo, el citado operador asume la obligación de realizar las prestaciones respecto a los asegurados que se las soliciten y la citada caja es, por su parte, la única deudora de la remuneración de las actividades de ese mismo operador, no disponiendo por tanto el contratista de ningún grado de libertad económica que caracteriza una situación de concesión de servicios ni corriendo ningún riesgo considerable vinculado a la explotación de sus prestaciones.

### C) Causas de exclusión en la licitación pública

La STJCE de 19 de mayo de 2009, As. C-538/07, Assitur Srl, SDA Express, Courier SpA y Poste Italiane SpA contra Camera di Commercio, Industria, artigianato e Agricoltura di Milano, relativa a la cuestión prejudicial planteada sobre causas de exclusión en la licitación de contratos públicos puntualiza que “(...) en lo que respecta al artículo 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37, que enumera las mismas causas de exclusión que figuran en el artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50, que la voluntad del legislador comunitario ha sido incluir en dicha disposición tan sólo las causas de exclusión relacionadas únicamente con las calidades profesionales de los interesados. En la medida en que se refiere a tales causas de exclusión, el Tribunal de Justicia considera que dicha enumeración es exhaustiva (...)”. Ahora bien, reiterando su doctrina, el Tribunal precisa que tal “(...) enumeración exhaustiva no excluye la facultad de los Estados miembros de mantener o de establecer, además de dichas causas de exclusión, normas materiales para garantizar, en particular, que se respeten, en el sector de los contratos públicos, los principios de igualdad de trato de todos los licitadores y de transparencia, que constituyen la base de las Directivas comunitarias referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, siempre que, no obstante, se observe el principio de proporcionalidad (...)”. Desde estos parámetros se analiza la normativa italiana que impone a los poderes adjudicadores la obligación absoluta de excluir de un procedimien-

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

to de adjudicación de contratos a las empresas que presenten ofertas separadas y en competencia cuando dichas empresas están vinculadas entre sí mediante relaciones de control. La conclusión del Tribunal es que tal medida es contraria al Derecho comunitario: “(...) la exclusión sistemática de empresas vinculadas entre sí del derecho a participar en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos sería contraria a una aplicación eficaz del Derecho comunitario. En efecto, dicha solución reduciría considerablemente la competencia en el ámbito comunitario. Por lo tanto, debe declararse que la normativa nacional controvertida en el litigio principal, en la medida en que extiende la prohibición de participación en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos a aquellas situaciones en las que la relación de control entre las empresas en cuestión no tiene incidencia alguna sobre su comportamiento en el marco de dicho procedimiento, va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de garantizar la aplicación de los principios de igualdad de trato y de transparencia. Tal normativa, basada en una presunción *iuris et de iure* según la cual las ofertas respectivas de empresas vinculadas para un mismo contrato se habrán influido entre sí necesariamente, vulnera el principio de proporcionalidad en la medida en que no concede a dichas empresas la posibilidad de demostrar que, en su caso, no existe un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre licitadores. Procede señalar, a este respecto, que los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes, y no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, en particular en el ámbito de la participación en licitaciones públicas. Por lo demás, según ha manifestado la Comisión en sus observaciones escritas, las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones particulares, por ejemplo de naturaleza contractual, capaces de garantizar tanto la independencia como la confidencialidad a la hora de elaborar ofertas que vayan a presentar simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación. En este contexto, la cuestión de si la relación de control controvertida ha influido en el contenido respectivo de las ofertas presentadas por las empresas de que se trata en el marco de un mismo procedimiento de adjudicación pública exige un examen y una apreciación de los hechos que corresponde efectuar a las entidades adjudicadoras. La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión. Por el contrario, la mera constatación de una relación de control entre las empresas de que se trata, debido a la propiedad o al número de derechos de voto que se pueden ejercitar durante las juntas generales ordinarias, sin verificar si tal relación ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento, no basta para que la entidad adjudicadora pueda excluir automáticamente a dichas empresas del procedimiento de adjudicación de contratos (...)”.

### 3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

#### A) Suspensión de la obra e indemnización de daños al contratista

Acordada la suspensión de un contrato de obras para la reforma de un local al haberse detectado fallos estructurales en el edificio sobre el que debía intervenir, la Administración contratante elabora un proyecto modificado que supone un aumento de más del 35% del presupuesto original, no siendo aceptado por el contratista, por lo que se procede a resolver el contrato, denegando la indemnización solicitada por el contratista ante la suspensión acorda-

da. La SAN de 25 de marzo de 2009 (recurso de apelación 53/2009), revocando la sentencia apelada, reconoce dicho derecho a la indemnización en la medida en que “(...) La suspensión deriva, según establece la sentencia, de la necesidad de establecer un modificado, al objeto de dar respuesta a las deficiencias estructurales habidas en el edificio sobre el que ya debía materializarse la ejecución del proyecto de obra. Debe recordarse que el *ius variandi* es una prerrogativa excepcional o exorbitante de la Administración que se justifica por necesidades de interés público, o por la necesidad de dar satisfacción y respuesta a circunstancias imprevistas (artículo 101.1 del RD Legislativo 2/2006, de 16 de junio); tal prerrogativa requiere una interpretación restrictiva al objeto de mantener el equilibrio del contrato y no dejar en manos de una sola de las partes su cumplimiento (artículo 1256 Código Civil). No obstante, la suspensión no deja de ser un incumplimiento por parte de la Administración, pues evidencia la existencia de deficiencias en el proyecto. Ello adquiere especial relevancia en este supuesto dado que el modificado supera el 20% del proyecto inicial, lo que implica que la modificación se considere de carácter sustancial y permita al contratista no aceptar el modificado e instar la resolución del contrato [artículos 149.e) y 150.1 RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio], que es precisamente lo que ha sucedido en este caso”. Por lo tanto, en caso de que existan daños efectivos derivados de la suspensión, éstos son indemnizables, desde el momento en que puedan enlazarse a la decisión de la propia Administración y a las deficiencias de su propio proyecto. Ello significa que el contratista, cualquiera que sea la causa de resolución, tenía derecho a la indemnización de perjuicios sufridos como consecuencia de la suspensión en los términos previstos en la ley. En este sentido, la sentencia refiere que de acuerdo con el informe elaborado por el perito judicial “las partidas nuevas que aparecen en los capítulos ... responde a causas técnicamente imprevistas en el proyecto original debido a que los daños existentes en la estructura se encontraban ocultos por los revestimientos y materiales de acabado no siendo visibles hasta el inicio de las demoliciones, si bien se podría haber intuido alguno de estos defectos si se hubiera realizado una exhaustiva toma de datos *in situ* en fase de proyecto, observándose las importantes y numerosas humedades que presentaba el local en cuestión de impactos que presentaban algunos de los elementos estructurales (...)”.

Ahora bien, no otorga la cantidad global solicitada por el reclamante, en la medida en que parte de la indemnización solicitada ya estaba contemplada en las certificaciones de obras pagadas, y en que rechaza la solicitud del pago del 6% del beneficio industrial dejado de percibir, al no haberse prolongado la suspensión más allá de 8 meses.

### **B) Liquidación del contrato. Plazo de prescripción desde la recepción de las obras o del objeto del contrato**

La SAN de 22 de abril de 2009 (recurso contencioso-administrativo 229/2007), reiterando la postura mantenida en las SSAN de 22 de enero de 2009 (recurso contencioso-administrativo 231/2007) y 4 de marzo de 2009 (recurso contencioso-administrativo 230/2007), precisa el momento a partir del cual comenzará la prescripción del derecho de la Administración contratante a liquidar el contrato. Frente a la postura mantenida por el contratista, de considerar que dicho momento se produce con la recepción de las obras producida por su comunicación de la finalización de las obras a la Administración Contratante, la Audiencia Nacional fija con precisión que “(...) Sin embargo, la normativa en materia de contratos públicos no contempla en ningún caso una solución como la pretendida por la actora que sea

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

la voluntad del contratista la que determine el correcto cumplimiento del contrato, sino que muy al contrario es a la Administración a la que corresponde determinar si el contrato ha sido cumplido en los términos establecidos en los Pliegos procediendo a continuación a efectuar la correspondiente liquidación, ya sea ésta favorable al contratista o a la propia Administración. Precisamente la recepción, tanto la provisional como la definitiva, es el acto formal por el que la Administración entiende correctamente ejecutado el contrato de suerte que hasta que no se realiza dicho acto no se puede proceder a la liquidación (...). En consecuencia, sólo desde la fecha del levantamiento del Acta de recepción definitiva comenzará a computar el plazo de prescripción del derecho a liquidar el contrato que asiste a la Administración contratante, fijándose dicho plazo por la Ley General Presupuestaria.

La misma sentencia rechaza, correctamente, que pueda producirse la caducidad del expediente de recepción del contrato, y ello porque "(...) mediante la recepción definitiva de la asistencia técnica del deslinde (...) no se inicia propiamente un procedimiento en el sentido expresado en el artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Como tampoco inicia un procedimiento que quede sujeto a perención ninguno de los actos que destaca el recurrente, tratándose de meros actos de trámite en la ejecución ordinaria del contrato o de escritos que dirige el contratista a la Administración contratante (...)."

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO

JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO



**VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Administración local.** A) Alteración de términos municipales. La segregación no sólo exige núcleos separados de población sino una población mínima y una capacidad financiera suficiente de los municipios resultantes. B) Autonomía local. La denegación de la aprobación definitiva de un instrumento de ordenación urbanística en base a la afectación a intereses supralocales no vulnera el principio de autonomía local. C) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. a) La facultad de acceso a la información de cualquier expediente o antecedente documental sólo puede obtenerse mediante el libramiento de copias en los casos legalmente autorizados de acceso libre de los concejales a la información o bien cuando sea expresamente autorizado. b) El examen de la documentación de las comisiones informativas no celebradas no sustituye al propio de la documentación del Pleno. D) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. Para que los miembros del Pleno de un Ayuntamiento puedan impugnar los acuerdos del mismo se requiere haber votado en contra de aquéllos. **2. Colegios Profesionales y profesiones tituladas.** A) Consejo de Coordinación Universitaria. Órgano técnico que tiene encomendada la realización del juicio de equivalencia de titulaciones. B) El país comunitario de realización de los estudios es indiferente frente a la obligación de cualquier Estado de la UE de admitir los títulos académicos y acreditaciones profesionales de otro Estado comunitario. C) Principio de exclusividad vs. Principio de libertad e idoneidad a propósito de la competencia de los profesionales titulados para realizar ciertas actividades.

**1. ADMINISTRACIÓN LOCAL**

**A) Alteración de términos municipales. La segregación no sólo exige núcleos separados de población sino una población mínima y una capacidad financiera suficiente de los municipios resultantes**

La STS de 28 de mayo de 2009 (recurso 5806/2008), desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Puentes Viejas, contra la sentencia dictada por la Sala de

lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 25 de mayo de 2006, que desestimaba el recurso promovido por este Ayuntamiento contra el Decreto 175/2003, de 17 de julio, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se denegaba la alteración de términos municipales consistente en la segregación del término municipal de Puentes Viejas para constituir tres nuevos municipios.

La sentencia recurrida había recordado la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 31 de octubre de 2000 y de 30 de octubre de 1989) en virtud de la cual “la voluntad mayoritaria de un grupo de vecinos de segregar la parte del territorio de un término municipal en el que residen no es por sí solo determinante de la resolución de la Administración que debe basarse en causas objetivas tendentes a acreditar la incidencia de un hecho diferencial, que en orden a la mejor gestión de los intereses de una agrupación humana requiere la creación de un nuevo municipio...”. Reiterando, igualmente, lo dispuesto en la STC 214/1989, que enjuicia la legitimidad constitucional del artículo 13.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, la sentencia recuerda el criterio doctrinal por el que “la creación de nuevos municipios, por afectar a la garantía constitucional de la autonomía local de los municipios preexistentes, no puede desvincularse ni disociarse de que para constituir efectivos núcleos de población que configuren una nueva entidad local, deben concurrir los requisitos del elemento poblacional y del elemento territorial con suficiente entidad para ser calificados como tales. El referido artículo 13 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local concreta esta directiva constitucional, al imponer como exigencia mínima para poder articular una nueva entidad local autónoma la necesidad de que concurra el presupuesto de un núcleo de población territorialmente diferenciado que cuente con recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales y no suponga disminución en la calidad de los servicios que venían siendo prestados”.

En consecuencia, el artículo 13 de la Ley 7/1985 defiere la regulación sobre la creación o supresión de municipios a lo que disponga la legislación de las Comunidades Autónomas sobre régimen local. A falta de regulación específica en la Comunidad madrileña en aquellas fechas habrá que acudir a la legislación estatal. En el supuesto de autos no hay controversia sobre la territorialidad y diferenciación de los municipios en cuestión, y no sólo porque la Comunidad lo reconozca sino, igualmente, porque constituían municipios efectivos hasta su integración en el año 1975. Los problemas se plantean en relación a la viabilidad económica de los municipios resultantes y con la no disminución en la calidad de prestación de servicios respecto a los que venían siendo prestados.

La Sala del Supremo considera que no puede prosperar la argumentación de la parte recurrente relativa a que no ha quedado acreditada la falta de viabilidad económica de los municipios resultantes de la desagregación pretendida y la no disminución en la calidad de prestación de servicios por ellos. Ello porque no es posible revisar en casación la valoración que efectúa la sentencia de instancia sobre los hechos. El recurso de casación se configura legalmente como un remedio extraordinario destinado exclusivamente a revisar la correcta aplicación e interpretación del derecho, sin que puedan rectificarse en él los hechos probados o valoraciones fácticas de cualquier tipo. Y, sin duda, la apreciación de si la parte ha acreditado o no la suficiencia de capacidad económica de los municipios resultantes de la segregación pretendida de acuerdo con los datos de hechos e informes o estudios económicos aportados por las partes constituye una valoración fáctica, toda vez que dicha apreciación cumple con los requisitos antedichos de motivación, razonabilidad y ausencia de error notorio.

## VI. Organización Administrativa

Por otro lado, la denegación de la solicitud de segregación se basaba también en la insuficiencia de población en los tres núcleos que aspiraban a la segregación del Municipio común, y que dicho fundamento ni ha sido desvirtuado en la instancia ni se combate ahora en la casación. Quiere esto decir que, con independencia de lo ya visto en relación con la falta de capacidad económica de los citados núcleos de población, en ningún caso podría prosperar la pretensión segregacionista rechazada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, ya que en todo caso seguiría operando como obstáculo no desvirtuado el incumplimiento del requisito relativo a la cantidad de población.

### **B) Autonomía local. La denegación de la aprobación definitiva de un instrumento de ordenación urbanística en base a la afectación a intereses supralocales no vulnera el principio de autonomía local**

En una importante sentencia, de la que ha sido ponente con gran brillantez el Magistrado Rafael Fernández Valverde, el Tribunal Supremo analiza las relaciones entre el Principio de Autonomía Local y el control autonómico de los planes urbanísticos municipales en la fase de aprobación definitiva. Por STS de 14 de mayo de 2009 (recurso 3225/2005), el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por varios particulares contra la Sentencia del TSJ de Madrid de 10 de febrero de 2005, que desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por éstos contra el Acuerdo de 22 de septiembre de 1998 de la Comisión de Urbanismo de Madrid relativo a la aprobación definitiva de la revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Guadalix de la Sierra. La Comunidad de Madrid había aplazado la aprobación definitiva de una Unidad de Ejecución y de dos sectores del municipio, en tanto no se corrigieran las deficiencias observadas en el Informe de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte y en los informes sectoriales, quedando hasta entonces los suelos clasificados como No Urbanizables.

Los perjudicados por esta decisión y por la sentencia que la confirmaba argumentan, entre otros motivos, que con estas decisiones se vulnera el principio de autonomía local, ya que la potestad de planeamiento corresponde al Ayuntamiento, quedando sólo a la Administración Autonómica la posibilidad de inferir en estas decisiones cuando haya un justificado interés supramunicipal en juego o cuando infrinjan un precepto legal imperativo. Entienden que en este caso nos encontramos ante un interés local, donde no se infringen los elementos reglados de todo acto discrecional, ni se ha actuado con arbitrariedad ni vulnerado los principios generales del derecho. Consideran, además, que la sentencia recurrida adolece de una motivación defectuosa, ya que la Comunidad de Madrid en ningún momento había motivado adecuadamente su decisión de no clasificar los terrenos controvertidos en suelos aptos para urbanizar.

La sentencia de instancia deja constancia de la competencia de la Comisión de Urbanismo de Madrid para la aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento, comprendiendo todas las cuestiones de legalidad y la definición sustantiva de la ordenación adoptada por el instrumento de planeamiento desde la perspectiva de los intereses supralocales, permitiendo la normativa de aplicación madrileña tanto aceptar, como corregir, modificar o sustituir “en lo estrictamente necesario”, la ordenación establecida en la fase municipal del procedimiento en los aspectos del modelo territorial adoptado. Además, al resolver sobre la aprobación definitiva de un instrumento de planeamiento formulado por un municipio, la Comisión de Urbanismo de Madrid podrá, además de acordar pura y simplemente su aprobación o denegación, disponer el aplazamiento de dicha aprobación, con devolución del expediente, por motivos de deficiencias de legalidad a subsanar por el Municipio y de correcciones, modificaciones o

innovaciones derivadas de la compatibilización con la Ordenación del Territorio Regional, a introducir por el Municipio, implicando el aplazamiento de la aprobación la rectificación por el Municipio de las determinaciones y de los documentos del correspondiente instrumento de planeamiento para su sometimiento a Aprobación Definitiva.

En el Fundamento Jurídico Cuarto, la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo tras analizar el –ahora derogado– artículo 48 de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Ordenación del Territorio, Suelo y Urbanismo de Madrid, que regula la aprobación definitiva de los instrumentos municipales de ordenación urbanística, analiza la existencia de intereses supralocales y el respeto del principio de autonomía local en esta fase del procedimiento de aprobación de los planes. Para ello, lleva a cabo un completo análisis de la jurisprudencia constitucional existente y de los numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo a este respecto. De todo ello, sólo reproduciremos los fragmentos más importantes.

Tras recordar la doctrina contenida en las SSTC 159/2001 y 51/2004, la Sala recoge un resumen de la STC 252/2005, que contiene tradicional línea jurisprudencial en relación con la autonomía local y su garantía institucional:

“Es doctrina reiterada que la autonomía local reconocida en los artículos 137 y 140 de la Constitución ‘se configura como una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañe, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible’ [STC 32/1981, FJ 4º]. A esta misma concepción responde el artículo 2.1 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, según el cual ‘para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas ... deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos’ (STC 40/1998, FJ 39º).

La Constitución, en todo caso, no asegura a las corporaciones locales un ámbito de competencias determinado, no pudiendo hablarse de ‘intereses naturales de los entes locales’ (STC 32/1981, FJ 4º), sino que, más allá del contenido mínimo consistente en un derecho de intervención en los asuntos de su competencia, ‘la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional’ (STC 170/1989, FJ 9º), correspondiendo a la Ley la determinación concreta del contenido de la autonomía local, respetando el núcleo esencial de la garantía institucional de dicha autonomía (SSTC 259/1988, 214/1989, y 46/1992) y sin romper con la ‘imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace’ (STC 32/1981, FJ 3º)”.

## VI. Organización Administrativa

Incluso, más recientemente, la STC 204/2006, resolviendo por primera vez un conflicto suscitado en defensa de la autonomía local, reitera la doctrina contenida en las citadas SSTC 32/1981, 170/1989, 40/1998, 159/2001, 51/2004, 252/2005, señalando, en concreto que:

“Para determinar si los preceptos impugnados han vulnerado o no la autonomía municipal de la ciudad de Ceuta debemos comenzar recordando nuestra doctrina según la cual la autonomía local se proyecta sobre intereses locales y competencias municipales, siendo indiscutiblemente el urbanismo un asunto de interés de los municipios sobre el cual, por tanto, se extienden sus competencias (STC 40/1998, FJ 39º). A efectos del enjuiciamiento a efectuar ahora ha de tenerse presente la consolidada doctrina, sintetizada en la STC 159/2001, según la cual la Administración territorial a la que el constituyente encomendó la competencia normativa en urbanismo (las Comunidades Autónomas, según el artículo 148.1.3 CE, pero también el Estado, cuando resulte habilitado al efecto por otros títulos competenciales) está legitimada para regular de diversas maneras la actividad urbanística y para otorgar en ella a los entes locales, y singularmente a los municipios, una mayor o menor presencia y participación en los distintos ámbitos en los cuales tradicionalmente se divide el urbanismo (planeamiento, gestión de los planes y disciplina), siempre que respete ese núcleo mínimo identificable de facultades, competencias y atribuciones (al menos en el plano de la ejecución o gestión urbanística) que hará que dichos entes locales sean reconocibles por los ciudadanos como una instancia de toma de decisiones autónoma e individualizada ... debemos empezar recordando nuestra doctrina sobre la autonomía local constitucionalmente garantizada y su relación con el planeamiento urbanístico, contenida en la STC 159/2001 y luego reproducida en la STC 51/2004. Dicha doctrina parte de la afirmación contenida en la STC 61/1997, según la cual la regulación de los planes de ordenación urbana se inserta en la competencia sobre urbanismo, y ésta es exclusiva de las Comunidades Autónomas, quienes, ‘en el ejercicio de su competencia urbanística exclusiva, [determinan] el nivel de participación de los municipios en la elaboración de los instrumentos de planeamiento’ (FJ 25º), siguiendo el criterio básico adoptado por el artículo 2 LBRL de remitir tal determinación al legislador sectorialmente competente por razón de la materia. Pues bien, ‘lo que se exige a los legisladores autonómicos y estatal es que respeten la garantía mínima y reconocible de participación’ (STC 159/2001, con cita de la STC 109/1998) en el proceso de elaboración del planeamiento, ya que la Constitución no establece ni precisa cuál deba ser el haz mínimo de competencias que, para atender a la gestión de los respectivos intereses, debe el legislador atribuir a los entes locales (STC 109/1998, FJ 2º). De ello se concluyó que la norma según la cual los municipios no tienen competencias en la fase de aprobación definitiva de un tipo especial de planes no es contraria a la autonomía local, puesto que ésta sólo obliga ‘a que existan competencias municipales relevantes y reconocibles en la ordenación y en el planeamiento urbanístico’, y la norma cuestionada ‘no elimina toda participación de los Ayuntamientos en el proceso de elaboración y aprobación del planeamiento derivado’, puesto que les atribuye ‘competencias esenciales en relación con el planeamiento, concretamente en sus dos primeras fases de aprobación inicial y provisional’ (STC 159/2001, FJ 12º).

Nuestro examen debe basarse en la doctrina de este Tribunal sobre la participación de los entes locales en la actividad de planeamiento urbanístico, a la que ya hemos hecho referencia, la cual se ve reforzada por la Carta Europea de Autonomía Local, que admite el control administrativo de legalidad y de constitucionalidad, e incluso el de oportunidad de los actos

de las entidades locales (artículo 8.2), si bien precisa que, en todo caso, dicho control ‘debe ejercerse manteniendo una proporcionalidad entre la amplitud de la intervención de la autoridad de control y la importancia de los intereses que pretende salvaguardar’ (artículo 8.3). Contemplación de intereses en la cual destacadamente cobra relevancia, como más adelante se verá, la proyección supralocal de determinadas manifestaciones del urbanismo”.

Igualmente el Tribunal Supremo ha afrontado recientemente estas cuestiones relativas a la vulneración del principio de autonomía local. Así, en un supuesto similar, la STS 26 de junio de 2008 ha señalado lo siguiente:

“Concretamente, las posibilidades de control de las Comunidades Autónomas cuando con motivo de la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias pretendan introducir modificaciones no previstas originariamente en la aprobación inicial y provisional del plan, han de ser limitadas por elementales exigencias derivadas del citado principio de la autonomía local, de manera que la extensión del control de la Administración autonómica en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento viene impuesto por el respeto a la autonomía local.

En materia urbanística la competencia autonómica de aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento municipal tiene un contenido preciso, derivado de la consolidación de la jurisprudencia de esta Sala desde la conocida Sentencia de Sala de 13 de julio de 1990, que distingue según se trate de los aspectos reglados o discrecionales del plan.

En relación con los aspectos reglados la Comunidad Autónoma tiene un control pleno, con alguna matización respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, como señala la STS de 25 de octubre de 2006.

Respecto a los aspectos discrecionales del plan, debemos distinguir, entre las determinaciones que afectan a un interés puramente local o municipal, o superior a éste. Así, cuando el interés público concernido es municipal y no alcanza intereses que rebasen dicho ámbito, la competencia es estrictamente municipal, pues ha de prevalecer el modelo de ciudad que dibuja el Ayuntamiento, con la salvedad relativa al control tendente a evitar la lesión al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, ex artículo 9.3 Constitución Española.

Las determinaciones discrecionales del plan, por otro lado, cuando afecten a materias que incidan sobre intereses supralocales, vinculándose con un modelo territorial superior al municipal, sí permiten intervenir a la Administración autonómica corrigiendo, modificando o sustituyendo las determinaciones discrecionales del plan, establecidas en la fase municipal del procedimiento. Dicho de otra forma, el posible control o modificación por la Comunidad Autónoma de todos aquellos aspectos discrecionales del planeamiento, estará en función de los intereses públicos concernidos, y aún en el caso de tratarse de intereses locales, únicamente, que no se haya lesionado la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Una vez recordada la doctrina jurisprudencial más importante en la materia, el Tribunal considera que la actuación llevada a cabo por la Administración autonómica madrileña en modo

## VI. Organización Administrativa

alguno puede considerarse vulneradora del principio de autonomía local y, es más, entiende que la sentencia recurrida en casación debe mantenerse en su integridad al ser respetuosa con dicho principio. Para la Sala, la razón de fondo que legitima la actuación autonómica impugnada cuenta con un claro fundamento en la defensa de unos intereses supralocales, los cuales trascienden a los particulares del municipio de Guadalix de la Sierra, y que encajan en el ámbito de actuación del transcrito artículo 48 de la Ley 9/1995 del Parlamento madrileño.

La tesis de la sentencia de instancia, ahora mantenida, es que la justificación de tal actuación en el ámbito de los intereses supralocales, aparece descrita en el informe emitido en fecha de 17 de septiembre de 1998 por la Dirección General de Educación y Prevención Ambiental de la Comunidad de Madrid, cuyos contenidos, en síntesis, no han sido desvirtuados por la prueba pericial practicada en las actuaciones. Del informe se desprende que no existe duda de que la actuación autonómica se proyecta sobre la defensa de los intereses supralocales (como son entre otros los medioambientales) que trascienden de los estrictamente locales del municipio. Esto es, la revisión proyectada afecta al modelo territorial previsto por la Comunidad Autónoma de Madrid, y resulta de todo punto ilógico considerar que una actuación urbanística como la que nos ocupa, que pretende, en síntesis, triplicar la población del municipio de Guadalix de la Sierra, carece de una proyección exterior a los límites del término municipal.

Idéntica solución e idéntica argumentación se dio por el Tribunal Supremo al recurso de otro particular, resuelto mediante STS de 13 de mayo de 2009 (recurso 8581/2004).

### C) Estatuto de los miembros de las corporaciones locales

#### a) La facultad de acceso a la información de cualquier expediente o antecedente documental sólo puede obtenerse mediante el libramiento de copias en los casos legalmente autorizados de acceso libre de los concejales a la información o bien cuando sea expresamente autorizado

La STSJ de Cantabria de 8 de mayo de 2009 (recurso 23/2009), desestima el recurso de apelación interpuesto por un concejal contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santander. Dicha sentencia desestimaba la pretensión de entrega de copia de la documentación instada por el concejal recurrente al exceder de los supuestos recogidos en el artículo 16.1 del Real Decreto 1568/1986. Sin embargo, el concejal recurre en apelación insistiendo en su derecho a la entrega de copias para poder efectuar un examen detallado y pormenorizado de la documentación.

La Sala del TSJ de Cantabria entiende que, en esos términos, reproducida la cuestión litigiosa no cabe sino su íntegra desestimación. Siendo el objeto del recurso la denegación de la solicitud cursada el día 24 de agosto de 2007, no cabe sino concluir que a ésta se accedió a través de la información a la que tuvo acceso mediante cita de día y hora para ser consultada.

Pues bien, el artículo 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, dispone que “todos los miembros de las Corporaciones locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función”. Dicho precepto legal es desarrollado en los artículos 14 y 15 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. Concretamente el artículo 14.2 especifica que

“La petición de acceso a las informaciones se entenderá concedida por silencio administrativo en caso de que el Presidente o la Comisión de Gobierno no dicten resolución o acuerdo denegatorio en el término de cinco días, a contar desde la fecha de solicitud”. En definitiva, no estamos sino ante una plasmación de un concreto aspecto del derecho a acceder a funciones y cargos públicos reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución. Este derecho no ve constreñida su operatividad al acceso y mantenimiento en el cargo sino que, antes al contrario, se extiende al adecuado ejercicio de las funciones que de dicho cargo se derivan o que a él son inherentes. Si los representantes elegidos por sufragio universal encuentran cortapisas para el desarrollo ordinario de su función, no sólo se vulnera directamente el derecho de éstos al ejercicio de sus misiones de representación política, sino que también, siquiera sea de manera indirecta, se elevan obstáculos improcedentes a la plena efectividad del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, piedra angular de nuestro sistema democrático.

Resumiendo la doctrina jurisprudencial existente, la STS de 20 de junio de 2003, recogiendo lo manifestado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 220/1991, de 25 de noviembre, afirma: “Del análisis jurisprudencial precedente se infiere que en el desarrollo del artículo 23.2 de la Constitución no existe norma que consagre el derecho de los Concejales a obtener de modo indiscriminado copias legitimadas o fotocopias de los documentos que integran expedientes completos, a cuyo examen tienen derecho, según lo ordenado en los artículos 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y 15 y 16 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales”.

La facultad de acceso a la información de cualquier expediente o antecedente documental reconocida por la Ley sólo puede obtenerse mediante el libramiento de copias en los casos legalmente autorizados de acceso libre de los Concejales a la información o bien cuando ello sea expresamente autorizado por el Presidente de la Comisión de Gobierno –artículo 16.1.a) en relación con el 15 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales–.

Siendo éste el argumento central de la desestimación, frente a los sólidos argumentos de la sentencia impugnada nada se argumenta acerca de que el supuesto planteado pudiese ser uno de los legalmente previstos en el citado precepto, lo que generaría legalmente el derecho invocado.

#### **b) El examen de la documentación de las comisiones informativas no celebradas no sustituye al propio de la documentación del Pleno**

La STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de mayo de 2009 (recurso 35/2009), desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Hellín contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Albacete, de 10 de noviembre de 2008, tramitado al amparo del proceso especial de protección de derechos fundamentales. Dicha sentencia estimó el recurso contencioso interpuesto por dos concejales contra los acuerdos adoptados por el Pleno del Ayuntamiento de Hellín en su sesión de 28 de diciembre de 2007, al considerar vulnerado el artículo 23 de la Constitución, ya que los concejales no pudieron examinar la documentación completa, ni pudieron hacerlo durante todo el tiempo al que legalmente habrían tenido derecho.

El Tribunal entiende que el recurso no puede ser estimado por las siguientes razones. Desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, el propio Ayuntamiento de Hellín reconoce la

## VI. Organización Administrativa

existencia de infracción legal en el hecho de haber incluido en el orden del día asuntos que no contaban todavía con el dictamen de la Comisión, lo que supone una vulneración grosera del artículo 82.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales. Según el Ayuntamiento, esto no ocasiona vulneración del derecho de participación del artículo 23 de la Constitución. Sin embargo, a juicio de la Sala y como no podía ser de otra manera, tal vulneración sí concurre, pues la infracción legal se tradujo en definitiva en una limitación real no sólo de la documentación a examinar (pues no constaban los dictámenes de las comisiones informativas), sino, aunque lo anterior no se considerase relevante, del tiempo disponible para el examen de tal documentación. En efecto, de acuerdo con el artículo 82.2 del ROF, convocadas las Comisiones para los días 26 y 27 de diciembre, sólo a partir de los citados días se podría haber convocado un Pleno con el contenido con el que se convocó, con lo cual el Pleno, como muy pronto, podría haberse celebrado los días 29 o 31 de diciembre. Por tanto, el Ayuntamiento de Hellín vulneró de forma evidente un cauce legal que, de haber sido aplicado, como debía serlo, habría dado como resultado un panorama de fechas muy diferente, con un examen de la documentación previo para las comisiones informativas, y otro, posterior, y ya completo en cuanto a la constancia de tales dictámenes, para el pleno. A juicio del TSJ, “el Ayuntamiento pretende solapar y computar conjuntamente, con infracción legal que él mismo reconoce, los plazos y momentos establecidos en la normativa, con un resultado final evidente de limitación de los plazos de examen que deberían haber existido. Es evidente que no hay ninguna razón para ser tolerante con una actuación que parte de la absoluta falta de consideración a la normativa de aplicación (artículo 82.2 ROF), de manera que sólo la ausencia absoluta y completa de cualquier perjuicio o afectación al artículo 23 CE podría hacer que se desestimase un recurso como el de autos; pero no cuando esa actuación claramente ilegal deriva en una afectación efectiva del derecho, que no debe ser tolerada ni minimizada, como se pretende”.

### **D) Impugnación de acuerdos de las entidades locales. Para que los miembros del Pleno de un Ayuntamiento puedan impugnar los acuerdos del mismo se requiere haber votado en contra de aquéllos**

Por STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de abril de 2009 (recurso 2765/2003), se desestima el recurso interpuesto por el Concejal contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Santovenia de la Valdoncina de 9 de octubre de 2003, referido al punto relativo a la solicitud de anulación de acuerdo de representantes del Ayuntamiento en un Consorcio Urbanístico Intermunicipal. En realidad, con este recurso, lo que se pretendía era la anulación del Acuerdo de 24 de junio de 2003, donde dichos representantes fueron designados. El segundo acuerdo se refiere a la anulación del anterior, y es contra este segundo contra el que se dirige un recurso que lo que pretende es impugnar lo ya acordado anteriormente.

Tal circunstancia tiene una singular trascendencia desde el momento en que si bien una constante doctrina viene indicando que si en el acto administrativo concurre algún motivo de impugnación, la administración es la primera interesada en su depuración de acuerdo con los principios informadores de su actuación proclamados en el artículo 103 de la Constitución Española, sin embargo, esa misma doctrina ha puesto de relieve que el ejercicio de esta acción no puede suponer reabrir las posibilidades impugnatorias decaídas por el transcurso del tiempo o ya agotadas mediante el ejercicio de las acciones procedentes dado que la revocación de los actos administrativos aunque está orientada a dotar de una plena efectividad el principio de legalidad, atenta contra el principio de seguridad jurídica, por lo que cabe constatar la existencia de límites a las facultades de revisión.

Para que puedan los miembros del Pleno de un Ayuntamiento impugnar los acuerdos de éste se requiere la concurrencia de una serie de circunstancias, entre las que se halla la de haber votado en contra del acuerdo de que se trate, como se desprende del artículo 63.1.b) de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, en lo que es una excepción a la regla general del artículo 20.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Esta circunstancia, sin embargo, no concurre en el presente caso, pues del conjunto de la documentación pública unida a los autos se desprende que los acuerdos adoptados a tal fin fueron votados por unanimidad, como se lee en las actas correspondientes, ya que las alteraciones o rectificaciones que sobre ellas se pidieron no afectaron a la existencia de la unanimidad que se lee en ellas bajo la fe del Secretario municipal.

Por otra parte, es evidente que al no haberse impugnado en debida forma en vía judicial en su momento los acuerdos adoptados, éstos devinieron firmes y no pueden ser susceptibles de impugnación por el medio elegido por el actor, ya que ello iría en contra de la propia seguridad jurídica al forzarse por la vía de la solicitud de modificación del acuerdo, que sí se impugna en plazo, la firmeza de la resolución administrativa inicial que no lo fue en su momento.

## 2. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

### A) Consejo de Coordinación Universitaria. Órgano técnico que tiene encomendada la realización del juicio de equivalencia de titulaciones

La STS de 23 de junio de 2009 (recurso 2996/2008), declara no haber lugar al recurso de casación, interpuesto contra la Sentencia de 21 de febrero de 2008 de la AN, que denegaba la solicitud formulada por el demandante para que su título de “Diplôme en Droit” obtenido en la Universidad de Ginebra le fuera homologado al título español de Licenciado en Derecho. La sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo puesto que consideró que era imposible establecer la equivalencia entre las 1.610 horas teóricas incluidas en el expediente académico del demandante con las 3.000 horas correspondientes a los 300 créditos de carga docente exigidos por la normativa española para la obtención del título de Derecho, tal y como había dictaminado en dos ocasiones el Consejo de Coordinación Universitaria.

El TS recuerda que el RD 86/1987, de 16 de enero, por el que se regulan las condiciones de homologación de títulos extranjeros de educación superior, después de establecer en su artículo 6 como fuentes para dictar las resoluciones sobre homologación de títulos extranjeros los tratados o convenios internacionales y las tablas de homologación de planes de estudio y de títulos aprobados por el MEC, señala en el artículo 7 que, en defecto de las anteriores, se tendrán en cuenta: el currículum académico y científico, los precedentes administrativos, el prestigio de la Universidad o Institución extranjera que concedió el título cuyo reconocimiento se solicita y la reciprocidad otorgada a los títulos españoles. La resolución se adopta tras el correspondiente informe de la Comisión Académica del Consejo de Universidades (hoy Consejo de Coordinación Universitaria) y puede determinar la homologación directa, la exigencia previa de una prueba de conjunto si se aprecia que la formación acreditada no guarda equivalencia con la que proporciona el título español (artículo 2) y la denegación si tampoco se considera suficiente la realización de tal prueba.

## VI. Organización Administrativa

El TS destaca la relevancia en el procedimiento del informe emitido por la Comisión del Consejo de Universidades, en cuanto implica un juicio valorativo a través del cual, comparando la formación invocada por el solicitante, tanto en lo relativo a su duración como a su contenido y alcance, determina la equivalencia exigida para la homologación, juicio que por su carácter técnico ha de prevalecer salvo prueba en contrario, pero sin que pueda sustituirse por el que subjetivamente pueda realizar la parte. La Comisión Académica del Consejo de Universidades no es un órgano ajeno al proceso de establecimiento del título español y desconocedor de sus contenidos sino que, por el contrario, su intervención está prevista legalmente desde un momento anterior al establecimiento del título y conoce por ello perfectamente cuáles son los presupuestos de contenido y duración necesarios para su obtención en España y, por tanto, los que han de exigirse en los títulos extranjeros que pretendan ser homologados en nuestro país; por ello, y por su carácter de órgano técnico que tiene encomendada la realización del expresado juicio de equivalencia, sus informes han de considerarse especialmente relevantes.

En el caso de autos no procedía la homologación de la directa aplicación de Convenio ni de tablas preestablecidas, por lo que debía estarse al juicio de equivalencia a cuyo efecto el Consejo de Coordinación Universitaria emitió informe desfavorable en dos ocasiones. El TS reitera que dicho informe supone un completo juicio del contenido de los estudios a homologar en cuanto a la duración (notoriamente inferior) y en contenidos (las materias tratadas quedan limitadas a las de una hipotética diplomatura).

Por otro lado, el demandante alega la infracción de la jurisprudencia al haber sido estimado por el TS un caso similar al suyo. Ante este alegato, el Tribunal invoca abundante jurisprudencia donde ha señalado que “la respuesta dada en los tribunales de justicia a los litigios suscitados en materia de homologación de títulos académicos ha de ser necesariamente casuística, pues la denegación o el otorgamiento de la homologación, con o sin prueba de conjunto, dependerá del grado de equivalencia que se advierta en la formación cursada para la obtención del título extranjero y la exigida para el título español al que pretende homologarse; y, claro es, ese juicio de equivalencia arrojará resultados diferentes según las características de los títulos sometidos a cotejo y los elementos de prueba disponibles en cada caso” –STS de 6 de marzo de 2008 (recurso 8569/2004), 11 de diciembre de 2006 (recurso 5691/2001), 22 de mayo de 2006 (recurso 8098/2000), 5 de junio de 2006 (recurso 6785/2000), 7 de julio de 2006 (recurso 263/2001), 30 de octubre de 2006 (recurso 4125/2001) y de 20 de noviembre de 2007 (recurso 2714/2002), entre otras–. Por otro lado, salvo en los excepcionales supuestos en los que se lleve a cabo de manera ilógica o arbitraria, la valoración de la prueba constituye una potestad de la Sala de instancia no susceptible de ser revisada en casación, salvo en los contados supuestos a los que se ha hecho referencia, de tal manera que en el presente caso, la consideración por parte del Tribunal sentenciador de las carencias en cuanto a la carga docente apreciadas en el título que se pretende homologar con arreglo a las consideraciones expuestas por el informe emitido por el Consejo de Coordinación Universitaria, no puede reputarse ilógica ni arbitraria, sino plenamente ajustada a Derecho.

### **B) El país comunitario de realización de los estudios es indiferente frente a la obligación de cualquier Estado de la UE de admitir los títulos académicos y acreditaciones profesionales de otro Estado comunitario**

La STS de 4 de mayo de 2009 (recurso 1254/2006), desestima el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado contra la Sentencia de 25 de diciembre de 2005, de la AN, en

las que se estimaron dos solicitudes de reconocimiento de título de “Diploma de Licenciatura” expedido a su nombre por la “Universitá Politécnica delle Marche” (Italia), unido a la acreditación de haber superado el examen de Estado, a los efectos del acceso al ejercicio en España de la profesión de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

El Abogado del Estado aduce como motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.b) LJCA: la infracción del artículo 6.4 del Código Civil, artículo 34 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, de la Ley de Ordenación de las Enseñanzas Técnicas, del Real Decreto 1425/91, de 30 de agosto, por el que se establece el título de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, por no aplicación; y la infracción de la Directiva 98/48/CEE y del Real Decreto 1665/91, de 25 de octubre, por aplicación indebida, así como infracción del artículo 14 de la Constitución.

El Abogado del Estado entiende que se ha cometido fraude puesto que la competencia del Gobierno para la expedición de títulos oficiales ha quedado suplantada por la vía del convenio entre la Universidad española y otra extranjera, a lo que se llegaría si una vez reconocidos los estudios universitarios españoles no oficiales, en la Universidad Italiana, este reconocimiento sirviera de base para superar pruebas posteriores, a los estudios de Ingeniero Técnico. Esta forma de actuar no encuentra cobertura, a su entender, ni en la Directiva 98/48/CEE ni en el Real Decreto 1665/91 porque, con la salvedad de la declaración de equivalencia realizada por la Universitá Técnica delle Marche, todos los elementos pertinentes están situados en España: se trata de españoles de estudios cursados en España, bien que carentes de validez oficial, y se trata de ejercer en España la profesión de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos.

El TS ya resolvió una cuestión similar a la vista de dos Sentencias de 23 de octubre de 2008 del TJCE en el recurso 286/2006 por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España respecto a las obligaciones derivadas de la Directiva 89/48/CEE, del Consejo de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. Ambos asuntos versan sobre en qué medida puede invocarse la Directiva 89/48 para obligar a un Estado miembro a reconocer títulos expedidos por las autoridades de otro Estado miembro al término de estudios cursados en su propio territorio. El TJCE en estas sentencias entendió que el artículo 1, letra a), párrafo primero de la Directiva 89/48 establece expresamente que basta con que la formación se haya adquirido, “principalmente, en la Comunidad”. Esta expresión comprende tanto la formación adquirida íntegramente en el Estado miembro que haya expedido el título académico de que se trate como la adquirida íntegra o parcialmente en otro Estado miembro (Sentencia de 29 de abril de 2004, Beuttenmüller, C-102/02, recurso p. I-5405, apartado 41).

Por otro lado, la cuestión principal, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 89/48, es si el solicitante está o no habilitado para ejercer una profesión regulada en un Estado miembro. Según el sistema establecido por esta Directiva, un título no se reconoce por el valor intrínseco de la formación que acredita, sino porque permite acceder a una profesión regulada en el Estado miembro en que se ha expedido o reconocido (sentencia Beuttenmüller, antes citada). Por lo tanto, el sistema general de reconocimiento de títulos de enseñanza superior establecido por la Directiva 89/48 está basado en la confianza recíproca que los Estados miembros tienen en las cualificaciones profesionales que otorgan. Este sistema establece, en sustancia, la presunción de que las cualificaciones de un solicitante habilitado para ejercer

## VI. Organización Administrativa

una profesión regulada en un Estado miembro son suficientes para el ejercicio de esta misma profesión en los demás Estados miembros. En el caso de autos es incuestionable que los denunciantes están debidamente habilitados para ejercer la profesión regulada de ingeniero en Italia. Dado que se ha habilitado a los denunciantes para ejercer la profesión regulada de que se trata en un Estado miembro distinto de aquel en que solicitan ejercer dicha profesión, su situación no puede ser calificada de puramente interna y, en consecuencia, deben desestimarse las alegaciones del Abogado del Estado.

El TS sigue diciendo que el derecho de los nacionales de un Estado miembro a elegir el Estado miembro en que prefieren adquirir sus cualificaciones profesionales es inherente al ejercicio, en un mercado único, de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE. Por ello, en virtud del artículo 3, párrafo primero, letra a), de la Directiva 89/48, se debe reconocer, sin perjuicio de posibles medidas de compensación, no sólo los títulos de ingeniero italianos cuando la formación cursada para obtenerlos se haya desarrollado total o parcialmente en Italia, sino también los títulos expedidos por las autoridades competentes italianas al término de una formación impartida íntegramente en España. Por lo tanto, el país comunitario de realización de los estudios es indiferente frente a la obligación de cualquier Estado de la Unión Europea de admitir los títulos académicos y acreditaciones profesionales de otro Estado comunitario.

Pues bien, la objeción que se formulaba por el Ministerio de Fomento para el reconocimiento de la titulación a los efectos de la habilitación profesional era precisamente que los estudios realizados por los solicitantes se habían desarrollado en una Universidad española, siendo España también el país de acogida. Es claro que tanto la interpretación de la Directiva sostenida por el Tribunal de Justicia, como la del bloque normativo comunitario y nacional mantenida por la Sala de instancia descartan el fundamento de dicha postura, interpretación que debe ser ratificada ahora. En cuanto a los requisitos adicionales previstos en los artículos 4 y 5 y siguientes del Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, (dos años de prácticas o una prueba de aptitud) para los supuestos en ellos contemplados, su procedencia fue examinada y descartada en la instancia (fundamento de derecho quinto), por lo que procedería sin más el reconocimiento por parte del Estado español de la habilitación profesional solicitada pese a que los estudios base se hubieran realizado en la Universidad de Alicante, perteneciente al propio Estado de acogida, España.

Con respecto al fraude de ley, queda descartado al verificarse que la interpretación procedente tanto de la regulación comunitaria (la Directiva 89/48/CEE) como de la española que la transpone (el referido Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre) es acorde con dicho reconocimiento. Digamos, por lo demás, que el tenor literal de la norma española en ningún momento hace referencia a esa diversidad entre Estado donde se cursan los estudios y Estado de acogida que sostiene la parte recurrente.

### **C) Principio de exclusividad vs. Principio de libertad e idoneidad a propósito de la competencia de los profesionales titulados para realizar ciertas actividades**

La STS de 22 de abril de 2009 (recurso 10048/2004), declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los Colegios Oficiales de Ingenieros de Montes y de Ingenieros Técnicos Forestales contra la Sentencia dictada el 9 de junio de 2004 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón, desestimatoria del recurso contra la Orden de 24 de

abril de 2000, de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de Aragón, que establece un conjunto de medidas de fomento en materia cinegética en la Comunidad Autónoma. La cuestión controvertida y de fondo es si únicamente los Ingenieros de montes y forestales poseen esa capacitación y competencia para suscribir los planes técnicos de caza, que es justamente lo que los recurrentes afirman, o si por el contrario, también están capacitados los Biólogos y Veterinarios.

El TS dictamina, entre otros asuntos, que los planes técnicos de caza aquí concernidos versan sobre una materia específica que no es de exclusivo conocimiento de quienes han cursado los estudios de Ingeniería de Montes e Ingeniería Técnica Forestal, por lo que no sólo estos técnicos son competentes para suscribirlos, puesto que los recurrentes no han justificado suficientemente que sólo los planes de estudio y el proceso formativo de los Ingenieros de Montes e Ingenieros Técnicos Forestales proporcionan una formación adecuada para esa labor, ni que la formación adquirida por Biólogos y Veterinarios resulte insuficiente en tal sentido. Como señala la reciente Sentencia del TS de 10 de noviembre de 2008 (en un recurso que guarda alguna similitud con este que ahora nos ocupa, interpuesto por las mismas corporaciones aquí recurrentes), con carácter general la jurisprudencia del TS viene manteniendo que “no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad”, pues, como se recoge en aquella sentencia, la jurisprudencia ha declarado con reiteración que “frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido”.

JESÚS DEL OLMO ALONSO  
VANESA RODRÍGUEZ AYALA  
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

VII. **DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR****Sumario:**

**1. Concepto de sanción.** A) Actos que constituyen sanción. B) Actos que no constituyen sanción. **2. Concepto de infracción.** A) Igualdad ontológica entre la infracción administrativa y el delito. **3. Distribución de competencias normativas en materia sancionadora.** A) Límites de las CCAA para regular las infracciones y sanciones en las materias sobre las que tengan la competencia sustantiva. **4. Potestad sancionadora.** A) No es susceptible de transacción. **5. Principio de legalidad, reserva de ley y tipicidad.** A) Nulidad de los reglamentos que se exceden del marco legal: por ampliación del tipo. B) La Administración debe respetar el marco sancionador establecido por la Ley para el tipo de infracción de que se trate, aunque ello suponga que la comisión de la infracción sea más beneficiosa que el cumplimiento de la norma infringida. C) Las cláusulas genéricas de tipificación vulneran el principio de tipicidad. D) Norma sancionadora en blanco: la necesidad de una norma complementaria. **6. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable.** A) Se predica también de los criterios que se fijan para determinar la sanción. B) No se extiende al plazo de caducidad del procedimiento. C) Momento en el que puede aplicarse: límites a su aplicación en fase jurisdiccional. **7. Antijuridicidad.** A) Pérdida sobrevinida de la antijuridicidad de una conducta: límites al juego de la presunción de validez de los actos administrativos en el Derecho Administrativo Sancionador. **8. Elementos subjetivos de las infracciones. Culpabilidad.** A) Su exclusión por una situación normativa confusa que origina un error de prohibición. B) La interpretación razonable, aunque errónea, de la norma excluye la culpabilidad. C) Actuación administrativa que no es susceptible de fundamentar una confianza legítima excluyente de la culpabilidad. **9. Sujetos responsables.** A) Sólo hay responsabilidad solidaria o subsidiaria de los administradores de personas jurídicas cuando lo establece una Ley. B) Responsables cuando la infracción deriva del planeamiento urbanístico aprobado. C) Puede ser responsable la Administración pública o los miembros de un órgano colegiado, pero no el órgano colegiado mismo. **10. Concurso de infracciones. Concurso de normas punitivas: non bis in idem.** A) Pluralidad de infracciones administrativas y penales por unos mismos hechos. B) Tras una sentencia penal absolutoria pueden sancionarse los mismos hechos siempre que se respete la

declaración fáctica de aquélla.

C) Diligencia exigible a la Administración con relación al seguimiento del proceso penal que motivó la suspensión del procedimiento sancionador. **11. Procedimiento administrativo**

**sancionador.** A) Las limitaciones que sufre el derecho fundamental a no autoincriminarse de quien declara en su condición de policía local y en ejercicio de sus funciones. B) Interesados necesarios del procedimiento sancionador. C) Legitimación del denunciante. **12. En especial, prueba y presunción de inocencia.** A) Derecho fundamental a la prueba. B) La presunción de inocencia exige que la Administración pruebe y motive la culpabilidad. Motivar la culpabilidad diciendo simplemente que no existen causas que puedan excluirla invierte la carga de la prueba. C) Medidas provisionales y presunción de inocencia. D) Prueba indiciaria.

**13. La resolución sancionadora.** A) No motivar la imposición de una sanción de expulsión a un extranjero en lugar de la de multa ni valorar sus alegaciones sobre la existencia de arraigo familiar vulneran su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. **14. Caducidad del procedimiento administrativo sancionador.** A) La apertura de un nuevo procedimiento sancionador una vez caducado el primero, siempre que la infracción no haya prescrito, no entraña abuso de derecho. B) Alcance invalidatorio de la resolución sancionadora dictada en un procedimiento caducado. C) Duración del procedimiento iniciado tras un anterior sobreseimiento. **15. Ejecución de las sanciones. Suspensión de las recurridas en vía jurisdiccional.**

A) Suspensión no sólo de la sanción tributaria sino también del pago de la deuda, por su conexión con la responsabilidad sancionadora, en favor del responsable solidario.

**16. Control jurisdiccional de la potestad sancionadora.** A) Se concede el amparo pero se mantiene la validez de la resolución sancionadora. B) La vulneración de los derechos fundamentales del inculcado en el procedimiento sancionador no puede subsanarse en sede judicial. C) Modificación de la calificación jurídica de los hechos en sede judicial por aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable: límites.

## 1. CONCEPTO DE SANCIÓN

### A) Actos que constituyen sanción

El Sindicato Médico Andaluz impugnó el Decreto 18/2007, de 23 de enero, por el que se regula el sistema de acreditación del nivel de la competencia profesional de los profesionales

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

sanitarios del sistema Sanitario Público de Andalucía. En lo que ahora interesa, el artículo 13.2 establecía que “quedará extinguida la vigencia de la acreditación por la imposición al profesional de una sanción firme de suspensión de funciones dictada en un procedimiento sancionador derivada de su actuación profesional, o la imposición de una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión mediante sentencia firme”. La **STSJ de Andalucía (Granada) 1362/2008, de 29 de septiembre**, considera contraria a Derecho esta previsión, por cuanto “sin la precisa cobertura normativa y con infracción del principio de *non bis in idem*, impone la sanción añadida de extinción de la vigencia de la acreditación, a la sanción originaria de suspensión de funciones en procedimiento sancionador o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión”.

### B) Actos que no constituyen sanción

– La **STS de 7 de octubre de 2008**, Sección Cuarta (recurso de casación 6227/2006), razona que “el procedimiento de regularización de viñedos no es un procedimiento sancionador; que la medida de arranque no es una sanción y sí una simple reparación de la legalidad infringida”, por lo que no cabe hablar de prescripción de una falta inexistente.

– La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones acordó una resolución en la que instaba a las partes de un convenio a que suprimiesen determinadas cláusulas por ser contrarias a la competencia. El recurrente fundaba su impugnación en el carácter sancionador de esta medida pero la **STS de 10 de diciembre de 2008**, Sección Tercera (recurso de casación 2100/2006), afirma:

“La decisión adoptada por la CMT se enmarca, por el contrario, en las funciones que ostenta sobre salvaguarda de la competencia en el sector de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales y se configura como una medida preventiva para asegurar la competencia en dichos ámbitos.”

## 2. CONCEPTO DE INFRACCIÓN

### A) Igualdad ontológica entre la infracción administrativa y el delito

Insiste la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) 2315/2008, de 17 de octubre**, Sección Tercera, según lo ya declarado por la STS de 9 de enero de 1991, en “la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena (...). Esta equiparación de la potestad sancionadora de la Administración y el *ius puniendi* del Estado tiene su antecedente inmediato, su origen y partida de nacimiento en la doctrina legal de la vieja Sala Tercera del Tribunal Supremo cuya STS de 9 de enero de 1972 inició una andadura muy progresiva y anticipó lúcidamente con los materiales legislativos de la época, planteamientos y soluciones ahora consolidadas (...). (E)n este auténtico *leading case* se decía, con clara conciencia de su alcance, que las contravenciones administrativas no pueden ser aplicadas nunca de un modo mecánico, con arreglo a la simple enunciación literal, ya que se integran en el supra-concepto del ilícito, cuya unidad sustancial es compatible con la existencia de diversas manifestaciones fenoménicas, entre las cuales se encuentran tanto el ilícito administrativo como el penal (...). Ambos ilícitos exigen un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuridicidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso y la relación causal entre éste y la acción”.

### 3. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS EN MATERIA SANCIONADORA

#### A) Límites de las CCAA para regular las infracciones y sanciones en las materias sobre las que tengan la competencia sustantiva

La normativa foral del Territorio Histórico de Vizcaya amplió la reducción de la sanción impuesta en caso de conformidad del sujeto pasivo hasta un 40%. Alega el Abogado del Estado que dicha reforma vulnera el artículo 149.1.1.ª CE, pues en el artículo 82 de la LGT de 1963 (también en la actual LGT de 2003) tal reducción se cifra en el 30%. Así que, a su entender, “es evidente que el hecho de establecer una reducción de la sanción por conformidad de 10 puntos porcentuales más que el Estado (...) determina una situación de desigualdad sustancial de trato en el cumplimiento de los deberes fiscales, favorable a los sujetos que tributen conforme a la normativa autonómica, vulnerándose así el artículo 149.1.1.ª de la Constitución”. No está de acuerdo, sin embargo, la **STS de 22 de enero de 2009**, Sección Segunda (recurso de casación 3372/2004):

“a partir del momento de la desaparición de la limitación establecida originariamente en la Ley del Concierto (de 1981, artículo 35.3) que obligaba a los Territorios Históricos a aplicar la normativa sancionadora común prevista en la LGT (de 1963), en los tributos de normativa autónoma (sic) sólo resulta de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional, que de forma reiterada viene señalando que en aquellas materias sustantivas en las que tienen competencias las Comunidades Autónomas pueden regular infracciones y sanciones, ateniéndose a los principios básicos del ordenamiento estatal, pero sin establecer divergencias desproporcionadas o irrazonables, al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio, por exigencia derivada del artículo 149.1 de la Constitución.

De esta forma lo que el Tribunal Constitucional proscribe es que ante un esquema sancionatorio estatal que afecte a derechos y deberes constitucionales, las Comunidades Autónomas aprueben una normativa que suponga una divergencia cualitativa sustancial que pueda calificarse de irrazonable y desproporcionada.

En el caso, (...) existe una divergencia, ciertamente que, sin embargo, no afecta a la sanción del hecho, sino a la reducción como consecuencia de la conducta del sujeto que acepta la propuesta de regularización que se le ofrece y que, en todo caso, no puede considerarse medida irrazonable”.

### 4. POTESTAD SANCIONADORA

#### A) No es susceptible de transacción

Ante una ilegalidad urbanística consistente en la ejecución de una obra sin licencia y la iniciación de una actividad sin la preceptiva autorización, un Ayuntamiento había celebrado un convenio urbanístico en el que se acordaba el pago de una suma por exceso de aprovecha-

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

miento y el Ayuntamiento se comprometía a modificar las ordenanzas urbanísticas para legalizar dicha construcción. Tal convenio fue declarado nulo por el Tribunal *a quo*, que obligaba igualmente a la apertura de los correspondientes expedientes de disciplina urbanística. En la misma línea, se manifiesta la STS de 7 de octubre de 2008, Sección Quinta (recurso de casación 5877/2004), para la que el ejercicio del *ius variandi* de la Administración no legitima ni ampara esta forma de proceder. Además, advierte que los procedimientos de disciplina urbanística —entre los que, en un sentido amplio, se incluye el sancionador—, se encuadran en una potestad que “como inherente a una función pública, no es susceptible de transacción”. Y un poco más adelante, ante las alegaciones efectuadas por el Ayuntamiento de que el convenio lo era “sin perjuicio de las sanciones a que hubiese lugar por las eventuales infracciones cometidas”, añade que “si bien el Ayuntamiento al aprobar el convenio no ha renunciado formalmente al ejercicio de sus potestades disciplinarias en la práctica no las ha ejercitado”, por lo que se mantiene la orden de incoar o continuar dichos procedimientos.

Sin perjuicio del interés de esta sentencia en cuanto a la proclamación del carácter debido del ejercicio de la potestad sancionadora y de la imposibilidad de transacción en este ámbito, deben advertirse las dificultades reales que tendrá la ejecución de este fallo, no sólo por una más que posible actitud pasiva por parte del Ayuntamiento afectado sino también porque lo más probable es que, al menos en lo relativo a las responsabilidades sancionadoras, las infracciones presuntamente cometidas hayan prescrito.

### 5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD, RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

#### A) Nulidad de los reglamentos que se exceden del marco legal: por ampliación del tipo

— Las SSTS de 15 y 19 de enero de 2009, Sección Quinta, cuestión de ilegalidad 1/2008 y 6/2007, estiman las cuestiones de ilegalidad elevadas por un TSJ en relación con un precepto introducido por el Real Decreto 1123/2001 que daba nueva redacción a un artículo del Reglamento de la Ley de Seguridad Privada. La Ley de 1992 ya tipificaba como infracción “la utilización en el ejercicio de funciones de seguridad de personas que carezcan de cualesquiera de los requisitos necesarios”. De acuerdo con ello, el Reglamento de 1994, en su redacción originaria, consideraba infracción “la utilización en el ejercicio de funciones de seguridad de personas que carezcan de la nacionalidad, cualificación, acreditación o titulación exigidas, o de cualquier otro de los requisitos necesarios”. Pero con la modificación se introdujo la utilización de personas que “no superen los correspondientes cursos de actualización y especialización con la periodicidad establecida”. Las SSTS reconocen que cabe en general que los reglamentos concreten los tipos de infracciones descritos en las Leyes, que en este caso había una habilitación legal al reglamento y que la Ley ya contenía un deber de las empresas de formación y actualización de su personal. Pero, aun así, anula el añadido introducido porque amplía la infracción y eso sólo lo podía hacer una Ley. La primera de las dos sentencias hace, además, una aclaración sobre la irrelevancia a estos efectos de que se esté ante relaciones de sujeción especial.

— También estima una cuestión de ilegalidad la STS de 20 de enero de 2009, Sección Quinta, cuestión de ilegalidad 8/2005. En este caso se parte de que la Ley de Industria tipifica “la fabricación, importación, venta, transporte, instalación o utilización de productos, aparatos o elementos sujetos a seguridad industrial sin cumplir las normas reglamentarias, cuando comporte peligro o daño grave para personas, flora, fauna, cosas o el medio ambiente”. Pero el RD

1254/1999 sobre riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas, al definir en su artículo 2.2º su ámbito de aplicación, dice que “a los efectos del presente Real Decreto, se entenderá por presencia de sustancias peligrosas su presencia real o prevista en el establecimiento...”. La STS entiende que al añadir el supuesto de la presencia “prevista” amplía el tipo legal y vulnera la reserva de Ley:

“Sancionar a una empresa por su objeto social unido a las dimensiones del establecimiento, sin necesidad de la existencia de algún otro dato que demuestre la fabricación, importación, venta, transporte, instalación o utilización de productos sujetos a seguridad industrial, infringe los artículos 25 CE (principio de legalidad) y 9.3 de la misma (seguridad jurídica).”

Probablemente, el precepto reglamentario, que no definía ni concretaba ningún tipo sino que delimitaba el ámbito de aplicación de un reglamento que no es esencialmente sancionador sino preventivo, admitía interpretaciones distintas que lo dejaban al margen del Derecho Administrativo sancionador y, por tanto, del artículo 25 CE. Pero, sea como fuere, la sentencia estima la cuestión y anula esa referencia a la presencia “prevista”.

**B) La Administración debe respetar el marco sancionador establecido por la Ley para el tipo de infracción de que se trate, aunque ello suponga que la comisión de la infracción sea más beneficiosa que el cumplimiento de la norma infringida**

Se sanciona a don Imanol con multa de 19.232 euros por instalar un chiringuito de temporada en una playa de Sitges sin autorización. El pliego de cargos propuso para la infracción imputada –del artículo 91.2.b) de la Ley de Costas– la sanción prevista en el artículo 97.1.b) de la Ley de Costas y en el artículo 183 de su reglamento, esto es, la mitad del valor de las obras o instalaciones realizadas, que se estimó en 1.800 euros. Sin embargo, en la propuesta de resolución y en la propia resolución sancionadora se impone “sin invocar precepto ni factor de cálculo alguno”, una multa de 19.232 euros. En la resolución del recurso de alzada, la Dirección General de Costas fundamenta el importe de la multa en los 160 días de ocupación de la playa no autorizada a razón de 20 euros diarios, teniendo en cuenta el beneficio presunto recogido en el informe que había confeccionado la Demarcación de Costas. El sancionado alega la improcedencia de la cuantía de la multa impuesta, a lo que la STSJ de Cataluña 908/2008, de 10 de octubre, Sección Quinta, responde que

“debe acoger los argumentos invocados (...), ya que su importe no se justificó en la resolución sancionadora, mientras que en la decisión del recurso de alzada se basan en preceptos que, o bien se corresponden con infracciones leves y no graves como la aquí examinada, o tienen en cuenta métodos relativos a conceptos distintos a la sanción, como la restitución del beneficio ilícito, sin que ninguna de las resoluciones impusiere al infractor, además de la multa, dicha consecuencia accesoria (...). Teniendo en cuenta que la sanción aparejada legal y reglamentariamente a la infracción grave tipificada en el artículo 91.2.b) de la Ley de Costas es la establecida en el artículo 97.1.b) de la misma Ley (y 183 de su Reglamento), la multa que la Administración debió imponer (...) era de 900 euros”.

La Sala reduce a ese importe la multa.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### C) Las cláusulas genéricas de tipificación vulneran el principio de tipicidad

Vodafone España interpone recurso contencioso-administrativo contra la Ordenanza del Ayuntamiento de Tabernas (Almería) por la que se regulan las instalaciones de radiocomunicación de telefonía móvil y demás antenas. En lo que ahora interesa, solicita la anulación del capítulo relativo a las infracciones, por considerarlo contrario al principio de legalidad. En el mencionado capítulo se establece que “el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ordenanza constituirá infracción administrativa de carácter urbanístico”. Con acierto, la STSJ de Andalucía (Granada) 416/2008, de 31 de marzo, considera que tal previsión vulnera el principio de tipicidad pues “no puede sostenerse que con tal carácter genérico cualquier incumplimiento de la Ordenanza constituya por sí una infracción administrativa, sino que el principio de tipicidad (no ya el de legalidad) exige que se definan con precisión y claridad las conductas constitutivas de infracción, lo cual no se logra con una reseña tan genérica como la efectuada”.

### D) Norma sancionadora en blanco: la necesidad de una norma complementaria

Al recurrente se le sancionó por la infracción consistente en la inexactitud en el cumplimiento de las normas de régimen interior. En concreto, se afirmó que infringió una norma de régimen interior al permanecer en una discoteca desde las 2.00 a las 4.30 horas de la madrugada, cuando ese mismo día tenía nombrado servicio de 6.00 a 14.00 horas. La STS de 17 de noviembre de 2008, Sala de lo Militar (recurso de casación 49/2008), tras reiterar la jurisprudencia sobre la admisión de las normas sancionadoras en blanco, añade que el principio de legalidad “requiere la existencia de una norma complementaria que describa un supuesto de hecho determinado y fije la conducta típica de forma clara y precisa, de manera que el sujeto destinatario del precepto disciplinario pueda tener suficiente conocimiento de lo que se le obliga a hacer u omitir”. Al respecto, la Administración sancionadora cita una Instrucción del General Jefe de la Zona de Cataluña, que no se aporta, donde “se ordena que los mandos vigilarán que el personal a sus órdenes cumplimente el horario de descanso previo al servicio, exigiendo las responsabilidades que resulten sancionables”. No obstante, la Sala anula la sanción pues considera que no hay en esta cita “otra obligación que la de respetar el descanso en tiempo anterior al servicio, pero sin fijar la conducta a seguir o prohibir determinados comportamientos o actividades que el sancionado pudiera conocer y evitar, de manera que lo obligado o lo prohibido quedara suficientemente precisado”.

## 6. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

### A) Se predica también de los criterios que se fijan para determinar la sanción

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) impuso sanción a “Telefónica de España, SAU” y a una de sus filiales, “Telefónica Telecomunicaciones Públicas, SAU”, por infracción consistente en incumplir unas resoluciones previas de la CMT en las que adoptaba medidas cautelares consistentes en que paralizaran el servicio de venta de sus productos a locutorios de otras compañías (Astel, Uni2, BT Ingite España, SA, y Multiservicios La Estación). A Telefónica se la sancionó con multa de dos millones de euros y a su filial con multa de

800.000 euros. Alega la filial en casación la aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable, a lo que la **STS de 25 de febrero de 2009**, Sección Tercera (recurso de casación 232/2006), responde:

“hemos de acceder a la pretensión de que la nueva Ley 32/2003 sea aplicada de modo retroactivo en cuanto a uno de los factores determinantes de la multa impuesta, esto es, el porcentaje de los ingresos de la sociedad sancionada (...). La novedad legislativa introducida por la Ley 32/2003 en su artículo 56.1.a) contrasta con el artículo 82.1.a) de la Ley 11/1998 en cuanto al cómputo de los ingresos brutos de la entidad infractora, sobre cuya cuantía se aplica el porcentaje máximo del 1% para fijar el importe de la sanción. Dichos ingresos brutos anuales son ahora los obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada, cantidad que podrá diferir en menos de la prevista en la Ley 11/1998 (...) (que) no distingue entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad”.

Y, añade, “el hecho de que tal aplicación retroactiva no fuese instada por la actora en la instancia supone que dicha parte la introduce por vez primera en casación, como cuestión nueva”, por lo que se estima el recurso de casación con retroacción de las actuaciones con el fin de que la CMT dicte una nueva resolución aplicando el artículo 56.1.a) de la nueva Ley 32/2003.

### **B) No se extiende al plazo de caducidad del procedimiento**

La **STS de 18 de noviembre de 2008** (recurso de casación 1744/2006), aclara que esa aplicación retroactiva no juega para las reglas sobre procedimiento, como es la de su duración máxima. En el caso, una reforma legislativa había reducido sustancialmente el plazo de duración del procedimiento y, por ende, anticipado el de caducidad:

“no puede ser considerada como norma sancionadora susceptible de aplicarse con efecto retroactivo. Se trata de una norma de procedimiento que tiene virtualidad a partir del momento de su entrada en vigor, con proyección sólo de futuro, al no afectar para nada a la calificación de la infracción o de la sanción que le corresponde, campos en los que opera el principio de retroactividad de la ley favorable, sin que pueda extenderse más allá de este ámbito el indicado principio conforme a la doctrina del TC (STC de 23 de octubre de 2006 y las que en ella se citan)”.

### **C) Momento en el que puede aplicarse: límites a su aplicación en fase jurisdiccional**

“La Ley más favorable es aplicable mientras la resolución sancionadora sea susceptible de ser reformada, lo que se produce no sólo cuando está abierta la vía administrativa sino también cuando, como es el caso, agotada ésta el sancionado solicita la intervención de los Tribunales” (**STS de 17 de julio de 2008**, Sala de lo Militar, recurso de casación contencioso-disciplinario 5/2008).

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

Sin embargo, esta jurisprudencia es objeto de alguna limitación. Así, la **STS de 23 de diciembre de 2009**, Sección Tercera (recurso de casación 3075/2006), que cita en su apoyo la de 12 de mayo de 2003, sostiene que

“la fase de casación no es la vía adecuada para declarar esa retroactividad destipificadora que se reclama, salvo que se tratara de una inequívoca supresión del ilícito. Esa retroactividad, mientras no exista firmeza de la resolución sancionadora, donde debe instarse es en vía administrativa para que, a través del correspondiente procedimiento contradictorio, se examine y se resuelva la procedencia o no de ese efecto destipificador”.

### 7. ANTIJURIDICIDAD

#### A) Pérdida sobrevenida de la antijuridicidad de una conducta: límites al juego de la presunción de validez de los actos administrativos en el Derecho Administrativo Sancionador

La Consejería de Educación y Ordenación Universitaria estableció, en marzo de 2003, el concierto educativo para el Colegio “María Auxiliadora” de Orense en 13 unidades de educación primaria. Ese mismo año, en visita de inspección realizada en noviembre, se comprueba que había 14 unidades en funcionamiento y se le sanciona por ese hecho. Posteriormente, una Sentencia del TS de 2008 anuló la Orden que redujo a 13 unidades las 14 que tenía concertadas el mencionado centro educativo. Por tanto, puesto que la conducta había dejado de ser típica por esa circunstancia sobrevenida, la **STS de 14 de noviembre de 2008**, Sección Cuarta (recurso de casación 79/2006), anula la sanción impuesta.

### 8. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES. CULPABILIDAD

#### A) Su exclusión por una situación normativa confusa que origina un error de prohibición

El Consejo General de la Abogacía aprobó el Código Deontológico en el que prohibía el pacto de cuota litis en sentido estricto, esto es, aquél en cuya virtud el abogado no percibirá retribución alguna si se pierde el pleito. El Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) declaró que tal acuerdo era constitutivo de infracción y, en consecuencia, impuso una sanción al Consejo General y le ordenó modificar dicho acuerdo y publicar la resolución. Todo ello fue anulado por la Audiencia Nacional.

Interpuesta casación, la **STS de 4 de noviembre de 2008**, Sección Primera (recurso de casación 5837/2005), la estima parcialmente. De un lado, declara, con profusa aunque discutible argumentación que no nos corresponde analizar aquí, que efectivamente el acuerdo colegial prohibiendo el pacto de cuota litis en sentido estricto es contrario a la legislación española de defensa de la competencia, de modo que procede confirmar la resolución del TDC sobre este extremo, así como sobre el deber del Consejo de modificar el Código Deontológico y publicar la resolución. De otro, en cambio, anula la sanción impuesta por falta de culpabilidad del Consejo:

“en determinadas ocasiones una situación de confusión respecto a si una actuación es o no contraria a derecho puede ocasionar la ausencia del elemento subjetivo de la culpabilidad que exima de la sanción al sujeto. Pues bien,

es preciso reconocer que hay elementos que llevan a la conclusión de que en el momento en que el (...) (Consejo General) aprobó el Código Deontológico y pese a la naturaleza jurídica especializada de la Institución, ésta bien pudo ser llevada a la equivocada idea de que la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto no resultaba conforme a Derecho”.

Entre tales razones cabe mencionar, según la sentencia: a) la común prohibición del pacto de *cuota litis* en sentido estricto en “nuestro entorno jurídico”, recogida, incluso, en el Código Deontológico Europeo de 1998; b) la falta de tradición en la aplicación de la libertad de competencia a las profesiones liberales; c) la postura de la jurisprudencia de aceptar la prohibición del pacto de *cuota litis* en sentido estricto hasta tiempos recientes; d) la norma deontológica, aunque contraria a la legislación española, no era necesariamente vulneradora del Derecho comunitario de la competencia.

### **B) La interpretación razonable, aunque errónea, de la norma excluye la culpabilidad**

La STS de 6 de noviembre de 2008, Sección Segunda (recurso de casación 5018/2006), aplica una vez más la exención de responsabilidad sancionadora por falta de culpabilidad al haber realizado el sujeto una interpretación razonable de las normas aplicables. En el caso, las normas eran claras, pero debían aplicarse a un contrato de gran complejidad de modo que sí había dudas razonables sobre la naturaleza fiscal de algunos de los gastos a que daba lugar. Precisa, además, el TS que esta regla sobre falta de culpabilidad no se agota en el supuesto de que “el obligado haya actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma”. La regla que ahora recoge expresamente en el artículo 179.2.d) LGT exime de responsabilidad “cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias” y luego añade que ello “entre otros supuestos” se entenderá producido en el caso de “la interpretación razonable de la norma”, lo que, por tanto, “no agota todas las hipótesis posibles de ausencia de culpabilidad”. De ello, sigue la sentencia, “se infiere que la circunstancia de que la norma incumplida sea clara o que la interpretación mantenida de la misma no se entienda razonable, no permite imponer automáticamente una sanción tributaria porque es posible que, no obstante, el contribuyente haya actuado diligentemente”.

### **C) Actuación administrativa que no es susceptible de fundamentar una confianza legítima excluyente de la culpabilidad**

Se sanciona a tres compañías navieras por ponerse de acuerdo para fijar los precios de los billetes en la travesía Algeciras-Ceuta-Algeciras. Una de ellas (Trasmediterránea, SA) alega que se ha conculcado el principio de confianza legítima, dado que la Administración ha mostrado su máximo interés por la existencia de un procedimiento de intercambiabilidad de los billetes adquiridos para realizar ese trayecto. Esa actitud de la Administración habría llevado, según la recurrente, al convencimiento de que un sistema de precios equivalentes “gozaba de la protección legal y jurídica de una iniciativa de la Administración”. Sin embargo, el motivo debe ser desestimado, según la STS de 3 de febrero de 2009, Sección Tercera (recurso de casación 3978/2006), pues la recurrente confunde la intercambiabilidad de billetes con la coincidencia de precios:

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

“Ni ambos hechos son equiparables ni la coincidencia o evolución paralela de los precios es una consecuencia ineluctable de la intercambiabilidad de billetes. De esta manera, el que la Administración haya buscado el acuerdo de las navieras sobre intercambiabilidad de billetes en el período anterior a la sanción, (...), o que con posterioridad a la misma haya autorizado dicha intercambiabilidad asumiendo posibles consecuencias restrictivas para la competencia o que, finalmente, se hayan dictado resoluciones administrativas imponiendo dicha intercambiabilidad durante los períodos de operación paso del estrecho, no invalidan la ilegitimidad de una concertación de precios entre las navieras, que es lo exclusivamente sancionado en el caso (...). En consecuencia, no puede esgrimirse la citada conducta de la Administración favorable a la intercambiabilidad de billetes como justificante de una ilegítima concertación de precios.”

### 9. SUJETOS RESPONSABLES

#### A) Sólo hay responsabilidad solidaria o subsidiaria de los administradores de personas jurídicas cuando lo establece una Ley

Una Confederación Hidrográfica condenó a don Armando por realizar obras sin autorización del organismo de cuenca (aunque sí contaba con licencia municipal) a multa y restablecimiento de la realidad física. El sancionado alegó que la obra la realizó una sociedad limitada de la que era administrador y que, aunque fue él quien solicitó la autorización denegada, lo hizo actuando en representación de la sociedad, como se hacía constar en la solicitud. Además, era la sociedad quien había obtenido la licencia municipal. Pese a todo, la Administración se dirigió siempre únicamente contra él y el TSJ salvó la sanción por entender que la responsabilidad de las personas jurídicas es “sin perjuicio de que, al mismo tiempo, se establezca las responsabilidades solidarias o subsidiarias de las personas físicas por ser administradores o en cuanto adoptaron los acuerdos sociales que hicieron posible la infracción”. Como era de esperar, la **STS de 31 de diciembre de 2008**, Sección Quinta (recurso de casación 7788/2004), anula la sanción con la siguiente argumentación:

– “desde el momento en que el recurrente pone en conocimiento de la Administración sancionadora que las obras son realizadas por la entidad de la que el recurrente es administrador, la misma (...) debió proceder a dirigir tal procedimiento sancionador contra la persona jurídica, o bien, de persistir en su inicial decisión, aportar al expediente dato o prueba (...) en la que sustentar la autoría del recurrente”.

– No siempre que procede sancionar a personas jurídicas cabe imponer o derivar la responsabilidad “a las personas físicas (...) administradores societarios, pues tal derivación de la responsabilidad –bien de forma solidaria, bien de forma subsidiaria– tan sólo resulta posible, como con claridad señala el artículo 130.3, párrafo segundo, ‘cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores’”.

#### B) Responsables cuando la infracción deriva del planeamiento urbanístico aprobado

La Confederación Hidrográfica declaró que una Junta de Compensación había cometido una infracción administrativa por hacer desaparecer un arroyo y sus afluentes. La Junta de

Compensación alegó que era una simple ejecutora del planeamiento y proyecto de urbanización aprobados por la Administración (Comunidad Autónoma, Ayuntamiento y Gerencia de Urbanismo) que preveían la canalización y le vinculaban y, que, en consecuencia: a) debían ser llamadas al procedimiento las otras Administraciones; b) debía ser absuelta la Junta de Compensación por falta de culpabilidad.

La **STS de 17 de diciembre de 2008**, Sección Quinta (recurso de casación 8120/2004), empieza por explicar que la aprobación de esos instrumentos urbanísticos necesitaban previo informe de la Confederación; que fueron las Administraciones que los aprobaron las responsables de la falta de tal informe; que la Junta de Compensación era mera ejecutora de los planes, y que las Juntas de Compensación están sometidas al control de las Administraciones territoriales. Todo esto le lleva concluir que el procedimiento “no debió seguirse en exclusividad con la Junta de Compensación, ya que la autonomía de la misma en la actuación que nos ocupa no podemos alcanzar a percibirla”. La sentencia no llega, sin embargo, a pronunciarse sobre la falta de culpabilidad de la Junta de Compensación. Pero parece que si llegara a probarse realmente que fue mera ejecutora de unos instrumentos urbanísticos que estaba obligada a respetar, la sentencia entendería que no procedía ni sancionarla ni imponerle el coste del restablecimiento de la legalidad.

### **C) Puede ser responsable la Administración pública o los miembros de un órgano colegiado, pero no el órgano colegiado mismo**

La Comisión de Gobierno de un Ayuntamiento acordó por unanimidad otorgar una licencia que la Administración autonómica consideró contraria a la legalidad. Por eso impuso a la Comisión de Gobierno una multa y la obligación de restaurar la legalidad urbanística para lo que debería seguir la vía del artículo 103 de la Ley 30/1992. Para el TSJ, que confirmó el acto, el que se sancionara a la Comisión de Gobierno es “un mero error irrelevante” y que, en realidad, son sus miembros los “responsables a título personal e individual”. Pero la **STS de 25 de noviembre de 2008**, Sección Quinta (recurso de casación 5958/2004), casa la sentencia y anula el acto:

“La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento no es una persona jurídica sino un órgano de éste, de manera que (...) el procedimiento administrativo debería haberse dirigido frente a las personas físicas integrantes de la Comisión de Gobierno o frente al propio Ayuntamiento, lo que obstinada e incompresiblemente no se hizo, sin que pueda lícitamente entenderse que, en contra de lo claramente sucedido, el procedimiento se ha dirigido frente al Ayuntamiento recurrente (...)”.

## **10. CONCURSO DE INFRACCIONES. CONCURSO DE NORMAS PUNITIVAS: NON BIS IN IDEM**

### **A) Pluralidad de infracciones administrativas y penales por unos mismos hechos**

Los hechos se refieren al accidente laboral sufrido por un trabajador que realizaba trabajos de montaje de un aerogenerador, causándole graves lesiones y secuelas. El accidente se produjo al caer desde una considerable altura por desprenderse de la estructura del aerogenerador la

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

escalera por la que subía y carecer de un sistema anticaída adecuado, pues no le había sido proporcionado por la empresa. Por esos hechos, la técnico de prevención de riesgos laborales y el encargado de obra fueron, cada uno, condenados penalmente como autores de un delito contra la seguridad de los trabajadores y de una falta de lesiones imprudentes, ya que eran concedores de que el sistema anticaídas facilitado a los trabajadores era inoperante y, a pesar de ello, no paralizaron los trabajos en altura. Igualmente, la empresa “Made Tecnologías Renovables, SA” fue sancionada administrativamente por “la existencia de un fallo estructural en la escalera de acceso a la parte superior del tramo, dado que dicho elemento se encontraba deficientemente sujeto a la estructura de la torre”; y, finalmente, la empresa “Nervión Montajes y Mantenimiento, SL” fue sancionada por la no adopción de las apropiadas medidas de seguridad de protección individual para sus trabajadores, estableciéndose, en este supuesto, la responsabilidad solidaria de la empresa “Made Tecnologías Renovables”. Esta última sanción es la que se impugna y la STSJ de Castilla y León (Burgos) 360/2008, de 4 de julio, afirma que, pese a corresponder al mismo accidente laboral y del mismo trabajador, los hechos son distintos.

### **B) Tras una sentencia penal absolutoria pueden sancionarse los mismos hechos siempre que se respete la declaración fáctica de aquélla**

El dueño de la entidad mercantil “Promociones Joricar, SL” fue absuelto de un delito contra la Hacienda Pública tras un proceso penal en el que no llegó a establecerse un relato de hechos probados. Posteriormente, por los mismos hechos, la Administración tributaria le impone una sanción a su empresa que es recurrida por considerar que vulnera el *non bis in idem*. Al respecto, la STS de 22 de septiembre de 2008, Sección Séptima (recurso de casación 394/2006), afirma:

“La absolución penal no impide (...) una ulterior sanción administrativa por los mismos hechos. (...) en este caso, no se llegó a establecer un relato de hechos probados lo que significa que ninguna vinculación tenía la Administración tributaria al respecto (...).

El invocado principio en ningún caso implica la prohibición de que, en casos como éste, prosiga el procedimiento administrativo sancionador una vez concluido el penal (...).

Observa el Tribunal Constitucional que ‘la mera coexistencia (sucesiva) de procedimientos sancionadores –administrativo y penal– que no ocasiona una doble sanción no ha adquirido relevancia constitucional en el marco de este derecho (...)’.

Solamente habrá *bis in idem* cuando se produzca una duplicidad de sanciones y medie entre ellas la triple identidad de sujeto, hechos y fundamento. O, cuando, dándose la identidad de sujeto y fundamento (*sic*), se castigue administrativamente una conducta que una decisión judicial penal firme, a la vista de las pruebas presentadas, no haya dado por probada (*sic*). Por tanto, si el fallo es absolutorio, puede reabrirse el expediente sancionador respetando siempre los hechos probados en el proceso penal”.

Esto es lo que ocurre en el caso enjuiciado. Se desestima la casación.

### **C) Diligencia exigible a la Administración con relación al seguimiento del proceso penal que motivó la suspensión del procedimiento sancionador**

La STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2008 (recurso 705/2008), afirma que lo “legalmente exigible a la Administración” queda satisfecho cuando comunica al juzgado de instrucción los

hechos con el acuerdo de suspensión y en el mismo escrito solicita que se le informe en su día de la sentencia o resolución judicial que ponga fin al procedimiento penal. Pero, además, en el caso de autos, a mayor abundamiento, la Administración, pasado un tiempo, requirió información al Juzgado sin que conste que éste diera respuesta a lo solicitado.

## 11. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### A) Las limitaciones que sufre el derecho fundamental a no autoincriminarse de quien declara en su condición de policía local y en ejercicio de sus funciones

Dos policías del Ayuntamiento de Sevilla fueron sancionados por realizar afirmaciones falsas en una información reservada que se inició a raíz de una denuncia presentada por un ciudadano contra ellos por abuso de autoridad, intimidación, amenazas e imposición arbitraria de dos multas de tráfico. En la información reservada, los dos policías comparecieron ante el instructor y, tras negar los hechos y dar su propia versión de lo ocurrido, añadieron *motu proprio* que, en cuanto dispusieran de éstos, aportarían los recursos que el ciudadano interpuso contra las multas que le habían impuesto para probar que en ellos el denunciante hizo un relato de los hechos totalmente distinto al que posteriormente incluyó en su denuncia. Después de comprobar la falsedad de estas declaraciones, pues la versión de los hechos incluida en ambos escritos era idéntica, el instructor de la información reservada manifestó que la falsedad gratuita e innecesaria en la que habían incurrido no debía quedar impune. Por ello, la autoridad competente acabó sancionando a cada uno con pérdida de dos días de remuneración y suspensión de funciones durante igual período por la comisión de una falta de atentado leve a la dignidad de los funcionarios o de la Administración.

Los dos policías alegan en amparo que la sanción se les ha impuesto en virtud de unas declaraciones realizadas en el ejercicio de su derecho fundamental a no declarar contra sí mismos, por lo que la resolución administrativa ha lesionado ese derecho fundamental. Sobre tal alegación, la STC 142/2009, de 15 de junio, Sala Primera (recurso de amparo), considera que

“hemos reconocido que el derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa, rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, *sin perjuicio de las modulaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes ente el orden penal y el administrativo sancionador*”.

Una vez expuesta esta doctrina constitucional, que es la tradicional en la materia, la sentencia la aplica al caso concreto y extrae las siguientes conclusiones. Con relación a la garantía según la cual del ejercicio de un derecho fundamental no puede derivarse ninguna consecuencia negativa para su titular, que es lo que se ha producido según los recurrentes y el Ministerio Fiscal, la sentencia matiza que

“no puede concluirse –como hacen los recurrentes– que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables (...) consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos, como se llega a sostener en la demanda, que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifes-

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

taciones vertidas (...) o la (...) estrategia defensiva. Ello no es así ni siquiera en el proceso penal. Pues aunque (...) la futilidad del relato alternativo no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, (...), la versión de descargo puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad. Nuestra doctrina, por tanto, desvirtúa el argumento expuesto en la demanda según el cual ninguna consecuencia negativa puede derivarse de la falsedad de las afirmaciones de los recurrentes por haber sido emitidas en el ejercicio de su derecho a no confesarse culpables”.

A partir de ahí, explica la sentencia, hay que tener en cuenta las circunstancias concretas del presente caso, sobre todo, dos datos. El primer dato, que sólo es citado de pasada por la sentencia y, sin embargo, es en el que se basa el voto particular que se formula a ésta, se refiere a que “no nos encontramos ante el imputado en un proceso penal (ni en un procedimiento administrativo sancionador, añade el voto particular), sino ante una comparecencia en una información reservada, lo que impide la traslación mecánica y acrítica de las garantías y conceptos propios del orden penal”.

Y, el segundo dato esencial, que es en el que la sentencia fundamenta su decisión, consiste en “el carácter de agentes de la policía local de los recurrentes, que comparecen en (...) (la) información reservada en su calidad de tales (...) a raíz de una actuación en el ejercicio de sus funciones (...). No puede obviarse que, en cuanto miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad (...), se encuentran en una posición jurídica que difiere de la del resto de los ciudadanos, de la que derivan deberes especiales para con la Administración y con los administrados”. Y continúa:

“la existencia de dicha relación administrativa especial no priva a los afectados de sus derechos fundamentales, (...) pero sí puede modular el ejercicio de los mismos, permitiendo limitaciones que son constitucionalmente admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la (...) función derivada de aquella situación especial. Así, nuestra jurisprudencia ha afirmado que la Constitución permite, entre otras, la modulación del derecho a la legalidad sancionadora (...) o del derecho a la libertad de expresión consagrado (...) cuando de miembros de las fuerzas armadas y de las fuerzas y cuerpos de seguridad se trata (...). También los derechos fundamentales invocados (...) encuentran limitaciones derivadas de su condición de policías locales y (...) las mismas determinan que quede fuera del ámbito de cobertura de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismos (...) la realización de unas manifestaciones en un expediente de información reservada que no sólo se demostraron abiertamente falsas, sino que implican la imputación al ciudadano de la presentación de una denuncia falsa contra los agentes (...).

A la luz de todo lo expuesto, cabe concluir que la conducta por la que los recurrentes fueron sancionados no constituye un acto de ejercicio legítimo del derecho fundamental a no declarar contra sí mismos (...), sino una clara extralimitación de tal ejercicio, teniendo en cuenta las modulaciones impuestas al mismo en función de los especiales deberes que los recurrentes tenían ante la Administración y ante los ciudadanos, en su condición de policías locales”.

Se deniega el amparo solicitado. El voto particular discrepa de la fundamentación jurídica de la sentencia, no del sentido desestimatorio del fallo, por cuanto que “presupone la aplicabilidad de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (artículo 24.2 CE) en el curso de las actuaciones informativas o preliminares incoadas por la Administración, pese a su indiscutido carácter no sancionador, lo que, a mi entender, lleva a desnaturalizar el ámbito de aplicación de los referidos derechos constitucionales”.

### **B) Interesados necesarios del procedimiento sancionador**

– De la STS de 17 de diciembre de 2008, Sección Quinta (recurso de casación 8120/2004), se deduce que, cuando la realización material de una infracción sea imputable a una Junta de Compensación en ejecución de instrumentos urbanísticos aprobados por la Administración territorial, también ésta debe ser considerada interesada necesaria en el procedimiento. Y ello, hay que entender, porque también pudiera ser responsable de la infracción.

– De la STS de 31 de diciembre de 2008, Sección Quinta (recurso de casación 7788/2004), se desprende que si una persona física contra la que se sigue un procedimiento sancionador alega que sólo actuó como administrador de una persona jurídica y que es ésta la que cometió la infracción, la Administración debe seguir el procedimiento sancionador contra la persona jurídica o “aportar al expediente dato o prueba (...) en la que sustentar la autoría” de la persona física.

### **C) Legitimación del denunciante**

La STS de 16 de diciembre de 2008, Sección Sexta (recurso de casación 6339/2004), reitera la doctrina ya consolidada sobre el casuismo con que hay que decidir sobre la legitimación del denunciante para recurrir los acuerdos administrativos sobre archivo de sus denuncias. Y con esa base, la niega en este caso, como en la inmensa mayoría. Se trataba de una supuesta infracción contra la legislación de protección de datos y el único interés de la sentencia, si acaso, es el de negar la legitimación de los supuestos perjudicados pese a su propósito de pedir indemnización por los daños causados por la infracción.

## **12. EN ESPECIAL, PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

### **A) Derecho fundamental a la prueba**

– A un recluso de la banda terrorista ETA se le imponen cuatro sanciones de siete días de aislamiento en celda, cada una, por cuatro infracciones muy graves consistentes en “instigar o participar en motines, plantes o desórdenes colectivos”. En concreto, porque durante los meses de agosto a noviembre de 2003 se negó, en concierto con otros presos terroristas, a salir al patio durante las horas asignadas a tal efecto. Alega que se le han denegado indebidamente las pruebas que propuso en el procedimiento disciplinario y que, con ello, la resolución disciplinaria ha lesionado su derecho fundamental a la prueba. La STC 156/2009, de 29 de junio, Sala Primera (recurso de amparo), recuerda la doctrina constitucional sobre este derecho fundamental:

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

“la denegación de la prueba que se solicitaba sólo puede hacerse de manera fundamentada, esto es, explicando razonablemente el porqué de su rechazo, y (...) el derecho a la prueba resultará vulnerado siempre que la prueba sea propuesta en tiempo y forma, sean pertinentes y relevantes los medios probatorios, y decisivos para la defensa del recluso, en el sentido de potencialmente trascendentes para el sentido de la resolución. Ahora bien, recae sobre el recurrente en amparo la carga de acreditar, tanto la relación entre los hechos que se quisieron, y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas (STC 185/2007)”.

En el supuesto, explica la sentencia, el instructor del expediente disciplinario denegó la solicitud de la identificación del funcionario que elaboró el parte “por estimarla innecesaria para la evaluación de los hechos a que se refiere el expediente y para preservar la seguridad de los funcionarios y del Centro, (...), por su condición (del recurrente) de miembro (de) una banda armada”. En segundo lugar, la grabación del sistema de vídeo-vigilancia fue denegada “en atención a que su aportación no desvirtuaría la resolución final del expediente ya que los hechos fueron dados a conocer por el funcionario que suscribió el parte y ratificados posteriormente por el Jefe de Servicios, cuyas manifestaciones gozan de presunción de veracidad”. Por último, también estimó improcedente tanto el careo con el funcionario que emitió el parte infractor como las declaraciones de los funcionarios que prestaban servicio en su módulo “puesto que el parte de incidencias era suficientemente claro, sin que existiera motivo para dudar de la imparcialidad del funcionario que lo formuló”.

Aunque pueda pensarse que alguna de esas pruebas sí que era pertinente, sin embargo, fue rechazada en vía disciplinaria y, además, con una motivación irracional. Así, el visionado del vídeo, con independencia de que tuviese o no una potencial relevancia exculpatoria, era procedente y útil para verificar la realidad o no de los hechos constitutivos de la infracción. Sin embargo, la sentencia declara que

“el recurrente no ha cumplido la carga de argumentar de modo convincente en su demanda de amparo que la resolución final del asunto pudiera haberle sido favorable de haberse admitido y practicado las pruebas en cuestión, ni tal conclusión se desprende del examen de las actuaciones. Al contrario, al versar la disputa *sobre cuestiones de naturaleza jurídica*, las pruebas propuestas no resultaban relevantes ni pertinentes para la resolución del expediente. En efecto, hemos de considerar que la discrepancia del demandante no afecta a la realidad de los hechos imputados –la negativa a salir al patio general del módulo durante las horas asignadas a tal efecto– sino a la justificación de su comportamiento (...). Así pues, partiendo de que el objeto propio de toda actividad probatoria lo constituyen los datos fácticos que integran el contenido de las alegaciones, es preciso concluir que la denegación, (...), no vulneró el derecho de éste a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa”.

Con relación a estos argumentos que da la sentencia, parece que no es acertado que mantenga que si las pruebas propuestas pretenden acreditar “cuestiones de naturaleza jurídica” y no “la realidad de los hechos imputados” no son relevantes ni pertinentes. Y ello porque si, según la sentencia, lo que el recurrente pretendía con las pruebas que solicitó (entre otras, el visionado del vídeo) era acreditar “la justificación de su comportamiento”, con ello estaba alegando una circunstancia excluyente de la antijuridicidad o culpabilidad de su conducta, y

probar eso sí era procedente y necesario, y, si se quiere, hasta decisivo en términos de defensa para el recurrente.

– Se sanciona al titular de una expendedoría de tabacos con veinte días de suspensión de la concesión por suministrar tabaco a establecimientos que no tenía adscritos. Alega que se ha vulnerado su derecho a la prueba pues se denegó tanto en vía administrativa como judicial una testifical que propuso. En concreto, solicitó que el propietario de un bar declarase para “aportar luz a lo que se cuestiona” “y no tener que acudir en apoyo de otras presunciones”, pues, entre otras cosas, era él, y no el sancionado, quien acudía al estanco a hacer el pedido y recoger la mercancía. Sin embargo, la **STC 181/2009, de 23 de julio**, Sección Primera (recurso de amparo), que desestima el amparo, después de reiterar la doctrina constitucional existente sobre el derecho fundamental a la prueba, afirma que

“por un lado, el demandante de amparo no cumplió con su carga de acreditar la relevancia de la prueba denegada (...). Pero, además, por otro lado, (...) (se) motivó perfectamente la inadmisión de la prueba testifical al señalar la irrelevancia de la misma para la resolución del pleito dada la relación que unía al recurrente con el testigo propuesto y la gran cantidad de documentos que obraban en el expediente y en el rollo, que hacía innecesario nuevas pruebas para esclarecer los hechos”.

### **B) La presunción de inocencia exige que la Administración pruebe y motive la culpabilidad. Motivar la culpabilidad diciendo simplemente que no existen causas que puedan excluirla invierte la carga de la prueba**

Lo reitera la **STS de 6 de noviembre de 2008**, Sección Segunda (recurso de casación 5018/2006), que ya hemos comentado antes [VII.8.B)] [vid. sobre esta jurisprudencia, en el núm. 44 de la Revista, VII.9, apartados B) y C)].

### **C) Medidas provisionales y presunción de inocencia**

A dos guardias civiles, contra los que se inicia un procedimiento disciplinario por su supuesta participación en una red de mujeres extranjeras para dedicarlas a la prostitución, manteniéndolas en condiciones de detención ilegal en un club de alterne, se les impone como medida provisional el cese en sus funciones por tres meses. Alegan que, con ello, se está vulnerando su presunción de inocencia, a lo que la **STS de 20 de julio de 2007**, Sala de lo Militar (recurso 27/2007), responde que, como “tiene declarado el Tribunal Constitucional (...), la presunción de inocencia sólo puede ser menoscabada por las sanciones en sentido propio y nunca por aquellas medidas, aun cuando materialmente equivalentes, con una función cautelar”. Como explica la sentencia de instancia, “la medida cautelar y la presunción de inocencia constituyen realidades que muy difícilmente pueden tener conexión entre sí, porque la medida cautelar en ningún caso supone la anticipación de un pronunciamiento que declare la culpabilidad sino que (...) obedece a razones de disciplina”. Según la Sala, la medida provisional adoptada fue proporcionada a la gravedad de los hechos imputados pues, dados sus efectos sobre la disciplina y el servicio, exigían una acción inmediata para mantener aquélla y poner término al perjuicio que éste sufría.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### D) Prueba indiciaria

Las SSTs de 3 de febrero de 2009 (tres), Sección Tercera (recursos de casación 3978/2006, 3073/2006 y 7280/2005), enjuician la conformidad a Derecho de las multas impuestas a tres compañías navieras (multa de 600.00 euros a cada una de ellas) por infracción consistente en haber concertado los precios del servicio de transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras durante varios períodos de tiempo [artículo 1.1.a) LDC de 1989]. Alegan las sancionadas (Trasmediterránea, SA, Buque Bus España, SA, y Europa Ferrys, SA) que la multa impuesta ha lesionado su derecho a la presunción de inocencia pues la prueba indiciaria que ha utilizado el TDC para acreditar la conducta infractora es insuficiente para enervarla. Al respecto, la Sala comienza recordando que

“hay que resaltar que estas pruebas (de presunciones) tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta (...) prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos (...) para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”.

Después, y tras recordar la doctrina constitucional sobre la prueba indiciaria, declara que, en los casos enjuiciados, todos los indicios existentes son más que suficientes para considerar probada la infracción imputada. Así, de conformidad con lo que dice la sentencia de instancia, se ha declarado probado, porque constan en el expediente las tarifas vigentes en diferentes fechas, que los precios de los billetes en la línea Algeciras-Ceuta son prácticamente coincidentes entre las tres navieras, salvo pequeñas excepciones que no superan las 5 pesetas de diferencia. Esta coincidencia de precios se ha detectado en muchas subvariedades de tarifas, tales como tarifa general, de menores, militares o tropa, familia numerosa, jubilados, carné joven, grupo de turistas superior a 11 pasajeros, tercera edad, EGB, universitarios, precios para vehículos, para motos de menos o más de 250 cm<sup>3</sup>, etc. Y ello, está de acuerdo la Sala, no puede deberse, según las reglas de la lógica, sino a un acuerdo o concertación de tarifas y precios. Por otro lado, los argumentos que dan las tres navieras para justificar la coincidencia de precios no son creíbles: que el precio del combustible fuera el mismo para todas, que también fueran iguales las tarifas portuarias, razones históricas, el seguimiento del líder, la aceptación por parte de la Administración de un mecanismo de intercambiabilidad de billetes durante los períodos de verano o “de operación paso del estrecho”, ... . Ninguna de estas circunstancias justifica que sean iguales los respectivos costes fijos y variables de las navieras, pues ni lo son las composiciones de sus flotas ni las características y antigüedad de sus barcos ni sus gastos de personal y financieros, etc.

### 13. LA RESOLUCIÓN SANCIONADORA

#### **A) No motivar la imposición de una sanción de expulsión a un extranjero en lugar de la de multa ni valorar sus alegaciones sobre la existencia de arraigo familiar vulneran su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva**

Un extranjero es sancionado con la expulsión del territorio español y la prohibición de entrada durante cinco años por infracción prevista en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000,

consistente en carecer de documentación que acreditara su estancia legal en España. En el procedimiento sancionador, alegó que, conforme al principio de proporcionalidad, se le impusiera la sanción de multa y no la de expulsión, por la existencia de arraigo familiar en España. En concreto, que estaba inscrito en el Registro municipal de parejas estables del Ayuntamiento de Pamplona con una persona poseedora de su segunda tarjeta de residencia que trabajaba en labores domésticas con la que tiene cuatro hijos en común, todos ellos menores de edad y escolarizados en instituciones de enseñanza pública de Pamplona. La justicia ordinaria acabó, en segunda instancia, confirmando la sanción y argumentando que la situación de arraigo era una cuestión que no afectaba al expediente sancionador. Alega el sancionado en amparo que se han vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la defensa por no haberse motivado la imposición de la sanción de expulsión frente a la de multa ni haberse valorado sus alegaciones sobre la existencia de arraigo por considerarse que era una cuestión irrelevante. Al respecto, la **STC 140/2009, de 15 de junio**, Sala Primera (recurso de amparo), tras recordar la dimensión constitucional del deber de motivación en las resoluciones sancionadoras, precisa que

“el deber de motivación en el ámbito del ejercicio del *ius puniendi* incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la sanción a imponer (...). De este modo (...) es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión (...).

Más en concreto, por lo que se refiere al régimen sancionador en materia de extranjería y a la posibilidad (...), de que en los casos de comisión de determinadas infracciones se puede imponer, en lugar de la pena de multa, la sanción de expulsión del territorio nacional, este Tribunal ha reiterado que la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración, como son los previstos en el artículo 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, al establecer criterios para la aplicación de dicha sanción, y en el artículo 50 de esa misma norma, que remite a lo establecido en el artículo 131 de la Ley 30/1992, en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar”. Por tanto, “la negativa a valorar dichas circunstancias (de arraigo familiar) debe ser considerada una decisión arbitraria, máxime teniendo en cuenta que la situación personal alegada por el recurrente está en conexión con intereses de indudable relevancia constitucional (protección de la familia en el artículo 39.1 CE, derecho a la vida privada y familiar del artículo 8.1 del CEDH, protección de la infancia del artículo 39.4 CE), por lo que su ponderación, si así es solicitado, resulta obligada.

En efecto, baste recordar (...) que la jurisprudencia del TEDH ha reiterado que en los supuestos de expulsión, tanto cuando son consecuencia de una infracción penal como en aplicación de la normativa administrativa de extranjería, el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión (...). Tampoco cabe olvidar que (...) el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño, establece que en todas las medidas que tomen, entre otros, las autoridades administrativas en que puedan resultar concernid(o)s los niños de(be) ser de consideración primordial atender a los intereses superiores del niño”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### 14. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

#### A) La apertura de un nuevo procedimiento sancionador una vez caducado el primero, siempre que la infracción no haya prescrito, no entraña abuso de derecho

Lo declara la STS de 17 de diciembre de 2008, Sección Quinta (recurso contencioso-administrativo 133/2005).

#### B) Alcance invalidatorio de la resolución sancionadora dictada en un procedimiento caducado

La STS de 24 de septiembre de 2008, Sección Séptima (recurso de casación 4455/2004), razona que puesto que “la caducidad es un modo de extinción del procedimiento administrativo”, “si pese a haber caducado el procedimiento disciplinario, se dicta una resolución sancionadora, no es que tal acto administrativo haya sido realizado fuera del tiempo establecido para él, en los términos que dispone el artículo 63.3 de la misma Ley 30/1992, (...) sino que se ha impuesto la sanción sin que exista procedimiento previo, pues el existente había ya finalizado de otra manera. Luego la resolución sancionadora dictada después de que el procedimiento disciplinario haya caducado lo ha sido prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, siendo nula de pleno derecho”.

#### C) Duración del procedimiento iniciado tras un anterior sobreseimiento

Según la STS de 18 de noviembre de 2008 (recurso de casación 1744/2006), si el Servicio de Defensa de la Competencia acordó sobreseer el procedimiento y si contra ello se interpuso recurso ante el TDC que lo estimó de modo que el Servicio hubo de reabrirlo, en esta segunda instrucción cuenta otra vez con todo el plazo legalmente previsto. Es decir, hay que contar el plazo de instrucción desde cero: “Pues el sobreseimiento pone fin al procedimiento sancionador” y la devolución al Servicio “supone la apertura de un nuevo procedimiento que ha de terminarse en los plazos legales, vigentes en el momento de la nueva apertura (...) porque el signo de la anterior investigación seguida por el SDC no debe restringir a una nueva que requiere para su completa realización de un margen amplio de tiempo, con el fin de no verse constreñido a trámites perentorios, que incluso podrían verse reducidos al mínimo si en la primera fase hubiere agotado o casi agotado los plazos establecidos”. Conste que la legislación de defensa de la competencia ha regulado después este supuesto. Pero, aun así, hay aquí una doctrina que puede seguir siendo de interés, incluso con un ámbito de aplicación superior al de la defensa de la competencia.

### 15. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES. SUSPENSIÓN DE LAS RECURRIDAS EN VÍA JURISDICCIONAL

#### A) Suspensión no sólo de la sanción tributaria sino también del pago de la deuda, por su conexión con la responsabilidad sancionadora, en favor del responsable solidario

La Administración tributaria declara a la entidad REYXE, SA, “en su calidad de causante o colaborador en la realización de la infracción tributaria cometida por don Jesús”, como responsable solidaria de las deudas por IVA, ejercicios 97-98, más la sanción impuesta. La sancionada

pide en vía de recurso administrativo la suspensión del acto de derivación de responsabilidad pero sólo se le concede la de la multa pero no la del pago de la liquidación por IVA. Esto lo confirma la sentencia de instancia. Sin embargo, no está de acuerdo la **STS de 10 de diciembre de 2008**, Sección Segunda (recurso de casación 3941/2006), que estima el recurso y resuelve la suspensión también de la deuda por IVA por su conexión con la responsabilidad sancionadora y con base en los siguientes argumentos:

“debemos reconocer que la derivación de la cuota al responsable, con independencia del régimen aplicable a la derivación de la sanción, cumple una mera función indemnizatoria del daño producido por el comportamiento imputable al responsable, por lo que en estos casos hay que reconocer que lo que prima es la naturaleza sancionadora de la responsabilidad exigida.

En efecto, en el marco del antiguo artículo 38 (de la LGT de 1963) se producían dos consecuencias, por un lado, se trasladaba al responsable la obligación de responder por la sanción, que era lo fundamental y, por otro, se imponía al responsable la obligación de hacer frente a los daños causados por su acción antijurídica, que era la consecuencia de la infracción.

Si todo ello es así, no cabe diferenciar a efectos de suspensión, como hizo el Tribunal Central y confirma la Sala, entre sanción y cuota, ya que ambos conceptos deben seguir la misma suerte, pues si se declara que el responsable no puede ser merecedor de la sanción en estos casos la consecuencia inmediata debe ser la imposibilidad de exigir la cuota al mismo”.

## 16. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD SANCIONADORA

### A) Se concede el amparo pero se mantiene la validez de la resolución sancionadora

En un caso del que ya hemos dado cuenta [VII.12.A)], un preso de la banda terrorista ETA fue sancionado por participar en desórdenes colectivos. La **STC 156/2009, de 29 de junio**, Sala Primera (recurso de amparo), considera vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del recurrente, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial motivada y congruente con las pretensiones deducidas. En concreto, porque el auto que resolvió el recurso judicial contra las sanciones disciplinarias no se pronunció sobre algunas de las cuestiones alegadas por el sancionado. Sin embargo, en cuanto al alcance del fallo, resuelve que “result(a) improcedente la retroacción de las actuaciones como consecuencia de que la Sentencia constitucional ha(...) descartado la inconstitucionalidad del acto administrativo (sancionador)”. Según la sentencia:

“una vez que ya hemos dispensado nuestro juicio de constitucionalidad en relación con las cuestiones que nos han sido planteadas respecto de la actuación administrativa –por más que el órgano judicial hubiera incurrido en incongruencia omisiva respecto de las mismas– resultaría improcedente, por innecesario, que acordásemos la retroacción de las actuaciones, puesto que el órgano judicial no podría resolver ya de un modo distinto a como lo hemos hecho en la presente resolución, como consecuencia del valor de cosa juzgada de nuestras Sentencias (artículo 164.1 CE).

Por consiguiente, el amparo consistirá en el reconocimiento al recurrente de su derecho a la tutela judicial efectiva, la anulación de los Autos impugnados –aunque sin ordenar la

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

retroacción de las actuaciones al momento procesal anterior al de dictarse el primero de ellos— y mantener la validez de los Acuerdos administrativos sancionadores”.

### **B) La vulneración de los derechos fundamentales del inculpado en el procedimiento sancionador no puede subsanarse en sede judicial**

La STS de 17 de julio de 2008, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario) recuerda que “conforme a la actual doctrina constitucional (SSTC 175/2007, de 23 de julio y 243/2007, de 10 de diciembre), recogida ya con anterioridad en esta misma Sala, en el caso de que se hubiere producido una afectación de derecho fundamental del inculpado en la tramitación del expediente administrativo, tal vulneración no puede ser subsanada en sede judicial. Dicha doctrina constitucional se resume así: ‘no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los Tribunales Contencioso-Administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, «condenen» al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el artículo 24 CE”.

### **C) Modificación de la calificación jurídica de los hechos en sede judicial por aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable: límites**

Un militar fue sancionado disciplinariamente conforme a la Ley Orgánica 11/1991 por la infracción consistente en “haber sido condenado por sentencia firme en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejado la privación de libertad” (artículo 9.11). Posteriormente, se aprueba la Ley Disciplinaria 12/2007 que deroga a la anterior. Esta Ley tipifica el haber sido condenado por delito doloso relacionado con el servicio o cualquier otro delito que cause grave daño a la Administración, a los ciudadanos o a las entidades con personalidad jurídica (artículo 7.13). La STS de 16 de julio de 2008, Sala de lo Militar (recurso contencioso-disciplinario 74/2007), estima que el régimen de esta segunda ley es más favorable por lo que acuerda su aplicación retroactiva. Sin embargo, una vez dicho esto, se enfrenta a la cuestión de si es posible realizar este cambio de tipo. Al respecto, recuerda que la LAP admite realizar una diferente valoración jurídica de los mismos hechos, pero con límites:

“Primero, un límite formal, el de informar de tal modificación cuando entrañe una agravación. Segundo, un límite material, según el cual sólo es posible el cambio de calificación jurídica entre infracciones homogéneas (...) En virtud de esta limitación, no puede modificarse la infracción imputada por otra que lesione un bien jurídico distinto ni siquiera informando al inculpado.

Este principio que proviene del proceso penal se aplica al procedimiento sancionador. Así lo afirma la doctrina y así lo hemos declarado entre otras sentencias en la de 3 de noviembre de 2003. En esta última sentencia (...) dijimos que ‘la estricta correlación jurídica’ se refiere a los hechos y no tanto a la calificación jurídica, por cuanto manteniéndose

inalterables los hechos objeto de cargo, puede utilizarse otro título de condena con dos límites, uno de ellos, es la imposibilidad de apreciar en la resolución una calificación jurídica distinta de la realizada si no existe homogeneidad en los bienes jurídicos protegidos y, el segundo, la necesidad de comunicarse el cambio de calificación tratándose de infracciones homogéneas. Ahora bien, la homogeneidad tiene que ser más intensa para que proceda el cambio de tipo sin ni siquiera dar audiencia. En Derecho Procesal Penal se ha construido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional, la llamada ‘doctrina de la pena justificada’, que permite al juez o Tribunal modificar de oficio el delito propuesto por otro distinto de la misma o menor gravedad, siempre que se mantenga la identidad esencial del hecho punible.”

Con esta base, la Sala procede a analizar si la antigua falta muy grave del artículo 9.11 y la nueva del artículo 7.13 son o no homogéneas y si es necesario dar audiencia al expedientado en caso de apreciar esa homogeneidad.

Con respecto a lo primero, la Sala sostiene que “sendas faltas están en la misma línea suponiendo sólo modalidades distintas de proteger el mismo bien jurídico, sólo que para la apreciación de la falta del artículo 7.13 se exige un plus: que el delito doloso esté relacionado con el servicio o, en caso de cualquier otro delito, que éste cause un grave daño a la Administración, a los ciudadanos o a las entidades con personalidad jurídica”. Apreciada esta homogeneidad, “el tema clave a resolver es si una sanción por la falta del artículo 7.13 puede dar lugar a indefensión al no haber hecho el expedientado alegaciones sobre si su conducta causó o no grave daño al servicio, a la Administración o a los ciudadanos”. A juicio de la Sala, en el supuesto de autos, tal gravedad aflora nítidamente de la declaración de hechos probados de la sentencia penal: el guardia civil sancionado encañonó con su pistola reglamentaria que estaba cargada a un compañero, al que le dijo que si llamaba por teléfono a alguien le pegaba un tiro, todo ello después de amenazar y agredir a varios guardias civiles de servicio. Por tanto, no se aprecia indefensión alguna y se procede al cambio de calificación jurídica.

Sobre esta cuestión abunda la **STS de 17 de julio de 2008**, Sala de lo Militar (recurso de casación contencioso-disciplinario 5/2008), que precisa que “son delitos o faltas homogéneos aquellos que constituyen modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad disciplinaria, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el objeto de la sanción, no hay en la condena ningún elemento del que el acusado no haya podido defenderse (ATC 244/1995), en el entendimiento (...) de que ambos elementos no comprenden sólo el bien jurídico protegido por la norma, sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen”. Es esto último lo que no concurre en el caso de autos, pues uno de los tipos era de resultado material (retraso, negligencia o inexactitud en el cumplimiento de una orden), mientras que el otro era un ilícito de simple actividad positiva (manifestaciones de tibieza o disgusto en relación con las órdenes del mando).

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR  
ANTONIO M<sup>a</sup>. BUENO ARMIJO  
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO  
MANUEL REBOLLO PUIG

**VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Objeto de la expropiación.** A) Expropiación parcial e indemnización por demérito en la parte no expropiada. Cálculo del demérito e improcedencia del premio de afección. B) La ocupación temporal no es un concepto referible al valor intrínseco del bien ocupado, sino que, en consonancia con su naturaleza, ha de referirse al perjuicio real creado por una ocupación de carácter menos plena y más provisoria. **3. Procedimiento expropiatorio.** A) Procedencia de retrotraer el expediente a la fase de necesidad de ocupación para incluir en la valoración rendimientos que no fueron tenidos en cuenta por la Administración expropiante. **4. Determinación y pago del justiprecio.** A) Cómputo de las expectativas urbanísticas en suelo no urbanizable en aplicación de la Ley del Suelo 6/1998. B) Valoración de aprovechamientos “meramente potenciales” de la Sección A) de la Ley de Minas. C) Consignación de justiprecio litigioso por el beneficiario de la expropiación. Interpretación del artículo 50 de la LEF.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

En el período que analiza esta crónica, comprendido entre el 15 de mayo y el 15 de julio de 2009, no ha habido ningún pronunciamiento de interés de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en materia expropiatoria. Esta circunstancia nos brinda la oportunidad de prestar atención a la jurisprudencia que sobre dicha materia ha generado la Audiencia Nacional y, más abundantemente, los Tribunales Superiores de Justicia, que en ambos órganos judiciales ha sido rastreada desde principios de año hasta la fecha de cierre de esta crónica.

**2. OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN****A) Expropiación parcial e indemnización por demérito en la parte no expropiada. Cálculo del demérito e improcedencia del premio de afección**

Como en tantas otras ocasiones hemos indicado en esta misma Revista, los artículos 23 y 46 de la LEF contemplan dos garantías diferentes para los supuestos de expropiación parcial. La

primera atiende a la expropiación de parte de una finca que hace antieconómica para el propietario la conservación del resto no expropiado. La segunda se refiere a la compensación del demérito que se le ocasiona por la expropiación parcial respecto de la parte no expropiada cuya explotación, sin llegar a ser antieconómica, produce una minusvalía en su aprovechamiento. Respectivamente, el artículo 23 de la LEF se refiere al supuesto de una expropiación parcial que hace antieconómica la explotación de la parte del predio no expropiada, por lo que el propietario solicita la expropiación total de la finca, a lo que la Administración ha de responder discrecionalmente en el plazo de diez días; mientras que el artículo 46 contempla el caso de que la Administración niegue las circunstancias que prevé el artículo 23, negativa que genera que el propietario tendrá derecho a ser indemnizado por los perjuicios que deriven de esa expropiación parcial.

En relación con la expropiación parcial, el Tribunal Supremo tiene sobradamente declarado (valgan, como testimonio de ello, las SSTs de 26 de junio de 2001 –Ar. 7992–, de 4 de marzo de 2003 –Ar. 3209–, o de 14 de junio de 2005 –Ar. 5313–) que una cosa es la antieconomía de una parte sobrante y otra distinta la disminución de los beneficios por el demérito que se produce en la parte sobrante. En ello incide la **STSJ de Madrid de 15 de enero de 2009** (RJCA 286), afirmando que:

“(...) la indemnización por demérito, como consecuencia de la división o expropiación parcial de una finca, es diferente, por tener una causa distinta, de la indemnización prevista por el artículo 46 de la Ley de Expropiación Forzosa cuando, como consecuencia de la expropiación, resulta antieconómica para el propietario la conservación de la parte de finca no expropiada, a que se contrae el artículo 23 de la misma Ley, ya que, aun cuando comúnmente la división de una finca genera un demérito en la porción restante, sólo en ocasiones la conservación de la parte de finca no expropiada resulta antieconómica, supuesto este último contemplado por los citados artículos 23 y 46 de la Ley de Expropiación Forzosa y 46 de su Reglamento”.

Así pues, cuando la expropiación parcial de una finca produce un demérito en la porción restante, tal depreciación –que es consecuencia directa de la expropiación– debe ser compensada adecuadamente mediante una indemnización proporcionada al perjuicio real.

En cuanto al valor que ha de atribuirse a la indemnización por la conservación de la parte no expropiada cuya explotación, sin llegar a ser antieconómica, produce una minisvaloración, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, ante el silencio de la Ley en este punto, ha avalado la aplicación de un porcentaje cuya determinación se deja al prudente arbitrio del Tribunal de instancia. En uso de esa libertad estimativa los porcentajes aplicados pueden ser –y de hecho han sido– muy variados: el 12,25% (STS de 22 de marzo de 1993 –Ar. 1810–), el 25% (SSTS de 16 de noviembre de 1984 –Ar. 5778– y 19 de noviembre de 1997 –Ar. 8574–); el 50% (STS de 20 de abril de 1983 –Ar. 2015–); e, incluso, el 90% (STS de 12 de diciembre de 1984 –Ar. 6101–). La oscilación de estos porcentajes, ciertamente llamativa, obedece, como oportunamente señaló la STS de 15 de mayo de 2001 (Ar. 7971), a que lo verdaderamente esencial en estos casos es que se reconozca “una indemnización proporcionada al perjuicio real”, que –lógicamente– siempre estará en función de las circunstancias del caso concreto.

## VIII. Expropiación Forzosa

En todo caso, la antes citada Sentencia del TSJ de Madrid de 15 de enero de 2009 aclara que en todos estos supuestos de aplicación de un porcentaje proporcional no procede incrementar dicha cantidad con el premio de afección, pues éste sólo se abonará al expropiado sobre el valor o justiprecio de los bienes o derechos de cuya propiedad o posesión resulte privado, pero no sobre las demás indemnizaciones a que tenga derecho como consecuencia de los daños y perjuicios causados a los bienes o derechos que continúan en su patrimonio. Y ello porque

“(…) el premio de afección lo concede la Ley por la privación de los bienes que estando en poder de los expropiados dejan de pertenecer a su patrimonio y posesión en contra de su voluntad, pero no a las demás indemnizaciones que no llevan consigo esa disminución o privación de bienes concretos y determinados”.

Tal es, por lo demás, la doctrina del Tribunal Supremo, expresada, entre otras, en sus SSTS de 10 de mayo de 1993 (Ar. 6375) y 26 de marzo de 1994 (Ar. 1892).

### **B) La ocupación temporal no es un concepto referible al valor intrínseco del bien ocupado, sino que, en consonancia con su naturaleza, ha de referirse al perjuicio real creado por una ocupación de carácter menos plena y más provisoria**

La citada STSJ de Madrid de 15 de enero de 2009 realiza una afirmación interesante en relación con el modo en que han de indemnizarse las ocupaciones temporales que, aunque quizás debería ser comentada en sede de determinación del justiprecio, merece traerse a este apartado –más figurativo– del objeto expropiatorio, ya que el razonamiento y la conclusión de la Sala se sustenta en el concepto mismo de ocupación temporal como objeto posible de la potestad expropiatoria. En esencia, la sentencia viene a decir que la ocupación temporal no es un concepto indemnizable que haya de ser referido al valor intrínseco del bien ocupado, sino que, en función de su propia naturaleza, se trata de un concepto indemnizatorio ligado al perjuicio real creado por una ocupación menos plena y permanente. En palabras de la citada sentencia

“La ocupación temporal es un concepto indemnizatorio relacionado con los perjuicios y no con el valor atribuible al suelo, pues en consonancia con la genuina significación de la ocupación temporal, que no es otra que la de construir una ocupación menos plena o, más propiamente, una expropiación provisional y transitoria del bien afectado, la vigente Ley de 16 diciembre 1954 establece el límite de que nunca deberá alcanzarse el valor de aquél, por la elemental razón de que aquí no se está en presencia de una expropiación total y definitiva, sino de una privación temporal de la posesión y disfrute de un determinado bien que ha de ser reintegrado a su titular una vez cumplida la función que originariamente le fuera asignada; y es que, en otro caso, se daría la incongruencia de que una mera privación posesoria de índole temporal tendría, contra toda lógica, efectos retributivos para el dueño de superior entidad a los que origina la privación total y definitiva del dominio, que no pueden exceder del valor real –artículo 43 de la Ley– so pena de desvirtuar los principios de equivalencia y conversión de los bienes en su contenido económico a que, en términos generales, responde el instituto expropiatorio. Por otro lado, el artículo 115 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 recoge que las tasaciones, en los casos de ocupación temporal, se referirán siempre a la apreciación de los rendimientos que el propietario hubiese dejado de percibir por las rentas vencidas durante la ocupación, agregando, además, los perjuicios causados en la finca o los gastos que suponga restituirla a su primitivo

estado. Así, tiene dicho el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de diciembre de 2007 (Recurso 2911/2004) que el artículo 115 de la Ley de Expropiación forzosa preceptúa que en estos supuestos de expropiación provisional y transitoria del bien afectado ‘se referirán siempre a los rendimientos que el propietario hubiera dejado de percibir por las rentas vencidas durante la ocupación’, por lo que los perjuicios por ocupación temporal son completamente independientes y no están en relación directa con el valor que tenga el terreno expropiado sino con las rentas que podía haber percibido”.

### 3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

#### **A) Procedencia de retrotraer el expediente a la fase de necesidad de ocupación para incluir en la valoración rendimientos que no fueron tenidos en cuenta por la Administración expropiante**

La STSJ de Galicia de 4 de marzo de 2009 (RJCA 348), resuelve el recurso contencioso-administrativo deducido por el titular de unos terrenos expropiados contra la Administración autonómica expropiante. La cuestión principal debatida en el caso, sobre la que más tarde volveremos, se refiere a la valoración de unos aprovechamientos mineros de la Sección A) de la Ley de Minas que es pretendida por el expropiado. El procedimiento seguido para la referida expropiación fue el de tasación conjunta, y lo que se plantea es la posibilidad de impugnar separadamente la relación de bienes a expropiar o de subsanarla, en el seno de dicho procedimiento, sin necesidad de esperar al acuerdo de justiprecio del Jurado expropiatorio. La Sala responde afirmativamente esta cuestión, argumentando que, aunque

“no es discutible que la parte expropiada podría retrasar el reconocimiento de su derecho preferente a explotar los recursos minerales sobre su finca al recurrir el acuerdo del Jurado, como también lo es que la labor del Jurado es esencialmente tasadora, quedando extramuros de su función la de completar o integrar los bienes que han sido expropiados. Pero lo cierto es que ha sido la habilidad de la representación de la parte expropiada la que ha determinado el objeto del proceso y el que ha planteado si en la relación de bienes y derechos debe figurar la existencia de recursos minerales pertenecientes a la Sección a). No creemos que el expropiado le pueda ser negado su derecho a obtener que la relación de bienes y derechos afectados recoja la descripción exacta de los bienes que se le expropián, que en el caso presente se ha traducido en reconocer que la finca de la que es titular dispone de recursos minerales, cuando dicha descripción va a tener consecuencias a efectos de justiprecio.

(...) la eliminación del aprovechamiento potencial de recursos minerales pertenecientes a la Sección A) que como titular del terreno expropiado le corresponde al propietario no puede ser considerado como una simple expectativa que no pueda ser discutida y por tanto traída a debate con carácter previo a la resolución que dicte el Jurado con ocasión de lograr su integración en la relación de bienes y derechos afectados o si se prefiere de su exacta descripción. Repetimos que tratándose de un aprovechamiento potencial de los recursos de la Sección a), procede la indemnización por su pérdida ya que el derecho a explotar esa clase de yacimiento minero corresponde al dueño de la finca expropiada. No

## VIII. Expropiación Forzosa

nos podemos olvidar que la declaración de necesidad de ocupación singulariza a los afectados precisando la medida en que la expropiación les va a interesar siendo el momento en el que quedan concretados los bienes y derechos que han de ser sacrificados al fin de la expropiación, como tampoco, que esta fase inicial del procedimiento expropiatorio se erige como una ‘adecuada garantía de la propiedad’. Para que el acuerdo de necesidad de ocupación (al que debemos equiparar la relación de bienes y derechos afectados...) pueda cumplir esa función de garantía es menester que en el mismo se describan detalladamente los bienes y derechos afectados por la expropiación y se identifique a los afectados, como se apunta desde el artículo 20 de la LEF. En este punto es exigible al acuerdo de necesidad de ocupación la misma concreción y detalle que el artículo 17.1 de la Ley de Expropiación Forzosa impone a la relación que está obligado a formular el beneficiario de la expropiación (‘una relación concreta e individualizada, en la que se describan, en todos los aspectos, material y jurídico, los bienes o derechos que considere de necesaria expropiación’). La relación de bienes y derechos afectados regulada en el artículo 143 debe buscar individualizar los bienes y derechos afectados por la expropiación lo que no solamente alcanza a identificar a sus respectivos propietarios y titulares, sino la descripción física de las fincas, como lo es el que existan recursos minerales y si bien ello no alcanza a la descripción jurídica nada impide que a su socaire se puedan pretender declaraciones complementarias a aquella”.

Por todo ello, concluye la sentencia que no resulta necesaria la iniciación de un nuevo expediente de expropiación cuando se ha producido la omisión de algunos bienes o derechos en la relación concreta o individualizada a que se refiere el artículo 17 de la LEF, advertida por la Administración, resultando posible subsanar tal defecto, con la adopción del correspondiente acuerdo, otorgándose a los titulares los plazos establecidos en el artículo 18 de la LEF a los fines previstos en los artículos 19 y 20 de la misma.

La aplicación de esta doctrina se traduce en que han de retrotraerse las actuaciones, pero sólo a fin de incluir el derecho expropiado del que se ha visto privado el actor, esto es, la eliminación del aprovechamiento potencial de los recursos mineros de la Sección A) de acuerdo con las reglas que –como veremos– fija esta sentencia.

### 4. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

#### A) Cómputo de las expectativas urbanísticas en suelo no urbanizable en aplicación de la Ley del Suelo 6/1998

La cuestión nuclear que resuelve la STSJ de Madrid de 15 de enero de 2009, de la que antes nos ocupábamos, es la valoración expropiatoria de las expectativas urbanísticas que pudieran ser atribuibles a unos terrenos clasificados como no urbanizables por el planeamiento urbanístico aplicable. Es sabido, tal y como hemos comentado en otros números de esta Revista (así lo hicimos por última vez en el núm. 40), que la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen de Suelo y Valoraciones, reabrió el problema del cómputo de las expectativas urbanísticas del suelo no urbanizable. Por un lado, porque su Exposición de Motivos dejaba claro el objetivo de lograr “el valor real que el mercado asigna a cada tipo de suelo, renunciando así formalmente a toda clase de fórmulas artificiosas que, con mayor o menor fundamento aparente,

contradicen esa realidad y constituyen una fuente interminable de conflictos, proyectando una sombra de injusticia que resta credibilidad a la Administración y contribuye a deslegitimar su actuación. (...) de forma que, a partir de ahora, no habrá ya sino un solo valor, el valor que el bien tenga realmente en el mercado del suelo, único valor que puede reclamar para sí el calificativo de justo que exige inexcusablemente toda operación expropiatoria”. Y, por otro lado, porque su artículo 26 prevé que el valor del suelo no urbanizable se determine por el método de comparación a partir de valores de fincas análogas sin hacer mención –como sí hacía el TRLS de 1992– de la imposibilidad de tener en cuenta las expectativas urbanísticas. De este modo, la Ley 6/1998 restablecía el criterio del TRLS de 1976 que tenía en cuenta las expectativas urbanísticas de los terrenos que tuviesen “vocación urbana” derivada de su proximidad al suelo urbano, refiriéndolo a todo tipo de expropiaciones –urbanísticas o no–, de modo que si lo que se pretende con el método de comparación es hallar el valor real de mercado, habría que incluir, como un elemento más de ese valor real, las expectativas urbanísticas que el terreno tuviese. Otra cosa será lo que haya de ocurrir en el futuro tras la nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, que abandona el método de comparación por el de la capitalización de rentas del suelo rústico, objetivizando el cómputo de las expectativas urbanísticas que, de existir, todo lo más permitirán duplicar el resultado de la capitalización (artículo 22 y Disposición Adicional Séptima).

En relación al caso resuelto por la citada STSJ, la Sala señala la necesidad de acreditar la realidad de las expectativas urbanísticas,

“(...) pudiendo constituir un índice de tales expectativas, una edificación progresiva de la zona o el hallarse a escasos kilómetros de un núcleo urbano, con una razonable previsibilidad de que en un tiempo significativo en términos económicos, el terreno vaya a ser incorporado al proceso urbanizador (...)”

En cuanto al cómputo, el criterio acogido por la Sala es el de incrementar el valor unitario fijado en un porcentaje determinado, en función de parámetros que sean reales y resulten probados en función de las diversas circunstancias del terreno, como la proximidad a suelo urbano y los servicios e infraestructuras existentes. Como explica la propia Sala,

“Su comprobación corresponde a la apreciación probatoria que realice la Sala de instancia en el uso de su facultad exclusiva de apreciación de la prueba. Pero estas expectativas no pueden derivar exclusivamente de la obra que motiva la expropiación, puesto que el artículo 36 de la Ley de Expropiación forzosa dispone que ‘las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro’.

Sin embargo, en este caso, a partir de los planos obrantes en las actuaciones se aprecia que la finca expropiada se encuentra muy próxima al municipio de Valdemoro (aproximadamente a unos 2 kilómetros) y al de San Martín de la Vega; a la Autovía de Andalucía y a un polígono industrial; por tanto, en una zona de gran desarrollo industrial y próxima a vías de comunicación. Todas estas circunstancias permiten apreciar la existencia de evidentes expectativas urbanísticas. A ello se debe unir el dato de la notoriedad de la escasez de suelo

## VIII. Expropiación Forzosa

en la Comunidad de Madrid. Todos estos elementos deben tener el efecto de incrementar el valor a otorgar, estimándose más adecuado y razonable, en orden a obtener el valor real, el sistema empleado en otras ocasiones tanto por esta Sección con ocasión del mismo proyecto, por la Sección 4ª de este Tribunal y por el propio Jurado de Expropiación Forzosa cual es el de hallar el valor medio entre el del suelo no urbanizable y el urbanizable, obtenido este último por el sistema objetivo de valoración ante la falta de acreditación por el demandante, por su falta de cita concreta, de los testigos y muestras de las fuentes de obtención del valor en venta para alcanzar el valor final por el método residual”.

### **B) Valoración de aprovechamientos “meramente potenciales” de la Sección A) de la Ley de Minas**

Al igual que sucedió en el último número de esta Revista, de nuevo comentamos un caso de valoración de recursos mineros de la Sección A) de la Ley de Minas que, como aquél, trae su origen en una actuación expropiatoria llevada a cabo por la Administración autonómica gallega, que es el problema jurídico de fondo del que se ocupa la ya parcialmente comentada STSJ de Galicia de 4 de marzo de 2009.

El artículo 3 de la Ley 22/1973, de 2 de julio, de Minas, clasifica los yacimientos minerales en cuatro secciones, disponiendo que pertenecen a la Sección A) “los de escaso valor económico y comercialización geográficamente restringida, así como aquellos cuyo aprovechamiento único sea el de obtener fragmentos de tamaño y forma apropiados para su utilización directa en obras de infraestructura, construcción y otros usos que no exigen más operaciones que las de arranque, quebranto y calibrado”. Aun cuando el artículo 2 de la Ley de Minas declara el carácter demanial de todos los yacimientos y recursos geológicos existentes, su artículo 16 establece que los de la Sección A) cuando se encuentren en terrenos de propiedad privada, corresponderán al dueño de los terrenos, que habrá de obtener una autorización de explotación y presentar anualmente un plan de labores para su aprobación por la Administración minera. Por lo que en caso de expropiación del terreno, o del propio yacimiento, corresponderá una indemnización expropiatoria al titular de éste, y ello con independencia de que el recurso minero se encuentre o no en explotación.

En efecto, el reconocimiento de recursos mineros pertenecientes a la Sección A) que no se encontraban en explotación cuando se produce la actuación expropiatoria, existe una consolidada línea jurisprudencial que afirma estamos ante un derecho, y no una mera expectativa, del que no puede ser privado el propietario expropiado si no es en el caso y con los requisitos del artículo 20 y concordantes de la Ley de Minas. Esta línea jurisprudencial, expresada, por ejemplo, en las SSTs de 19 de junio de 2007 (Ar. 5259), 4 de diciembre de 2007 (Ar. 1730) o de 24 de febrero de 2009 (Ar. 1249), reconoce al propietario del terreno expropiado para una explotación minera el derecho a ser indemnizado 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.

La sentencia que aquí se comenta admite, en aplicación de la citada doctrina jurisprudencial, la indemnización de las explotaciones de recursos mineros consumadas y de las “meramente potenciales” de la Sección A). Y ponderando las singulares circunstancias de incertidumbre valorativa que concurren en el caso,

“(…) en el que ninguno de los terrenos expropiados contaba en sus inmediaciones con una explotación de recursos mineros de la Sección A) activa o en ciernes de ser iniciada, como tampoco que los recursos de la Sección A) se caracterizan por ser localmente dependientes de la actividad económica (constructivo o de otro tipo) de la zona a la que sirven, y que aquí no nos ha sido mostrada. Como también echamos de menos un estudio económico financiero que nos permita vislumbrar que las explotaciones de recursos mineros de cuyo aprovechamiento se ha privado a la parte demandante revele que las mismas eran al menos viables (...). Debemos concluir que nos hallamos en presencia no de una privación de un derecho en su integridad o propiedad plena sino de la eliminación de un potencial aprovechamiento, cuya existencia se ha probado sólo desde un punto de vista exclusivamente técnico y no económico, pero suficiente desde los parámetros establecidos en su día por el Decreto 1747/1975, de 17 de junio, tras la modificación operada por el RD 4019/1982, de 15 de diciembre, por el que se fijan criterios de valoración para configurar la Sección A) de la Ley de Minas”.

Para calcular ese aprovechamiento, la Sala precisa que es improcedente sumar el valor del derecho a la explotación con el valor del suelo en su estado urbanístico, pues el valor real resultaría distorsionado si se acumulan ambos valores, ya que la explotación simultánea en el tiempo de los aprovechamientos mineros y la que corresponde al suelo urbanizable es incompatible y de ahí que, en supuestos de aprovechamiento incompatible como el que ahora nos ocupa, haya de barajarse a la baja el margen que permite el referido porcentaje entre el 10% y el 30% de los beneficios netos de la explotación de los recursos, según las circunstancias del caso (entre las que destaca en el supuesto que nos ocupa la limitada extensión individual de las fincas expropiadas o el escaso valor económico de algunos de los materiales susceptibles de aprovechamiento), como integrante del justiprecio junto al valor del suelo en su estado natural, que deberá sumarse a la cantidad ya reconocida como valor del suelo. Así, a la hora de determinar el contenido y la configuración objetiva del derecho que —como antes vimos— no fue incluido en el expediente de tasación conjunta, la Sala estima que

“(…) no existe razón o argumento que sostenga que su delimitación deba venir determinada por términos como ‘cubicación’ o ‘potencia’ que no encuentran precisión en el informe pericial, sino que su contenido se ha de ver matizado por los beneficios que podía ofrecer su aprovechamiento potencial antes de impuestos, y que en aras de garantizar al máximo el derecho a la tutela judicial efectiva del actor y a fin de no dejar imprejuizada ninguna cuestión que pudiera dificultar la tasación del mismo, entendemos que se ha de determinar con arreglo a las siguientes pautas:

- La expresada hasta nuestros días en la STS de 20 de octubre de 1999 (Ar. 9252) en que estableció el criterio de valoración en supuestos en que los yacimientos de la Sección A) no se encuentran en explotación, señalando que en estos casos ‘ha de tomarse en consideración que no estamos ante una explotación minera efectiva, ni respecto de la cual se hubiera iniciado trámite alguno que permita inducir la voluntad de llevar a cabo tal explotación. Del mismo modo, al igual que ocurría en el supuesto a que se refiere la Sentencia de 12 de febrero de 1985 (Ar. 567), razones todas ellas que aconsejan estimar como razonable la valoración del derecho a la explotación en un 10% del asignado

## VIII. Expropiación Forzosa

pericialmente al beneficio industrial resultante antes de impuestos derivado de una explotación efectiva y total del yacimiento en cuestión’.

- El TS ha valorado en diversas ocasiones, por todas la STS de 8 de junio de 2004, que la indemnización, en atención a las circunstancias de ausencia de explotación y dificultades adicionales derivadas de la escasa superficie para las instalaciones no debe exceder del 10%, doctrina que entendemos que resulta de todo punto aquí aplicable en todos aquellos casos en que la finca o fincas pertenecientes a un mismo actor y que sean colindantes al objeto de forma una explotación única no exceda de 8.000 m<sup>2</sup>, debiendo elevarse al 15% si individualmente o conjuntamente con otras fincas de las que sea propietario el mismo expropiado y resulten colindantes entre sí excede de dicha extensión.
- De igual modo y con base tanto en el informe pericial practicado como en la jurisprudencia que hemos mostrado no puede aplicarse un mismo porcentaje cuando la finca dispone de granitos que cuando dispone de los otros dos recursos mineros antes citados que existen en la zona expropiada. En efecto, la existencia de granito supone que en todo caso y con independencia de la extensión de la finca, la eliminación de su aprovechamiento potencial deba cifrarse en un 15% del beneficio industrial antes de impuestos y que se debe elevar al 20% en caso de que individualmente una finca o varias pertenecientes a un mismo propietario y colindantes entre sí excedan de 8.000 metros cuadrados”.

### **C) Consignación de justiprecio litigioso por el beneficiario de la expropiación. Interpretación del artículo 50 de la LEF**

La SAN de 9 de abril de 2009 (recurso 123/2008), resuelve el recurso formulado por la beneficiaria de la expropiación de unos terrenos destinados a la construcción de la Autopista de peaje Madrid-Navalcarnero que se opone a la obligación de consignar el justiprecio acordada por la Administración expropiante al estimar el recurso administrativo interpuesto por el expropiado.

La controversia se centra en la interpretación que halla que dársele al artículo 50 de la LEF, según el cual, “1. Cuando el propietario rehusare recibir el precio o cuando existiere cualquier litigio o cuestión entre el interesado y la Administración, se consignará el justiprecio por la cantidad que sea objeto de discordia, en la Caja General de Depósitos, a disposición de la autoridad o Tribunal competente. 2. El expropiado tendrá derecho a que se le entregue, aunque exista litigio o recurso pendiente, la indemnización hasta el límite en que exista conformidad entre aquél y la Administración, quedando en todo caso subordinada dicha entrega provisional al resultado del litigio”. Junto al que hay que tener en cuenta el artículo 51 del REF, cuyo apartado 1º dispone que “se consignará la cantidad a que asciende el justo precio en los casos siguientes: a) Cuando no concurra al acto del pago el propietario o el titular interesado, por sí o por persona que acredite fehacientemente su representación, o cuando rehusaren recibir el precio; b) Si fueren varios los interesados y no se pusieren de acuerdo sobre la cantidad que a cada uno corresponde, o existiere cualquier cuestión o litigio entre ellos, o entre ellos y la Administración; c) Cuando comparezca el Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley; d) Cuando comparezcan personas que no puedan enajenar sin permiso o resolución de la autoridad judicial, a que se refiere el artículo 6 de la Ley; e) Cuando, tratándose de bienes inmuebles, los titulares de cargas o derechos reales inscritos en el Registro de

la Propiedad no comparecieren al acto del pago; f) En los demás casos previstos por las leyes”. A lo que el apdo. 2º añade que “será objeto de consignación la cantidad a que ascienda el justo precio o la parte del mismo objeto de discordia, según los casos, más la cantidad que proceda por el interés legal liquidado, conforme a los artículos 56 y 57 de la Ley”; precisando su apdo. 4º que “cuando exista litigio pendiente con la Administración, el interesado tendrá derecho a que se le entregue la indemnización hasta el límite en que exista conformidad, quedando en todo caso subordinada dicha entrega provisional al resultado del litigio”.

Según la Administración expropiante, a tenor de estos preceptos no existe una obligación de pago por parte de la beneficiaria de la parte de justiprecio objeto de discordia ni de los intereses de demora, pero sí existe un deber de consignación en aplicación del artículo 50.1 de la LEF. Tal interpretación es apoyada por la Administración en la STS de 5 de marzo de 1983, según la cual:

“Que la cuestión planteada en este recurso de apelación es, como ya lo fue en primera instancia, si la empresa recurrente, (...) tiene que consignar en la Caja General de Depósitos la diferencia entre la cantidad que señaló en su hoja de aprecio como valor de unas fincas sujetas a expropiación en su beneficio, en el término municipal (...), y el justiprecio señalado por el Jurado Provincial de Guipúzcoa, aunque éste haya sido impugnado jurisdiccionalmente por la apelante y el expropiado, cuestión resuelta afirmativamente en la vía administrativa y en la primera instancia de la jurisdiccional, teniendo que mantenerse este criterio en contra del de la parte recurrente, pues, a tenor del artículo 50.1 de la LEF, cuando existiera cualquier litigio o cuestión entre el interesado y la Administración, ha de efectuarse tal consignación, asumiendo en este caso la concesionaria (...) el papel de la Administración, (...) no pudiéndose aceptar la tesis defendida por la empresa mencionada, y rechazada en la sentencia recurrida, sobre la imposibilidad de consignar el justo precio por no hallarse éste fijado definitivamente como consecuencia de hallarse pendiente de revisión por los Tribunales”.

En vista de ello, la Administración expropiante concluye que en el caso de que el expropiado, beneficiario o la propia Administración expropiante recurran en sede jurisdiccional el acuerdo del Jurado deben distinguirse, respecto a la parte de justiprecio objeto de discordia, dos supuestos diferentes aunque íntimamente ligados: la obligación de pago y la obligación de consignación. Mientras que el pago de las cantidades en discordia es potestativo para la concesionaria, la consignación es obligatoria para ella en virtud de lo dispuesto en los artículos 50 de la LEF y 51 de su Reglamento. Por lo que se refiere a los intereses de demora en el pago del justiprecio, y en aplicación del artículo 51.2 del REF, la entidad beneficiaria deviene obligada a consignar en la Caja General de Depósitos los intereses legales correspondientes, cuya liquidación se realizará en el momento de la determinación definitiva de los correspondientes justiprecios en vía jurisdiccional.

La Audiencia Nacional confirma estos razonamientos apoyándose en la STS de 17 de noviembre de 1984, en la que se dice que

“(...) la consideración cierta de que el recurso jurisdiccional promovido para determinar cuál sea la cantidad resultante y que en definitiva se ha de venir obligado a satisfacer a la beneficiaria sea litigio o cuestión a que hace referencia el artículo 50 y que condiciona el

## VIII. Expropiación Forzosa

pago del precio, y por tanto de la obligación de efectuar la consignación del mismo en la cantidad que es objeto de discordia, sin perjuicio de “la percepción por el expropiado de la cantidad en que exista conformidad durante el debate del litigio o cuestión planteada. Este criterio es el también sostenido en las sentencias de 5 de marzo (la invocada, con acierto, por la Administración) y 17 de noviembre de 1983, en las que se afirma que el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Jurado no puede producir, por sí solo, efectos suspensivos”.

Asimismo cita la STS de 31 de enero de 1994 que en la misma línea señala que

“(…) resulta indiscutible la existencia de un litigio o causa pendiente entre la Administración expropiante y los expropiados, por cuanto se encuentran en tramitación los recursos contenciosos, acumulados, promovidos (...) contra el acuerdo del Jurado definidor del justo precio y siendo ello así devenía obligada, para la Administración (...) la consignación en la totalidad del justiprecio fijado, pues la discordia o cuestión alcanza al importe íntegro del mismo, habida cuenta que la Administración cifra en (...) el valor de (...), y adviértase, de un lado, que la consignación, cuando no se ha hecho efectivo el justo precio, se erige en requisito previo para la ocupación de la finca por vía administrativa o hacer ejercicio del derecho expropiado, siempre que no se hubiera hecho ya en virtud del procedimiento de urgencia (...) y, de otro, que el justo precio que proceda consignar, es el definido por el Jurado de Expropiación, háyase o no interpuesto contra el acuerdo adoptado a tal efecto recurso (...), pues como norma general el legislador cuando contempla las valoraciones de expropiante y expropiado suele hablar de hoja de aprecio, tasación y valoración, mientras que reserva el concepto de justo precio para el supuesto que el expropiante acepte la valoración de los propietarios o para el fijado por el Jurado”.

En cuanto a los intereses, con cita de la STS de 31 de enero de 1994, concluye que la

“(…) consignación debe extenderse también a los intereses legales correspondientes porque en el artículo 52 del Reglamento de Expropiación Forzosa, que desarrolla y complementa lo establecido en el 50 de la Ley, se especifica y concreta que será objeto de consignación la cantidad a que ascienda el justo precio (...) más la cantidad que proceda por el interés legal liquidado, conforme a los artículos 56 y 57 de la Ley”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO



**IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Causalidad, objetividad y antijuridicidad.** A) Alcance de la obligación de recabar el consentimiento informado y consecuencias de su incumplimiento cuando se consigue la sanación del paciente. B) Indemnizabilidad de los perjuicios derivados de medidas cautelares de suspensión de actividades previas al ejercicio de potestad sancionadora: distinción de supuestos. **3. Acción y procedimiento.** A) Límites de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando la demanda se dirige contra particulares y la Administración en fraude procesal. B) Legitimación pasiva: responsabilidad solidaria de la Administración municipal y autonómica por la aprobación de unas normas subsidiarias contrarias a la normativa urbanística. **4. Responsabilidad del poder judicial. Prisión preventiva: doctrina general.**

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Contiene la presente crónica varios pronunciamientos judiciales de interés, más que por su novedad en sí, porque vienen a reafirmar y precisar doctrinas mantenidas en anteriores asuntos. Una primera prueba de lo dicho la constituye la STS de 10 de febrero de 2009, por cuanto perfila las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento del consentimiento informado, no tradicional necesariamente en un derecho a indemnización. Son también de especial interés un par de sentencias sobre los efectos indemnizatorios que puede general la adopción de medidas cautelares previas a la resolución principal de los asuntos, siendo particularmente relevante, la consideración que hace la STS de 16 de febrero de 2009 sobre la teoría del margen de tolerancia de que goza la Administración cuando yerra al resolver. Por último, es muy destacable la STS de 24 de febrero de 2009, tanto por la nitidez de su solución sobre cuestión ciertamente enrevesada como por su interés didáctico, dada la historicación que hace del problema de la jurisdicción competente cuando junto a la Administración concurren otros corresponsables del daño, públicos y privados, incluidas sus respectivas aseguradoras. El fallo de la sentencia, aunque aparentemente podría inducir a pensar en su apartamiento de

la consabida tendencia legal y jurisprudencial en concentrar en la jurisdicción contencioso-administrativa todo recurso en que la Administración aparezca involucrada, no hace más que confirmar la regla pues si en este caso declara la incompetencia de la jurisdicción contenciosa es precisamente porque la condición de la Administración como posible demandada había decaído y ante ello las acciones posibles contra el círculo de los restantes implicado sólo resultaba viable ante la jurisdicción civil.

## 2. CAUSALIDAD, OBJETIVIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

### A) Alcance de la obligación de recabar el consentimiento informado y consecuencias de su incumplimiento cuando se consigue la sanación del paciente

En la STS de 10 de febrero de 2009, Ar. 970, se ventila una reclamación por inexistencia de consentimiento informado. Se trata de una persona que sufre un grave accidente laboral, a raíz del cual se le amputan las falanges de los pulgares, al presentar necrosis. El paciente había autorizado las intervenciones necesarias para hacer frente a los daños sufridos, pero en la información no se mencionó en ningún momento la posibilidad de dicha amputación. Presentó entonces reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración General del Estado, alegando que no había habido consentimiento informado para la amputación de los pulgares y que, además, no se había hecho una previa prueba de anatomía patológica para comprobar que estaban necrosados.

Al igual que la sentencia de instancia, el Tribunal Supremo parte de la necesidad de consentimiento informado para este género de intervenciones quirúrgicas, suficientemente preciso y detallado, y reconoce que el consentimiento dado por el recurrente para la intervención quirúrgica era bastante vago y, sobre todo, no hacía mención alguna a las manos, de modo que la amputación de los pulgares no puede considerarse expresamente autorizada por el documento suscrito el día anterior a la intervención quirúrgica.

Ahora bien, rechaza el recurso a la vista de que la amputación de los pulgares necrosados permitió la curación del paciente.

“Este extremo es importante porque, según la jurisprudencia de esta Sala, el incumplimiento del deber legal de solicitar y obtener el consentimiento informado no da por sí solo derecho a indemnización (...) Ni que decir tiene que la conculcación del mencionado deber legal podrá dar lugar a sanciones disciplinarias; pero, si esa infracción va seguida de la curación del paciente, no hay daño en el sentido del artículo 139 LRJ-PAC y, por consiguiente, no procede otorgar indemnización alguna. En otras palabras, el simple hecho de que una actuación médica sea ilegal no implica necesariamente que ocasione una lesión antijurídica. Ciertamente, podrá ser tachada de paternalista y, en ciertas circunstancias, ser castigada; pero, si no produce un mal al paciente, no hay daño en sentido técnico-jurídico”.

Por último, añade “para disipar cualquier sombra de duda” que de la valoración de la prueba hecha por el tribunal a quo se desprende que no existía alternativa a la amputación de los pulgares necrosados.

## IX. Responsabilidad Administrativa

### B) Indemnizabilidad de los perjuicios derivados de medidas cautelares de suspensión de actividades previas al ejercicio de potestad sancionadora: distinción de supuestos

¿Debe la Administración indemnizar por los daños que se deriven de medidas cautelares de suspensión de actividades previas a la incoación de expediente sancionador? La pregunta no puede recibir una respuesta unívoca, como lo muestran los dos ejemplos que traemos a continuación a estas páginas.

– En la STS de 3 de marzo de 2009, Ar. 1162, la cuestión deriva de una medida provisional de cierre de un almacén de alimentos por no cumplir las condiciones legales sanitarias. El Director General de Salud Pública de la Comunidad de Madrid informó a los medios de comunicación, que se hicieron eco de la medida. Posteriormente se incoó un procedimiento sancionador que terminó con la imposición de multa por falta grave.

El Tribunal parte de que ha habido una violación del deber de reserva.

“Ciertamente, ese deber de reserva cede ante exigencias de mayor importancia, como puede ser alertar al público de graves riesgos alimentarios. Ahora bien, en el presente caso, ni la forma escogida para dar a conocer la información ni el contenido mismo de ésta, sesgado por juicios de valor e infundadas predicciones, son conformes a la prudencia y proporcionalidad exigibles a un alto cargo público: si la Administración estima que, en aras del principio de precaución, debe dar a conocer determinados hechos, aun cuando ello pueda resultar perjudicial para alguna persona, empresa o institución, ha de hacerlo del modo más objetivo posible e intentando limitar las consecuencias lesivas de la información. No es esto lo ocurrido en el presente caso, por lo que ha habido una actuación no ajustada a derecho, que es imputable a la Comunidad de Madrid”.

Ahora bien, no considera acreditado el nexo causal con los perjuicios alegados, derivados de la pérdida de clientela, que derivarían del propio cese, legalmente acordado, como se deduce del dato de que la difusión de la información fue dos semanas posterior al cese, por lo que la recurrente tenía el deber jurídico de soportar las consecuencias lesivas. Tampoco le es imputable a la Comunidad de Madrid el coste derivado del despido de los trabajadores de la empresa. De entrada, el despido tuvo lugar sólo una semana después de la indebida divulgación de noticias, lo que permite albergar dudas sobre la posible existencia de otros motivos para poner fin a los contratos de los trabajadores. Además, estima, si la empresa entró en crisis, no fue como consecuencia de las declaraciones del Director General de Salud Pública de la Comunidad de Madrid.

– La STS de 16 de febrero de 2009, Ar. 1238, enjuicia también una reclamación contra la Comunidad de Madrid por un cierre cautelar, en este caso de unas salas de bingo durante doce días, por irregularidades en el funcionamiento, al que también siguió un expediente sancionador con imposición de sanciones, que fueron en este caso anuladas posteriormente en vía judicial.

Parte del siguiente principio, de importancia para aclarar el tema de la responsabilidad por medidas cautelares:

“En nuestra indagación, dado que nos encontramos ante una reclamación para compensar los daños y perjuicios derivados de un cierre cautelar producido en el seno de unos procedimientos sancionadores que desembocaron en la imposición de unas sanciones

anuladas en sede jurisdiccional, debemos precisar que esas medidas precautorias, aunque separadamente recurribles (y así lo fueron en el caso debatido), carecen de existencia autónoma. Sólo tienen razón de ser si se enderezan a asegurar la efectividad de una resolución definitiva (en este caso sancionatoria), a cuyas resultas se encuentran indefectiblemente vinculadas. De este modo, revocadas las multas impuestas, las medidas cautelares pierden toda justificación, con independencia de su intrínseca legitimidad”.

A partir de ahí, aplica la teoría del margen de tolerancia, tan conocida por el fiel seguidor de estas crónicas:

“En esta tesitura, como hemos subrayado en la citada Sentencia de 14 de julio de 2008 (FJ 4º) y en la de 22 de septiembre del mismo año (casación para la unificación de doctrina 324/07, FJ 3º), para determinar si un sujeto de derecho está obligado jurídicamente a soportar el daño que le ha infligido el funcionamiento de un servicio público, uno de los elementos a tomar en consideración es la naturaleza misma de la actividad administrativa. Decíamos entonces que el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad que proscribe el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, que si actúan poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión [véase nuestra Sentencia de 5 de febrero de 1996, ya citada, FJ 3º, recordada en la de 24 de enero de 2006 (casación 536/2002, FJ 3º); en igual sentido se manifestaron las Sentencias de 13 de enero de 2000 (casación 7837/1995, FJ 2º), 12 de septiembre de 2006 (casación 2053/2002, FJ 5º), 5 de junio de 2007 (casación 9139/2003, FJ 2º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/2003, FJ 3º y 5 de febrero de 2008 (recurso directo 315/2006, FJ 3º)].

Ahora bien, no acaba aquí el catálogo de situaciones en las que, atendiendo al cariz de la actividad administrativa de la que emana el daño, puede concluirse que el particular afectado debe sobrellevarlo. También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten dentro de los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes. En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado ser-

## IX. Responsabilidad Administrativa

vicio 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 la ha atribuido la potestad que ejercita. Así lo hemos expresado en las dos sentencias referidas de 14 de julio y 22 de septiembre de 2008, dictadas en unificación de doctrina (FFJJ 4º y 3º, respectivamente)”.

El Tribunal Supremo parte de que la imposición de medidas cautelares en el seno de un procedimiento sancionador no es discrecional, sino reglada, aunque para su adopción hayan de tenerse en cuenta una serie de criterios que a fin de evitar causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados. Dichos principios no sólo operan al tiempo de optar entre el catálogo de medidas cautelares previsto por el legislador, sino que también han de inspirar la actuación administrativa que se desenvuelva para aplicar la que se elija, de modo que se ponga en marcha sin causar al destinatario más inconvenientes que los estrictamente necesarios para garantizar las finalidades a las que tendencialmente se ordena.

En el caso de autos, se optó por el precinto de todos los elementos de juego, lo que, en la práctica, supuso el cierre de las dos salas de bingo en el seno de sendos procedimientos sancionadores que, después, desembocaron en la imposición de sanciones pecuniarias, por rebajarse la inicial imputación de faltas muy graves a simplemente graves. Este desajuste, que pone de manifiesto que las cautelas decretadas eran innecesarias para salvaguardar la decisión final, constituye ya un indicio de desproporción que hace pensar en una inadecuada actuación administrativa. La falta de correspondencia entre los medios cautelares desenvueltos y el desenlace final del procedimiento no sólo se pone de manifiesto en su elección sino también en el modo en que se aplicaron, pues decretado el precinto de los instrumentos y materiales de juego en las dos salas, no resultaba imprescindible proceder a su puesta en práctica mediante la irrupción de las fuerzas policiales en los locales en plena sesión y en presencia de los clientes, pudiendo hacerse ese mismo día en otras circunstancias menos gravosas para los afectados. Por tanto, estima que las cautelas controvertidas resultaron desmedidas, tanto en su contenido como en su forma de aplicación. En consecuencia, reconoce el derecho a indemnización. Ésta no se extiende a los alegados daños en la imagen de las empresas, sino tan sólo a las pérdidas o las ganancias dejadas de percibir por el cierre cautelar.

### 3. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO

#### **A) Límites de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando la demanda se dirige contra particulares y la Administración en fraude procesal**

La STS de 24 de febrero de 2009, Ar. 1098, trae causa de un accidente de caza sufrido por una persona mientras participaba en una montería recibiendo un disparo que otro cazador efectuó contra un jabalí, alegando la responsabilidad concurrente del autor del disparo, los organizadores de la cacería y el postor, así como la Dirección General de Medio Ambiente de la Junta de Extremadura, en este último caso por inaplicación de los requisitos previstos en el artículo 4.2.b) de la Orden de 17 de junio de 1996, de la Consejería de Medio Ambiente, Urbanismo y Turismo de la Junta de Extremadura, al autorizar la montería sin la aportación del plano a que se refiere dicho precepto, sobre el número y la situación de los puestos de

caza, y por inaplicación de los requisitos previstos en el artículo 63.3 y 77 de la Ley de Caza de Extremadura, en cuanto atribuye la vigilancia del riguroso cumplimiento de lo establecido en la Ley y disposiciones que la desarrollen, a los Agentes de Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

El pronunciamiento resulta de interés por su interpretación de los límites de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Merece la pena su reproducción literal:

“En el cuarto motivo de casación se alega la inadecuada interpretación por la sala de instancia de lo previsto en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 2.e) de la Ley de la Jurisdicción, al considerar incompetente este orden jurisdiccional para resolver las acciones civiles derivadas de la culpa extracontractual contra los demás demandados en su calidad de sujetos privados, entendiendo que la Sala ha enjuiciado erróneamente la excepción del orden jurisdiccional hecha valer por uno de los codemandados, D. José Manuel, por entender prescrita la acción del actor frente a la Administración, y señalando que la Sala de conflictos de competencia en diversos autos ha declarado la competencia de este orden jurisdiccional para el conocimiento de estas reclamaciones contra la Administración en las que concurrían sujetos privados, reproduciendo la doctrina contenida en tales autos y razonando que ello es aplicable también a la concurrencia de las aseguradoras de los sujetos privados codemandados.

En nuestra sentencia de 21 de noviembre de 2007 abordamos esta cuestión del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, señalando que: ‘En la actualidad y después de la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción en su apartado d) expresa que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los ordenes jurisdiccional civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

El texto anterior de la Ley Jurisdiccional en el apartado e) preveía la competencia de este orden contencioso administrativo en relación con las cuestiones que se susciten acerca de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.

El texto de ambos preceptos respondía a las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial en su redacción anterior y en la efectuada también por la Ley Orgánica antes mencionada 19/2003. Con anterioridad a dicha Ley regía lo dispuesto en el artículo 9.4 párrafo 2º de dicha Ley Orgánica del Poder Judicial en la reforma producida por la Ley 6/1998, de 13 de julio, que atribuía a los Tribunales del orden contencioso administrativo el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados el demandante deduciría también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional.

## IX. Responsabilidad Administrativa

Los textos que se dejan más arriba mencionados supusieron una alteración esencial, introducida ya originariamente por la Ley Jurisdiccional en el año 1998, acerca del enjuiciamiento de las cuestiones referentes a responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas que, inicialmente, quedó atribuida al orden contencioso administrativo, cualquiera que fuera el ámbito de la actividad enjuiciado en el que se produjera la responsabilidad, ampliándose después este criterio al supuesto de concurrencia de sujetos privados junto con la Administración en la producción del daño, pues en tal supuesto el demandante había de deducir también frente a ellos su pretensión ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, como dispuso en la reforma efectuada por la Ley Orgánica 6/98 el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precepto que posteriormente sufrió nueva redacción para incluir asimismo como posibles demandados a los aseguradores de los responsables.

Ello supone que corresponde al orden contencioso administrativo el enjuiciamiento de las cuestiones referentes a responsabilidad de la Administración pública y que, cuando ésta se articule en concurrencia con privados o compañías aseguradoras, todos ellos han de ser igualmente demandados ante el orden contencioso administrativo, que queda ya facultado, como lo era el orden jurisdiccional civil con anterioridad a 1998, para el enjuiciamiento de la responsabilidad tanto de la Administración pública como de los particulares’.

Se añade, incluso, en dicha sentencia, con referencia a la de 26 de septiembre de 2007, que no es obstáculo para ello la circunstancia de que se excluya por los Tribunales de lo contencioso administrativo la responsabilidad de la Administración, ya que ello no imposibilita el enjuiciamiento de la responsabilidad de los particulares concurrentes con aquélla.

Por su parte esta última sentencia contempla el caso de la intervención de la aseguradora del particular codemandado y señala al efecto que: ‘De lo expuesto cabe deducir que la jurisdicción correspondiente para conocer de las pretensiones dirigidas a enjuiciar la responsabilidad de la Administración, bien cuando ésta sea la única demandada o bien cuando lo sea junto con particulares, es la jurisdicción contencioso administrativa, y que la intención del legislador es suprimir lo que en la gráfica expresión, se ha denominado peregrinaje jurisdiccional, lo que permite concluir que también ha de conocer la misma responsabilidad de compañías aseguradoras no solamente en el supuesto de que éstas lo sean de la Administración demandada, ya que no hay razón alguna que excluya la posibilidad de declarar la responsabilidad de dichas entidades cuando la misma surja de su condición de aseguradora de entidades privadas siempre que, conforme al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la competencia para conocer de los autos corresponda a esta jurisdicción’.

Todo ello responde a la voluntad del legislador de sujetar a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de la responsabilidad patrimonial exigida frente a la Administración, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, y aun cuando a la producción de daño hayan contribuido sujetos privados, evitando la atracción hacia otras jurisdicciones por el hecho de la concurrencia con sujetos privados o la división y dispersión jurisdiccional en la exigencia de responsabilidad a los distintos sujetos causantes del daño.

Sin embargo, no es este el caso que se examina en este recurso, en el que la parte recurrente, ante el resultado de las actuaciones penales, en las que no se planteó la responsabilidad civil de la Administración, limitándose a los demás codemandados, y habiendo dejado transcu-

rrir el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, haciendo inviable su ejercicio, se dirige a la Administración extemporáneamente exigiendo tal responsabilidad en concurrencia con diversos sujetos privados, de manera que a través del ejercicio de tal acción ya prescrita para la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración, se traslada al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa la exigencia de responsabilidad extracontractual de los sujetos privados en cuestión, que se constituye en único objeto viable del proceso y no en concurrencia con una posible responsabilidad patrimonial de la Administración, que es lo que se prevé en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 2.e) de la Ley de la Jurisdicción. No es el caso a que nos hemos referido antes del ejercicio adecuado y en tiempo de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en concurrencia con otros sujetos privados que, no obstante, no da lugar a la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración por no concurrir los requisitos exigidos al efecto y que no impide conocer y resolver sobre la responsabilidad extracontractual de los sujetos privados codemandados, sino que estamos ante el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial que resulta inexistente y por lo tanto no puede justificar la atracción hacia la jurisdicción contencioso administrativa del conocimiento de acciones civiles que se constituyen en único objeto del proceso. En tales circunstancias no sólo no concurren las razones y objetivos pretendidos por el legislador de unificar en la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad de la Administración en concurrencia con la de los sujetos privados que contribuyen a la producción del daño, sino que por la vía del ejercicio de acciones inviables frente a la Administración puede trasladarse fraudulentamente a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de acciones exclusivamente civiles”.

**B) Legitimación pasiva: responsabilidad solidaria de la Administración municipal y autonómica por la aprobación de unas normas subsidiarias contrarias a la normativa urbanística. Presión preventiva: doctrina general**

Aracena es un municipio situado en la sierra de Huelva y de alto valor turístico por la Gruta de las Maravillas y por el Castillo que lo preside desde lo alto. En 1991 la Junta de Andalucía declaró bien de interés cultural el conjunto histórico de Aracena. Con posterioridad, una promotora inmobiliaria presentó un proyecto de urbanización de un sector situado en la ladera del Castillo, acorde con las normas subsidiarias de planeamiento urbanístico vigentes en el municipio de Aracena (Huelva). Dicho sector no estaba incluido en el área declarada BIC, y así se lo hizo saber la Dirección General de Bienes Culturales de la Junta de Andalucía al Ayuntamiento de Aracena, cuando este solicitó autorización de la Administración Cultural antes de resolver sobre la aprobación de ese Proyecto de Urbanización. No obstante, aunque, ante la presión social, la Dirección General de Bienes Culturales procedió, ya con posterioridad a la solicitud de aprobación del Proyecto, incoar expediente para una nueva delimitación del entorno afectado por la declaración como BIC del Castillo de Aracena, que si se incluía ya los terrenos sobre los que se ubicaba el Proyecto de Urbanización. En este contexto, la Dirección General de Bienes Culturales de la Junta de Andalucía vino a condicionar su aprobación a una modificación del Proyecto, que se llevó a cabo por la reclamante, previendo una disminución

## IX. Responsabilidad Administrativa

sustancial de la edificabilidad por su efecto beneficioso sobre el entorno monumental. Ahora bien, con posterioridad se dictó una sentencia que anulaba el proyecto de urbanización conforme a las normas subsidiarias, aprobadas por el Municipio con la autorización de la Administración autonómica, por no respetar la protección del patrimonio histórico en contravención con el artículo 138.b) de la Ley del Suelo de 1992.

En la STS de 3 de marzo de 2009, Ar. 1302, el Tribunal Supremo descarta que el particular que se ajusta a los instrumentos urbanísticos y presenta un proyecto de urbanización aprobado por la Administración competente tenga parte alguna en la responsabilidad y, por ello, la obligación de soportar el daño. Establece la responsabilidad solidaria de las Administraciones municipal y autonómica. A tal efecto, afirma que:

“El principio de solidaridad entre las Administraciones públicas concurrentes a la producción del daño resarcible emana, como dice la Sentencia de 15 de noviembre de 1993, de la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones no sólo cuando, a partir de la entrada en vigor del artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, se dan fórmulas ‘colegiadas’ de actuación, sino también, al margen de este principio formal, cuando lo impone la efectividad del principio de indemnidad que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial. Así ocurre cuando la participación concurrente desde el punto de vista causal de varias Administraciones o las dudas acerca de la atribución competencial de la actividad cuestionada imponen soluciones favorables a posibilitar el ejercicio de la acción por el particular perjudicado, sin perjuicio de las relaciones económicas internas entre aquéllas (v. gr., Sentencia de 13 de febrero de 1997, recurso número 14259/1991)”.

### 4. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. PRISIÓN PREVENTIVA: DOCTRINA GENERAL

La STS de 3 de marzo de 2009, Ar. 1161, resuelve una pretensión indemnizatoria por prisión preventiva seguida de libre absolución. La recurrente estuvo en prisión preventiva, acordada en un procedimiento penal seguido contra ella por delito contra la salud pública, durante 1.267 días. Aunque en un primer momento fue condenada por sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, luego la condena fue revocada por sentencia del Tribunal Supremo, que la absolvió.

La sentencia no aporta novedades doctrinales, pero la traemos a colación por cuanto resulta una buena muestra de qué se entiende por inexistencia objetiva y subjetiva, únicos supuestos que dan derecho a indemnización, por contraposición con las faltas de condena basadas en la presunción de inocencia.

“Según la sentencia ahora impugnada, no concurren los requisitos establecidos en el artículo 294 LOPJ para que surja el derecho a indemnización por prisión preventiva. En concreto, entiende que no hay ‘inexistencia del hecho imputado’ en ninguno de los dos sentidos, objetivo y subjetivo, que una jurisprudencia constante atribuye a dicha expresión. No cabría hablar de inexistencia objetiva, porque los hechos constitutivos de delito contra la salud pública efectivamente se produjeron. No cabría hablar de inexistencia objetiva, porque está probado que existían determinados indicios racionales contra la hoy

recurrente: fue vista en el aeropuerto con las personas que transportaron la droga; fue vista, más tarde, comer con ellos en un restaurante; se le aprehendió una elevada suma de dinero, en distintas divisas, cuando fue detenida en su casa; y estaba, en ese mismo momento, desprendiéndose de un trozo de papel similar al que envolvía la droga. La razón por la que finalmente fue absuelta es que, según la arriba mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2000, esos indicios no eran prueba de cargo suficiente; y, además, el testimonio de los coimputados vertido ante la policía no fue después ratificado en el juicio oral, por lo que no podía reputarse prueba válida.

La sentencia impugnada considera que la ausencia de base probatoria suficiente para justificar una condena penal no equivale a inexistencia subjetiva del hecho imputado, desde el momento en que había indicios racionales suficientes contra la recurrente para acordar la prisión preventiva”.

El Tribunal Supremo da por buena esta aproximación:

“No es ocioso añadir, para disipar cualquier duda, que la aplicación del artículo 294 LOPJ hecha por la sentencia impugnada es perfectamente correcta. Dicha norma no contempla el derecho a indemnización para toda persona que sufre prisión preventiva y luego no resulta condenada, sino únicamente para aquéllos que ‘sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre’. El derecho a indemnización sólo surge si hay inexistencia del hecho imputado, lo que, como bien señala la sentencia impugnada, admite dos variantes: objetiva y subjetiva. La primera implica que el hecho no haya existido en realidad o que no sea constitutivo de delito; la segunda, que no haya elementos racionales para relacionar al detenido con el hecho. Sólo si se da alguna de esas formas de inexistencia del hecho, es aplicable el artículo 294 LOPJ. Véanse en este sentido, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 28 de septiembre de 1999, 20 de diciembre de 2001, y 17 de octubre de 2002. Pues bien, en el presente caso, ha quedado acreditado en la instancia que existían indicios racionales para acordar la prisión preventiva contra la recurrente por un hecho delictivo que efectivamente existió; lo que supone que no hay legalmente derecho a indemnización por la prisión preventiva sufrida.”

EMILIO GUICHOT REINA  
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE  
FRANCISCO LÓPEZ MENUJO

**X. FUNCIÓN PÚBLICA****Sumario:**

- 1. Instrumentos de gestión de los recursos humanos.** A) La asignación de complementos distintos a puestos de trabajo similares no es necesariamente constitutiva de desigualdad.
- 2. Acceso. Concurso-oposición.** A) Es posible la valoración de méritos no relacionados con la especialidad de acceso, si tales méritos son expresivos de una mayor cualificación de los aspirantes y se hace una valoración proporcionada de ellos. B) No vulnera el derecho de igualdad valorar como mérito el haber aprobado alguno de los ejercicios de la oposición en la misma especialidad de acceso por la que se opta. Cuerpo de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología. **3. Procesos de funcionarización de personal laboral fijo.** A) Debe admitirse a los aspirantes en los cursos de adaptación y pruebas de evaluación correspondientes a su grupo de titulación, con independencia de la clasificación formal del puesto de trabajo que viniesen ocupando. B) Carácter excepcional circunscrito al personal laboral fijo que, a la entrada en vigor de la Ley 23/1988, ocupase puestos de trabajo reservados a funcionarios. **4. Derechos fundamentales. La igualdad en el acceso a la función pública.** A) Resulta vulnerada por la convocatoria de pruebas restringidas para acceder a los puestos de Secretaría e Intervención de las Entidades Locales de Navarra. **5. Derecho a no declarar contra sí mismo.** A) Los especiales deberes que los policías locales tienen ante la Administración y los ciudadanos permiten limitar el ejercicio de este derecho fundamental. **6. Derecho a la libertad sindical.** A) Resulta quebrantada por la falta de admisión de un sindicato simplemente representativo al proceso negociador de una mesa sectorial. B) En el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, comprende el derecho a la asignación de locales también para los sindicatos que no tengan la consideración de más representativos. **7. Derecho de huelga.** A) Debe existir una razonable proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios. **8. Derechos colectivos. Negociación colectiva.** A) No es contraria a Derecho la limitación de la participación en comisiones de seguimiento a sus firmantes cuando no se ocupan de la negociación de las condiciones de trabajo.

B) Las disposiciones de un Acuerdo que adaptan la normativa autonómica a los empleados públicos locales son contrarias a Derecho y deben declararse nulas. C) La norma que contempla los aspectos esenciales para la provisión de puestos de trabajo debe ser objeto de negociación. **9. Derechos retributivos. Cuestiones generales.** A) La fijación del requisito de que el sueldo de los funcionarios del grupo E debe superar un determinado nivel vulnera la competencia exclusiva del Estado para fijar el régimen estatutario funcional. B) El establecimiento de incentivos económicos por la realización de un mayor número de pruebas de aptitud para obtener las autorizaciones para conducir no vulnera el principio de jerarquía normativa. **10. Complemento de destino.** A) No está justificado que se atribuya un complemento distinto a un cargo en relación con otro idéntico por el mero hecho de ser mayor la provincia en la que se ejerce la función.

## 1. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

### A) La asignación de complementos distintos a puestos de trabajo similares no es necesariamente constitutiva de desigualdad

Dado que, según la modificación del artículo 15.1.b) de la LMRFP efectuada por la Ley 62/2003, las relaciones de puestos de trabajo ya no tienen que establecer las características esenciales de los puestos de trabajo, la SAN de 4 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso 451/2006), desestima la vulneración de igualdad efectuada por los recurrentes derivada de la existencia de puestos de trabajo similares con asignación de complementos diferentes. La SAN de 4 de marzo de 2009 señala que la similitud alegada no es base para apreciar la vulneración del principio de igualdad, que requiere la identidad de situaciones. Concluye la Sala que, salvo que se probase la identidad de puestos a los que se asignan complementos distintos y con ello la vulneración del artículo 14 CE, no es posible sustituir el ejercicio discrecional de la potestad administrativa de autoorganización.

## 2. ACCESO. CONCURSO-OPOSICIÓN

### A) Es posible la valoración de méritos no relacionados con la especialidad de acceso, si tales méritos son expresivos de una mayor cualificación de los aspirantes y se hace una valoración proporcionada de ellos

Según declara la SAN de 10 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso 82/2008), que la valoración del mérito de estar en posesión de títulos

## X. Función Pública

y grados no relacionados con la especialidad por la que se presenta el aspirante no resulta contraria por sí misma a ningún precepto y se ampara en la libertad de la Administración para establecer aptitudes y méritos que, a su juicio, puedan denotar una mayor formación de los aspirantes que puede capacitarles para un mejor desempeño de su función, mucho más teniendo en cuenta que la valoración concedida a los méritos en el caso de autos no resulta desproporcionada en relación con la valoración concedida a los restantes méritos a tener en cuenta.

### **B) No vulnera el derecho de igualdad valorar como mérito el haber aprobado alguno de los ejercicios de la oposición en la misma especialidad de acceso por la que se opta. Cuerpo de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología**

Tras repasar los aspectos fundamentales de la jurisprudencia constitucional relativa al derecho de igualdad en el acceso a la función pública, la SAN de 10 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (recurso 82/2008), señala que la previsión de la convocatoria del concurso-oposición de acceso al Cuerpo de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología de valorar (con un máximo de un punto) el haber aprobado ejercicios de la oposición de acceso al citado Cuerpo, en la misma especialidad por la que optan los aspirantes, en las dos últimas convocatorias, no vulnera el derecho a la igualdad, pues el mérito en cuestión podrá ser valorado a todos los aspirantes de una misma especialidad para la que se hubiesen convocado pruebas de acceso con anterioridad. Tampoco la Sala aprecia vulneración del derecho a la igualdad en relación con las especialidades para las que no se hayan convocado pruebas de acceso con anterioridad, pues también en estos casos los aspirantes de una misma especialidad concursarán en igualdad de condiciones.

## 3. PROCESOS DE FUNCIONARIZACIÓN DE PERSONAL LABORAL FIJO

### **A) Debe admitirse a los aspirantes en los cursos de adaptación y pruebas de evaluación correspondientes a su grupo de titulación, con independencia de la clasificación formal del puesto de trabajo que viniesen ocupando**

Según la base aplicable de la Orden de Convocatoria del proceso de funcionarización mencionados, “cada solicitante habrá de participar en el curso y pruebas de evaluación que correspondan a su grupo de titulación, con independencia de que el puesto que ocupe sea de administración general o especial”, la STS de 11 de marzo de 2009, Sala de Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 10271/2004), acoge la tesis de la recurrente sobre su derecho a ser admitida en los cursos y pruebas del grupo A, pues, si bien es cierto que en el momento de la solicitud ostentaba un puesto que formalmente se encontraba clasificado en el grupo B, no lo es menos que, según su contrato laboral fijo, tal puesto tenía la categoría de titulado superior porque así se infería del tipo de funciones que desarrollaba y así se estableció en sentencia de la jurisdicción social. De ahí que la STS de 11 de marzo de 2009 concluya que la recurrente reunía los requisitos previstos en las bases para participar en el curso conforme a lo que solicitaba, tanto si se da a los términos de la base 3.7, una significación subjetiva, en lo que respecta al significado de la expresión “su grupo de titulación”, como si se le da el sentido objetivo de relacionar la titulación con el puesto, dado que, según lo dicho, la sentencia

de la jurisdicción social había declarado que el auténtico contenido del puesto que ocupaba la actora al tiempo de la solicitud era del tipo de los del Grupo A.

**B) Carácter excepcional circunscrito al personal laboral fijo que, a la entrada en vigor de la Ley 23/1988, ocupase puestos de trabajo reservados a funcionarios**

La STS de 23 de febrero de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima (recurso 1543/2005), reitera y aplica al caso juzgado la jurisprudencia de la Sala sobre la funcionarización del personal laboral fijo, que queda circunscrita a que, a la entrada en vigor de la Ley 23/1988, ocupara puestos de trabajo reservados a funcionarios y no abierta a todo el personal laboral, a diferencia de lo que había entendido el Ayuntamiento recurrente.

**4. DERECHOS FUNDAMENTALES. LA IGUALDAD EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA**

**A) Resulta vulnerada por la convocatoria de pruebas restringidas para acceder a los puestos de Secretaría e Intervención de las Entidades Locales de Navarra**

La STC 130/2009, de 1 de junio, Sala Segunda, ha declarado la inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Primera, apartado 1, de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre, que actualiza el régimen local de Navarra, por su contradicción con el artículo 23.2 de la Constitución. En dicho apartado había previsto la provisión excepcional de los puestos de Secretaría e Intervención de las Entidades Locales de Navarra a través de pruebas restringidas. En concreto, había previsto que, con carácter previo a la provisión de puestos de las vacantes que se convocaran, se llevaría a cabo el proceso para la obtención de la habilitación concedida por la Administración de la Comunidad Foral para acceder a la condición de Secretario o Interventor de las entidades locales de Navarra, mediante la superación de pruebas selectivas de concurso-oposición realizadas con sujeción a los programas y baremos de méritos que se determinarían por el Gobierno de Navarra, y de los cursos de formación que a tal efecto se organizaran por el Instituto Navarro de Administración Pública, restringidos a quienes, en el momento de publicación de la convocatoria, estuvieran ocupando plaza en interinidad por un determinado período de tiempo.

La Sentencia sintetiza su doctrina constitucional sobre el derecho reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución en relación con los principios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública. La consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, porque el tiempo efectivo de servicio puede poner de manifiesto la aptitud o capacidad para el desarrollo de determinada función pública y suponer unos méritos susceptibles de reconocimiento y valoración. Sin embargo en este caso los servicios prestados no constituyen un mérito sujeto a valoración, sino que la prestación de servicios ocupando plaza en interinidad constituye un presupuesto o requisito para poder participar en el proceso de obtención de la habilitación precisa para acceder a la condición de Secretario y poder

## X. Función Pública

cubrir la vacante de tal plaza en las entidades locales navarras a que la convocatoria recurrida se contrae. En virtud de ello, declara que resulta contraria al artículo 23.2 la convocatoria de pruebas restringidas para el acceso a la función pública al personal que presta ya servicios en régimen de interinidad a la Administración. Esta regla sólo puede ceder cuando se den varias circunstancias a la vez: cuando se trate de un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, cuando esté expresamente prevista en una norma con rango de ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra la propia eficacia de la Administración Pública y, por último, cuando se acuda a este tipo de procedimiento una sola vez. Como no se cumplen todos estos requisitos considera el Tribunal que la ablación del derecho fundamental no está justificada ni es proporcional a la finalidad perseguida, pues ésta podría conseguirse sin restringir, hasta hacerlo desaparecer, el derecho de los potenciales aspirantes a acceder a la habilitación necesaria para obtener la condición de Secretario o Interventor al servicio de las entidades locales de Navarra.

### 5. DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO

#### **A) Los especiales deberes que los policías locales tienen ante la Administración y los ciudadanos permiten limitar el ejercicio de este derecho fundamental**

En el presente recurso de amparo, los funcionarios recurrentes fueron sancionados con dos días sin remuneración y suspensión de funciones durante igual período, e interpusieron un recurso de amparo contra la resolución administrativa y contra la sentencia por presunta vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y a no declarar contra sí mismos ni declararse culpables (artículo 24.2 CE), en la medida en que entendieron que la sanción administrativa impuesta lo fue por unas declaraciones vertidas en el ejercicio del derecho. Entiende la **STC 142/2009, de 15 de junio**, Sala Primera, que las garantías de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 24.2 CE, configuradas para el proceso penal, no pueden trasladarse sin matización alguna al procedimiento administrativo sancionador, sino que habrán de tenerse en cuenta también las circunstancias concretas del caso.

En este supuesto, los recurrentes, policías locales del Ayuntamiento de Sevilla, fueron sancionados por las manifestaciones vertidas en el seno de una información reservada, incoada a raíz de la denuncia de un ciudadano contra los agentes, al objeto de esclarecer los hechos denunciados y determinar en su caso las posibles responsabilidades administrativas que pudieran derivarse para los funcionarios implicados en ellos. En concreto, tras negar los hechos que denunciaba el ciudadano y preguntados si tenían algo más que añadir, afirmaron que iban a aportar los recursos interpuestos por el ciudadano, para que se viera que en éstos se hacía un relato de hechos totalmente distinto al de la denuncia, lo que se demostró falso. Tal afirmación, calificada como “falsedad gratuita” y constitutiva de “un claro atentado a la dignidad del funcionario”, es la que da lugar a la imposición de la sanción. Se entendió que esta actuación era especialmente grave por la actuación de quienes están revestidos de la singular autoridad que da la pertenencia al cuerpo de la Policía Local.

El imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no

declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Ahora bien, de ello no puede concluirse la existencia de un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso, o la ausencia absoluta de consecuencias derivadas de la elección de una determinada estrategia defensiva. Ello no es así ni siquiera en el proceso penal. De este modo, la ponderación del conjunto de las circunstancias concurrentes en el presente caso, llevan al Tribunal a considerar que, en primer lugar, no nos encontramos ante un proceso penal, sino ante una comparecencia en una información reservada, lo que impide la traslación mecánica de las garantías y conceptos propios del orden penal, pues la amplitud de las garantías del artículo 24 CE en uno y otro contexto no puede ser la misma. En segundo lugar, es de señalar el carácter de agentes de la policía local de los recurrentes, que comparecen en el expediente de información reservada en su calidad de tales para prestar su versión de los hechos tras la denuncia de un ciudadano a raíz de una actuación en el ejercicio de sus funciones, que había concluido con la imposición de dos multas al ciudadano en cuestión.

En las circunstancias concretas del presente caso, no puede obviarse que, en cuanto miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, se encuentran en una posición jurídica que difiere de la del resto de los ciudadanos, de la que derivan deberes especiales para con la Administración y con los administrados, ligados a la autoridad de la que están investidos, por lo que resulta imprescindible una mayor exigibilidad de rigor en las manifestaciones vertidas en el ejercicio de sus cargos, incluso cuando –como sucede en una información reservada– se investigan hechos de los que pueden derivarse responsabilidades administrativas. Ciertamente la existencia de dicha relación administrativa especial no priva a los afectados de sus derechos fundamentales, y en concreto de su derecho a no declarar contra sí mismos y de su derecho de defensa, pero sí puede modular el ejercicio de los mismos, permitiendo limitaciones que son constitucionalmente admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial.

Todo ello permite al TC concluir que los derechos fundamentales invocados por los recurrentes encuentran limitaciones derivadas de su condición de policías locales y que determinan que quede fuera del ámbito de cobertura de los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismos y a la defensa (artículo 24.2 CE) la realización de unas manifestaciones en un expediente de información reservada que no sólo se demostraron abiertamente falsas, sino que implican la imputación al ciudadano –al que previamente habían sancionado, y con motivo del esclarecimiento de la denuncia presentada por éste a raíz de su actuación profesional–, de la presentación de una denuncia falsa contra los agentes, con las eventuales consecuencias que ello podría tener para aquél. Tal modo de actuar resulta incompatible con el cumplimiento de la función que los agentes tenían asignada, toda vez que perturba el normal funcionamiento de la Administración y quiebra las expectativas de seguridad y confianza en la actuación de los agentes de la policía por parte de los ciudadanos y de los poderes públicos.

A la luz de todo lo expuesto, cabe concluir que la conducta por la que los recurrentes fueron sancionados no constituye un acto de ejercicio legítimo del derecho fundamental a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables (artículo 24.2 CE), en relación con el derecho de defensa, sino una clara extralimitación de tal ejercicio, teniendo en cuenta las

## X. Función Pública

modulaciones impuestas a éste en función de los especiales deberes que los recurrentes tenían ante la Administración y ante los ciudadanos, en su condición de policías locales.

### 6. DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

#### **A) Resulta quebrantado por la falta de admisión de un sindicato simplemente representativo al proceso negociador de una mesa sectorial**

La STS de 6 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2009/2133, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Administración de la Xunta de Galicia y ha confirmado la Sentencia de su TSJ, que había declarado la vulneración del derecho a la libertad sindical del sindicato CSIF por no haber sido llamado a la negociación llevada a cabo en una Mesa sectorial, al haberse entendido que no afectaba separadamente a sectores concretos. El recurrente había solicitado que se le permitiera acudir como interlocutor a las reuniones de la Mesa de coordinación y de la Mesa general cuando se trataran asuntos o adoptaran acuerdos que afectaran a las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas gallegas.

En dicha Mesa se habían decidido cuestiones generales que tenían también incidencia sustancial en la relación funcional de los empleados públicos, como la reducción de la temporalidad en las plantillas, posible supresión de horarios o turnos de trabajo, dimensión de las plantillas, etc. El TS considera que, como se sostiene en la sentencia impugnada, los objetos de negociación de la Mesa sectorial indicada afectan de modo directo y concreto a los funcionarios públicos dependientes de la Xunta de Galicia, sin que el hecho alegado por la recurrente, de que el ámbito de la Mesa afectaba también a otras Administraciones, pudiera servir de excusa para negar el derecho de asistencia a dicha Mesa a quien reúne el porcentaje necesario para estar en las Mesas que afectan a los funcionarios de la Xunta de Galicia. La justificación de ello se encuentra en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, que reconoce a los sindicatos simplemente representativos, es decir, a los que obtengan en un ámbito territorial y funcional específico, el 10% o más de los delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas, legitimación para ejercitar, entre otras muchas funciones, la negociación colectiva, para la participación como interlocutores en las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación. Dicha legitimación, a juicio del Tribunal, se extiende a la participación en las Mesas Sectoriales que se constituyan, estén o no previstas expresamente por las normas reguladoras.

#### **B) En el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, comprende el derecho a la asignación de locales también para los sindicatos que no tengan la consideración de más representativos**

El recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto para la protección del derecho fundamental a la libertad sindical del Sindicato Nacional de Policía Española, proclamado en el artículo 28.1 de la Constitución, en cuanto que se le ha denegado la asignación de un local adecuado para el desarrollo de sus actividades en las dependencias policiales con más de 250 funcionarios. La Administración había entendido que este derecho corresponde sólo a las organizaciones sindicales más representativas.

La SAN de 22 de abril de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, JUR 2009/206956, reconoce que, efectivamente, el apartado 2 del artículo 8 de la Ley Orgánica 11/1985 recoge tres derechos de titularidad limitada a los sindicatos que obtengan la consideración de más representativos: la disposición de un tablón de anuncios, la negociación colectiva y el uso de un local adecuado. Ahora bien, no ocurre así en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Los artículos 22 y 23 de la Ley Orgánica 2/1986 diseñan otro esquema, en el sentido de que sólo la negociación colectiva se reserva a los Sindicatos representativos, mientras que los otros derechos se atribuyen genéricamente a cualquier organización sindical, toda vez que el artículo 23.1 de dicha Ley establece sin hacer distinciones entre sindicatos que “en las dependencias con más de 250 funcionarios, las organizaciones sindicales tendrán derecho a que se les facilite un local adecuado para el ejercicio de sus actividades”. Esta interpretación permite concluir que la denegación de un local adecuado al sindicato recurrente vulnera su derecho integrado en el de libertad sindical, siendo rechazable que tal derecho quede reservado a las organizaciones sindicales representativas, toda vez que si el legislador hubiera querido reservar el derecho al uso de los locales aptos para el desarrollo de la actividad únicamente a las organizaciones sindicales representativas, así lo habría recogido expresamente.

## 7. DERECHO DE HUELGA

### A) Debe existir una razonable proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios

La STS de 6 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2009/2132, ha desestimado el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón contra la STSJ que había estimado el recurso planteado por la Federación Estatal de Sindicatos Técnicos Superiores Sanitarios por violación del derecho de huelga, toda vez que el Director-Gerente del Servicio Aragonés de Salud había realizado una calificación genérica de todos los servicios sanitarios como esenciales, sin especificar los motivos. Considera el TS que al comportar dicha decisión unas consecuencias tan graves para el derecho de huelga, es preciso no sólo que exista una especial justificación, sino que tal justificación se exteriorice adecuadamente con objeto de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses ante los que se sacrificó. En este caso, se confirma la STSJ porque el Servicio Aragonés de Salud no cumplió satisfactoriamente con el requisito de la motivación. Su resolución debería haber especificado qué concretas actividades sanitarias deberían haber sido calificadas como esenciales y cuáles no, limitándose sin embargo, a hacer una calificación genérica e indiscriminada de los servicios sanitarios como esenciales. Desde este punto de vista, la mera negación de aplicar a los servicios mínimos el número de los prestados en días festivos, o la referencia genérica a que los servicios mínimos se orientan a la asistencia a “pacientes cuya asistencia este tipificada como urgente”, o “programados para tratamiento oncológico”, o “desplazados de otras localidades”, sin discutir que en estos casos estuviera justificado, no cumple la exigencia de motivación que la sentencia aprecia.

### 8. DERECHOS COLECTIVOS. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

#### A) No es contraria a Derecho la limitación de la participación en comisiones de seguimiento a sus firmantes cuando no se ocupan de la negociación de las condiciones de trabajo

La STS de 9 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2009/2141, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por el Sindicato de Trabajadores y Trabajadoras de la Administración Pública Valenciana-Intersindical Valenciana (STAPV-IV), sobre Acuerdo de la Mesa Sectorial de Función Pública para la estabilidad laboral y la promoción profesional de sus empleados públicos, en la medida en que había previsto un grupo de trabajo formado por representantes de la Administración y de los sindicatos firmantes del Acuerdo. El sindicato, a pesar de haber participado en las reuniones de la Mesa Sectorial de la Función Pública, no había firmado finalmente dicho Acuerdo, por lo que quedaba excluida de dicha comisión. El Tribunal Supremo declara que no se ha producido la pretendida vulneración porque ese sindicato participó según resulta de las actas que obran en el expediente y el derecho a negociar no implica el de imponer el propio criterio. La limitación de la participación en comisiones de seguimiento de acuerdos y convenios a sus firmantes cuando no se ocupan de la negociación de las condiciones de trabajo no es contraria al ordenamiento jurídico. En este caso, la comisión formada no tenía por objeto negociación en sentido estricto, sino aspectos de procedimiento o de estudio relacionados con los acuerdos (preparación de un calendario de los procesos selectivos, elaboración de estudios y propuestas, etc.). Quedaban fuera de la comisión la negociación, que seguía quedando en manos de la Mesa Sectorial de la Función Pública, sede donde podría el sindicato recurrente mantener sus posiciones.

#### B) Las disposiciones de un Acuerdo que adaptan la normativa autonómica a los empleados públicos locales son contrarias a Derecho y deben declararse nulas

La STS de 13 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, RJ 2009/2260, ha estimado parcialmente el recurso de casación interpuesto en el que se discutía en última instancia la validez del Acuerdo Económico y Social para el personal funcionario del Ayuntamiento asturiano de Soto del Barco, cuyo artículo 8 regulaba las vacaciones para el personal funcionario, alterando las normas legales aplicables en la materia, toda vez que había dispuesto derechos de descanso distintos de los regulados, al fijar la forma y plazo para su disfrute. Ello supone una infracción del artículo 142 de la Ley de Régimen Local, que establece una remisión directa a la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma y, supletoriamente, la aplicable a los funcionarios de la Administración General del Estado. Este marco legal, a juicio del TS, no puede ser modificado por vía de la negociación colectiva. El régimen de permisos de los funcionarios no está atribuido a la autonomía contractual del Ayuntamiento, sino establecido por la legislación autonómica o supletoriamente por la Ley Estatal, careciendo así la Corporación municipal de competencia para acordarlo con los representantes sindicales de los funcionarios. En el caso concreto, aunque el Acuerdo hacía una remisión expresa a la normativa asturiana, matizaba y precisaba algunos de sus puntos. Efectivamente, las previsiones convencionales municipales pretenden una adaptación de las normas autonómicas a los empleados públicos locales. Ante ello, considera el TS que tal adaptación, por mínima que sea, está vedada por la legislación aplicable. De modo que o bien la regulación municipal resulta superflua o bien la regulación excede la normativa autonómica

aplicable, con lo que, en consecuencia, tales disposiciones convencionales son contrarias a Derecho y deben declararse nulas.

### **C) La norma que contempla los aspectos esenciales para la provisión de puestos de trabajo debe ser objeto de negociación**

La STS de 3 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la STSJ de la Comunidad Autónoma, que había declarado la nulidad de una Orden de la Consejería de Educación que contemplaba el procedimiento de selección de inspectores accidentales de educación por no haber sido previamente negociada. La argumentación básica aducida para sostener la impugnación se basa en que la negociación no era necesaria porque la Orden controvertida no era sino una aplicación de un artículo de un Decreto autonómico que sí había sido objeto de negociación. Al tratarse meramente de conferir una comisión de servicio no cabría hablar de sistema de ingreso o provisión de plazas por lo que, a juicio de la Junta, debía regir la exclusión de la negociación prevista para el ejercicio por la Administración de las potestades de autoorganización.

El TS entiende, no obstante, que la Orden, en lo que se refiere al criterio que debe decidir la selección de los Inspectores accidentales de Educación, no se limita a hacer una aplicación o desarrollo del Decreto autonómico, sino que viene a configurar el sistema de selección, disponiendo para ello un verdadero concurso de méritos y definiendo éstos y sus criterios de puntuación, es decir, regula aspectos esenciales de esa selección que no figuraban en la regulación contenida en el mencionado Decreto. Por tanto, es acertada la conclusión a que llega la sentencia recurrida de que se estaba ante la materia contemplada en el artículo 23.g) de la Ley 9/1987, que obliga a negociar los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos.

## **9. DERECHOS RETRIBUTIVOS. CUESTIONES GENERALES**

### **A) La fijación del requisito de que el sueldo de los funcionarios del grupo E debe superar un determinado nivel vulnera la competencia exclusiva del Estado para fijar el régimen estatutario funcional**

La STC 86/2009, de 23 de febrero, ha estimado la cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, respecto del inciso final del artículo 82.2.a) de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la función pública de Canarias, de acuerdo con el cual “en ningún caso el sueldo de los funcionarios pertenecientes a los cuerpos o escalas del grupo E podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional”.

Recuerda el Tribunal que la atribución de carácter básico al artículo 24 de la Ley 30/1984 resulta de su incardinación en la competencia estatal para el establecimiento de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (artículo 149.1.18 CE) y que lo que se discute en última instancia no es propiamente el establecimiento de un límite máximo de las

## X. Función Pública

retribuciones del personal, sino más bien la regulación de un aspecto del régimen estatutario de los funcionarios públicos como es la determinación de un concepto retributivo y, en consecuencia, la regla general que garantiza la igualdad de uno de sus conceptos, el sueldo. Por ello, estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada, toda vez que la nivelación de las retribuciones básicas que figura en el artículo 24.1 de la Ley 30/1984 se encuadra en la competencia exclusiva atribuida al Estado por el artículo 149.1.18 CE para el establecimiento de las bases del régimen jurídico de la función pública, en la medida en que con ella se trata de conseguir “una mínima y fundamental homogeneidad” en un aspecto esencial de dicho régimen jurídico: los derechos económicos de los funcionarios.

El precepto impugnado impide la plena efectividad de las determinaciones estatales en materia de retribuciones de los funcionarios públicos, concretamente de los integrados en el grupo E y representa un obstáculo a esa nivelación desde el momento en que supedita la aplicabilidad general de las normas que la concretan y actualizan (particularmente, las disposiciones sobre retribuciones de las leyes anuales de presupuestos generales del Estado) al cumplimiento de una condición: la superación del requisito de que el sueldo de los funcionarios del grupo E deba ser, en todo caso, superior al salario mínimo interprofesional, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad.

### **B) El establecimiento de incentivos económicos por la realización de un mayor número de pruebas de aptitud para obtener las autorizaciones para conducir no vulnera el principio de jerarquía normativa**

Los funcionarios de la Dirección General de Tráfico impugnaron la Instrucción sobre incentivos de rendimientos por considerar que vulneraba el principio de jerarquía normativa, toda vez que, al establecer incentivos económicos por la realización de un mayor número de pruebas de aptitud para obtener las autorizaciones administrativas para conducir diarias, estaría superando los límites mínimos de tiempo establecidos para la realización de estos exámenes en normas de carácter superior (Directiva 2000/56, de 14 de septiembre y Reglamento General de Conductores). De llevarse a cabo lo que la Instrucción considera normal para obtener el correspondiente complemento de productividad tendrían que superar una media de 16 pruebas diarias. Dado que la jornada ordinaria de trabajo efectivo son 6 horas y 40 minutos diarios, sólo se podrían realizar 16 exámenes al día para respetar el tiempo mínimo de examen de 25 minutos que prevén dichas normas, por lo que sería imposible la obtención de esos incentivos. La STS de 22 de abril de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado esta pretensión por entender que el devengo de este complemento no es obligatorio, sino que tiene un carácter excepcional, en la medida en que está llamado a retribuir una actividad o rendimiento funcional extraordinario y que, en el caso planteado, era potencialmente posible obtener al no haberse acreditado fehacientemente lo contrario.

## 10. COMPLEMENTO DE DESTINO

### **A) No está justificado que se atribuya un complemento distinto a un cargo en relación con otro idéntico por el mero hecho de ser mayor la provincia en la que se ejerce la función**

La STS de 31 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, ha desestimado el recurso de casación presentado por el Gobierno de Aragón contra la STSJ que

había anulado la relación de puestos de trabajo del Departamento de Industria por asignar a un puesto un nivel retributivo inferior a idéntico puesto desarrollado en otra provincia de la Comunidad Autónoma, bajo el pretexto de una mayor carga de trabajo del puesto mejor retribuido en función de la mayor población de la provincia donde se desarrolla y una mayor cuantificación del complemento específico que tiene adscrito. En este caso, entiende el Tribunal que la Administración aragonesa no puede alegar la vulneración de sus potestades de autoorganización, toda vez que, incluso en el ejercicio de esta potestad, la Administración ha de respetar el derecho fundamental a la igualdad proclamado en el artículo 23 de la Constitución, así como el resto del ordenamiento jurídico, como claramente se desprende de los artículos 1.1, 9.1 y 103.1 de la Constitución. Dicha potestad, que indudablemente tiene un gran campo de discrecionalidad, no permite justificar un tratamiento discriminatorio entre funcionarios que ejercen la misma o semejante función, aunque lo hagan en ciudades diferentes y con distinto volumen de trabajo.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

BELÉN MARINA JALVO

EVA DESDENTADO DAROCA

**XI. URBANISMO****Sumario:**

**1. Planeamiento urbanístico.** A) Invalidez de un Plan Especial que proyecta la construcción de viviendas unifamiliares de dos plantas en la zona de servidumbre de protección de la costa. **2. Ejecución del planeamiento.** A) Estudios de Detalle: determinaciones. B) Proyecto de reparcelación; exclusión de una parcela objeto de cesión tácita. **3. Licencias de obras.** A) Suspensión de licencias durante la tramitación de la aprobación de un Plan urbanístico. B) Responsabilidad patrimonial de la Administración por denegación ilegal de licencias de urbanismo. **4. Protección de la legalidad urbanística.** A) Acción popular. B) Ejecución subsidiaria de la demolición de lo indebidamente construido. C) Régimen sancionador: Sujeto responsable de la obligación de restitución de los terrenos a su estado anterior.

**1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO****A) Invalidez de un Plan Especial que proyecta la construcción de viviendas unifamiliares de dos plantas en la zona de servidumbre de protección de la costa**

Según se lee en la STS de 26 de enero de 2009, RJ 2009/573, la construcción proyectada al amparo del Plan Especial objeto del recurso consistía en viviendas unifamiliares con dos plantas de altura, que no daban lugar al cerramiento de la fachada marítima, en cuanto aparece separada de las fachadas colindantes porque, de un lado, la última de las construcciones existentes en la fachada linda con un amplio espacio abierto sobre el mar: la plaza del Consulado del Mar, de otro, porque el edificio que se proyecta guarda una separación con los colindantes.

El debate suscitado en casación lleva al Tribunal Supremo a interpretar los requisitos establecidos en la disposición transitoria novena.2 del Reglamento de Costas (RD 1471/1989), en relación con los artículos 23, 25 y disposición transitoria tercera de la Ley 22/1988, de Costas, para admitir de forma excepcional la consolidación de fachadas edificadas a distancia inferior a veinte metros de la línea interior del mar. Interpretación que puede sintetizarse en el siguiente párrafo:

“(…) aun siendo ciertamente poco afortunada la redacción de los apartados b) y c) de la regla 2ª de la disposición transitoria novena del Reglamento, la ordenación sistemática con la que aparecen formulados no favorece la interpretación que sostiene la sentencia, y, por el contrario, viene a indicar que los requisitos establecidos en tales apartados son concurrentes y acumulativos. En cuanto a la interpretación finalista, bien puede sostenerse que por la vía excepcional que se articula en esa disposición transitoria novena del Reglamento se han querido permitir, una vez constatado el cumplimiento de los demás requisitos que ya conocemos, únicamente aquellas construcciones que vengan a cubrir huecos existentes –solares sin edificar– en fachadas marítimas con edificación ya consolidada, para dotarlas de homogeneidad visual y de continuidad estética, siendo congruente con esa finalidad el que la norma determine que las nuevas construcciones sólo pueden realizarse en ‘(…) solares aislados con medianerías de edificación consolidada a uno o ambos lados’”.

Esta interpretación concuerda además con la redacción dada a la disposición transitoria tercera de la Ley de Costas por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

## 2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

### A) Estudios de Detalle: determinaciones

En la STS de 26 de enero de 2009, Ar. 572, el TS tiene que analizar el alcance del contenido de un Estudio de Detalle, al alterar éste la ordenación de los predios colindantes. A este respecto se recurre el acuerdo que aprueba definitivamente un Estudio de Detalle aduciendo la vulneración del artículo 14.3, segundo párrafo, del TRLS 76, que se reproduce luego en el artículo 65.5 RP 78. En dichos preceptos se indica que “los Estudios de Detalle deben respetar las determinaciones principales del Plan, sin alterar el aprovechamiento en él previsto y sin que se pueda, en ningún caso, ocasionar perjuicios ni alterar las condiciones de la ordenación de los predios colindantes”.

A este respecto el TS indica que

“(…) si los perjuicios imputados al Estudio de Detalle ya están ínsitos en las determinaciones de los instrumentos de planeamiento de los que aquél no debe ser más que mero complemento, mera adaptación o mero detalle, tale perjuicios, ni dan lugar a su nulidad, pues el Estudio de Detalle no infringe, en tal caso, el límite que aquí examinamos, ni dan derecho, en principio o como regla general, a indemnización…” (FJ 2º).

Pero el TS continúa argumentando la posibilidad contraria, al decir,

“(…) pero nos muestra también, de otro lado, la afirmación constante de que los Estudios de Detalle no pueden introducir para los propietarios de los predios colindantes perjuicios distintos de los que resulten de aplicar aquel planeamiento; la afirmación, en suma, de que deben respetar el repetido límite que aquí examinamos y de que su infracción es bastante para declarar su nulidad” (FJ 2º).

## XI. Urbanismo

Tras analizar esta doctrina y aplicarla al supuesto que nos ocupa, el TS indica que los perjuicios que han sido achacados al Estudio de Detalle, en realidad son producidos por el Plan General de Ordenación Urbana del que trae causa, pues las determinaciones que resultan gravosas para los recurrentes ya se encuentran recogidas en dicho Plan. Y a este respecto, concluye el TS señalando que “no habiendo constancia de que el Estudio de Detalle contravenga las determinaciones del Plan General, y no habiéndose constatado ninguna otra razón para tacharlo de ilegal, el hecho de que los recurrentes se muestren disconformes con las soluciones técnicas que el mencionado Estudio de Detalle incorpora, o se consideren perjudicados por ellas, no puede constituirse en base suficiente para su anulación”, “aun admitiendo que el contenido del Estudio de Detalle no es precisamente favorable para los intereses de los recurrentes, ya hemos visto que ... esa incidencia gravosa en realidad proviene de las determinaciones del Plan General, sin que haya quedado acreditado que el Estudio de Detalle ocasiona perjuicios que los recurrentes no tengan el deber jurídico de soportar” (FJ 4º), lo que lleva al TS a rechazar el recurso interpuesto.

### **B) Proyecto de reparcelación; exclusión de una parcela objeto de cesión tácita**

El TS tiene que resolver en su STS de 19 de enero de 2009, Ar. 741, el problema que ha suscitado un proyecto de reparcelación que no ha computado a efectos de reparcelación una finca que aparece en el Registro de la Propiedad a favor de los recurrentes.

A este respecto, la Sala de Instancia indicó que el hecho de que la finca siga inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de los recurrentes no obsta para su consideración como vía pública, basándose para ello en que en la propia descripción de las parcelas segregadas se hace indicación expresa de que uno de sus frentes da a la vía pública, y de otra parte, en el hecho de que, si bien no se han llevado a cabo obras de urbanización como asfaltado o encitado de acera, tal superficie lleva siendo utilizada desde hace tiempo por el común de los vecinos como vía pública de una manera pacífica, haciendo el uso propio de cualquier vía pública, como acceso a los edificios contiguos que, además, están alineados.

Sin embargo, sin revisar el TS estos datos y elementos de hecho, la conclusión a la que llega es diferente a la alcanzada en la Sala de Instancia. Así, indica que en ningún momento dicha Sala ha declarado probado que la cesión de los viales objeto de la controversia se haya producido, ni siquiera de manera informal, ni tampoco que el Ayuntamiento los haya recibido de manera expresa o implícita. Por otro lado, el hecho de que en la descripción de las parcelas segregadas a lo largo de los años se haga referencia a que uno de sus frentes da a la vía pública no es suficiente para acreditar la cesión, pues en la sentencia no se especifica ni a qué parcelas se está aludiendo ni si entre ellas se encuentran los terrenos objeto de la controversia. Y, por último, el TS indica que el hecho de que unos terrenos sean utilizados por el común de los vecinos como vía pública no significa que sean vía pública, sobre todo, cuando no se han realizado obras de urbanización ni hay constancia, ni siquiera indicios, de su recepción por parte del Ayuntamiento.

En base a estos argumentos, el TS considera que la superficie objeto de la controversia no puede entenderse que ha sido cedida tácitamente para viales y, por tanto, no puede considerarse que ha quedado enervada la presunción de la titularidad derivada de la inscripción registral a favor de los recurrentes, acogiendo este motivo del recurso.

### 3. LICENCIAS DE OBRAS

#### A) Suspensión de licencias durante la tramitación de la aprobación de un Plan urbanístico

La STS de 4 de junio de 2008, Ar. 3122, casa la de instancia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía –sede de Sevilla–, en relación con la suspensión de una licencia derivada de la aprobación inicial del Plan General de Ordenación Urbana del Municipio de Lebrija (Sevilla).

El Pleno del consistorio municipal decidió, en atención a lo dispuesto en el artículo 102 del texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, prorrogar por el plazo máximo de dos años la suspensión de licencias urbanísticas en las áreas cuyas determinaciones resultaban modificadas por la aprobación del instrumento de planificación urbanística. Asimismo, una Resolución del Alcalde de dicho Municipio notificó a los recurrentes que, al no contar con la preceptiva licencia de edificación por haberse prorrogado el tiempo de suspensión de su otorgamiento, no podían iniciar las obras.

La Sala sevillana asistió el derecho de la actora, declarando su derecho a que el Ayuntamiento de Lebrija resolviese sobre la concesión o denegación de la licencia de edificación. Los argumentos empleados por el Tribunal *a quo* se resumen en dos fundamentaciones:

Primera, que la licencia de edificación no se ha podido obtener por silencio positivo, puesto que para que éste se produzca es necesario, según el artículo 9 del Decreto de 17 de junio de 1955, no sólo que transcurran los plazos señalados en el precepto, sino que, además, la falta de resolución se ponga en conocimiento de la Comisión Provincial de Urbanismo o, en su defecto, de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, quedando otorgada ésta si en el plazo de un mes no se notificare al interesado acuerdo expreso. Estas actuaciones y trámite no se han realizado en el presente caso, en el que no consta ni denuncia de mora ni, en su defecto, certificación de acto presunto.

Segundo, entiende el Tribunal de instancia que asiste razón a la parte actora cuando afirma que en un mismo expediente se procedió a la suspensión del otorgamiento de licencias por un año en base a la aprobación inicial del PGOU de Lebrija. Posteriormente, con la aprobación de la Propuesta del Ordenación del Entorno de la Iglesia de Santa María de la Oliva, se produjo una suspensión por un año y una suspensión provisional por dos años, sin que tal encadenamiento sea ajustado a Derecho, ya que el plazo total de suspensión del otorgamiento de licencias quedó rebasado, razón por la que debía haberse resuelto sobre la concesión o no de la licencia.

No comparte este parecer la alta instancia jurisdiccional, la cual, si bien coincide con la conclusión de que en este caso no se produjo la concesión de la licencia por silencio positivo, discrepa de la argumentación referida, entendiendo que la suspensión del otorgamiento de la licencia fue ajustada a Derecho.

En efecto, no hubo tres suspensiones encadenadas que excedieron el tope máximo de dos años establecido en el TRLS 1992, sino que la primera suspensión no afectó a la finca de autos, porque este nuevo Plan no variaba sus determinaciones urbanísticas. La que variaba la calificación de la parcela fue la aprobación de la Propuesta de Ordenación del Entorno de la Iglesia de Santa María de la Oliva, suspensión que se decretó por un año. El procedimiento de concesión

## XI. Urbanismo

de licencias continuó interrumpido hasta la aprobación provisional del Plan General, que prorogó la suspensión de las licencias hasta alcanzar el tope máximo permitido de dos años.

### **B) Responsabilidad patrimonial de la Administración por denegación ilegal de licencias de urbanismo**

La STS de 27 de mayo de 2008, Ar. 5538, estima la concurrencia de la obligación resarcitoria que incumbe a la Administración pública municipal, concretamente el Ayuntamiento de Zaragoza, derivada de los daños ocasionados por la anulación parcial, operada en vía administrativa, de una licencia de construcción otorgada a una empresa de promociones inmobiliarias. La anulación de la autorización inicialmente concedida se había producido en virtud del correspondiente recurso de reposición contra ella formulado por un tercero, limitándose éste a señalar la necesidad de rectificar el acceso peatonal desde una de las calles en las que se proyectaba la obra.

El relato de los hechos acaecidos es importante para la resolución del recurso en sede casacional: La sociedad constructora había solicitado y obtenido previa licencia de obras el 9 de marzo de 1994, y se le concedió la licencia de modificaciones el 21 de noviembre de 1995. La obra se finalizó en junio de 1995. No obstante, la inicial licencia se anuló en diciembre de 1995.

Este acontecer temporal lleva al Ayuntamiento a entender que no sólo ha dejado transcurrir año y medio para adoptar la decisión, sino que, además, otorgó nueva licencia de obras y permitió que éstas se realizasen en su totalidad. Indica asimismo en su defensa, que la situación es distinta a la existente dieciocho meses antes cuando se cuestionó la licencia, pues el recurrente ha ejercitado su derecho en su totalidad, habiéndose declarado la obra nueva, otorgado escrituras públicas de compraventa e inscrito en el Registro de la Propiedad.

La sentencia de instancia, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, había desestimado el recurso, pues entendió que en el citado supuesto concurre la culpa del administrado, que no adoptó todas las precauciones necesarias para obtener una correcta información sobre la normativa urbanística aplicable, sin que el recurrente pudiera excusarse en su desconocimiento, puesto que, en cuando promotor de la urbanización, debería saber el carácter de vía peatonal en la que se pretendía situar la salida de vehículos y conocía perfectamente la tramitación del recurso cuya estimación supuso la anulación de la licencia de obras, que se interpuso el 19 de julio de 1994, cuando la licencia definitiva fue concedida el 21 de noviembre del mismo año.

El Tribunal Supremo rectifica, no obstante, este argumento. Después de insistir en la teoría general jurisprudencial sobre el alcance de la responsabilidad patrimonial por licencias urbanísticas, entiende que si bien es cierto que

“(…) cuando se otorga una licencia que infrinja el ordenamiento, lo es a petición del interesado y como regla de conformidad con el proyecto presentado, por lo que hace difícil la posibilidad de alegar desconocimiento de la infracción (salvo en caso de ordenaciones urbanísticas incompletas o confusas, etc.). Sin embargo ello no es suficiente porque la nueva normativa no supone una exención total o absoluta de responsabilidad (frente al sistema anterior), sino que exige la existencia de dolo o culpa grave imputable al administrado” (FJ 3º).

A mayor abundamiento insiste la Sala en que difícilmente puede advertirse una negligencia o culpa grave del administrado en la valoración de las circunstancias urbanísticas para la elabo-

ración y presentación del correspondiente proyecto, cuyo alcance había resultado altamente controvertido entre los servicios técnicos y jurídicos de la propia Administración. Por tanto, su intervención presentando la solicitud de licencia en tales condiciones no puede considerarse determinante de la indebida concesión de la licencia, y quedar por esta causa exonerada la Administración de su obligación de comprobar si el proyecto es o no conforme con dicha legislación urbanística, y de resolver las dudas o diferencias de criterio en su interpretación y aplicación que ha de plasmarse en la correspondiente resolución administrativa, de cuyos resultados es responsable, precisamente, dicha Administración.

Por todo ello, concluye que

“(…) no puede hablarse en este caso de negligencia grave por parte del administrado en el conocimiento de las normas urbanísticas y el planteamiento del proyecto soporte de la licencia de obras solicitada. Por el contrario, las discrepancias entre los distintos servicios administrativos sobre la interpretación y alcance de las normas urbanísticas aplicables al caso, que han sido las determinantes de la concesión de la licencia inicial, después anulada, corresponde resolverlas por la Administración en la pertinente decisión, respondiendo de las consecuencias derivadas de su ulterior anulación por no ajustarse a la recta aplicación de tales normas” (FJ 3°).

Los conceptos que resultarían indemnizables, a juicio de la Sala, serían el coste de las obras necesarias para la modificación del acceso de los vehículos a las plazas de aparcamiento del edificio, la minuta de títulos y honorarios profesionales, los gastos financieros de la inutilidad de los garajes durante un período de tiempo, en concreto el que media entre la finalización de la obra inicial y la modificación del acceso a ella, así como la pérdida del valor del local en la planta baja en la medida en que se eliminan plazas de aparcamiento y trasteros. No puede computarse en él, sin embargo, como lucro cesante la consolidación a favor del sujeto de una actividad ilícita.

#### 4. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

##### A) Acción popular

La STS de 30 de junio de 2008, Ar. 4308, se plantea la validez de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo formulado en su día por una persona, en ejercicio de la acción pública, y continuado, tras su fallecimiento, por sus herederos, contra la resolución del Consello de la Xunta de Galicia por el que se aprobó definitivamente el Proyecto de Readaptación del Plan General de ordenación Urbana de Vigo a la Ley de 1985.

Para la Sala de instancia, no se ha acreditado la condición de herederos de los recurrentes. Pero además, dicho reconocimiento resulta inocuo cuando se está ante un proceso seguido en el ejercicio de la acción pública,

“(…) que no está en el comercio de los hombres y que concretamente no forma parte del patrimonio que una persona deje al fallecer, al no poder integrarse entre los derechos a que se refieren los artículos 659 y 661 del Código Civil, de la misma manera que no

## XI. Urbanismo

podría disponer de ella por testamento para después de su muerte, ni transmitirla a otro por actos (inter vivos), y todo ello porque con ella no se está defendiendo ningún interés personal patrimonializable aunque solo fuera por título de perjuicios morales, sino ejercitando altruistamente una defensa de la calidad de vida de la sociedad a través de la observancia de la normativa urbanística, y ésta es una facultad que compete a cualquiera pero que ejercitada por uno con su muerte se extingue; tampoco cabe pensar en que ocurrido el fallecimiento, la acción quede vacante a la espera que cualquiera que la quiera ocupar, sin que quien quiera ejercitarla habrá de hacerlo como titular originario y no derivativo de ella, si al tiempo está y comenzando por la correspondiente reclamación en vía administrativa para someterla luego, si fuere el caso, al control jurisdiccional” (FJ 3º de la sentencia de instancia).

No conforme con dicha argumentación y el consiguiente fallo, el Tribunal Supremo casa la sentencia al entender que

“Es cierto que la acción pública no tiene en sí misma un contenido patrimonializable, pues sólo presupone el reconocimiento legal al ciudadano de la legitimación que le habilita para intervenir en determinados ámbitos de la acción administrativa, no sólo durante el procedimiento de preparación y elaboración de la decisión de la Administración sino mediante su impugnación en vía jurisdiccional una vez que la decisión haya sido adoptada; y ello aunque ésta no afecte a su esfera de derechos o intereses de contenido patrimonial. Y es cierto, también, que en nuestro ordenamiento no se contempla la transmisión de la acción pública así configurada, en abstracto, como reconocimiento legal legitimador. Pero aquí no se trata de la acción pública en abstracto, sino de una acción ya ejercitada; y ese ejercicio dio origen a una relación jurídica procesal concreta, en cuyo seno surgieron derechos y obligaciones con contenido propio y con innegables consecuencias en la esfera patrimonial –piénsese en los gastos y costas procesales–.

Por ello, si el recurrente que ejercitó en su día la acción pública fallece cuando ya se ha dictado sentencia favorable a sus pretensiones, debe reconocerse a sus herederos, si se personan en la causa, el derecho a instar la ejecución del fallo tanto en lo relativo a los pronunciamientos sustantivos como en cuanto al que pudiera haber recaído en materia de costas procesales. De igual modo, debe admitirse la sucesión procesal a favor de los herederos cuando el fallecimiento del recurrente originario se produce durante la tramitación antes de que recaiga sentencia” (FJ 3º).

### **B) Ejecución subsidiaria de la demolición de lo indebidamente construido**

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo número uno de Almería había dictado sentencia confirmando la validez de un decreto del Concejal Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Níjar por el que se disponía la ejecución forzosa por los Servicios técnicos Municipales de las obras necesarias para el restablecimiento de la seguridad de un inmueble, por incumplimiento por su propietario de un decreto anterior, así como exaccionar al propietario el importe de los gastos, daños y perjuicios que pudieran ocasionarse, practicándole la oportuna liquidación y notificación.

La Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía –Granada–, estima el recurso de apelación interpuesto por el propietario del inmueble por haber incurrido el acto administrativo en desviación de poder. Recurrido este fallo por el Ayuntamiento de Níjar, el Tribunal Supremo, en su **STS de 10 de junio de 2008**, Ar. 5549, declara no haber lugar a él.

El argumento principal de la Sala de instancia, luego acogido por la alta instancia jurisdiccional, es la situación de copropiedad del inmueble afectado por la obligación urbanística y la ausencia por parte de la Administración municipal de exigencia a todos los propietarios del condominio de dicha obligación.

Ante esta situación, los copropietarios no responden de manera solidaria, sino mancomunadamente, no hallándose obligados más que por la parte alícuota que les corresponda. Por ello, la Administración tiene que exigir de todos y cada uno de los propietarios del inmueble el cumplimiento de la obligación que dimana del párrafo 1 del artículo 245 del TRLS del 1992, pues el condominio no permite elegir arbitraria u objetivamente a cualquiera de los copropietarios y omitir a los demás, siendo el caso que al Ayuntamiento constaba la existencia de otros copropietarios a los que no había dirigido el oportuno requerimiento. Si bien esta obligación no tiene trascendencia anulatoria cuando se trata de un simple requerimiento, “... sí alcanza eficacia invalidante cuando se pretende pasar a imponer la ejecución sustitutoria de la Administración, imponiendo las cargas económicas derivada de la misma al único copropietario requerido”.

Concluye, por tanto, la Sala considerando que lo razonado priva de validez al decreto que ordena la ejecución sustitutoria por la Administración, y la posible exacción de los gastos y su importe al actor en cuanto resultó ser el único propietario requerido. Esta actuación municipal está incurso en el vicio de desviación de poder, ya que los datos obrantes en autos evidencian el perfecto conocimiento que tenían los responsables municipales de la situación de condominio sobre el inmueble pese a lo cual personalizaron en un solo propietario la exigencia de la responsabilidad por los gastos que pudiera acarrear la ejecución sustitutoria ordenada por la Administración sin haber requerido previamente a los demás copropietarios (FJ 5°).

### **C) Régimen sancionador: Sujeto responsable de la obligación de restitución de los terrenos a su estado anterior**

La **STS de 17 de diciembre de 2008**, Ar. 459 de 2009, estima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Compensación del PAU II-3 Las Tablas frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que había declarado ajustado a Derecho el Acuerdo del Presidente de la Confederación Hidrográfica que había impuesto a la recurrente la obligación de restitución de los terrenos situados en los cauces públicos de los arroyos y afluentes a su estado anterior.

Para la alta sede jurisdiccional los argumentos del tribunal de instancia no pueden ser acogidos porque la referida Junta de Compensación no es la única responsable de la infracción realizada, esto es, la construcción en zona de policía de cauces sin autorización previa del Organismo de cuenca, sino que además son sujetos responsables el Ayuntamiento de Madrid y la Comunidad Autónoma madrileña.

## XI. Urbanismo

En efecto, según el artículo 78 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, la autorización del Organismo de cuenca puede ser suplida si el correspondiente Plan de Ordenación Urbana u otras figuras de ordenamiento urbanístico o planes de obra de la Administración hubieran sido informados por el Organismo de cuenca y hubieran recogido las oportunas previsiones formuladas al efecto. Este informe no se ha evacuado en el presente caso.

Por ello, entiende el la Sala de casación que

“(…) ni el Ayuntamiento ni la Comunidad Autónoma de Madrid, podían permanecer ausentes del procedimiento iniciado por la Confederación Hidrográfica, ya que eran dichas Administraciones las –en su caso- responsables de haber omitido el informe preceptivo previo de la Confederación Hidrográfica durante la elaboración del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, y, ante su ausencia, de obtener la correspondiente autorización administrativa de la citada Confederación.... Pues, lo que no resulta de recibo es concretar la responsabilidad en que se fundamentan las resoluciones recurridas exclusivamente en la Junta de Compensación, a la que podemos considerar mera ejecutora de las obras realizadas en la zona de policía de cauces, en el marco del planeamiento aprobado por las mencionadas Administraciones, y de conformidad con la autorización y supervisión por las mismas realizadas. Es por ello evidente que el procedimiento (primero sancionador y luego de restauración de la realidad física) no debió seguirse en exclusividad con la Junta de Compensación, ya que la autonomía de la misma en la actuación que nos ocupa no podemos alcanzar a percibirla” (FJ 5°).

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

CONSUELO ALONSO GARCÍA

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

RUBÉN SERRANO LOZANO

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS



**XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL****Sumario:**

**1. Bienes locales.** A) Potestades administrativas: vía de hecho y potestad de recuperación de oficio. B) Potestades administrativas: obligación de ejercitarlas en defensa de sus bienes.

**2. Aguas Continentales.** A) Tránsito Tajo-Segura: impugnación del Acuerdo del Consejo de Ministros, sobre tránsito de aguas a la cuenca del Segura.

B) Aprovechamiento hidroeléctrico. Valoración a los efectos de determinación de su justiprecio. Caducidad de la concesión administrativa. C) Delimitación de Dominio Público Hidráulico: río Alberche. Solicitud de autorización al Organismo de cuenca para la tala de árboles en zona de dominio público hidráulico.

**3. Aguas marítimas.** A) Deslinde del dominio público costero. a) Su finalidad es declarar demanio marítimo aquello que, por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo, lo es. b) Procedimiento: el deslinde provisional no condiciona el alcance del definitivo. B) Recuperación de oficio: frente a usurpaciones demaniales la Administración costera ejercerá en cualquier tiempo esta potestad. C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes. a) Ocupación de la servidumbre de protección: la decide la Administración autonómica previo informe no vinculante de la Administración costera estatal. b) La extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbano depende de su clasificación como tal a la entrada en vigor de la Ley de Costas. c) Salvo excepciones, no caben obras en zona de servidumbre de tránsito. D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre.

a) La disposición transitoria primera.4 de la Ley de Costas sólo se aplica a los propietarios de terrenos comprendidos entre la antigua y la nueva delimitación del demanio costero. b) Las concesiones de uso privativo del demanio costero no son transmisibles mediante acto intervivos. E) Infracciones y sanciones. a) La ocupación sin título del demanio costero constituye una infracción administrativa grave. b) La responsabilidad sancionadora por infracción de la Ley de Costas se extingue por fallecimiento del infractor. F) Puertos: infracciones graves. G) Pesca y cultivos marinos. a) Debe reintegrarse la subvención para la construcción de buque pesquero en caso de incumplimiento de las condiciones de su otorgamiento. b) No cabe reclasificación de oficio de buque pes-

quero desatendiendo la opción formulada por su titular. H) Salvamento marítimo: no cabe aplicar las sanciones previstas en el ordenamiento español cuando la infracción se comete fuera de su ámbito de validez espacial. **4. Propiedades públicas. Régimen económico financiero.** A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua, imposición y ordenación. a) Elementos de identificación de los tributos (I): hecho imponible. b) Elementos de identificación de los tributos (y II): sujetos pasivos. c) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa. d) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación. e) Revisión, reclamaciones y recursos. f) Relaciones con la tasa por prestación de trabajos facultativos de vigilancia, dirección e inspección de obras. B) Aguas continentales: canon por utilización de bienes del dominio hidráulico. C) Aguas marítimas: puertos. D) Fiscalidad de los bienes de titularidad pública: Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

## 1. BIENES LOCALES

### A) Potestades administrativas: vía de hecho y potestad de recuperación de oficio

La STSJ de Andalucía (Sevilla) 184/2008, de 8 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, se pronuncia sobre si constituye vía de hecho la recuperación de unos bienes municipales no ajustada a las normas contenidas en la legislación local. Posibilidad que rechaza en el caso concreto, dado que no se ha prescindido totalmente del procedimiento legalmente establecido.

En concreto, en la sentencia citada se afirma que el órgano que resuelve, en virtud de su integración en el orden contencioso-administrativo, sólo tiene potestad para revisar el ejercicio de una determinada prerrogativa pública; lo que, dicho en otras palabras, excluye la posibilidad de un pronunciamiento sobre la titularidad del vial controvertido, que queda remitido, a voluntad de las partes, a la jurisdicción civil, y constriñe a revisión, exclusivamente, la regularidad en el ejercicio de una potestad administrativa, que tiene como resultado la conversión de la Administración en poseedora a título de dueño de un bien inmueble. Es decir, sigue diciendo el Tribunal, la alternativa legal es la siguiente: o la posesión de los bienes por el Ente Local es producto del ejercicio regular de una potestad administrativa, o debemos tratar su ocupación como reflejo de una actuación de despojo llevada a cabo fuera de todo procedimiento habilitado al efecto.

No obstante, en el caso debatido el Tribunal considera que no existe vía de hecho por las siguientes razones. En primer lugar, la actuación municipal se encontraba amparada por la aprobación de un proyecto de urbanización de Plan parcial. Ello implica, según se indica en la

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Sentencia citada, que la referencia a la ejecución del planeamiento valdría en principio como título justificativo de la posesión municipal, si se piensa en la tradición impuesta por nuestras leyes urbanísticas –de la que no se sustraía el texto refundido de la Ley del Suelo 9 de abril de 1976–, de sujetar al propietario del suelo en proceso de urbanización a una serie de deberes legales de cesión, concretados en los terrenos destinados a dotaciones públicas y aquellos en que se localice el aprovechamiento correspondiente a los Ayuntamientos, por exceder del susceptible de apropiación privada. Tal referencia a un título administrativo desplaza a la actora la carga de probar que su tramitación o ejecución estuvo acompañada de irregularidades manifiestas, o de la omisión total y absoluta de la condición del titular de la finca como interesado. Por tanto, no cabe hablar, en principio, de vía de hecho por inexistencia de procedimiento (lo es el de urbanización), y cabría hacerlo, a lo sumo, por extralimitaciones en su ejecución.

En segundo lugar, existe una discrepancia entre la superficie inscrita en el Registro de la propiedad y la real. Discrepancia que puede responder al proceso urbanizador antes comentado y los deberes de cesión a la Entidad local en aplicación de la legislación urbanística. Proceso que se llevó a cabo no con el propietario recurrente, sino con un propietario anterior. Partiendo de estos datos, la recurrente da por hecho la inexistencia de cesión legal a favor del Ayuntamiento de los terrenos reclamados, cuando lo que tiene que demostrar es, justamente, que la urbanización se llevó a cabo a espaldas del entonces titular dominical. Es decir, ignoramos si la reducción de la finca a unos límites posesorios precisos fue o no consentida por el propietario anterior con motivo de su intervención en el proceso urbanizador, porque nada sabemos de las vicisitudes de la finca en un momento anterior al de dicha adquisición, al no haber probado la recurrente los datos que venimos señalando, es decir, la presencia de desviaciones en el procedimiento urbanizador susceptibles de ser tratadas por su envergadura como una vía de hecho. Y en cambio, no nos es dado afirmar la concurrencia de esta última, por lo que, al no admitir los razonamientos y apreciaciones sobre los que sustenta la sentencia apelada, debe revocarse, a reserva de lo que resulte en el proceso declarativo civil que en su caso se entable por la propiedad definitiva del inmueble.

### **B) Potestades administrativas: obligación de ejercitarlas en defensa de sus bienes**

La STSJ de Galicia 89/2007, de 15 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, se pronuncia sobre un caso en el que se ha concedido a un particular propietario de una finca colindante con un camino una licencia de desescombro; y el particular lo que hace es proceder a realizar desmontes en dicha finca, afectando a un camino colindante, al reducir su anchura y hacer una talud en uno de los lados. Ante estos hechos, se denuncia la situación al Ayuntamiento, sin que la Entidad local proceda a acordar la restauración de la legalidad urbanística y del camino. El tribunal accede a la petición de los recurrentes por las razones que a continuación se indicarán.

En concreto, en la sentencia citada se dice que en la demanda se añade en su fundamentación jurídica que el Ayuntamiento incumple su obligación de defender la integridad de sus bienes y derechos municipales, y, por otro lado, que se infringe el artículo 61 de la Ley del Suelo de Galicia, así como el artículo 69 de la normas subsidiarias del Municipio en cuanto ordena retranquear las construcciones y cierres a una determinada distancia del eje de la vía para garantizar la seguridad de su uso, y también, por analogía, el artículo 3.2 de la Ley de Carreteras de 1988, en cuanto obra ilegal –la de autos– llevada a cabo en zona de servidumbre

del camino. Pero, con independencia de la manifiesta situación de inseguridad en que quedó tal vía pública como consecuencia de las obras realizadas, el recurso tiene que ser claramente estimado por el hecho de la certeza de lo primero que se denuncia como contrario a derecho, referido a la manifiesta insuficiencia de la licencia concedida al particular para llevar a cabo las obras que realmente hizo. Ésta se le otorgó exclusivamente para desescombro de un terreno sito al lado de la carretera General, se supone, lógicamente, para retirar materiales u objetos existentes sobre la superficie del terreno, por lo que constituye una actuación totalmente abusiva y fuera del contenido de tal licencia el haber hecho una amplísima y completa explanación o desmonte de toda la finca libre, en el lado exterior de la nave, lo que en nada se corresponde con lo que les fue permitido y constituye, por sí mismo, una flagrante ilegalidad de la que ya se dio cuenta en las denuncias y en la demanda, en la que ya se decía que concurrían los requisitos para poder considerarla nula en lo que se refiere a la obra ejecutada, en cuanto distinta a la realmente objeto de autorización, y que lo que procedía era anular el acuerdo impugnado, y, en consecuencia, iniciar el correspondiente expediente de restauración y reposición de la legalidad urbanística vulnerada con todos los efectos que deban derivarse de ello, a cuya petición, por lo ya dicho, procede que la Sala acceda.

## 2. AGUAS CONTINENTALES

### A) Tránsito Tajo-Segura: impugnación del Acuerdo del Consejo de Ministros, sobre tránsito de aguas a la cuenca del Segura

Se discute en la STS de 15 de enero de 2009 (recurso de casación 329/2005), la legalidad del Acuerdo de Consejo de Ministros de fecha 30 de septiembre de 2005, por el que no se acordó tránsito de aguas para uso de riego, desde la cabecera del Tajo hasta la cuenca del Segura.

En el recurso contencioso administrativo de referencia se solicita por parte del Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura la anulación del Acuerdo del Consejo de Ministros recurrido, y que se declare que debió haberse reconocido el tránsito para riego de recursos excedentarios existentes en los embalses de Entrepeñas y Buendía.

En cuanto a los fundamentos de derecho sobre los que se sustancia el recurso por parte de la representación procesal del Sindicato Central de Regantes, la pretensión de nulidad del Acuerdo de Consejo de Ministros se argumenta fundamentalmente sobre dos motivos. Por un lado, en la falta de motivación del acto administrativo recurrido y, por otro, se determina como cuestión de fondo, la existencia de un derecho al tránsito para riego cuando las dotaciones lo dispongan, si se dispone de recursos excedentarios, por entenderse que estamos ante una actividad reglada y no discrecional.

Es decir, la principal causa de nulidad del acuerdo impugnado por los usuarios regantes de las zonas regables del Segura, consiste en la invocación de que ostentan un verdadero derecho *ex lege* a que anualmente se trasvasen para riego sus respectivas dotaciones. Se establece por tanto a juicio del recurrente, un derecho de tránsito para el riego cuando las dotaciones lo permitan, si se dispone de recursos “excedentarios”.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Entiende por lo tanto el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo Segura, que de conformidad con la normativa reguladora del trasvase Tajo-Segura, cuando hay estos excedentes nace el derecho al trasvase hasta el volumen máximo permitido por la Ley. Invoca para ello la representación procesal de los regantes: la Ley 21/1971, de 19 de junio, sobre aprovechamiento conjunto Tajo-Segura; la Ley 52/1980, de 16 de octubre, sobre Regulación del Régimen Económico de la Explotación del Acueducto Tajo-Segura y los Decretos 693/1972, 674/1973, 1533/1975, 673/1973, 1111/1975, 675/1973, 729/1974, 1110/1975, 672/1973 y 1278/1975.

Asimismo, se invoca por el recurrente la aplicación de la disposición adicional tercera, de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, relativa al Trasvase Tajo-Segura, en la que se fija el nivel por encima del cual las aguas tienen el carácter de “excedentarias”, en cuanto a las transferencias de agua a aprobar desde la cabecera del Tajo: “se consideran aguas excedentarias todas aquellas existencias embalsadas en el conjunto de Entrepeñas-Buendía que superen los 240 hm<sup>3</sup>. Por debajo de esta cifra no se podrán efectuar trasvases en ningún caso”.

Tras los distintos razonamientos efectuados por las partes, el TS determina en su FJ 4º, que la superación del volumen cifrado en 240 hm<sup>3</sup>, legalmente establecido, no da derecho al trasvase, sin más, y con el carácter automático que postula la parte recurrente. Sobre ello afirma el Tribunal que el párrafo segundo de la disposición adicional tercera determina que ese límite cuantitativo puede fluctuar, teniendo en cuenta las demandas de la propia cuenca del Tajo que tienen carácter preferente, mediante el preciso equilibrio que ha de mediar en todo trasvase entre las necesidades de la cuenca cedente y las carencias de recursos hídricos de las receptoras. Al respecto el artículo 23 del Plan Hidrológico de la cuenca del Tajo, establece una serie de criterios, tales como proporcionar la máxima seguridad técnica al suministro para los usuarios del Tajo (apartado 1), fijándose como límite en los términos ya expresados los 240 hm<sup>3</sup> (apartado 2), estableciendo efectivamente que tal agua “excedentaria” puede ser trasvasada, lo que no significa que deba ser trasvasada de forma automática siempre que haya una petición de riego como la formulada por el Sindicato Recurrente.

Procederá el trasvase, dice el Tribunal, cuando concurran las garantías y con las prevenciones que se señalen al respecto, correspondiendo a la Comisión Central de Explotación del Acueducto Tajo-Segura, conforme a las atribuciones que le confieren los Reales Decretos 2530/1985 y 1972/1988, establecer las reglas de explotación de los embalses.

Conforme lo anterior, concluye el TS, que de haberse atendido la petición del sindicato recurrente de trasvasar los volúmenes solicitados, se hubiera puesto en peligro el abastecimiento humano, según consta en el folio 4 del informe de situación de la Comisión Central de Explotación de 28 de septiembre de 2005.

En definitiva, el TS afirma que la autorización que comporta el trasvase que se pretendía no puede establecerse con carácter automático si se da la existencia de aguas “excentarias”, sino que la decisión reglada puede requerir la aplicación y ponderación de otros criterios, tal y como establece el artículo 23 del Plan Hidrológico de la cuenca del Tajo. Por este motivo, el TS desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2005, declarando dicho acuerdo conforme al ordenamiento jurídico.

Ver en el mismo o similar sentido la STS de 19 de enero de 2009, relativa al recurso contencioso-administrativo 286/2005, interpuesto por la Comunidad Autónoma de la Región de

Murcia, contra el Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de septiembre de 2005, por el que se aprobó el trasvase de 39 metros cúbicos del Tajo al Segura. Asimismo la **STS de 17 de enero de 2009**, relativa al recurso contencioso-administrativo 245/2005, interpuesto la Generalitat Valenciana, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 1 de julio de 2005, por el que se autorizó un trasvase de 82 hm<sup>3</sup> de la cabecera del Tajo. La **STS de 27 de enero de 2009**, relativa al recurso contencioso-administrativo 254/2005, por la que se desestima el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla-La-Mancha, contra el Acuerdo de Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, por el que se autorizó un trasvase de 82 hm<sup>3</sup> de agua con destino al acueducto Tajo-Segura. Y, finalmente, la **STS de 2 de abril de 2009**, recurso de casación 354/2005, en el que se impugna por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, ante falta de propuesta de la Comisión Central de Explotación, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2005, por el que se acordó el trasvase de 18 hm<sup>3</sup> en las zonas servidas con aguas procedentes del acueducto Tajo-Segura, para riego de socorro.

### **B) Aprovechamiento hidroeléctrico. Valoración a los efectos de determinación de su justiprecio. Caducidad de la concesión administrativa**

En la **STS de 12 de febrero de 2009** (recurso de casación 3807/2005), se trata la Resolución del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Segovia, de fecha 31 de enero de 2002, a través de la interposición de recurso de casación contra la Sentencia de instancia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (recurso contencioso-administrativo núm. 229/02). En esta casación se discute como cuestión de fondo, objeto de controversia, la valoración adecuada de un aprovechamiento hidráulico y caducidad, de conformidad con la Ley de Aguas.

La parte recurrente interpone recurso de casación contra la citada Resolución del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, solicitando: a) la declaración de disconformidad a su ordenamiento jurídico y su anulación; b) que se declare la vigencia de la concesión administrativa que la sentencia de instancia considera caducada y c) que se declare un justiprecio en concepto de aprovechamiento hidroeléctrico de 2.296.001 euros más los intereses correspondientes.

En relación con la caducidad del aprovechamiento hidroeléctrico, el TS reitera el criterio y fundamentación de la sala de instancia, al entender que éste había caducado y sólo quedaba pendiente de certificar esta caducidad por la Administración dictándose la correspondiente resolución, pero que tal circunstancia no es impedimento para que, *de facto*, se pueda considerar la caducidad por falta de uso de la concesión administrativa, dado que por parte del titular no existía voluntad alguna, ni actuación tendente a rehabilitar la concesión, como se aprecia en autos por no haber realizado actuación alguna desde 1992, habiéndose interrumpido el período de explotación por un plazo superior a tres años, por lo que nos encontramos en el supuesto de caducidad de la concesión que recoge el artículo 161.2 del RDPH y artículo 66.2 de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas).

Aprecia por lo tanto el TS que existe una falta de diligencia y abandono del aprovechamiento por parte del titular, en cuanto a la falta de uso y rehabilitación, que se produce únicamente como consecuencia del titular del aprovechamiento. En este sentido el TS confirma el argumen-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

to del Tribunal de instancia en el sentido de que el criterio general de la resolución y declaración expresa por la administración del acto de caducidad, ha de ser matizado cuando la culpa de la falta de rehabilitación se produce como consecuencia del comportamiento del titular del aprovechamiento que, habiendo adquirido en 1992 el citado aprovechamiento y habiéndose procedido a la inscripción provisional, incumplió la obligación de proceder a la puesta en explotación del aprovechamiento en los términos en que fue requerido en julio de 1996, habiéndose interrumpido, además, su explotación por un plazo superior a tres años llegándose a producir la extinción de dicha concesión por falta de utilización (artículo 161.2 del RDPH).

Lo anterior deriva en una improcedencia de valorar el aprovechamiento, a los efectos de determinar su justiprecio. Determina el TS que no procede considerar que al momento de la expropiación, ni de la valoración, existiese aprovechamiento alguno utilizable (FJ 2º). Argumenta de forma adicional el TS (FJ 3º) que el aprovechamiento hidroeléctrico se encontraba en una situación de ruina y abandono total en los elementos materiales afectos y en auténtica caducidad por falta de uso. Siendo de aplicación, tanto lo dispuesto en los artículos 161.2 del RDPH y 66.2 de la Ley de Aguas, como lo establecido en el artículo 411, del Código Civil, al estar abandonadas las instalaciones durante más de 25 años sin haberse procedido a su rehabilitación.

Por todo lo cual y rechazado el primero de los motivos casacionales, el TS argumenta que decae el motivo casacional segundo y con ello la improcedencia de una autónoma valoración del aprovechamiento hidroeléctrico, declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 22 de abril de 2005, dictada en el recurso 229/2002 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

### **C) Delimitación de Dominio Público Hidráulico: río Alberche. Solicitud de autorización al Organismo de cuenca para la tala de árboles en zona de dominio público hidráulico**

En la STS de 16 de marzo de 2009 (recurso de casación 9341/2004), se discute la sentencia de instancia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2004, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo 805/2002, interpuesto por la mercantil recurrente “Explotaciones Agropecuarias del Alberche, SA” contra las resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Tajo de 27 de febrero de 2002, que desestiman los recursos de reposición interpuestos contra resoluciones de fecha 12 de diciembre de 2001, en las que se acuerda dejar en suspenso la resolución del procedimiento de autorización de tala de árboles hasta que no se realizase deslinde del dominio público hidráulico.

De los antecedentes de la sentencia consta que en fecha 9 de octubre de 2000, la sociedad “Explotaciones Agropecuarias del Alberche, SA”, titular de una finca rústica denominada “El Alamin”, cursó tres peticiones de autorización para actividades de corta y plantación de chopos en la zona ribereña de la margen derecha del río Alberche. La controversia se plantea cuando en la tramitación administrativa de dichas solicitudes, ante la Confederación Hidrográfica del Tajo, se emite informe del Servicio de Guardería Fluvial indicando que la superficie ocupada por los chopos que se pretenden talar se encuentra dentro de zona de dominio público hidráulico del río Alberche. Asimismo consta que en fecha 13 de febrero de 2001, se realiza informe por el Servicio Técnico basado en un deslinde realizado en 1991 y en otro más reciente de 9 de febrero de 2001, en zona aguas debajo de la afectada, afirmando

que: “siguiendo la alineación de los puntos señalados como de dominio público hidráulico, se deduce que los terrenos donde se pretenden cortar los chopos son de dominio público”.

Ante tales hechos, la Confederación Hidrográfica del Tajo comunica al interesado que se le da un plazo de 10 días para realizar alegaciones, con examen del expediente. Se formulan alegaciones por la entidad mercantil recurrente, alegando que los terrenos afectados son de titularidad privada, solicitando de la Confederación pruebas y la aportación de cuantas resoluciones se dicten aprobando el deslinde de los terrenos que afecten a la recurrente. Finalmente, con fecha 12 de diciembre de 2001, se dictan resoluciones por la Confederación Hidrográfica del Tajo, acordando la suspensión de la autorización hasta tanto no se realice el deslinde.

Contra dichas resoluciones se interpuso por la mercantil recurrente recurso de reposición que fue desestimado mediante resoluciones de 27 de febrero de 2002.

Se planteó el recurso contencioso-administrativo por la entidad mercantil ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por entender que existen defectos de fondo que dan lugar a la nulidad de las resoluciones de la Confederación Hidrográfica del Tajo, argumentándose que la suspensión del procedimiento no se ajusta a las causas contempladas en el artículo 45.2 de la Ley 30/1992 y que la falta de prueba de la Confederación no es compatible con las declaraciones que se efectúan por el Organismo de cuenca sobre el fondo del asunto, declarando que la zona donde se pretende la tala de árboles es de dominio público hidráulico, con vulneración al respecto de los artículos 80 y 81 de la misma Ley 30/1992.

La sentencia de instancia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 14 de abril de 2004 afirma que el problema se produce cuando la Confederación Hidrográfica inicia expediente en el que por los informes que se aportan se considera que la zona objeto de tala de árboles no es de zona de policía de cauces (como afirma la mercantil), sino de dominio público hidráulico, y a tal efecto entiende se ordena la suspensión de la autorización al objeto de proceder al oportuno deslinde. Entiende la Sala de instancia que las resoluciones de la Confederación no consisten en una suspensión para resolver, como dispone el artículo 42 de la Ley 30/92, sino que se “resuelve” en el sentido de que no cabe autorización hasta que no se realice el deslinde y por lo tanto se suspende ésta.

Afirma la Sala de instancia que el artículo 87 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (actual artículo 95 del Texto Refundido de la Ley de Aguas), dispone que el deslinde de los cauces de dominio público corresponde a la Administración del Estado, que lo efectuarán los Organismos de cuenca según el procedimiento que reglamentariamente se determina en el Reglamento de Dominio Público Hidráulico (Real Decreto 849/1986, de 11 de abril). Considerando que la Administración es la competente, por tanto, para proteger los terrenos afectados, y cuando limiten con propiedad privada, el deslinde se hace especialmente necesario para la protección del dominio público hidráulico. Todo ello conduce a la Sala de instancia a desestimar el recurso.

Una vez planteada la controversia ante el Tribunal Supremo, a través de recurso de casación núm. 9341/2004 y expuestos los motivos de casación por la mercantil recurrente, todos ellos al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, el TS entra a examinar los motivos de casación esgrimidos y determina que las resoluciones de 12 de diciembre de 2001, de la Confederación Hidrográfica del Tajo, en las que se acuerda dejar en suspenso la re-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

solución del procedimiento de tala de árboles, hasta tanto no se realice el deslinde, no pueden entenderse justificadas sobre la base del artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al no respetarse las causas tasadas de suspensión del procedimiento que allí se establecen.

Afirma el TS, que el motivo de casación primero debe ser acogido (vulneración del artículo 42.5 de la Ley 30/1992), pues considera que la decisión adoptada por la Administración no encaja en ninguno de los supuestos de suspensión de plazo para resolver previstos en dicho artículo. Y en relación con lo expuesto, el TS entiende que debe ser acogido también el motivo de casación segundo, por vulneración de los artículos 80 y 81 de la Ley 30/1992, en la medida que por la Confederación se realizan afirmaciones sobre la naturaleza del terreno sin la previa apertura de un período de prueba.

Afirma el TS en su FJ 4º, que: “es cierto que el expediente de deslinde es el cauce procedimental indicado para determinar el ámbito de los cauces de dominio público (artículo 95.1 del Texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y artículos 240 y siguientes del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril). Ahora bien, sin perjuicio de que el procedimiento de deslinde puede también iniciarse a instancia de parte, debe tenerse presente que es en todo caso la Administración del Estado a la que corresponde realizar esa delimitación del dominio público. Y siendo ello así, habiéndose presentado una solicitud de autorización de tala de árboles en la que la solicitante manifiesta expresamente que la corta no se realizará en terrenos de dominio público hidráulico, sino en la zona de policía, la falta de un previo expediente de deslinde no puede justificar que la Administración deje sin resolver esa petición”.

Concluye el TS que la Administración no debió dejar en suspenso la resolución del procedimiento sino que, previa práctica de las diligencias y pruebas que resultasen necesarias, debió decidir sobre la autorización de la tala de árboles solicitada.

Por todo lo anterior, el TS afirma que la sentencia recurrida debe ser casada y anulada, estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo y, anulando las resoluciones administrativas que puedan dejar en suspenso el procedimiento hasta que se tramite el deslinde, y ordenando la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al dictado de las resoluciones para que por la Confederación Hidrográfica se acuerde lo que proceda sobre las pruebas propuestas por el solicitante y cualesquiera otras diligencias de prueba que de oficio se consideren necesarias, y se dicte luego la resolución que proceda sobre la autorización para tala de árboles solicitada.

### 3. AGUAS MARÍTIMAS

#### A) Deslinde del dominio público costero

##### a) Su finalidad es declarar demanio marítimo aquello que, por naturaleza y consecuente reconocimiento normativo, lo es

En la mayoría de las crónicas sobre costas aparecidas en esta Revista se mencionan pronunciamientos que resuelven recursos presentados frente a órdenes aprobatorias de procedimientos de deslinde, en el sentido de ratificar el carácter demanial de los bienes costeros que por su naturaleza y características físicas se acomodan a las determinaciones normativas al efecto.

Y ésta no es una excepción: **SAN de 4 de junio de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 136/2008) (referida a playas); **SAN de 21 de mayo de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 443/2007) y **STS de 7 de mayo de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 9364/2004) (sobre terrenos inundables por la acción del agua del mar); **SAN de 6 de mayo de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 568/2007) (relativa a terrenos incorporados por los concesionarios para completar la superficie de una concesión de dominio público marítimo-terrestre que les haya sido otorgada, cuando así se establezca en las cláusulas de la concesión) y **SAN de 6 de mayo de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 382/2007) (referida a terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras).

### **b) Procedimiento: el deslinde provisional no condiciona el alcance del definitivo**

No es difícil entender que el deslinde costero es un procedimiento especialmente complejo, en el que la variedad física y jurídica de los bienes considerados impele a recabar escrupulosamente toda la información existente, de plural procedencia, para establecer el trazado final de la línea del demanio marítimo-terrestre. Por este motivo, como recuerda el FJ 5º de la **SAN de 4 de junio de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 136/2008), la variación entre la propuesta inicial de deslinde (mero punto de partida) y el finalmente trazado no constituye una anomalía, ni supone conducta arbitraria por parte de la Administración, ni desconocimiento de sus actos propios, siendo una consecuencia normal de la razón de ser de la tramitación de un procedimiento de esta índole.

### **B) Recuperación de oficio: frente a usurpaciones demaniales la Administración costera ejercerá en cualquier tiempo esta potestad**

Las ocupaciones sin título de bienes del dominio público marítimo-terrestre obligan a la Administración del Estado, como titular de él, a ejercer en cualquier tiempo y sin necesidad de acudir a la tutela judicial, la potestad de recuperación de oficio, ordenando la demolición de las instalaciones indebidamente realizadas sobre los bienes usurpados (**STS de 25 de mayo de 2009**, Sala de lo Contencioso, recurso 5447/2006).

### **C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes**

#### **a) Ocupación de la servidumbre de protección: la decide la Administración autonómica previo informe no vinculante de la Administración costera estatal**

Según lo dispuesto en los artículos 48 y 49 del Reglamento de Costas, los usos permitidos en la zona de servidumbre de protección estarán sujetos a autorización de la Comunidad Autónoma correspondiente, que solicitará, con carácter previo a su resolución, informe del Ministerio de Medio Ambiente en cuanto a la delimitación del límite interior de la ribera del mar, línea de deslinde, mantenimiento de las servidumbres de tránsito y acceso al mar e incidencia de las construcciones y de las actividades que éstas generen sobre la integridad del dominio público. Y ello sin olvidar que, de conformidad con el artículo 26.2 de la Ley de Costas, si la actividad solicitada estuviese vinculada directamente a la utilización del dominio público marítimo-terrestre se necesitará, además, disponer previamente del correspondiente

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

título administrativo otorgado conforme a esta Ley. Pues bien, como señala la SAN de 21 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 393/2008, aquel informe estatal sobre la ocupación de la servidumbre de protección no es vinculante para la Comunidad Autónoma, limitada como está la potencialidad expansiva del dominio público por el orden constitucional de competencias. Pero tampoco es suficiente para basar en exclusiva el juicio emitido por la Administración del Estado sobre la ocupación del demanio costero, puesto que éste deberá fundamentarse en atención a los fines públicos que justifican su propia existencia: el aseguramiento de la protección de su integridad, la preservación de sus características naturales y la libre utilización pública y gratuita.

### **b) La extensión de la servidumbre de protección sobre suelo urbano depende de su clasificación como tal a la entrada en vigor de la Ley de Costas**

También en esta ocasión se destacan algunos pronunciamientos jurisprudenciales en torno a las disposiciones transitoria tercera.3 de la Ley de Costas y transitoria novena de su Reglamento. Y en lo que constituye una doctrina asentada, han vuelto a recordar que la posibilidad de reducir la extensión de la servidumbre de protección establecida en el artículo 23.1 de la Ley de Costas (100 metros) a 20 metros queda supeditada a la clasificación de los terrenos como suelo urbano a la entrada en vigor de ésta o, en defecto de tal clasificación, a que se tratase en la misma fecha de una área urbana en la que la edificación estuviese consolidada o los terrenos dispusiesen de los servicios exigidos en la legislación urbanística y la Administración urbanística les hubiera reconocido expresamente ese carácter. Esto no sucede en el caso analizado por la SAN de 21 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 15/2008), por lo que no procede la reducción solicitada. Sin embargo, en el supuesto sobre el que se pronuncia la SAN de la misma fecha, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 117/2007, los terrenos sí acreditan consolidación urbanística y así lo reconoce la Administración competente. Procede, pues, aquella reducción de la anchura de la servidumbre de protección.

### **c) Salvo excepciones, no caben obras en zona de servidumbre de tránsito**

De conformidad con el artículo 27 de la Ley de Costas, la zona de servidumbre de tránsito —que recaerá sobre una franja de 6 metros medidos tierra adentro a partir del límite interior de la ribera del mar— deberá dejarse permanentemente expedita para el paso público peatonal y para los vehículos de vigilancia y salvamento. Sólo excepcionalmente podrá ser ocupada por obras a realizar en el dominio público marítimo-terrestre y para la ejecución de paseos marítimos. Las instalaciones a las que se refiere la SAN de 6 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 513/2007), no se encuadran en estas excepciones, por lo que procede su eliminación.

### **D) Utilización privativa del dominio público marítimo-terrestre**

#### **a) La disposición transitoria primera.4 de la Ley de Costas sólo se aplica a los propietarios de terrenos comprendidos entre la antigua y la nueva delimitación del demanio costero**

La disposición transitoria primera de la vigente Ley de Costas, en una lectura conjunta de sus apartados 4 y 1, permite a los titulares de terrenos que queden comprendidos entre la antigua

y la nueva delimitación del demanio pasar a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento durante treinta años prorrogables por otros treinta, respetando los usos y aprovechamientos existentes y sin obligación de abonar canon. El recurrente en casación a quien da respuesta la **STS de 1 de junio de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 649/2005), consideraba que debía aplicársele este régimen; consideración con la que no está de acuerdo el Tribunal, puesto que en ningún momento queda acreditada su titularidad sobre los terrenos concernidos. Al contrario, dicho recurrente sólo es titular de la instalación eléctrica situada sobre demanio costero, por lo que el contenido a atender es el de la disposición transitoria cuarta. 1 de la misma Ley. En su aplicación, cabría legalizar esta instalación mediante concesión, de otorgamiento discrecional por la Administración costera, que siempre deberá motivar las razones de su decisión. Significa esto que no existe un derecho preexistente a la concesión, debiendo resolverse en todo caso teniendo en cuenta el carácter excepcional de toda ocupación privativa del demanio y las circunstancias concretas que pueden determinar su otorgamiento.

#### **b) Las concesiones de uso privativo del demanio costero no son transmisibles mediante acto intervivos**

Por su parte, las **SSAN de 14 de mayo de 2009 (dos)**, Sala de lo Contencioso (recursos 231/2006 y 375/2006) (recursos, por cierto, presentados en ejercicio de la acción pública en defensa de la legalidad costera que consagra el artículo 109 de la Ley de Costas), recuerdan que, ex artículo 70.2 de la misma norma, las concesiones no son transmisibles por acto intervivos. Y a ello es a lo que se ha procedido en los supuestos analizados, sin que la cobertura formal de un contrato de gestión de la concesión con que quiso encubrirlas modifique la verdadera realidad. ¿Es verosímil la gestión de sendas piscinas domésticas situadas junto a fincas de uso particular?

### **E) Infracciones y sanciones**

#### **a) La ocupación sin título del demanio costero constituye una infracción administrativa grave**

El artículo 90.a) de la Ley de Costas tipifica como infracción grave la ocupación del dominio público marítimo-terrestre sin el debido título administrativo. Esta infracción lleva aparejada la correspondiente sanción (**STSJ de Cantabria de 2 de junio de 2009**, Sala de lo Contencioso, recurso 82/2008), que será solidaria cuando resulte más de un sujeto responsable (**STSJ de Cantabria de 8 de mayo de 2009**, Sala de lo Contencioso, recurso 62/2008).

#### **b) La responsabilidad sancionadora por infracción de la Ley de Costas se extingue por fallecimiento del infractor**

Como recuerda la **STSJ de Cantabria de 25 de mayo de 2009**, Sala de lo Contencioso (recurso 711/2007), la construcción de edificaciones destinadas a habitación en zona de servidumbre de protección está prohibida por el artículo 25 de la Ley de Costas, y su realización constituye una infracción grave (artículo 90). Sin embargo, y en la medida en que sólo el infractor está obligado a soportar la sanción y las obligaciones de restitución y reposición, su fallecimiento determina

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

la extinción de su responsabilidad sancionadora y el archivo del expediente. Sin que ello obste a la apertura de otro procedimiento contra los herederos, dirigido a la reposición de la legalidad y fundamentado en la consideración de la servidumbre de protección como un derecho en cosa ajena o como limitación del derecho de propiedad relacionado con la función social.

### **F) Puertos: infracciones graves**

La realización de actividades lucrativas con embarcación no matriculada en España y sin titulación habilitante constituye infracción administrativa grave a tenor de lo dispuesto en los artículos 115.3.i) y 115.2.h) de la LPMM (SAN de 4 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso, recurso 19/2008).

### **G) Pesca y cultivos marinos**

#### **a) Debe reintegrarse la subvención para la construcción de buque pesquero en caso de incumplimiento de las condiciones de su otorgamiento**

Como vuelve a recordar la STS de 12 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 2831/2007), las subvenciones ostentan naturaleza modal, lo que faculta a la Administración concedente para controlar el cumplimiento de las condiciones de su otorgamiento, también en los casos en que hay cofinanciación comunitaria. Por esa razón, confirma la Orden autonómica que dejó parcialmente sin efecto y ordenó el reintegro de la subvención concedida a una empresa para la construcción de un buque pesquero, al no haber acreditado el coste de ejecución del barco. La simple factura del constructor no resulta suficiente a estos efectos, menos teniendo en cuenta la falta de colaboración de la empresa beneficiaria en facilitar la documentación requerida y la objetividad de la prueba pericial practicada a instancia de la Administración.

#### **b) No cabe reclasificación de oficio de buque pesquero desatendiendo la opción formulada por su titular**

La STS de 20 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 5291/2006), anula el registro de una embarcación hecho de oficio por la Administración por haberla inmatriculado en una categoría (Lista 4, según la clasificación establecida por el Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo) que le permite desarrollar actividades pesqueras inferiores a las que realmente realiza el buque. El error en el período considerado por la Administración pesquera para dicho registro (años previos al tiempo en que se adoptó el acuerdo) y, sobre todo, la desatención a la opción formulada por el titular de la nave son las razones que motivan este pronunciamiento.

### **H) Salvamento marítimo: no cabe aplicar las sanciones previstas en el ordenamiento español cuando la infracción se comete fuera de su ámbito de validez espacial**

La SAN de 4 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso (recurso 25/2008), contiene una interesante exposición de razonamientos en torno al alcance territorial del Derecho Administrativo sancionador. Y ello con ocasión de la interferencia intencionada por dos buques en las comunicaciones del Centro Regional de Salvamento de Almería durante una operación de emergencia, negándose a dejar libre el canal de radio desde el que opera dicho Centro pese a los

continuos requerimientos al efecto. Si bien esta conducta está tipificada como infracción administrativa grave en el artículo 115 de la LPMM, el hecho de que los buques utilizasen el canal en aguas jurisdiccionales argelinas —donde se encontraban faenando— impide la aplicación del ordenamiento español, cuya validez espacial termina en nuestro territorio. Y aunque el ordenamiento internacional también contempla conductas infractoras semejantes, la concreción de las normas de esta índole que resultarían de aplicación determina la estimación del recurso de apelación presentado por los capitanes de aquellos buques. Otra cosa, entiende la sala, incumpliría las mínimas exigencias del principio de tipicidad.

#### **4. PROPIEDADES PÚBLICAS. RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO**

##### **A) Aguas continentales: cánones de regulación y tarifas de utilización del agua. Imposición y ordenación**

La STSJ de Aragón de 14 de julio de 2008 (NR 326/2005), pone de manifiesto que la participación de los usuarios en el procedimiento de imposición y ordenación de estas exacciones queda garantizada con la intervención de la Junta de Explotación, recordando que la norma no exige la intervención directa de los usuarios, sino de sus órganos representativos.

La STSJ de Extremadura de 24 de octubre de 2008 (NR 695/2007), anula las exacciones acordadas por la Confederación, por no haberse aprobado antes del inicio de la campaña. También el TSJ de Madrid, mediante sentencia de 1 de diciembre de 2008 (NR 1086/2006), anula exacciones correspondientes al año 2001, aprobadas en octubre del mismo año y liquidadas en 2002, por vulnerar el principio de seguridad jurídica. En igual sentido las sentencias de este TSJ de Madrid de 3 y 5 de diciembre de 2008 (NR 1085 y 1084/2006).

##### **a) Elementos de identificación de los tributos (I): hecho imponible**

La STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2009 (NR 488/2005), trata de la inclusión entre las partidas derramables sobre los usuarios del coste de acondicionamiento de la carretera de acceso a la coronación de una presa o, dicho de otra manera, si la obra es de las que se integra en el hecho imponible de la tasa. El sentido de la sentencia es estimatorio, pues “la carretera en cuestión se halla manifiestamente vinculada a un aprovechamiento general de comunicación, y no se halla particularmente afecta a la infraestructura de la Zona Regable, máxime si tenemos en cuenta la existencia de otra vía de acceso alternativo a la obra hidráulica de referencia, esto es, el camino de servicio del canal, que permite el mantenimiento de la Zona Regable, como puso de manifiesto en su informe el Ingeniero Jefe (...)”. La recurrente desarrolla una meticulosa prueba, en la que se incluye un testimonio notarial que va documentando las características de la carretera en cuestión. Concluye el TSJ afirmando que ello impide que podamos considerar que la obra de acondicionamiento cuestionada encaja en el concepto de obra hidráulica específica, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 306 del RDPH, dado que la prueba analizada revela que la vía no se integra en un sistema capaz de proporcionar un servicio completo de suministro de agua, deviniendo innecesaria a la vista de la presencia de aquel otro camino. En igual sentido la Sentencia de este mismo tribunal de 22 de diciembre de 2008 (NR 1322/2006).

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

La SAN de 9 de diciembre de 2008 (NR 3772007), trata de uno de los temas clásicos en el conflictivo hecho imponible de los cánones de regulación: la realización del hecho imponible en los casos en que el beneficio de la obra es “indirecto”, esto es, aquellos usos que no tienen su toma en los embalses o aguas debajo de ellos. Y es que la toma se efectuaba en ríos no regulados, habiendo sufragado el sujeto pasivo las obras concretas de derivación. Se desestima el recurso, pues se considera a la actora “beneficiaria indirecta del conjunto de obras hidráulicas construidas por el Estado que se incluyen en el sistema de regulación general”; dicho de otra manera, se le considera beneficiario de los catorce embalses que componen la cuenca, ya que la explotación de éstos se hace considerándolos integrados en un sistema único de explotación, al cual se le asigna de una manera conjunta todas las necesidades de regulación general y no necesidades localizadas. Como otras veces, concluye el Tribunal, reproduciendo contenidos de la memoria explicativa del Canon, que “en relación a los aprovechamientos situados en los ríos no regulados, se consideran beneficiados por las obras de regulación existentes, ya que al otorgar una concesión en un río no regulado se detrae una escorrentía que exigirá un incremento en los desembalses de los diferentes embalses que atienden a la zona regulada directamente para compensar esa detracción, que antes de otorgar la concesión iba a parar a la zona directamente regulada”. La Audiencia Nacional rechaza asimismo que esta modalidad carezca de la suficiente cobertura legal.

Parecida argumentación impone el TSJ de Andalucía para exigir el gravamen en el caso de beneficios indirectos [cfr. STSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de octubre de 2008 (NR 616/2002)].

En el ámbito de la Confederación del Guadalquivir se busca con bastante éxito someter a las exacciones hídricas a cualesquiera aprovechamientos, siquiera en concepto de regulación indirecta, sobre la idea de que toda retención o consumo de agua genera indirectamente la necesidad de desembalsar agua del sistema de regulación general para mantener los caudales necesarios en la cuenca. El TSJ de Andalucía rechaza la universalización del gravamen, como se observa en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 31 de octubre de 2008 (NR 965/2006). La sala exige que la Confederación pruebe que las aguas en cuestión sean precisas para la regulación del cauce común: en el caso de autos, la elevada y considerable distancia desde el manantial a cualquier río, arroyo o pantano hace que no pueda acreditarse que esas aguas dejen de fluir al tronco común. Aparte de todo ello, el TSJ efectúa la siguiente afirmación: la actora es titular del aprovechamiento por prescripción y uso inmemorial y eso significa, a su parecer, el reconocimiento de que no es beneficiaria directa ni indirecta de las obras de regulación.

En los casos resueltos por las SSTSJ de Madrid de 20 y 24 de octubre de 2008 (NR 269 y 194/2006), se desestima la demanda fundamentada en la ausencia de hecho imponible, debido fundamentalmente a las inconsistencias probatorias de la actora. De una parte, no acredita que tome el agua directamente del río Tajo y no del Canal de las Aves, alegación por otra parte contradictoria con su afirmación de que el agua recibida era muy escasa. Tampoco logra acreditar el deficiente estado de conservación de los canales. En sentido similar la Sentencia de este mismo tribunal de 20 de noviembre de 2008 (NR 908/2006).

### **b) Elementos de identificación de los tributos (y II): sujetos pasivos**

En el caso resuelto por la STSJ de Andalucía (Málaga) de 16 de junio de 2008 (NR 1858/2004), se debate si el actor era o no sujeto pasivo, ya que en el año en curso no era propietario de la finca a la que se refería la liquidación, puesto que la aportó el año anterior a una mercantil de

la que es socio. Dice la sala que “el que no sea propietario de la finca no quiere decir que no sea el sujeto pasivo pues éste no es otro que el titular de la concesión, toda vez que, según el artículo 50 de la Ley 29/1985, de Aguas, dispone que el derecho al uso privativo, sea o no consuntivo, del dominio público hidráulico se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa, debiendo ser el titular de la concesión o una persona física o jurídica (...) y subsistiendo, en este caso, la concesión en tanto que no se den una de sus causas extintivas, o sea, las comprendidas en el artículo 51 de la misma Ley: Por término del plazo de su concesión, por caducidad de la concesión en los términos previstos en el artículo 64, por expropiación forzosa y por renuncia expresa del concesionario. Ninguna de estas causas ha sido alegada por el recurrente, sin que, por otra parte, se haya hecho constar la obligada autorización administrativa que permitiera alterar una de las condiciones esenciales de la concesión, como es el cambio de titular” Concluye el tribunal afirmando que el recurrente, titular de una concesión de utilización privativa de aguas públicas, no puede oponer no ser sujeto pasivo del canon que se le giró so pretexto de no ser el propietario de la finca sobre la que se vierte, aunque añade una coletilla sobre cuyos efectos habría que reflexionar “sobre todo si la sociedad que deviene en titular de la finca puede calificarse como familiar en cuanto que está compuesta por el mismo recurrente, su cónyuge e hijos.” ¿Es que en otro caso la solución habría sido otra?

En la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 31 de julio de 2008** (NR 675/2006), se trata un problema parecido, en el que a pesar de acreditar el cambio de titularidad de la finca, la sala mantiene al actor en la posición de sujeto pasivo, ya que “no ha cumplido los otros requisitos exigidos por la normativa, y que, además, debieron cumplirse antes de girarse la liquidación. Concretamente se trata de las exigencias impuestas por el artículo 64 de la Ley de Aguas y por los artículos 146 y 147 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico. Y es que toda modificación de las características de una concesión requerirá previa autorización administrativa del mismo órgano otorgante, de manera que cuando cambie la titularidad de una concesión, el nuevo titular deberá solicitar, mediante instancia presentada ante el Organismo de cuenca, la oportuna inscripción de transferencia en el Registro de Aguas. Una vez formulada la petición y completada, en su caso, la documentación aportada, el Organismo de cuenca dictará resolución aprobando la transferencia y ordenando la inscripción de ésta en el Registro de Aguas, quedando subrogado desde ese momento el nuevo titular en los derechos y obligaciones del anterior, concediéndose un plazo de dieciocho meses para dictar la anterior resolución”.

Matizando lo que se acaba de ver, la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de octubre de 2008** (NR 1589/2004), dice que “no parece razonable que, una vez comunicada la renuncia o cambio de titularidad, pueda mantenerse artificialmente el carácter de sujeto pasivo del tributo durante todo el plazo para resolver”; o, dicho de otra manera, “que en modo alguno puede quedar a la celeridad o rapidez en la resolución de un expediente de cambio de titularidad de concesión la determinación de quien sea el obligado tributario al pago del canon devengado”. Y, en el caso concreto, demuestra que aún no era aplicable ese plazo de 18 meses, que no entró en vigor hasta 2000, terminando con la estimación del recurso.

Resulta un tema habitual en estos tributos discutir si, en el caso de que los usuarios de una misma toma o concesión sean varios y estén por ello agrupados en una comunidad, el sujeto pasivo es la comunidad o cada uno de ellos individualmente considerado (habiéndolo discutido la comunidad). La **STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2008** (NR 219/2006), evita teorizaciones innecesarias advirtiendo que por aplicación del artículo 311 del RDPH la

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Confederación puede exigir el pago de las exacciones a la comunidad, en este caso de regantes. Como dice la sala “No se trata, por tanto, de que la Comunidad sea o no sujeto pasivo del Canon, sino de que por integrarse en ella quienes sí lo son, la Confederación Hidrográfica del Tajo está plenamente legitimada para exigirle el pago de la citada exacción (...)”.

A caballo entre las cuestiones propias del hecho imponible y de los sujetos pasivos, esa misma **Sentencia de 2 de diciembre** aborda otro de los razonamientos esbozados en la demanda: si puede liquidarse el tributo dado que se había puesto en marcha y no se había concluido un proceso de reparcelación, al estar la zona afectada por un proceso de concentración parcelaria. Al entender del TSJ, y con toda lógica, ni se trata de un hecho impositivo de la exacción, ni afecta al importe total a satisfacer por la comunidad de regantes (no se olvide lo visto supra), afectando todo lo más al reparto interno entre los distintos integrantes.

### c) Relaciones con el canon de explotación de saltos de pie de presa

Continúan dictándose sentencias sobre la exigibilidad o no del canon de regulación o tarifa de utilización del agua a los titulares de aprovechamientos Hidroeléctricos, que, por otra parte, abonan el canon previsto (ahora) en el artículo 133 del RDPH. Este canon, conocido como canon de explotación de saltos a pie de presa o canon de pie de presa, se fija en los pliegos de bases de la concesión y de acuerdo con la Ley estatal 25/1998 tiene también naturaleza de tasa. En el artículo 135 del Reglamento se prevé asimismo que el pago de este canon excluye el de los cánones o tarifas que pudieran corresponder por la obra que permite el aprovechamiento. Se da la circunstancia de que en al ámbito de varias Confederaciones no se integró a estos titulares en las bases de los cánones de regulación y tarifas durante muchos años y, sin embargo, se cambió de criterio a principios de la década en la que nos encontramos, sobre la idea de que esa exclusión de pago no tenía cobertura legal, como declaró ocasionalmente el Tribunal Supremo.

El TSJ de Aragón aborda esta cuestión en su **STSJ de Aragón de 14 de julio de 2008** (NR 326/2005). En ella se resuelve la legalidad de los cánones de regulación de dos embalses, en tanto en cuanto posibilitem el aprovechamiento. Se anula la liquidación respecto de uno de los dos (embalse de Santa Ana), ya que la Confederación no es capaz de demostrar el beneficio, siguiendo doctrina ya sentada en precedentes. Pero no en relación con el otro (embalse de Joaquín Costa). El TSJ elude la necesidad de penetrar en los problemas jurídicos de la exención prevista en el artículo 135.c) del RDPH, justificando su decisión en que la exención se predicaría de los cánones y tarifas correspondientes a “las mismas obras que lo originan” (el aprovechamiento), lo que no sucede en el caso concreto. Siempre al parecer del TSJ, pues la acreditación de estos hechos ni mucho menos nos parece convincente a la luz del muy confuso fundamento jurídico séptimo de la sentencia. En el mismo sentido desestimatorio, la **Sentencia de 24 de julio de 2008** (NR 327/2005), en cuanto a la misma actora, aunque esta vez no respecto de un canon sino de una tarifa de utilización de agua.

También es desestimatoria la **STSJ de Madrid de 10 de octubre de 2008** (NR 2277/2004), que se limita a reproducir retales de otras sentencias. El propio TSJ de Madrid estima los recursos deducidos por la entidad Iberdrola en cuanto al canon de regulación del Arrango y al del río Alagón [**SSTSJ de Madrid de 27 de octubre de 2008** (NR 439/2005) y **26 de noviembre de 2008** (NR 1072/2006)]. Se limita a seguir precedentes, poner de manifiesto que la entidad no es beneficiaria de esas concretas obras, que no tienen que ver con el aprovechamiento que realiza a los efectos de obtener energía eléctrica, y reproducir una tras otra las sentencias clásicas en la materia.

#### **d) Fijación de la base imponible, criterios de reparto y, en general, problemas de cuantificación**

La STSJ de Extremadura de 26 de septiembre de 2008 (NR 991/2006), resuelve un recurso en el que la actora (titular de un aprovechamiento para abastecimiento) cuestiona la paridad entre el uso de regadío y abastecimiento. El TSJ rechaza la supuesta discriminación, pues faltan reproches concretos de legalidad sobre la justificación económica de la incorrecta fijación de las equivalencias. El TSJ en las SSTSJ de Madrid de 22 de octubre de 2008 (NR 449/2005) y 26 de noviembre de 2008 (NR 1015/2006), examina las alegaciones de la actora, quejosa de que no se incluya a Iberdrola, como titular de un aprovechamiento hidroeléctrico, en el ámbito de la tarifa. La Confederación explica con precisión las razones por las que no resulta beneficiaria esta empresa de la obra sostenida con la tarifa, oponiendo otras de regulación por las que sí se le exige el canon. Esto enlaza, es obvio, con lo visto respecto a las relaciones con el canon de pie de presa, pudiéndose advertir que la tesis del TSJ de Madrid también es favorable a su compatibilidad apriorística.

En dichas SSTSJ de Madrid de 22 de octubre de 2008 (NR 449/2005) y 26 de noviembre de 2008 (NR 1015/2006), se aborda el muy importante tema de la posibilidad de incluir en el reparto los costes de las obras financiados con fondos FEDER. En la primera, se eludió en la práctica el pronunciamiento teórico, dado que va descartando que las obras concretas objeto de la exacción cuestionada hayan gozado de esa financiación. Pero en la segunda sí puso de manifiesto que la inversión subvencionada por el FEDER no podía considerarse gasto del Estado, ya que ello determinaría un retorno al Estado de un importe superior al importe de la inversión efectuada por éste, estimando el recurso. Esto mismo dice la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2008 (NR 219/2006).

El TSJ de Madrid, en las mismas Sentencias de 22 de octubre de 2008 (NR 449/2005) y 26 de noviembre de 2008 (NR 1015/2006), resuelve sobre el problema de cómo atribuir costes a una u otra obra hidráulica, manifestando que no existe obstáculo alguno para emplear coeficientes o porcentajes.

La STSJ de Extremadura de 25 de septiembre de 2008 (NR 282/2007), se refiere a la cuantificación volumétrica de un canon de regulación, en cuanto a un usuario de abastecimientos. La cuestión debatida es si debe prevalecer la medición derivada del caudalímetro atendido por el servicio de explotación o la declaración emitida por la concesionaria del servicio, con una cantidad ciertamente menor. La sala aboga por lo primero.

La STSJ de Extremadura de 31 de octubre de 2008 (NR 293/2007), anula la liquidación girada a la actora, un regante, dado que no existe prueba sobre el volumen que, al parecer, se toma en consideración para el cálculo unitario.

#### **e) Revisión, reclamaciones y recursos**

La SAN de 9 de diciembre de 2008 (NR 3772007), al hilo de la discusión material que mantiene la parte actora, pone de manifiesto que el reclamante asistió a la sesión de la Junta de Explotación en la que se tramitaron las exacciones para el curso anual y, además, que no presentó reclamaciones. Lo hace después de justificar lo ajustado a derecho, por razones ma-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

teriales, de los tributos. ¿Por qué introduce pues este razonamiento adicional? ¿Está avisando de alguna manera que el silencio durante esos episodios de trámite perjudica la eventual reclamación posterior contra los actos administrativos?

El TSJ de Andalucía, Sevilla, mantiene sus tesis tradicionales en cuanto que la falta de impugnación de la imposición y ordenación de los cánones y tarifas deteriora extraordinariamente las posibilidades de éxito frente a la liquidación administrativa. Este tribunal parte de unas tesis al menos discutibles en este campo y que cultivan apreciaciones paradójicas, como, por ejemplo, que la sala no quiera entrar en contenidos, cuando la propia Administración estimó parcialmente algunos de los aspectos de la primera reclamación planteada por la ahora actora, a resultados de un recurso de reposición. Es la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de mayo de 2008** (NR 994/2007).

La **STSJ de Extremadura de 31 de octubre de 2008** (NR 293/2007), considera no aplicable a estas figuras la doctrina jurisprudencial que recae respecto de las comprobaciones de valores de bases tributarias en impuestos como Transmisiones Patrimoniales o Sucesiones y Donaciones, según la cuál se estimaría prescrita la potestad de la Administración para comprobar cuando ya se han practicado dos liquidaciones y se han anulado en vía de recurso promovido por los obligados tributarios. Téngase en cuenta que nos hallamos ante tasas cuyas liquidaciones parten de datos conocidos por la propia Administración, sin exigir declaración individual al respecto, por lo que la aplicación de esa doctrina conduciría sin más a no pagar por un aprovechamiento recibido, cosa que no puede ser.

### **f) Relaciones con la tasa por prestación de trabajos facultativos de vigilancia, dirección e inspección de obras**

Con frecuencia se impugna la tasa por prestación de trabajos facultativos de vigilancia, dirección e inspección de obras que se gira a los sujetos pasivos del canon de regulación o la tarifa de utilización del agua a razón de un 4% de la cuota de dichos tributos. Dicha tasa, contenida en el viejo Decreto 136/1960, está vigente, a la vista de la Ley 25/1998 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En el caso de autos, la **SAN de 9 de diciembre de 2008** (NR 3772007), explica la vigencia de dicho Decreto.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de mayo de 2008** (NR 994/2007), refresca su doctrina tradicional en el sentido de que no se trata de un recargo automático sobre las exacciones matrices, sino que ha de justificarse por parte de la Administración que se ha producido la actividad administrativa de vigilancia, dirección e inspección que da cauce a la tasa.

También se muestran favorables a la exacción teórica de esta tasa las **SSTSJ de Madrid de 22 de octubre de 2008** (NR 449/2005) y **26 de noviembre de 2008** (NR 1015/2006).

### **B) Aguas continentales: canon por utilización de bienes del dominio hidráulico**

La **STSJ de Cataluña de 22 de diciembre de 2008** (NR 52/2008), trata sobre la sujeción o no a esta tasa de la actividad de cubrimiento y conducción de un tramo de riera, por parte de una Junta de Compensación. La demandante alegaba que la utilización del dominio hidráulico se produce por imperio de la ley y es de aprovechamiento general, al estar destinado a la prestación de un servicio público competencia de los entes locales, como es la vialidad. Subsidiariamente pide no ser considerado sujeto pasivo, debiéndolo ser el Ayuntamiento.

El recurso será desestimado en todos sus términos. Dice el Tribunal que las obras en cuestión conllevan la ocupación de terrenos de dominio público hidráulico, con independencia de que su aprovechamiento tenga vocación de generalidad, dado que tales obras han permitido el desarrollo del proyecto de reparcelación. Ello se traduce en el nacimiento del hecho imponible y devengo de la tasa a cargo de la Junta de Compensación, con independencia de que actua, como dice, por cuenta del Ayuntamiento.

### **C) Aguas marítimas: puertos**

En casi todos los comentarios de jurisprudencia hemos hecho referencia a la problemática de las prestaciones exigidas por las autoridades portuarias, desde el punto de vista del principio de reserva de ley.

En el presente número se comentan dos nuevas Sentencias del Tribunal Constitucional, que continúan la doctrina comenzada en anteriores. Se trata de las SSTC 101/2009, de 27 de abril y 116/2009, de 18 de mayo, que resuelven sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, respectivamente, por los TSJ de Canarias y del País Vasco. Ambas sentencias son estimatorias y anulan diversos preceptos de la legislación portuaria introducidos en épocas diferentes (1985 y 1999), siendo continuistas con la doctrina sentada anteriormente.

De la jurisdicción ordinaria aportamos la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 18 de septiembre de 2008 (NR 2098/2003), que declara ajustada a derecho la exigencia de aval en garantía del cobro de tarifas portuarias incluso con anterioridad a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre.

### **D) Fiscalidad de los bienes de titularidad pública: Impuesto sobre Bienes Inmuebles**

La SAN de 2 de diciembre de 2008 (NR 446/2006), declara la plena sujeción al Impuesto de las autovías financiadas mediante el sistema de peaje en sombra, dado que no puede considerarse existente el aprovechamiento público y gratuito, que es la condición marcada por la Ley para la exención. Recuérdese que con este sistema la Administración concedente abona al concesionario en concepto de subvención una cantidad calculada en función del número de vehículos-kilómetros recorridos en la carretera objeto de concesión, de manera que el usuario no abona importe alguno. Con esta importante sentencia, se anula la resolución del TEAC en sentido contrario y se sienta un importante precedente.

ELOY COLOM PIAZUELO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

JOSÉ MONTROYA HIDALGO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

PATRICIA VALCÁRCEL

ANTONIO EMBID IRUJO

**XIII. MEDIO AMBIENTE****Sumario:**

- 1. Jurisprudencia Comunitaria.** A) Incumplimiento de Estado. No transposición de la Directiva 2004/35/CE, responsabilidad ambiental. **2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.** A) Derecho al respeto de los bienes. Determinación de la satisfacción equitativa como consecuencia de la imposición de restricciones severas en el uso de la propiedad privada. Obligaciones resultantes para los Estados de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Obligación del Estado de atenerse a las restricciones que él mismo ha impuesto en el uso de la propiedad privada.
- B) Derecho al respeto de los bienes. Inclusión de la protección del medio ambiente dentro del interés general que justifica la privación del derecho de propiedad. La necesidad de observar el justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y la protección de los derechos individuales. La ausencia de indemnización como elemento de ruptura del justo equilibrio de intereses, salvo en situaciones excepcionales debidamente justificadas. **3. Espacios Naturales.** A) La explotación irracional sin licencia de una cantera en un espacio natural protegido no puede ser legalizable. B) La propuesta de Lugares de importancia comunitaria por las Comunidades Autónomas es un acto de trámite cualificado, que por poder conllevar una afectación a los derechos de los particulares, es autónomamente impugnabile. **4. Contaminación acústica.** A) Una modificación parcial de una Ordenanza que genera una contradicción interna entre sus preceptos es inconstitucional por violar el principio de seguridad jurídica. **5. Declaración de impacto ambiental.** A) La Declaración de impacto ambiental es un acto de trámite y, como tal, no es impugnabile autónomamente respecto del procedimiento administrativo sustantivo del que trae causa. **6. Aguas continentales.** A) Suspensión de ejecutividad del acuerdo del órgano urbanístico autonómico por ausencia del trámite del informe previo de la Confederación Hidrográfica relativo a la disponibilidad de recursos hídricos.
- B) Sanciones administrativas por apertura de pozo y extracciones de agua para riego, sin

la previa autorización administrativa. Determinación de la imposición de la obligación de clausura de los pozos. **7. Minas.** A) El inicio de tramitación de un Plan de Ordenación de Recursos Naturales (PORN) suspende la posibilidad de otorgar una concesión minera, si no existe informe favorable de la Administración competente para elaborarlo. Alcance del contenido del antiguo artículo 7 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre (actual artículo 22 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad).

**8. Montes.** A) Atribuciones profesionales, reitera el Tribunal Supremo su conocida doctrina de libertad con idoneidad, en este caso para declarar que la redacción de un plan cinegético, por ser pluridisciplinar no puede considerarse de competencia exclusiva de Ingenieros de Montes y de Ingenieros Técnicos Forestales, sino que podrán redactarlo quienes ostenten una titulación que les haya formado para conocer la materia sobre la que los mismos versan. **9. Carreteras y caminos.** A) Como regla general, la valoración del suelo expropiado para la construcción de vías de comunicación interurbanas ha de hacerse como si de suelo no urbanizable se tratara. **10. Fiscalidad ambiental.** A) Tributos autonómicos en materia de aguas. a) Doble imposición interna: relaciones con el canon de control de vertidos de la Ley de Aguas estatal. b) Diferencias entre las normativas de las diversas Comunidades Autónomas. c) Cuantificación de los tributos. B) Incentivos fiscales en impuestos ordinarios. a) Impuesto sobre Sociedades.

## 1. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

### A) Incumplimiento de Estado. No transposición de la Directiva 2004/35/CE, responsabilidad ambiental

Tres Sentencias del Tribunal de Justicia aparecen en este período centradas en un mismo hecho: la falta de transposición a los respectivos países, de la Directiva comunitaria 2004/35/CE, sobre responsabilidad ambiental. La trascendencia de los razonamientos o aportaciones jurídicas de dichas sentencias es mínima, pues el Tribunal se limita a constatar –normalmente ello es bien fácil– la falta de transposición, que no es negada en modo alguno por los países, con la correspondiente condena en costas. Doy noticia solamente de estas sentencias que no son sino la muestra de la dificultad objetiva que tiene una Directiva compleja en su contenido y, pienso, mucho más en su aplicación práctica.

Estas Sentencias son la STJCE 19 de mayo de 2009 (Sala Sexta), recaída en el asunto C-368/08, que tiene como partes en el recurso por incumplimiento a la Comisión de las

### XIII. Medio Ambiente

Comunidades Europeas y a Grecia; la de 18 de junio de 2009 (Sala Quinta), recaída en el asunto C-417/08, que tiene como partes a la Comisión de las Comunidades Europeas y al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la de, también, 18 de junio de 2009 (Sala Séptima), recaída en el asunto C-422/08, y que tiene como partes a la Comisión de las Comunidades Europeas y a la República de Austria.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### **A) Derecho al respeto de los bienes. Determinación de la satisfacción equitativa como consecuencia de la imposición de restricciones severas en el uso de la propiedad privada. Obligaciones resultantes para los Estados de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Obligación del Estado de atenerse a las restricciones que él mismo ha impuesto en el uso de la propiedad privada**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en su STEDH de 28 de mayo de 2009, en el asunto Z.A.N.T.E.-Marathonisi A.E. contra Grecia, en relación con una demanda planteada por una sociedad anónima que estima haber sido víctima de una violación de su derecho de propiedad, garantizado en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio europeo. La demanda tiene su origen en la Sentencia del propio Tribunal de Estrasburgo de 6 de diciembre de 2007 en la que se consideraba que el criterio empleado por las jurisdicciones administrativas del Estado para el examen de la demanda de indemnización planteada por la sociedad como consecuencia del bloqueo total de su propiedad —el islote Marathonisi— así como el posterior comportamiento de las autoridades del Estado, rompen el justo equilibrio que debe existir en materia de reglamentación del uso de los bienes entre el interés público y el privado.

El Tribunal en dicha sentencia invitaba a las partes a someterle por escrito en el plazo de seis meses las observaciones que estimen pertinentes en relación con la cuestión de la satisfacción equitativa. A este respecto la demandante alega que la violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 resulta, por un lado, del rechazo de las jurisdicciones internas a reconocerle el derecho a indemnización por el perjuicio resultante de la supresión de su derecho a construir en los terrenos concernidos y, por otro lado, del comportamiento posterior de las autoridades, que toleran, e incluso participan activamente, por medio del Organismo del Parque Nacional de Zakynthos, en la explotación turística de la isla.

En esta ocasión el Tribunal realiza en primer lugar algunas consideraciones sobre las obligaciones que resultan para los Estados en cuanto al cumplimiento de sus sentencias —en especial la obligación de reestablecer las cosas en el estado en el que se encontraban antes de la violación constatada y la libertad de elección de los medios para conformarse a la sentencia por los Estados—. A continuación, señala que, como ya se ha apuntado, la actuación de las autoridades rompe el justo equilibrio de intereses. A este respecto considera que el motivo en el que esas autoridades basan su negativa a las solicitudes de indemnización planteadas por la sociedad demandante está aquejado de un especial rigor. En concreto, la sentencia afirma que el hecho de asimilar cualquier terreno situado fuera de la zona urbana a un terreno destinado a uso agrícola, avícola, silvícola o destinado a usos recreativos introduce una presunción que desconoce las particularidades de cada terreno incluido en la zona urbana.

Por otra parte el Tribunal constata la existencia de actividades incompatibles con los motivos por los que se impusieron restricciones particularmente severas a la explotación de la propiedad por parte de la sociedad demandante. En ese sentido se señala que el islote de Marathonisi es invadido de manera cotidiana por turistas, que su playa se encuentra muy contaminada y que no está provista de sanitarios. En base a estas constataciones el Tribunal considera que cuando el Estado impone restricciones importantes a la explotación de una propiedad privada con el objetivo de garantizar la protección efectiva del medio ambiente, le incumbe también a él, cuando menos, no tolerar actividades susceptibles de afectar el cumplimiento de este objetivo.

Finalmente, el Tribunal, en lo relativo a la cuestión de la satisfacción equitativa a conceder a la sociedad demandante, afirma que en la sentencia principal no concluyó que existiese una privación de la propiedad de ésta. Eso hace que no se pueda partir ahora de la *restitutio in integrum* como forma de compensación del perjuicio causado, siendo la indemnización la única posibilidad que existe para ello. A eso añade que es indudable que la sociedad demandante ha sufrido una restricción radical de la posibilidad de disfrutar plenamente de su propiedad, de acuerdo con los derechos que le reconocía la legislación en vigor en el momento de la adquisición del islote. Por todo ello considera que se ha vaciado de hecho el derecho de propiedad de la demandante de toda sustancia, lo que constituye un elemento a tener en cuenta en relación con el cálculo de la compensación por el daño material sufrido por la sociedad demandante. No obstante, el Tribunal añade que, dadas las circunstancias del caso, dicho daño material no se presta a una evaluación precisa ya que el perjuicio sufrido –la pérdida del uso del islote durante el período en litigio– presenta un carácter intrínsecamente aleatorio. Por todo ello, en virtud del artículo 41 del Convenio, juzga razonable asignar a la sociedad demandante 2.000.000 euros a título de satisfacción equitativa, más todo montante que pueda ser debido a título de impuestos.

**B) Derecho al respeto de los bienes. Inclusión de la protección del medio ambiente dentro del interés general que justifica la privación del derecho de propiedad. La necesidad de observar el justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y la protección de los derechos individuales. La ausencia de indemnización como elemento de ruptura del justo equilibrio de intereses, salvo en situaciones excepcionales debidamente justificadas**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en su STEDH de 2 de junio de 2009, en el asunto *Hacisalihoglu contra Turquía*, sobre la demanda planteada por un ciudadano de ese Estado en relación con la violación de su derecho de propiedad, garantizado en el artículo 1 del protocolo núm. 1, como consecuencia de la inscripción de un terreno de su propiedad como dominio público forestal. El Gobierno alega al respecto que en el momento de la adquisición del terreno el demandante conocía tanto la condición de éste como dominio público forestal como su posterior exclusión de dicha condición y su atribución al Tesoro Público. Por eso considera que, conforme a la Constitución del Estado, un bien de esa naturaleza no podía pertenecer a un particular. Por todo ello alega que el título de propiedad del demandante carece de valor jurídico y la compra del terreno debe considerarse nula. Por su parte, el demandante sostiene que los tribunales internos inscribieron en nombre del Tesoro Público un terreno sobre el que él ostentaba un título de propiedad jurídicamente válido. Por eso considera que la anulación de su título de propiedad, y la inscripción registral del terreno

### XIII. Medio Ambiente

en beneficio del Tesoro Público, sin el pago de ninguna compensación constituyen un ataque desproporcionado a su derecho al respeto de sus bienes.

El Tribunal en la sentencia convalida la afirmación del demandante respecto de la existencia de un ataque a su derecho al respeto de sus bienes. Afirma que lo que se analiza es una “privación” del derecho de propiedad en el sentido de la segunda frase del primer párrafo del artículo 1 del Protocolo núm. 1.A) este respecto considera que la buena fe del demandante en cuanto a la posesión del bien en cuestión no se presta a controversia, dado que su adquisición se hizo teniendo en cuenta las inscripciones que figuraban en el Registro de bienes raíces. Asimismo apunta que el demandante pagó los gastos relativos a la transferencia del bien y que hasta la fecha de la anulación de su título de propiedad en beneficio del Tesoro Público ha sido el propietario legítimo del bien con todas las consecuencias que de ello derivan en Derecho interno.

Por otra parte, el Tribunal señala que los motivos señalados por las jurisdicciones nacionales para la privación de la propiedad del bien al demandante –la protección de la naturaleza y de los bosques– entran en el marco del interés general al que se refiere la segunda frase del primer párrafo del artículo 1 del Protocolo núm. 1.A continuación recuerda que, conforme a su propia jurisprudencia reiterada, aunque ninguna disposición del Convenio se destina de forma especial a la garantía de la protección general del medio ambiente, la sociedad actual muestra una creciente preocupación por su preservación. Además, reitera que el medio ambiente constituye un valor cuya defensa suscita en la opinión pública, y en consecuencia en los poderes públicos, un interés constante y progresivo. Así estima que no debería acordarse ninguna prioridad a los imperativos económicos e incluso ciertos derechos fundamentales, como el derecho de propiedad, respecto de las consideraciones relativas a la protección medioambiental, especialmente cuando el Estado ha legislado en la materia.

No obstante lo anterior, el Tribunal afirma que en caso de privación de la propiedad, y con el fin de determinar si la medida litigiosa respeta el justo equilibrio y, en particular, si no hace recaer sobre el demandante una carga desproporcionada, deben tomarse en consideración las modalidades de indemnización previstas por la legislación interna. A este respecto recuerda que sin el pago de una suma razonable en relación con el valor del bien, una privación de propiedad constituye normalmente un ataque excesivo, y que una total ausencia de indemnización únicamente puede justificarse en circunstancias especiales en relación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1. El Tribunal concluye que el demandante no ha recibido ninguna indemnización por la transferencia de su bien al Tesoro Público y que el Gobierno no ha invocado ninguna circunstancia excepcional para justificar dicha ausencia de indemnización. Por todo ello se considera que se ha roto el justo equilibrio que debe observarse entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la salvaguarda de los derechos individuales, lo que conduce a concluir la existencia de violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio europeo.

### 3. ESPACIOS NATURALES

#### **A) La explotación irracional sin licencia de una cantera en un espacio natural protegido no puede ser legalizable**

En la STS de 1 de abril de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, se resuelve un recurso interpuesto por la entidad mercantil DAVID FERNÁNDEZ GRANDE, SL

contra la STSJ de Galicia de 17 de junio de 2004. Dicha sentencia desestimó un anterior recurso contencioso-administrativo sobre reposición de la legalidad urbanística interpuesto por la citada entidad mercantil contra la Resolución de 20 de noviembre de 2000 de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivienda, mediante la que se desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra otra Resolución de la Dirección Xeral de Urbanismo, que había ordenado el cese inmediato de las actividades y la clausura definitiva de la explotación de la cantera para extracción de granito de la empresa recurrente en el paraje Monte Oureiro dentro del espacio natural de Pena Corneira, así como la restitución a su estado anterior de los bienes afectados.

La recurrente alega infracción de las normas reguladoras de la sentencia de instancia (artículos 24 y 120.3 CE y 67.1 LRJCA), por incurrir en manifiesta falta de motivación al apartarse ésta del supuesto de hecho enjuiciado, que según la recurrente era únicamente su pretensión: si resultaba posible legalizar la explotación.

El TS entra a valorar este motivo de recurso, y para ello cita la jurisprudencia contenida en la STS de la misma sala, de 5 de noviembre de 1992, que señaló los criterios para apreciar la congruencia de las sentencias. Conforme a dicha Sentencia, “la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, sino que requiere que lo haga sobre la base de los motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el órgano jurisdiccional”. Así, en síntesis, dice el TS que la adecuación que la congruencia impone “debe extenderse tanto al resultado o efecto jurídico que el litigante pretende obtener con el pronunciamiento judicial postulado (*petitum*) como a los hechos que sustentan la pretensión y nutren su fundamento (*causa pretendi*)”. “Se habla, pues, de supuesto de incongruencia o de incoherencia interna de la sentencia cuando los fundamentos de su decisión y su fallo resultan contradictorios”.

Con estos fundamentos, el TS concluye que en la sentencia de instancia no cabe apreciar ninguna incongruencia, ya que la sala deduce del propio examen de las normas invocadas, la incompatibilidad jurídica de la actividad de explotación de cantera desarrollada por la recurrente con el Ordenamiento jurídico aplicable.

El terreno utilizado por DAVID FERNÁNDEZ GRANDE, SL para la explotación de granito se hallaba clasificado como “suelo no Urbanizable de protección de Espacios Naturales”, lo cual, conforme a las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento de la Provincia de Orense, aprobadas por resolución de 14 de mayo de 1991, implica la prohibición de cualquier tipo de construcción, aunque se permite “la explotación racional de los recursos vinculados al medio que no atente contra los valores esenciales que se protegen” (artículo 28.2), que es lo que el recurrente alegaba.

Sin embargo, dice el TS, “la realidad de la que se parte no es la de la respuesta administrativa a un previo proyecto presentado por la recurrente, sino la de una actividad, en suelo protegido, sin licencia municipal (exigida por el artículo 10 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Galicia, aprobado por Decreto 28/1888, de 21 de enero) y sin licencia autonómica (exigida por el artículo 77.3 y 4 de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia), habiendo sido, incluso, la primera rechazada de forma expresa” por el Ayuntamiento de Leiro en fecha de 23 de noviembre de 1997 y con carácter firme. Ello hace devenir innecesaria la respuesta a la pretensión de legalización de la recurrente pretende, puesto que tanto las resoluciones administrativas como la sentencia de instancia mencionan la causa de la inviabilidad de la legaliza-

### XIII. Medio Ambiente

ción de la actividad: la existencia de unas formaciones geomorfológicas denominadas “bolos graníticos” que resultan gravemente afectados por la actividad extractiva de la recurrente, la afectación del paisaje y la destrucción de masas forestales, erosión del suelo y alteración sustancial de la morfología de los terrenos por los desmontes y apertura de pistas para el acceso de maquinaria pesada. Dicha explotación, según se desprende del Dictamen de la Comisión Gallega de Medio Ambiente –aprobado en respuesta al correspondiente Estudio de Impacto Ambiental–, “no puede ser calificada de racional”.

El TS, por lo tanto, desestima el recurso de casación y condena en costas a la empresa recurrente conforme al artículo 139.2 LJCA, condena que, respecto a la minuta de Letrado, sólo alcanza la cantidad máxima de 1.500 euros que la Ley fija (artículo 139.3).

#### **B) La propuesta de Lugares de importancia comunitaria por las Comunidades Autónomas es un acto de trámite cualificado, que por poder conllevar una afectación a los derechos de los particulares, es autónomamente impugnabile**

En la STS de 11 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, se resuelve un recurso de la entidad mercantil CALEBUS SA contra auto del TSJ de Andalucía de 26 de febrero de 2007 que desestimaba un recurso de súplica frente a una auto anterior de 1 de diciembre de 2006, por el que se inadmitía un recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Junta de Andalucía que contenía la Propuesta de Lugares de Importancia Comunitaria (LIC), coherentemente con la Directiva de Hábitats (Directiva 92/43/CE, de 21 de mayo de 1992) y su norma de transposición, el Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, modificado por el Real Decreto 1193/1998, de 12 de junio.

Se inadmitieron los recursos en la vía procesal por juzgarse que se dirigían frente a un acto de trámite no impugnabile, ya que la propuesta de las CCAA no resuelve el procedimiento, siendo la aprobación definitiva de los LIC competencia de la Comisión Europea, previa recepción de las propuestas por el Ministerio de Medio Ambiente, que tiene en el procedimiento una labor accesoria, de mero intermediario.

La recurrente alegó que la labor de aprobación definitiva de la Comisión Europea no es sustantiva, sino que se trata de un mero control de suficiencia, y que, en cambio, la labor de las CCAA sí es sustantiva, al ser en ellas en quienes va a recaer la gestión de los LIC, y generar ya la mera propuesta obligaciones frente a terceros. Por ello, solicitó que la resolución de la Junta de Andalucía fuera tenida por un acto de trámite cualificado, susceptible de impugnación autónoma (FJ 3º I). En cambio, la Junta de Andalucía se opuso a la admisión del recurso alegando que la citada resolución no podía ser objeto de impugnación autónoma por no cumplir los requisitos previstos en el artículo 25.1 LJCA (FJ 3º II).

El TSJ consideró el acto de la Junta de Andalucía un acto de trámite no susceptible de impugnación autónoma, inadmitiendo el recurso, y CALEBUS S.A interpuso finalmente recurso de casación frente al auto del TSJ desestimatorio de un anterior recurso de súplica. El motivo alegado por la recurrente fue ahora el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales [artículo 88.1.c) LJCA], ya que consideró que el TSJ había aplicado incorrectamente el artículo 25.1 en relación con el artículo 51.1.c) LJCA (FJ 4º).

El TS se pronuncia sobre estas cuestiones, comenzando por puntualizar la improcedencia de la alegación del artículo 88.1.c) LJCA, indicando que es un motivo inapropiado para denunciar los errores *in iudicando*, y que la pretensión de la recurrente debería hacerse valer a través del apartado d) del mismo artículo. Sin embargo, ello no impide al TS pronunciarse sobre el sentido del recurso de casación, que considera claro (FJ 6º).

Así, centra el debate en torno al examen sobre la concurrencia de los requisitos del artículo 25.1 LJCA para la impugnación de los actos de trámite. Tras un examen de la normativa aplicable, el TS estima el recurso de casación fundamentándose en la obligación existente para los Estados miembros (en España, las CCAA) de adoptar medidas de protección adecuadas para los lugares que figuren en las listas nacionales remitidas a la Comisión, antes incluso de que ésta confeccione sus listas. Este régimen preventivo de protección se halla previsto en el artículo 42.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, pero fue ya deducido por el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 13 de enero de 2005, *Sociedad Italiana Dragaggi y otros*.

La consecuencia de ello es que “la elaboración de las listas por las Comunidades Autónomas no es algo inocuo, algo que no produzca efectos jurídicos y materiales; no es una mera propuesta neutra, sino un acto administrativo que habilita y obliga a la propia Comunidad Autónoma a adoptar ‘medidas de protección adecuadas’ para los lugares incluidos; se trata de un acto que, siendo una propuesta, *pone una condición necesaria y suficiente* para crear en la Comunidad Autónoma la obligación de adoptar medidas de protección adecuadas, las cuales pueden quizá afectar a ciertos contenidos del derecho de los propietarios de los terrenos incluidos, razón por la cual la elaboración de las listas puede ser impugnada por los interesados al tener un contenido que excede de la pura ordenación o impulso del procedimiento” (FJ 11º).

Así, el TS admite la impugnabilidad de este acto basándose en estos posibles efectos perjudiciales para interesados, y lo relaciona con la solución alcanzada por el mismo Tribunal en el caso de la aprobación inicial de los Planes de Urbanismo (que puede conllevar la suspensión de licencias para las áreas cuyo régimen urbanístico se modifique) o del acto de iniciación de los procedimientos de expulsión en materia de extranjería (que puede abrir la puerta al Juez de Instrucción para que éste adopte medidas cautelares de internamiento).

De modo que el TS estima el recurso de casación, revoca los actos impugnados y ordena que continúe la tramitación del recurso contencioso administrativo ante la Sala de instancia, sin hacer condena en costas.

#### 4. CONTAMINACIÓN ACÚSTICA

##### **A) Una modificación parcial de una Ordenanza que genera una contradicción interna entre sus preceptos es inconstitucional por violar el principio de seguridad jurídica**

En la STS de 4 de marzo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, se resuelve un recurso de casación contra la Sentencia del TSJ de Galicia de 14 de septiembre de 2006, que estimaba un recurso interpuesto contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Lugo

### XIII. Medio Ambiente

de 2 de febrero de 2003 que modificaba la disposición adicional séptima de la Ordenanza Municipal X reguladora de la contaminación acústica.

La citada Ordenanza establece (disposición adicional séptima) la Zona Centro de Lugo como zona saturada, en la que no se pueden conceder ciertas licencias de actividades clasificadas, mientras que la modificación de la disposición adicional séptima permitía conceder licencias del Grupo I (bares) en la misma zona. La sentencia de instancia anuló la norma indicando que “no es que se establezca una regulación general y una excepción a la misma, sino que, en lo que aquí afecta, parece contenerse en la misma disposición adicional, bien dos disposiciones generales contradictorias, o bien si se enfoca desde otro ángulo, una previsión específica contradictoria con otra determinada previsión que aunque integrada en una de carácter general, regula ya el aspecto singularizado e individualizado contemplado en la impugnada, y ello sin que en la norma se efectúe diferenciación alguna de calles dentro de la indicada Zona Centro”. Esta situación, revela “un deficiente ejercicio de la potestad reglamentaria que imposibilita la normal ejecución de la norma, la cual merece desaparecer del ordenamiento jurídico en razón al irrenunciable mantenimiento del nivel mínimo exigible de seguridad jurídica” (FJ 2°).

El Ayuntamiento recurrente alegó que la sentencia de instancia vulneraba el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE) y el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (artículo 45.1 CE), al impedir la inclusión de nuevas zonas como saturadas. Esta invocación, así como la del derecho de libertad de empresa (artículo 38 CE) permitió la interposición de un recurso de casación.

El TS reconoce la primacía de los derechos a la Salud y a un Medio ambiente adecuado sobre las libertades económicas (establecida ya en 2002 en el ámbito comunitario por la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia *Artegoda*, de 26 de noviembre de 2002, párr. 184), pero desestima el motivo de casación indicando que lo que la sentencia de instancia pretendía era lo contrario: que si una Zona ha sido declarada como saturada por una norma, esto no puede después excepcionarse a través de una modificación parcial de dicha norma para permitir el establecimiento de locales del Grupo I (FJ 3°).

Por ello, el TS confirma la sentencia de instancia. Así, el acuerdo de 2 de febrero de 2003, que funcionaba como aprobación final de la Ordenanza de contaminación acústica (conforme al artículo 49 LrBRL), resulta anulado, quedando vigente la Ordenanza original de 1997, y ello por violación del principio de seguridad jurídica presente en el artículo 9.3 CE.

El TS también condena en costas al Ayuntamiento de Lugo conforme al artículo 139.2 LJCA y fija la cantidad máxima (conforme al apartado 3° de dicho artículo) de 3.000 euros.

## 5. DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

### **A) La Declaración de impacto ambiental es un acto de trámite y, como tal, no es impugnable autónomamente respecto del procedimiento administrativo sustantivo del que trae causa**

En la STS de 29 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, se resuelve un recurso de casación interpuesto por ENDESA GENERACIÓN SA contra el auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 5 de diciembre de 2006, confirmado en súplica por auto de fecha 14 de febrero de 2007. Este

auto acordaba la inadmisión de un recurso contencioso administrativo contra la resolución de 22 de septiembre de 2005 de la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático del Ministerio de Medio Ambiente, por la que se formulaba declaración de impacto ambiental (DIA) sobre el proyecto de construcción de un grupo de ciclo combinado para gas natural de aproximadamente 400 MW de potencia nominal eléctrica, en la central térmica de Alcalá de Guadaíra, en Sevilla, promovida por Endesa Ciclos Combinados SL.

La declaración de impacto ambiental era negativa, principalmente por implicar el proyecto una contaminación del aire superior a los valores límite establecidos para 2010 en el RD 1073/2002, de 18 de octubre, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente en relación con el dióxido de azufre, dióxido de nitrógeno, óxidos de nitrógeno, partículas, plomo, benzeno y monóxido de carbono y resultar la instalación incompatible con el Plan Hidrológico de la Cuenca del Guadalquivir.

La sala de instancia inadmitió el recurso contencioso administrativo considerando asentada la jurisprudencia que reconoce la inadmisibilidad de los recursos interpuestos frente a las declaraciones de impacto ambiental.

Los argumentos esgrimidos por la parte recurrente se centran en el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Así, ENDESA alega (1) que la Sala de instancia, al inadmitir indebidamente el recurso, ha dejado de examinar pretensiones sobre la resolución administrativa impugnada, generándole indefensión, (2) que se ha producido un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, con infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, al habersele impedido el acceso al proceso, y (3) que se ha infringido el artículo 25 de la misma Ley, al tratarse la resolución impugnada de un acto de trámite cualificado que decide directa o indirectamente el fondo del asunto, y por lo tanto determina la imposibilidad de continuar el procedimiento y produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos (FJ 4º).

Respecto al primer motivo, la indefensión en relación con el artículo 88.1.a), el TS indica que “dicho motivo carece manifiestamente de fundamento, toda vez que como este Tribunal ha declarado reiteradamente, el subapartado a) del artículo 88.1 de la LRJCA se circunscribe a la denuncia de un abuso, exceso o defecto de jurisdicción, entendiéndose por tal los supuestos de decisiones judiciales que desconozcan los límites de esta jurisdicción respecto de otros órdenes jurisdiccionales o los demás poderes del Estado, lo que es evidente que no ocurre en el presente caso” (FJ 7º).

Respecto al segundo motivo, sobre la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo y el quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia, el TS señala que tal cuestión no encaja en el artículo 88.1.c) LJCA, pues tal artículo es únicamente idóneo para denunciar errores *in procedendo* en que haya podido incurrir el órgano jurisdiccional *a quo* desde la iniciación del proceso hasta la sentencia misma, pero es inapropiado para denunciar los errores *in indicando* de que pueda adolecer la resolución recurrida, para lo cual es apropiado el motivo previsto en la letra d) del citado artículo. Dado que dicho fundamento no se ha alegado, el recurso de casación no es admisible, pues “para ello ha de existir una correlación entre el motivo o motivos que sirven de fundamento al recurso (...) y el desarrollo argumental desplegado en apoyo de los mismos, exigencia implícita en el deber legal de expresar ‘razonadamente’ (ex artículo 92.1 LJCA) el motivo o motivos en que venga amparado el recurso”. Pero

### XIII. Medio Ambiente

es que además, sigue el TS, “no se cita en este segundo motivo ni una sola norma o doctrina jurisprudencial que se repute infringida por la sentencia de instancia, lo que supone una nueva vulneración del artículo 92.1 LJCA que no hace sino abundar en la procedencia de su rechazo” (FJ 8°).

Respecto al tercer motivo, ENDESA alega que se ha producido infracción del artículo 25 LJCA, por tratarse la DIA de un acto de trámite cualificado que ha decidido el fondo del asunto, resultando por tanto susceptible de impugnación autónoma, al margen de la resolución final del procedimiento de aprobación del proyecto, ya que ésta se ve completamente condicionada por el sentido negativo de la DIA.

El TS desestima también este motivo, al considerar reiterada y consolidada su jurisprudencia que considera las DIA como actos de trámite no susceptibles de recurso autónomo o independiente de la resolución final del procedimiento de autorización de obra o actividad (SSTS de 14 de noviembre de 2008, de 21 de enero de 2004, de 13 de octubre de 2003, o de 17 de noviembre de 1998). En esta última, resaltó que la funcionalidad de la DIA es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, el cual no queda determinado ni en el sentido de la decisión, autorizatoria o denegatoria, ni en el del contenido de las condiciones de protección medioambiental que en aquélla se haya alcanzado. La DIA tiene, por tanto, un carácter instrumental o medial respecto a la decisión final (FJ 10°).

Respecto a la novedad que en ello haya podido implicar el artículo 25 LJCA, el TS se pronuncia también negativamente, citando su Sentencia de 11 de diciembre de 2002, en la que indicó que la inclusión de un nuevo supuesto de recurribilidad de los actos de trámite, “los que producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”, no afecta a la declaración de inadmisibilidad del recurso contra la DIA, “pues ni la indefensión, ni el perjuicio irreparable, se producen desde el momento en que los titulares de derechos e intereses legítimos lesionados con la Declaración de Impacto Ambiental van a tener oportunidad de defenderlos cuando se dicte el acto aprobatorio del proyecto de obras, produciéndose la reparación de los daños sufridos en el caso de que su pretensión anulatoria prosperase. No hay indefensión ni irreparabilidad de perjuicios, aunque se retrase la defensa y reparación al momento de ese acto posterior (...)” (FJ 10°). En el caso particular, el TS constata efectivamente que la DIA negativa no ha impedido la continuación del procedimiento administrativo, que ha concluido con la resolución de 17 de marzo de 2006 de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria y la de 17 de noviembre de 2006 del Consejero de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, por lo que la entidad recurrente no ha padecido ninguna indefensión, al disponer de la oportunidad de impugnar estas últimas resoluciones definitivas y de cuestionar entonces el contenido de la DIA de la que traen causa (FJ 11°).

Por lo tanto, el TS inadmite el recurso de casación y condena a ENDESA al pago de las costas, que alcanzan tan sólo la minuta de Letrado (3.000 euros) conforme al artículo 139.3 LJCA.

La sentencia cuenta, sin embargo, con un Voto Particular, formulado por el Magistrado don Jesús Ernesto Peces Morate. En él se afirma que no hay razón para impedir al interesado la impugnación de la DIA sin tener que esperar que se dicte el acto autorizatorio o no. Indica que ésta es la solución acogida en Inglaterra por la Sentencia del Tribunal de la Cámara de los Lores en el asunto **Burkett** (2002), que reconoce la plena impugnabilidad de una declaración de impacto ambiental, tanto frente al acto de trámite que adopta la declaración como frente al acto final autorizatorio de la obra (FJ 2°).

También alega que el propio TS ha reconocido excepciones a la regla general de la inimpugnabilidad autónoma de la declaración de impacto ambiental en diversos casos (cuando se trata de la resolución que dirime la discrepancia entre la autoridad ambiental y la sustantiva o contra la negativa a someter a procedimiento de evaluación y declaración de impacto ambiental un determinado proyecto, SSTTS de 29 de noviembre de 2006, de 13 de marzo de 2007 y de 23 de enero de 2008).

Cita también el Magistrado disidente la reciente Sentencia de 11 de mayo de 2009, donde el TS anula un auto de instancia que declaró inadmisibile un recurso contencioso-administrativo contra una resolución administrativa de trámite. Se trataba de la propuesta de un Gobierno autonómico acerca de los Lugares de Importancia Comunitaria, y el TS entendió que dicha propuesta tenía efectos jurídicos desde el momento de su formulación, ya que pasaban a tener un régimen de protección preventiva. Por lo tanto, se trataba de un acto que generaba obligaciones de protección, y debía resultar impugnabile, al exceder la pura ordenación o impulso del procedimiento. El Magistrado se pregunta si dicha tesis no debería ser aplicable también a la DIA (FJ 3°).

## 6. AGUAS CONTINENTALES

### **A) Suspensión de ejecutividad del acuerdo del órgano urbanístico autonómico por ausencia del trámite del informe previo de la Confederación Hidrográfica relativo a la disponibilidad de recursos hídricos**

Se discute en la STS de 30 de marzo de 2009 (recurso de casación 790/2008), la suspensión cautelar del acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia, de 20 de abril de 2007, por el que se aprobó la homologación modificativa y Plan Parcial del Sector “El Rajolar”, del municipio de Llaurí (Valencia).

En el presente recurso de casación la Generalitat Valenciana recurre el auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valenciana, de 14 de enero de 2008, por el que se desestimó el recurso de súplica dirigido contra el auto de la misma Sala, de 30 de noviembre de 2007, dictando la suspensión cautelar de la ejecutividad del citado acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia de 20 de abril de 2007.

Entre los antecedentes de la Sentencia se menciona que la Abogacía del Estado interpuso recurso contencioso-administrativo contra el citado acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo, solicitando en otrosí del escrito de recurso, la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, aduciendo que durante la tramitación del instrumento urbanístico impugnado, la Confederación Hidrográfica del Júcar no pudo emitir informe relativo a la disponibilidad de recursos hídricos para satisfacer las nuevas demandas de agua vinculadas a las actuaciones urbanísticas previstas, emitiendo el Vocal representante del Ministerio de Medio Ambiente en la Comisión Territorial de Urbanismo, voto negativo a la aprobación del citado instrumento urbanístico.

La Generalitat Valenciana se opuso a la adopción de la medida cautelar alegando fundamentalmente que el artículo 19.2 de la Ley 4/2004, de Ordenación del Territorio y Protección del

### XIII. Medio Ambiente

Paisaje de la Comunidad Valenciana, habilita a la intervención de la entidad gestora del servicio de agua potable, que defiende como alternativo al de la Confederación Hidrográfica, y que el informe del organismo de cuenca no tiene carácter vinculante, pues lo contrario significaría una interferencia y un bloqueo de las competencias autonómicas.

Expuesta la cuestión de fondo sobre la que versa esta casación, el TS estudia en primer lugar si la Sala de instancia ha aplicado o no de manera correcta las previsiones legales y la doctrina jurisprudencial determinante para acordar la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado. Al respecto el TS afirma en su FJ 4º, que si bien es cierto que la doctrina del *fumus boni iuris* requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión del pleito, en el caso que nos ocupa el Tribunal admite que hay razones para entender que tal doctrina ha sido aplicada de forma acertada, en orden a la suspensión cautelar del acuerdo recurrido.

El TS argumenta que, de un lado, es un hecho no controvertido que la aprobación del instrumento de planeamiento se produjo sin el preceptivo informe de la Confederación Hidrográfica, previsto en el artículo 25.4 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, redactado por la disposición final primera de la Ley 11/2005, de 22 de junio.

De otra parte, el TS afirma que es notorio que la decisión de la Sala de instancia no se basa exclusivamente en la única valoración de la apariencia en buen derecho de la decisión solicitada en la medida cautelar, sino que se formula en buena concordancia con otros criterios y razones que sirven de fundamento a la medida cautelar adoptada, como son los razonamientos jurídicos expuestos por la Sala de instancia en el auto desestimatorio del recurso de súplica de 14 de enero de 2008, pues tal y como argumenta el Tribunal de instancia: “se ha de partir de que son dos las Administraciones en conflicto, y que en consecuencia los intereses en juego son ambos generales y públicos”... (ordenación urbanística de un área del suelo y ejercicio de competencias en materia de recursos hídricos), pero que aun siendo competencias que son propias y concurrentes de ambas Administraciones (Administración Autónoma y Administración del Estado), ... “ambas competencias se vinculan al interés general sustanciado en el uso racional del agua, relacionado con el principio de sostenibilidad del desarrollo, y protección de los recursos naturales”.

En cualquier caso, concluye la Sala de instancia en el punto cuarto del auto, y que reproduce la STS en su FJ 2, que: “el carácter preceptivo del informe de la Confederación Hidrográfica del Júcar, resulta de lo dispuesto en el artículo 25.4 de la Ley de Aguas, en la redacción dada por la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley del Plan Hidrológico Nacional”. Afirma la Sala de instancia que los daños y perjuicios a que se refiere el Abogado del Estado en su petición de la medida cautelar, resultan patentes y se sustancian en la infracción de legalidad que se deriva –en forma inmediata– de la aprobación de un instrumento de planeamiento con omisión de un trámite esencial. Además de que en el supuesto de seguirse el proceso urbanístico subsiguiente, no sólo conllevaría el “eventual” riesgo de que los recursos hídricos previstos para la actuación urbanística se actualice y no sólo se consolide en orden a su insuficiencia, sino que afecte o menoscabe a usos previos.

Por lo anterior, el TS receptiona la fundamentación de la Sala de instancia y declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Generalitat Valenciana contra el auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana, de 14 de enero de 2008, desestimatorio del recurso de súplica dirigido contra el auto de la misma Sala, de 30 de noviembre de 2007, por el que se acordó la

medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del instrumento de planeamiento urbanístico de referencia, adoptada en pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo 622/07, con imposición a la Generalitat recurrente de las costas procesales causadas.

### **B) Sanciones administrativas por apertura de pozo y extracciones de agua para riego, sin la previa autorización administrativa. Determinación de la imposición de la obligación de clausura de los pozos**

En la STS de 9 de febrero de 2009 (recurso de casación 3235/2007), se discute la resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, de 21 de diciembre de 2005, por la que se impone a la entidad mercantil “EASUR, SL” la sanción de multa de 22.000 euros, la obligación de indemnizar al dominio público hidráulico en la cantidad de 11.000 euros y la obligación de inutilizar el pozo en un plazo de quince días desde la notificación de la resolución. Asimismo, se discute en casación, el auto de fecha 14 de febrero de 2007, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, desestimatorio del recurso de súplica en el que se deniega la suspensión del acto impugnado, en cuanto a la obligación de inutilizar el pozo de riego impuesta en la resolución sancionadora de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (recurso contencioso-administrativo 132/2006).

En la resolución sancionadora se le imputa a la entidad mercantil recurrente la autoría de los siguientes hechos: tener en explotación dos captaciones de aguas subterráneas, almacenando 50.000 m<sup>3</sup> de agua en una balsa para riego, sin la autorización de la Confederación. Se alega por la entidad mercantil recurrente que el aprovechamiento objeto del procedimiento sancionador venía siendo explotado desde hacía más de diez años con las pertinentes autorizaciones provisionales, por estar pendiente de resolución la solicitud de concesión.

La entidad mercantil interpuso recurso de casación contra el auto desestimatorio de la suspensión de la obligación de inutilizar el pozo riego impuesta en la resolución de la Confederación Hidrográfica, aduciendo un único motivo de casación alegando la infracción del artículo 130.1 y 2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sostiene la entidad mercantil recurrente en su escrito de recurso que la Sala de instancia no ha realizado una valoración circunstanciada de los intereses en conflicto.

Una vez definida la cuestión de fondo, el TS entra en la valoración del único motivo de casación alegado por la entidad recurrente, lo cual lleva al TS a determinar, en definitiva, si la Sala de instancia aplicó o no de manera correcta las previsiones legales y la doctrina jurisprudencial relativas a la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado.

Afirma el TS que en el desarrollo del motivo de casación se insiste en la alegación de que el aprovechamiento de aguas que es objeto de procedimiento sancionador venía siendo explotado por la recurrente desde hace más de diez años, mediante autorizaciones provisionales. Pero que en la fundamentación por la Sala de instancia del auto recurrido, se contesta expresamente a esta alegación señalando que no ha sido acreditada y que, más bien al contrario, en uno de los documentos aportados a las actuaciones (informe emitido con fecha 6 de septiembre de 2000, por la Comisaría de Aguas de la Zona de Granada en el expediente de solicitud de concesión) se extractaba el contenido de un acta relativa a una visita de reconocimiento

### XIII. Medio Ambiente

realizada el 18 de mayo de 2000, en la que expresamente se advertía al peticionario que se abstuviera de derivar aguas del pozo ejecutado hasta tanto obtuviese, si procedía, la correspondiente autorización.

En cuanto a la alegación del recurrente, de que la Sala de instancia no realizó una adecuada valoración de las circunstancias e intereses en conflicto, el TS afirma en su FJ 3º, que: “dicha alegación no puede ser acogida, pues no parece verosímil que una autorización de aguas realizada sin autorización y, por tanto, sin determinación del caudal o volumen máximo por la Administración, pueda no tener incidencia alguna sobre el interés público, pues éste exige una recta gestión del agua que, como señala el Preámbulo de la Ley de Aguas, es un recurso escaso, y, también, un recurso unitario que conserva una magnitud casi constante dentro de cada una de las cuencas hidrográficas”.

Ello conduce a la conclusión de que la extracción realizada en un determinado pozo difícilmente puede no afectar a otros pozos o fuentes situado en las proximidades y, en definitiva, a las reservas de agua en el área circundante.

Por las razones expuestas, el TS desestima el recurso de casación planteado, imponiendo las cotas a la entidad mercantil recurrente.

Ver también la **STS de 31 de marzo de 2009** (recurso de casación 5171/2005), en la que se impugna la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 9 de junio de 2005, en el recurso contencioso 852/2001, contra la resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, de fecha 27 de abril de 2001, por la que se impuso al recurrente una sanción de 200.000 pesetas, por apertura de un pozo en el término de Campo de Criptana (Ciudad Real), careciendo de la previa autorización administrativa.

La Sentencia de instancia de 9 de junio de 2005, combatida en el presente recurso de casación, razonó en relación con la sanción impuesta por la Confederación Hidrográfica del Guadiana, en el sentido de que ésta había prescrito al haber transcurrido entre la fecha de su comisión y la de la incoación del expediente el plazo superior de seis meses que resulta de lo dispuesto en el artículo 327.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril. Pero concluyó también que la acción de restaurar físicamente la legalidad vulnerada no había prescrito, al no haber transcurrido el plazo de 15 años establecido en el apartado 1º del referido artículo 327 del RDPH. En consecuencia, la Sala de instancia anuló parcialmente la resolución sancionadora de la Confederación impugnada, en lo relativo a la imposición de la multa, pero la ratificó en cuanto a la obligación de clausura del pozo.

Finalmente, en esta Sentencia de 31 de marzo de 2009, el TS desestima el recurso de casación por razón de la cuantía mínima litigiosa establecida en el artículo 86.2.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, argumentando en sentido contrario a la anterior STS de 29 de febrero de 2009 reseñada, que: “las reglas de la determinación de la cuantía no autorizan a incluir en el valor de clausura del pozo, que es objeto de la pretensión ejercitada, las consecuencias hipotéticas derivadas de la ejecución del acto impugnado” (FJ 3º).

Por ello el TS declara inadmisibles el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, reafirmando parte de la resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, de fecha 27 de abril de 2001, que determinaba la imposición de la obligación de clausura del pozo ilegal.

Relacionadas con las anteriores sentencias, está la **STS de 27 de enero de 2009** (recurso 8043/2004), sobre sanción por detracción ilegal de aguas subterráneas y actuaciones en el cauce del río Jabalón. En este recurso de casación se discute la sentencia dictada en fecha 12 de mayo de 2004, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por la que se desestimó el recurso presentado por la Sociedad Agraria de Transformación núm. 7876 “Palomar Torredueiro” contra la resolución del Ministerio de Medio Ambiente de fecha 23 de abril de 2001, que impuso a la entidad actora, como autora de una infracción grave tipificada en las letras b) y d) del artículo 108 de la Ley de Aguas y 317 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, las siguientes sanciones y obligaciones: 1) Sanción de 50.000.000 de pesetas; 2) Obligación de indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico en 1.552.950 de pesetas; 3) Requerir el abono de los costes de tres procedimientos de ejecución subsidiaria por un importe de 2.022.510 pesetas y 4) Prohibir la detracción de las aguas subterráneas denunciada, con clausura de los aprovechamientos.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) desestimó la impugnación de la resolución sancionadora, siendo su sentencia la que aquí se recurre en casación, argumentando por la parte recurrente (SAT núm. 7876 “Palomar Torredueiro”) cinco motivos de casación. El motivo de casación más determinante que analiza el TS en su sentencia consiste en la infracción del artículo 88.1.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dado que la Sala de instancia, por Auto de 8 de abril de 2003, denegó el recibimiento del pleito a prueba por no haberse expresado los puntos de hecho sobre los que habría de versar la prueba, tal y como exige el artículo 60.1 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La parte actora interpuso entonces recurso de súplica contra esa denegación, concretando los medios de prueba de que pretendía valerse y recordando que el citado artículo 60.3 prescribe que si el objeto del recurso es una sanción administrativa o disciplinaria, el proceso se recibe siempre a prueba cuando exista disconformidad con los hechos. Finalmente la Sala de instancia, desestima el recurso de súplica planteado, a través de Auto de 16 de junio de 2003 y niega de nuevo el recibimiento del pleito a prueba.

A causa de la denegación del recibimiento del pleito a prueba, la parte recurrente esgrime un motivo de casación (el segundo), en el que se alega la infracción del artículo 24.2 de la CE, que reconoce el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, y el citado artículo 60, apartados 1 y 3 de la Ley 29/1998.

Por ello, el TS afirma que dicho motivo de casación debe ser estimado. Pues si bien es cierto que en la solicitud del recibimiento del pleito a prueba no se especificaron, en un principio, los hechos sobre los que ésta habría de versar (artículo 60.1), también lo es que en el recurso de súplica la parte demandante aclaró cuáles eran las disconformidades que respecto de los hechos se daban, entre ellos la existencia de tres pozos legales anteriores a la fecha de entrada en vigor de la Ley de Aguas desde los que se regaba parte de la superficie denunciada, así como disconformidad con la valoración de los supuestos daños causados al dominio público hidráulico.

Estas disconformidades debieron ser suficientes para que la Sala de instancia otorgara el recibimiento del pleito a prueba, en virtud de lo establecido en el último inciso del artículo 60.3 de la Ley 29/1998. Así, el TS concluye que procede, en consecuencia, declarar haber lugar al recurso de casación y reponer las actuaciones procesales al momento del recibimiento del

pleito a prueba, a fin de que otorgado éste, se continúe después con la tramitación del pleito conforme a Derecho.

#### 7. MINAS

**A) El inicio de tramitación de un Plan de Ordenación de Recursos Naturales (PORN) suspende la posibilidad de otorgar una concesión minera, si no existe informe favorable de la Administración competente para elaborarlo. Alcance del contenido del antiguo artículo 7 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre (actual artículo 22 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad)**

En la STS de 2 de junio de 2009 (recurso 4222/2006), se conoce de un supuesto en el que se impugna por una Comunidad Autónoma una Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas por la que se había otorgado a una empresa una concesión de recursos de la Sección C (calizas) y su demasía. La Comunidad Autónoma alegaba que, en tanto que, de conformidad con las competencias que tiene reconocidas, había iniciado la tramitación de un Plan de Ordenación de Recursos Naturales (PORN) en cuyo perímetro quedaba incluida la citada concesión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 de la entonces vigente la Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, no podía haberse otorgado la concesión sin su informe favorable. La importancia de lo resuelto en esta sentencia no ha perdido interés, pues debe tenerse presente que el contenido del ya derogado artículo 7 mencionado se encuentra presente con el mismo tenor en el artículo 22 de la actual Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

En concreto, el precepto establece en su apartado primero que: “Durante la tramitación de un plan de ordenación de los recursos naturales no podrán realizarse actos que supongan una transformación sensible de la realidad física y biológica que pueda llegar a hacer imposible o dificultar de forma importante la consecución de los objetivos de dicho plan”. Y en el segundo que: “Iniciado el procedimiento de aprobación de un plan de ordenación de los recursos naturales y hasta que esta se produzca no podrá otorgarse ninguna autorización, licencia o concesión que habilite para la realización de actos de transformación de la realidad física y biológica, sin informe favorable de la administración actuante. Este informe sólo podrá ser negativo cuando en el acto pretendido concurra alguna de las circunstancias a que se refiere el número anterior”.

Pues bien, el Tribunal entiende que, efectivamente, el otorgamiento de la concesión sin haberse evacuado el informe legalmente previsto por la Comunidad Autónoma, vicia de nulidad el otorgamiento y obliga a retrotraer el procedimiento de concesión de la explotación al momento inmediatamente anterior al de dictarse las resoluciones impugnadas a fin de que por el órgano competente de Comunidad Autónoma se emita el informe a que se refiere dicho precepto. Además, descarta “la posibilidad de entender subsanada la exigencia del informe previo previsto hoy en la Ley 42/2007, por la existencia de otro muy anterior y emitido en un procedimiento distinto. En el caso de autos existía un informe emitido tres años antes en la fase de evaluación de impacto ambiental para el otorgamiento de la concesión. Informe que –en opinión del Tribunal– tiene una naturaleza y alcance muy distinto que el que habrá de emitirse como consecuencia de la apertura de un PORN. Admitir lo contrario, supondría atentar, en primer lugar, contra el tenor literal de la Ley, que sitúa temporalmente la existencia

del informe dentro del trámite de elaboración del Plan; y, en segundo lugar, con su espíritu y finalidad, pues de lo que se trata es de oír a la Administración competente para la planificación de los recursos naturales en el momento en que se está elaborando el Plan, en atención a las circunstancias medioambientales (frecuentemente cambiantes, y que requieren de una vigilancia continuada) existentes entonces que son las que motivarán la adopción de unas o de otras medidas, de acuerdo con las posibilidades que ofrezca el contenido del Plan.

Por otra parte, puntualiza el órgano jurisdiccional, carece de toda virtualidad el pretender que el informe omitido únicamente es exigible cuando el PORN afecte sólo al territorio de una Comunidad Autónoma y no a aquellos otros en los que, como sucedía en los autos, corresponde la competencia al Estado por afectar al territorio de dos Comunidades Autónomas. Y ello porque en modo alguno se prevé en la Ley esta excepción, que por lo demás carece de sentido teniendo en cuenta cuál es la finalidad de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales y las competencias que sobre esta cuestión corresponden a las Comunidades Autónomas, de suerte que en la tramitación del Plan, y ante una contingencia como la que ahora se cuestiona (concesión de una explotación minera), deberá emitir el informe ante la Administración concedente todas las Administraciones que estén tramitando un PORN en cuya zona de afectación se ubiquen las obras o actuaciones de incidencia medioambiental.

## 8. MONTES

**A) Atribuciones profesionales, reitera el Tribunal Supremo su conocida doctrina de libertad con idoneidad, en este caso para declarar que la redacción de un plan cinegético, por ser pluridisciplinar no puede considerarse de competencia exclusiva de Ingenieros de Montes y de Ingenieros Técnicos Forestales, sino que podrán redactarlo quienes ostenten una titulación que les haya formado para conocer la materia sobre la que los mismos versan**

Un problema de atribución de competencias entre distintos técnicos profesionales se resuelve en la STS de 22 de abril de 2009 (recurso 10048/2004). En concreto en esta resolución se pronuncia el Tribunal sobre la legalidad de una Orden de una Consejería de Medio Ambiente autonómica en la que al establecer un conjunto de medidas de fomento en materia cinegética disponía en uno de sus preceptos que “Los Planes Técnicos de Caza objeto serán redactados por técnicos competentes para ello, ostentando tal condición los Ingenieros de Montes, los Ingenieros Técnicos Forestales, los Veterinarios y los Biólogos”. Los Colegios Oficiales de Montes y de Ingenieros Técnicos Forestales impugnan la Orden cuestionando que los Veterinarios y los Biólogos puedan ser considerados técnicos competentes para redactar dichos planes. El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que para dilucidar lo procedente es preciso acometer el análisis de la formación académica y las enseñanzas recibidas para cada una de las titulaciones en conflicto.

Y es así que examinados los planes de estudios de todos ellos aprecia que hay materias que son comunes y por tanto de conocimiento de quienes ostentan alguno de los cuatro títulos que, por consiguiente, debieran estar capacitados para poder intervenir en la redacción de los Planes. Planes que, además, no son otra cosa que instrumentos para fijar las directrices que han de ser tenidas en cuenta para la gestión cinegética de un terreno de caza y el conjunto

### XIII. Medio Ambiente

de tales directrices no corresponde al conocimiento exclusivo de los Ingenieros de Montes y de los Ingenieros Técnicos Forestales, sino que hay aspectos fundamentales que son propios también de Biólogos y Veterinarios.

No existiendo hoy ninguna norma que fije de forma tasada las competencias profesionales específicas de los Ingenieros de Montes, de los Ingenieros Técnicos Forestales, de los Veterinarios y de los Biólogos que les atribuya la competencia específica y exclusiva para su intervención en este tipo de asuntos.

Señala, en este sentido, que el hecho de que una materia se regule o mencione en la Ley de Montes no implica necesariamente que su desarrollo profesional sólo pueda ser asumido en su totalidad por los Ingenieros de Montes e Ingenieros Técnicos Forestales. De hecho, cuando la propia Ley 43/2003, de Montes, quiere que una determinada labor esté dirigida o supervisada por profesionales con titulación forestal universitaria lo dice expresamente (así, artículo 33.4 respecto de los proyectos de ordenación de montes y planes dasocráticos), pero en el caso de los recursos cinegéticos no hay precepto alguno en la Ley que establezca que su ordenación y gestión sólo puede ser dirigida por esos profesionales.

Siendo así lo anterior, ha de descartarse la exclusividad a favor de alguna de las profesiones citadas en concreto, pues los planes técnicos de caza sobre los que ha girado el debate procesal tienen “un contenido multidisciplinar”, que determina la imposibilidad de que su redacción se atribuya en exclusiva a unos únicos titulados.

Y es constante la jurisprudencia del Supremo que con carácter general la Sala viene manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad, pues frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido.

## 9. CARRETERAS Y CAMINOS

### **A) Como regla general, la valoración del suelo expropiado para la construcción de vías de comunicación interurbanas ha de hacerse como si de suelo no urbanizable se tratara**

Retoma la STS de 2 de junio de 2009 (recurso 2406/2005), la muchas veces planteada cuestión acerca de la indemnización que en forma de justiprecio ha de recibir el afectado por los terrenos para la implantación de sistemas generales –vías de comunicación– que estaban clasificados como rústicos –o terminología equivalente que pueda establecer la normativa autonómica y que implique la preservación de un suelo del desarrollo urbanístico– que se le expropiaran.

La sentencia reitera la ya consolidada jurisprudencia al respecto que parte de la necesidad de comprobar si los sistemas generales que se van a efectuar crean o no crean ciudad en el sentido de incorporarse realmente al entramado urbano. Si esto acontece, el suelo, pese a su clasificación en el planeamiento podría valorarse como suelo urbanizable, pero no, si tal no aconteciese, en cuyo caso correspondería valorarlo a efectos expropiatorios como rústico.

Al igual que en otros pronunciamientos, en éste se descarta que en todo caso los terrenos expropiados para la construcción de calzadas interurbanas puedan ser valorados como suelo urbanizable, independientemente de su clasificación como rústico. Pues, de otra forma –sostiene el Tribunal– se llegaría al absurdo de considerar urbanizable todo suelo sobre el que se proyecte establecer una vía de comunicación, incluidas las autopistas, las carreteras nacionales en toda su extensión y las redes ferroviarias. El Tribunal restringe la aplicación de la valoración como suelo urbanizable en casos como los que comentamos, a los supuestos en los que las infraestructuras que vaya a realizarse vayan a estar auténticamente integradas en la red viaria local o como tal clasificadas en el plan de ordenación del municipio. Y, en este sentido, carece de relevancia la circunstancia de que la obra en cuestión esté prevista en el Plan General de Ordenación Urbana de la localidad correspondiente, pues para el Supremo lo esencial no es que la infraestructura se incorpore al planeamiento, sino que esté destinada a crear ciudad. La previsión de una infraestructura en el planeamiento general no lo convierte automáticamente en una dotación local, que contribuya a articular la población. Sino que la previsión en el planeamiento responde a las exigencias de un principio de gran calado en nuestro sistema jurídico, cual es el de coordinación, que exige acomodar el planeamiento municipal a las determinaciones de los instrumentos de ordenación de superior alcance territorial, en cuanto prevean dotaciones e infraestructuras supralocales que hayan de implantarse o discurrir por el término municipal.

## 10. FISCALIDAD AMBIENTAL

### A) Tributos autonómicos en materia de aguas

#### a) Doble imposición interna: relaciones con el canon de control de vertidos de la Ley de Aguas estatal

El TSJ de Aragón, al hilo de nuevas demandas en las que se pone en cuestión la legalidad del Reglamento del canon de saneamiento aragonés, vuelve a negar el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad. Y es que, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, rechaza que el establecimiento de este impuesto suponga la duplicación de hechos imposables ya gravados por el Estado, en particular por el canon de vertidos de la Ley de Aguas. Cfr. SSTSJ de Aragón de 12 y 28 de mayo de 2008 (NR 328/2006 y 182/2004).

#### b) Diferencias entre las normativas de las diversas Comunidades Autónomas

El STSJ de Galicia de 15 de octubre de 2008 (NR 16474/2008), se opone a la pretensión anulatoria deducida por la empresa recurrente (una piscifactoría), sobre la base de que otras Comunidades Autónomas otorgan un trato mejor a la referida actividad. La diferencia de trato

es consecuencia lógica de la pluralidad de poderes, como reconoció el Tribunal Constitucional hace más de dos décadas.

#### c) Cuantificación de los tributos

El TSJ de Galicia, a través de varias sentencias [cfr. SSTSJ de Galicia de 15 de octubre de 2008 (NR 16253, 16266, 16473, 16474 y 16275/2008) y 22 de octubre de 2008 (NR 16330/2008)] analiza cómo debe ser encauzada una liquidación tributaria por estos tributos que tome como base la medición directa de la carga contaminante. Y es que la demandante cuestionaba tanto la condición del laboratorio auxiliar utilizado por la Administración como los criterios de medida, en función de la falta de continuidad, lo que arrojaba, a su entender, resultados erróneos en la carga contaminante atribuida. La sala rechazará este argumentario, a la vista de la normativa reguladora. Explica que, en el caso concreto, la Administración tomó en consideración no sólo las mediciones efectuadas por sus técnicos auxiliares, sino las presentadas por la empresa. Advierte a continuación que “no es útil a los efectos pretendidos por la recurrente alegar que tales datos se suministraron solamente al objeto de poner de manifiesto la inexactitud de las mediciones o los criterios dispares de los distintos laboratorios, pues debe contemplarse la posibilidad de efectuar la medición continuada y estacional que la empresa propugna, con las variantes en función de los distintos momentos del día y en función de los distintos momentos de alimentación”. Sobre esta base concluye la corrección de la determinación efectuada por la Administración, tanto por no existir elementos que pongan de manifiesto la falta de idoneidad del Laboratorio utilizado, como por haber utilizado al efecto datos suministrados por la propia recurrente y, esencialmente, por la posibilidad siempre al alcance de ésta, de poner a disposición de la Administración los propios datos de la medición continuada de carga contaminante, para discutir a continuación las eventuales rectificaciones o modificaciones realizadas. Se refiere finalmente a las diferentes conclusiones obtenidas a partir de ciertos informes evacuados en período probatorio, señalando que tales diferencias de criterio, ciertamente llamativas, no ponen de manifiesto, sin embargo, la incorrección de la estimada correcta por la Administración, máxime si en todo caso se pueden proponer tales conclusiones a la Administración y ser ésta, posteriormente, quien las acepte o las rechace.

Se parte de problemas parecidos en el caso resuelto por la STSJ de Cataluña de 4 de septiembre de 2008 (NR 23/2008), relativo a la inspección verificada sobre la situación tributaria de una industria textil, y las liquidaciones resultantes de ella, todo ello en función de la legislación catalana del canon del agua. El recurso será desestimado. En primer lugar, la actora rechaza la representatividad y proporcionalidad de las muestras tomadas, pues dice que se utilizaron dos muestras de una misma inspección. Frente a ello, el TSJ señala que son suficientes dos inspecciones o una inspección de larga duración, siempre que los valores resultantes superen en un 15 por 100 el valor máximo sujeto a corrección, sin que en el primer caso la norma especifique que las dos inspecciones se verifiquen en días diferentes (lo que sucedió es que las dos inspecciones se verificaron el mismo día). En segundo lugar, la actora alega que coincidió la inspección con una parada de la depuradora de la empresa en orden al mantenimiento de la instalación, lo que alejó los datos tomados de los habituales. Pero no se considera suficientemente probada la disfunción. Y, en tercer lugar, alega que el personal de la empresa no estuvo presente durante la actividad probatoria. Contestando la sala que no se exige en realidad este requisito, sino que únicamente se prevé esta posibilidad en la normativa de aplicación, lógicamente para los supuestos en que ello resulte viable “y que no son aquellos en que se verifican actuaciones inspectoras aleatorias, como en este caso, en que los agentes

intervinientes observaron que las aguas del río Ter bajaban sucias por lo que procedieron a realizar la primera toma de muestras; tras lo cual, se adoptaron las medidas necesarias para facilitar la intervención de la actora en la segunda inspección realizada (...).”

## **B) Incentivos fiscales en impuestos ordinarios**

### **a) Impuesto sobre Sociedades**

La STSJ de Extremadura de 15 de julio de 2008 (NR 41/2006), trata entre otras cuestiones de la deducción por inversiones destinadas a la protección del medio ambiente. La inversión se había materializado en medios de transporte por carretera. La Administración admitió la deducción correspondiente a la adquisición de un tractocamión y remolque isoterma, pero eliminó la declarada por la adquisición de un semirremolque carrozado para jaula ganadera, pues, a su parecer, en nada contribuye a la reducción de la contaminación atmosférica. La sala estima el recurso, entendiendo que no existe justificación alguna para impedir tal deducción, pues expresamente dispone la norma que las inversiones en tractocamiones que se lleven a cabo conjuntamente con su correspondiente semirremolque, ya sea simultáneamente o a lo largo del mismo período impositivo, tendrán la consideración en su conjunto de vehículos industriales a los efectos de aplicar la deducción.

JAVIER DOMPER FERRANDO

ANTONIO EDUARDO EMBID TELLO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

JOSÉ MONTOYA HIDALGO

SERGIO SALINAS ALCEGA

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

PATRICIA VALCÁRCCEL

ANTONIO EMBID IRUJO

**XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO****Sumario:**

**1. Nota preliminar. 2. Ayudas.** A) Poder subvencional del Estado y orden competencial.

B) Denegación. C) Reintegro. **3. Comisión del mercado de las telecomunicaciones.**

**Alcance de sus competencias. 4. Competencia.** A) Defensa de la competencia y limitación temporal de ventas con descuento. B) Abuso de posición de dominio. Necesidad de que exista un mercado en competencia. **5. Energía.** A) Energía nuclear. Plan Básico de

Emergencia Nuclear y autonomía municipal. B) Gas natural. Transporte y suministro: modificación del título concesional. C) Energía eléctrica. Primas al consumo de carbón autóctono. D) Energía eléctrica. Suministro. E) Energía eléctrica. Tarifas. **6. Mercado de valores. Autorización de oferta pública de adquisición de acciones. 7. Tarifas portuarias.**

Liquidación y vulneración de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. **8. Telecomunicaciones.** A) Competencias sobre programas de televisión. B) Alcance de la responsabilidad de los prestadores de servicios de difusión de radio y televisión por cable. C) Conflicto de acceso al mercado. D) Sanción por incumplimiento de un acuerdo de la comisión del mercado de las telecomunicaciones. **9. Transportes terrestres. Sustitución de itinerarios.**

**1. NOTA PRELIMINAR**

En este número se recoge el examen de las sentencias del Tribunal Constitucional desde el mes de enero de 2009 hasta el 7 de septiembre de 2009 y las sentencias del Tribunal Supremo publicadas en los Cuadernos Aranzadi 1 a 9 de 2009.

**2. AYUDAS****A) Poder subvencional del Estado y orden competencial**

La STC 136/2009, de 15 de junio, en un conflicto de competencias planteado por el Gobierno de Aragón, declara inconstitucional la Resolución estatal de la Dirección General del

Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, de 8 de septiembre de 2000, que tiene como objetivo promover la inversión en instalaciones de aprovechamiento térmico a baja temperatura de la energía solar, mediante la subvención de parte del coste de inversión de los proyectos en ese ámbito. Para ello, el Estado regula con detalle el régimen jurídico de la citada subvención, al mismo tiempo que atribuye su gestión, evaluación, resolución y pago a un organismo estatal. Se trata, pues, de aplicar una muy consolidada doctrina constitucional en materia de subvenciones y ayudas públicas, iniciada principalmente con la STC 13/1992, de 6 de febrero, y mantenida hasta la actualidad. En este sentido, se parte de la base de que no existe una competencia subvencional diferenciada de la potestad financiera del Estado, ni una potestad libre de gasto público desvinculada del orden competencial, de manera que las diversas instancias territoriales ejercerán sobre las subvenciones las competencias que tienen atribuidas. A continuación, se exponen los cuatros supuestos que pueden darse, dependiendo del alcance y de la intensidad de las competencias autonómicas respecto de las materias subvencionadas: a) supuestos en los que el Estado no invoca título competencial alguno, mientras que la Comunidad Autónoma ostenta competencia exclusiva sobre una determinada materia; b) aquéllos en los que el Estado dispone de un título genérico, básico o de coordinación, correspondiendo a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución; c) casos en los que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, cuya ejecución corresponde a la Comunidad Autónoma, y d) supuestos de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, pero en los que concurren circunstancias excepcionales que determinan que la gestión de las ayudas pueda ser realizada por el Estado.

El TC considera que, por su contenido y finalidad, las ayudas objeto del conflicto se insertan en la competencia básica del artículo 149.1.25 CE sobre el régimen energético y que, por tanto, se trata del segundo supuesto de los arriba mencionados. En esta materia corresponde, pues, al Estado consignar las subvenciones de fomento en sus presupuestos generales, especificar su destino y regular las condiciones esenciales de otorgamiento, si bien dejando un margen a las CCAA para concretar con mayor detalle la afectación o destino y, por supuesto, su tramitación. No obstante ello, como se ha indicado y contraviniendo esta doctrina constitucional, la norma objeto de conflicto establece un régimen centralizado de tramitación, gestión, concesión y pago de estas ayudas. Por otra parte, a juicio del Tribunal, no concurren las circunstancias que, en su caso, podrían justificar la necesidad de una gestión centralizada, a fin de asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional. Finalmente, tampoco existe una justificación expresa de esta necesidad en la Resolución impugnada, por lo que se declara inconstitucional.

La **STC 138/2009, de 15 de junio**, contiene un pronunciamiento de fondo parejo al anterior, si bien en relación a un sector material diferente; en este caso el de las ayudas a la investigación en materias relacionadas con la Red de Parques Nacionales, cuyas bases reguladoras establece la Orden de 4 de octubre de 2002. La doctrina aplicada sobre el reparto competencial y el alcance de la potestad de gasto público estatal coincide con la anteriormente expuesta, como también lo es la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada, por el hecho de que centraliza la entera tramitación de las ayudas en la Administración estatal, a pesar de que el título competencial sobre medio ambiente de que ésta dispone es sólo de carácter básico (artículo 149.1.23 CE). En este sentido, el establecimiento, en colaboración y diálogo con la comunidad científica, del programa de investigación para toda la Red de Parques Na-

cionales, debe hacerse efectivo en un marco de cooperación y coordinación respetuoso de las competencias autonómicas, por lo que el Estado puede destinar fondos a esta finalidad, pero repartiéndolos territorialmente entre las CCAA y con criterios objetivos respetuosos del orden competencial constitucional y estatutariamente establecido.

### B) Denegación

En la STS de 17 de diciembre de 2008 (recurso 3071/2006), el Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Nacional que confirmó la validez de la orden ministerial que denegó la subvención solicitada.

El fondo de la cuestión estaba centrado en la determinación de si la actividad para la que se solicitó la ayuda se encontraba, o no, dentro de las actividades promocionables en aplicación del RD 983/1989 de creación y delimitación de la zona de promoción económica de Valencia.

La sentencia, tras analizar la normativa aplicable por razones temporales al caso de autos, concluye que procedía incluir los trabajos de manipulación de almendra —y de otros frutos secos— entre las actividades de transformación y comercialización de productos agrarios. Por tanto, casa la sentencia y reconoce el derecho a la ayuda.

Resuelta esta cuestión, la sentencia se plantea otros dos temas de interés que derivan de la naturaleza del recurso casacional. En primer lugar, al tener que resolver lo que corresponda dentro de los términos en que se planteó el debate de instancia surge la duda de si pudieran existir otros motivos que justificaran la denegación de la ayuda solicitada. El Tribunal analiza el expediente y concluye que las causas que pudieran justificar la denegación (servidumbre de la empresa solicitante a un único proveedor y a un único cliente, y no solicitud de las ayudas del FEOGA) no justifican la denegación. Por otro lado, entra a valorar si de los datos obrantes en el expediente se desprende que el Tribunal puede pasar a fijar la cantidad que debe recibir la entidad que solicitó la ayuda. El Tribunal concluye que dadas las carencias del expediente no está en condiciones de determinar si el solicitante es acreedor de la ayuda con prioridad a otros dentro del régimen de disponibilidades presupuestarias. Por ello, aun reconociendo el retraso que su decisión comporta con relación a la solución definitiva del problema, y siendo dicho retraso imputable a la Administración, remite las actuaciones al Ministerio de Economía para que a la vista de todos los elementos que deben tenerse en cuenta resuelva de forma definitiva sobre la ayuda solicitada.

### C) Reintegro

Otorgada una subvención la administración resuelve posteriormente dejar sin efecto la orden de concesión y exigir el reintegro de lo ya abonado por incumplimiento de la obligación de justificación y por incumplimiento de las condiciones impuestas al beneficiario con motivo de la concesión de la subvención.

El caso que da origen al conflicto, acuerdo de revocación de la ayuda y orden de reintegro, ha sido objeto de una abundante jurisprudencia que consta en números anteriores de esta crónica y que se ha ocupado de los diversos problemas jurídicos que suscita la orden de revocación y reintegro. La STS de 10 de marzo de 2009 (recurso 4361/2006), introduce una cuestión nueva de interés.

La recurrente alega que la orden recurrida ha vulnerado el artículo 25 de la Constitución y el principio de *non bis in idem*, ya que la Administración debió paralizar el procedimiento de reintegro hasta tanto no concluyera un proceso penal concurrente. En dicho proceso penal se dilucidaban las cuestiones relativas a un incendio en la fábrica donde debían llevarse a cabo las actuaciones, y si existía o no una responsabilidad penal por dicho incendio. Es decir, para la recurrente el incumplimiento se debió al incendio, hecho que se examina en la causa penal. Por ello, la Administración debió esperar a que se resolviera sobre dicho incendio para determinar si procedía o no la revocación de la ayuda.

El Tribunal Supremo rechaza este motivo casacional. Para el Tribunal lo relevante es si el incendio fue o no causa de fuerza mayor para incumplir las obligaciones de la recurrente, sin que sea determinante en el procedimiento de revocación de la ayuda si la recurrente quedará o no exonerada de responsabilidad penal por el tema del incendio. Por otro lado, se recuerda que la revocación de la ayuda no tiene naturaleza sancionadora, por lo que no es de aplicación al caso el principio *non bis in idem*.

### **3. COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES. ALCANCE DE SUS COMPETENCIAS**

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptó la siguiente resolución:

“Primero. Con respecto a las conductas de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU objeto de la presente Resolución.

La conducta de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU denunciada por QDQ MEDIA, SA, consistente en no incluir el dato relativo a la profesión del abonado en los soportes de almacenamiento de datos que dicha entidad viene proporcionando a esta Comisión y que ésta ha proporcionado a su vez a la entidad QDQ MEDIA, SA para la elaboración de guías de abonados, no puede ser calificada como una conducta discriminatoria constitutiva de un abuso de la posición de dominio que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU ostenta en el correspondiente mercado de referencia, puesto que se ha constatado que este operador no hace uso de tal dato en la prestación del servicio equivalente al que pretende prestar QDQ MEDIA, SA, cual es el de la elaboración de guías de abonado, impresas o telefónicas.

La conducta de TELEFÓNICA DE ESPAÑA denunciada por QDQ MEDIA, CONDUIT EUROPE, 1181 NUEVA INFORMACIÓN TELEFÓNICA Y BIGWORLD, consistente en no incluir en los mencionados soportes de almacenamiento de datos la información actualizada y completa sobre sus abonados al servicio telefónico básico, con particular referencia a los números de red inteligente, constituye una práctica anticompetitiva, por discriminatoria, materializada en la aplicación a sí misma de condiciones de acceso y suministro de los datos de sus abonados, diferentes de las aplicadas a las entidades denunciadas, y un abuso de la posición de dominio que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU ostenta en el correspondiente mercado de servicios de consulta telefónica sobre datos de abonados que obstaculiza el desarrollo de la libre competencia en este mercado.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

Segundo. Cese de la conducta discriminatoria llevado a cabo por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU.”

La citada resolución fue recurrida por Telefónica SAU ante la Audiencia Nacional, la cual estimó en parte el recurso. Para la Audiencia Nacional, si bien la CMT podía intervenir directamente adoptando la medida individual y preventiva de cese de la conducta desarrollada por Telefónica, por el contrario la citada entidad carecía de la necesaria cobertura competencial para la adopción de las demás declaraciones que puedan referirse o puedan implicar una delimitación o apreciación, aun de forma inicial, de una modalidad de conducta subsumible como una infracción a la libre competencia.

Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, en la **STS de 17 de diciembre de 2008**, examina de nuevo el alcance de las competencias de la CMT y estima el recurso, precisando la doctrina del mismo Tribunal contenida en la Sentencia de 1 de febrero de 2006 (recurso 3661/2003). De esta forma se incide de nuevo en la delimitación de funciones entre el Tribunal de Defensa de la Competencia y las autoridades de regulación de carácter sectorial.

Para el Tribunal Supremo no cabe duda de que para poder adoptar una medida concreta y específica de salvaguardia de la competencia (una medida cautelar ordenando el cese de una actividad), es preciso efectuar una previa valoración de que la conducta que se suspende es potencial o indiciariamente contraria a la libre competencia.

Por tanto, si bien es cierto que la CMT no tiene capacidad para declarar formalmente que una determinada conducta constituye una infracción de los preceptos de la legislación de defensa de la competencia, sí puede apreciar que una conducta tiene presumiblemente efectos contrarios a la libre competencia o abusivos de una posición de dominio, apreciación que es presupuesto necesario para poder fundamentar la adopción de medidas preventivas correctoras.

Por tanto, el Tribunal Supremo reconoce la validez del acuerdo de la CMT interpretado en los términos que establece la sentencia. Así, afirma que “La referida resolución sólo se excede en la expresión formal de la valoración de los efectos anticompetitivos que atribuye a las conductas examinadas, por lo que debe ser interpretada en la forma ya indicada, excluyendo el sentido declarativo de una infracción que corresponde a la función represiva propia de los órganos específicos de defensa de la competencia”.

### 4. COMPETENCIA

#### A) Defensa de la competencia y limitación temporal de ventas con descuento

La **STC 106/2009, de 4 de mayo**, se refiere a una cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el artículo 31.c), párrafo segundo, de la Ley 1/2002, de 26 de febrero, de Comercio, de Cantabria que, de forma preceptiva, limita temporalmente las ventas con descuento dirigidas a la promoción de determinados productos e impide que los precios habituales se presenten permanentemente como de rebajas. En concreto, se trata de determinar cuál es el ente territorial competente para establecer dicha medida y, en definitiva, si se trata de una regulación que afecta a los consumidores o a la relación horizontal entre las empresas del sector en una

economía de libre mercado. En este sentido, el TC considera que su finalidad principal es evitar que la concurrencia entre los empresarios en el mercado quede rota por el abuso de unas ofertas que aspiran a atraer a los consumidores, de manera que una norma de este tipo debería dictarse al amparo de las competencias exclusivas del Estado ex artículo 149.1.13 CE. Por este motivo, declara el precepto cuestionado inconstitucional. Asimismo, entiende que esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Cantabria haya llegado a un acuerdo interpretativo sobre el alcance y significado del precepto autonómico.

### **B) Abuso de posición de dominio. Necesidad de que exista un mercado en competencia**

La sociedad estatal de Correos Telégrafos, SA fue sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia por la comisión de conductas abusivas de su posición dominante consistentes en haber retenido correspondencia con el anagrama de su competidor, correspondencia que los usuarios habían depositado por error en los buzones de la red pública.

Recurrida la sanción, ésta fue confirmada en primera instancia por la Audiencia Nacional, pero el Tribunal Supremo, en la **STS de 9 de diciembre de 2008** (recurso 2867/2006), casó la sentencia y anuló la sanción impuesta.

De los diversos motivos aducidos por la recurrente en su recurso de casación (error en la determinación del mercado relevante en el que no opera la libre competencia, vulneración del principio de culpabilidad y violación del principio de proporcionalidad) el Tribunal Supremo aprecia la concurrencia del primero, lo que le evita tener que entrar a examinar los siguientes.

El Tribunal Supremo afirma que en el caso enjuiciado el mercado de referencia –el mercado de recogida, clasificación y transporte de envíos transfronterizos de cartas y tarjetas postales de hasta 350 gramos de peso en España– está reservado en exclusiva por la Ley 24/1998 a la sociedad estatal sancionada, por lo que no opera en dicho mercado la libre competencia. Consecuentemente, en un mercado no liberalizado en el que no pueden concurrir otros operadores no puede hablarse de posición de dominio.

A esta consideración general, que sirve para fundar la estimación del recurso, se añade una referencia a la justificación de la no existencia de mercado en el correo transfronterizo, con remisión en este punto a la anterior Sentencia de 13 de mayo de 2008 (recurso 5400/2002).

La Sentencia de 9 de diciembre de 2008, tras referirse a los hechos que motivaron la sanción (retención de correspondencia de un competidor), afirma: “cabe concluir el examen de este primer motivo de casación, con la declaración de que la Sala de instancia ha vulnerado el principio de legalidad sancionadora, que garantiza el artículo 25 de la Constitución, puesto que, justificada la reserva legal del servicio postal transfronterizo en favor del operador del servicio postal universal, en las condiciones señaladas, que excluye la competencia respecto de aquellas empresas privadas que pretendieran prestar el servicio postal en los sitios más rentables de las tarjetas postales incidiendo de forma negativa en el mantenimiento del servicio postal universal, no cabe subsumir las conductas imputadas a la SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS bajo la noción del tipo infractor aplicado de abuso de posición dominante, a que alude el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, en cuanto que su actuación no puede

## XIV. Derecho Administrativo Económico

tener como objeto o finalidad la expulsión de empresas competidoras del mercado relevante concernido, ni alterar la estructura del mercado, ni falsear la competencia, aunque dichos comportamientos pudieran ser objeto de reproche por la Administración Postal por atentar contra el principio de inviolabilidad de las comunicaciones postales”.

### 5. ENERGÍA

#### A) Energía nuclear. Plan Básico de Emergencia Nuclear y autonomía municipal

Mediante la STS de 9 de diciembre de 2008, Sección Quinta, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 103/2004), el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la Asociación de Municipios Afectados por Centrales Nucleares (AMAC) contra el Real Decreto 1546/2004, de 25 de junio, por el que se aprueba el Plan Básico de Emergencia Nuclear.

El principal motivo de impugnación reside en la vulneración de la autonomía municipal al prever dicho Reglamento la “ratificación” por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de los planes de actuación municipal en emergencia nuclear. El TS concluye que no existe tal vulneración y lo hace en base a dos argumentos fundamentales.

En primer lugar, expone que la regulación reglamentaria pone de manifiesto “una estructura escalonada de las distintas clases de planes de emergencia nuclear y una configuración piramidal de los distintos organismos implicados en su desarrollo y puesta en práctica”, que no ha sido impugnada, y que es totalmente coherente con la ratificación de los planes municipales por el Delegado del Gobierno, que es a su vez el director del plan de energía nuclear.

En segundo término, la Sala manifiesta que dicha previsión reglamentaria tiene cobertura legal en la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil, que contiene un trámite de “homologación” de los planes municipales de protección civil por la Comisión de Protección Civil de la Comunidad Autónoma. Afirma el Tribunal que, siendo las emergencias nucleares una modalidad singular de las “situaciones de riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria” contenidas en dicha ley, cabe entender que las razones de necesidad que justifican dichos trámites (de ratificación y homologación) en ambos supuestos son análogas.

Por último, cabe poner de relieve una consideración final realizada por el Tribunal al advertir que si, con ocasión de esa ratificación, se realizase una “labor de fiscalización que vaya más allá de la finalidad perseguida por la norma (...) podría aducirse que la autonomía municipal ha sido vulnerada”. No obstante –como bien concluye el TS– en tal caso el objeto de la impugnación debiera ser la concreta actuación del Delegado del Gobierno y no la previsión contenida en el Real Decreto.

#### B) Gas Natural. Transporte y suministro: modificación del título concesional

La STS de 24 de noviembre de 2008, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 3051/2006), declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por “Gas Natural SDG, SA” contra la Sentencia de 7 de abril de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

La controversia se centra en la instalación por la citada empresa gasista de un “tritubo” con cableado de fibra óptica con la finalidad de configurar un sistema de telemando y telecomunicación con el servicio de gaseoducto. La sentencia recurrida estimó parcialmente el recurso interpuesto por “Unió de Pagesos” y otros, entendiendo que, al no estar prevista específicamente en el proyecto inicial ni formar parte de la concesión administrativa otorgada a la empresa, dicha instalación precisaba de la pertinente actuación administrativa por el Ministerio de Fomento y resolvió reponer las actuaciones administrativas para que se adoptase la resolución pertinente.

Por su parte, el TS estima –como ha quedado dicho– el recurso de la empresa gasista y, en consecuencia, casa la sentencia impugnada y declara sin contenido el recurso interpuesto por la codemandada Generalitat de Cataluña. De conformidad con lo alegado por la empresa recurrente, la Sala afirma que, de acuerdo con una interpretación conjunta de la normativa vigente al tiempo de la concesión (principalmente, el artículo 10 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones) y la regulación contenida en el proyecto técnico de dicha concesión, puede concluirse que la instalación de medios que pudieran dar lugar a un control de telemedida y telecomando ya estaba prevista desde un inicio. Y, en definitiva, entiende el TS que “independientemente de que el cableado de fibra óptica ulterior necesitare de la correspondiente autorización administrativa”, la instalación del tritubo, que es sólo un soporte físico para una eventual red de telecomunicaciones pero por el que no discurre servicio alguno, no puede reputarse como una modificación del título concesional.

### **C) Energía eléctrica. Primas al consumo de carbón autóctono**

La STS de 16 de diciembre de 2008 (recurso 2873/2006), tiene por objeto, nuevamente, el examen del régimen jurídico de fijación de las primas al consumo de carbón autóctono por parte del Gobierno.

Fundamentándose en resoluciones similares anteriores, la Sala estima parcialmente el recurso de casación planteado por Endesa Generación, SA y, partiendo de la falta de competencia del Ministro para fijar los incentivos a favor del carbón autóctono (que la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, atribuye expresamente al Gobierno), anula el artículo primero de la Orden del Ministerio de Economía de 29 de octubre de 2003, por la que se establecía la mencionada prima para el año 2003.

Sin embargo, el TS rechaza las demás consideraciones realizadas por la recurrente en relación con la retroactividad de la Orden impugnada, afirmando que los principios de confianza legítima y seguridad jurídica no pueden restringir la capacidad del Gobierno de acomodar una posibilidad legal, como es la aprobación de una prima al consumo de una fuente autóctona de energía, a las circunstancias económicas cambiantes, puesto que la obligación de mantener, para los años siguientes, las cantidades fijadas por tal concepto en un determinado momento supondría una restricción injustificada de su capacidad de dirección de la política económica nacional.

### D) Energía eléctrica. Suministro

La STS de 22 de diciembre de 2008 (recurso 3557/2006), estima el recurso de casación planteado por la entidad Compañía Española de Laminación, SL frente al recargo impuesto por la Dirección General de Política Energética y Minas por el posible incumplimiento de la obligación de interrupción del suministro a la que venía obligada.

La Sala entiende que el hecho de que el Real Decreto 1438/2001, de 27 de diciembre, por el que se establecía la tarifa eléctrica para el año 2002, no previera expresamente la posible coexistencia de contratos de suministro de energía a tarifa y contratos adicionales no susceptibles de interrumpibilidad, impide considerar contraria a Derecho la actuación de la actora. Por lo que la penalización impuesta a la recurrente resultaría desproporcionada, en atención a las circunstancias existentes, y, sobre todo, no encontraría cobertura suficiente en las normas aplicadas.

### E) Energía eléctrica. Tarifas

El Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica a partir del 1 de enero de 2007, es objeto de enjuiciamiento por parte del Tribunal Supremo a través de la STS de 28 de enero de 2009 (recurso 42/2007), que resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por Iberdrola, SA.

En primer lugar, la Sala desestima la posible vulneración del principio de suficiencia financiera del Real Decreto impugnado, puesto que, aunque en dicha norma reglamentaria se reconoce que la tarifa va a ser insuficiente, se establecen mecanismos de compensación que, a pesar de ser deferidos al futuro, van a equilibrar los ingresos con los costes. Y, recordando lo establecido en su Sentencia de 17 de octubre de 2007, se añade que difícilmente pueden prosperar las impugnaciones de la tarifa eléctrica en razón de su insuficiencia en los casos en que están expresamente previstas y pendientes liquidaciones definitivas en las que dicho déficit deba ser compensado.

Sin embargo, partiendo también de la fundamentación establecida en la citada Sentencia de 17 de octubre de 2007, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal sí que acoge el segundo motivo de impugnación. En este sentido, se considera que la norma reglamentaria objeto de controversia infringe la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, pues establece que con cargo a la tarifa se financie el Plan de Acción 2005-2007, incluyendo, por tanto, conceptos diferentes a los previstos en los artículos 17 y 19 de la Ley del Sector Eléctrico. La relevancia de la tarifa en el sistema eléctrico –recuerda el Tribunal– impide interpretar el artículo 17 de la Ley del Sector Eléctrico de manera abierta, en el sentido de que puedan añadirse otros costes que los citados en la previsión de la tarifa.

Finalmente, debe destacarse también la impugnación de la Disposición Transitoria Séptima del mencionado Real Decreto, que excluye del derecho de cobro de la garantía de potencia a las unidades de producción nuclear. La Sala, en este caso, estima también el recurso al considerar que dicho derecho de cobro debe extenderse efectivamente a todas las unidades de producción que presten al sistema eléctrico la garantía de potencia, entre las cuales, obviamente, deben incluirse las centrales nucleares.

## 6. MERCADO DE VALORES. AUTORIZACIÓN DE OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES

El STS de 25 de noviembre de 2008, resuelve el recurso de casación 1931/2006 (RJ 2009/340), presentado frente a la SAN de 24 de enero de 2006, por la que se declaró inadmisibile y desestimó el recurso contra un Acuerdo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 19 de junio de 2003, que autorizaba la oferta pública de adquisición dirigida al 100% de las acciones que componen el capital social de la empresa “T. N., SA”.

Tras exponer la fundamentación de la sentencia recurrida, el Alto Tribunal examina los tres motivos de casación alegados por la asociación mundial de accionistas de “T. N., SA”. En el primero de ellos, se reprocha a la Sentencia de instancia que inadmitiera el recurso contencioso-administrativo, cuando no se deduce de la lectura de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida que se cuestionase la legitimación activa de la asociación recurrente. El Tribunal Supremo rechaza este primer motivo de casación por irrelevante, ya que en realidad la cuestión debatida en el proceso de instancia se refería a la falta de acreditación del acuerdo societario exigido para entablar la acción procesal conforme a lo dispuesto en el artículo 45.2.d) de la Ley Jurisdiccional. En todo caso, el Tribunal Supremo no entiende ocioso recordar su doctrina, expuesta en la Sentencia de 18 de abril de 2007, sobre el presupuesto de la legitimación del accionista para impugnar acuerdos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, dictados en materia de autorización de ofertas públicas de adquisición de acciones.

El segundo motivo de casación imputa a la Sala de instancia el error jurídico padecido al no entender que la oferta pública de adquisición de acciones sobre “T. N., SA” pretendía evitar la aplicación del artículo 34 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que condiciona la exclusión de la negociación a la determinación de un precio justo verificado por la Administración. La entidad recurrente entendería que se había producido un fraude de ley, por parte de la entidad que efectuó dicha oferta pública de adquisición de acciones. El Tribunal Supremo desestima este motivo casacional: no detecta un error de derecho en la Sentencia de instancia, por el contrario, el cauce procedimental seguido para autorizar la oferta pública de adquisición de acciones se ajusta a la legalidad, y cumple con los presupuestos y requisitos establecidos en la mencionada ley. Asimismo, carece de fundamento el reproche que la parte recurrente realiza a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, pues no se ha acreditado que este ente de derecho público haya hecho dejación de sus funciones y facultades de velar por la transparencia del mercado, la correcta formación de los precios y la protección de los inversores, o las haya ejercido en desviación de procedimiento. A estos efectos, el Tribunal Supremo se remite a su Sentencia de 23 de mayo de 2005.

Y en cuanto al tercer motivo de casación, reprocha a la Sentencia de instancia que omita pronunciarse sobre la obligación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de exigir que la información facilitada a los inversores mediante el folleto sea veraz, clara y comprensible. El Tribunal Supremo desestima este último motivo de casación, en la medida que aprecia que el folleto informativo autorizado contiene una información suficiente sobre los elementos subjetivos, los elementos objetivos, los elementos formales y otras informaciones adicionales significativas, que permite a los accionistas de la sociedad emisora comprender, en concreto, cuál es la finalidad empresarial de la oferta pública de adquisición de acciones.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

En consecuencia, el Tribunal Supremo rechaza los tres motivos de casación alegados por la entidad recurrente y declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la asociación mundial de accionistas de “T. N., SA”.

### **7. TARIFAS PORTUARIAS. LIQUIDACIÓN Y VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA E INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS**

La STC 116/2009, de 18 de mayo, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre la Disposición Adicional Trigésima Cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, reguladora de una nueva liquidación de tarifas portuarias que se aplica retroactivamente, por posible vulneración de los artículos 9.3 y 117.3 CE, en relación con los artículos 106.1, 118 y 24.1 CE. En primer lugar, el TC expone los antecedentes legislativos de dicho precepto y el contexto en el que se sitúa; concretamente hace referencia a la circunstancia de que las liquidaciones de las citadas tarifas, que se venían haciendo por orden ministerial, habían sido anuladas por el Tribunal Supremo al considerar que se trataba de prestaciones patrimoniales de carácter público sometidas al principio de reserva de ley. Seguidamente, la sentencia expone su doctrina sobre la prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva, distinguiendo entre la retroactividad auténtica (que anuda efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la ley), con la que identifica dicha prohibición y que sólo exigencias del bien común y del interés general podrían excepcionar. Y la retroactividad impropia (que pretende incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas), la licitud o ilicitud de la cual resulta de una ponderación entre el principio de seguridad jurídica y las circunstancias que avalan la modificación del ordenamiento jurídico-tributario.

En el caso enjuiciado, se trata de una retroactividad auténtica, ya que la nueva liquidación tarifaria, que pretende el precepto legal impugnado y que toma como presupuesto la anulación judicial de las liquidaciones practicadas por haberse declarado nulas las disposiciones que establecieron sus cuantías, se aplica a supuestos que no sólo habían sido ya realizados en su integridad y estaban agotados al amparo de una legislación anterior, sino que ya habían sido objeto de una liquidación conforme a esa legislación que, además, había sido sometida a control de legalidad por los órganos judiciales competentes. Todo ello implica una actuación legislativa no razonablemente previsible para los destinatarios de la norma, que daña su confianza en el desarrollo de su actividad económica. No convergen tampoco razones favorables al bien común ni un hipotético interés general en una obligación de pago que había sido negada por resoluciones judiciales firmes. Por otra parte, dicho interés tampoco prevalece sobre la eficacia de la función constitucional de control de la legalidad administrativa que tienen atribuida los órganos judiciales que, en este caso, declararon la nulidad radical de las liquidaciones por contravenir el principio de reserva de ley. El TC concluye, pues, declarando la inconstitucionalidad del precepto legal objeto de la cuestión, por vulneración de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad del legislador.

En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 146/2009, de 15 de junio y 161/2009, de 29 de junio.

## 8. TELECOMUNICACIONES

### A) Competencias sobre programas de televisión

La STS de 17 de marzo de 2009 (recurso de casación 4270/2006) (RJ 2009/1701), resuelve el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de mayo de 2006, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo presentado por la misma Abogacía del Estado en relación con el Decreto de la Generalidad de Cataluña 361/2002, de 24 de diciembre, por el que se regula el sistema de señalización orientativa de los programas de televisión.

El citado Decreto 361/2002, de 24 de diciembre, tiene por objeto, según prevé su artículo 1, la regulación del sistema de señalización orientativa de los programas de televisión, con el objetivo de informar a los adultos de la idoneidad de cada programa para los menores de edad. Esta norma reglamentaria dispone que se aplica a toda la programación de televisión de los operadores de televisión dependientes de la Generalidad de Cataluña, con título habilitante que corresponda otorgar a la Generalidad, y aquellos que, independientemente del medio de transmisión empleado, su ámbito de cobertura no sobrepase el límite territorial de Cataluña. El mencionado Decreto del Gobierno de Cataluña añade que también se aplica a la programación dirigida a los usuarios de Cataluña, emitida por otros operadores de televisión. Es este último inciso el que la Abogacía del Estado considera que vulnera el sistema de distribución de competencias marcado por el artículo 149.1.27 de la Constitución, por el que se atribuye al Estado la competencia en materia de “Normas Básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social”.

La Sala del Tribunal Supremo otorga la razón a la Administración General del Estado, pues entiende que el conjunto normativo regulador del régimen de la televisión en España únicamente extiende la libertad a las Comunidades Autónomas, para desarrollar las normas básicas estatales, y establecer normas más restrictivas o adicionales, respecto a los operadores bajo su competencia, entre los cuales no se encuentran los que tienen carácter de operadores nacionales, o actúan desde fuera de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

### B) Alcance de la responsabilidad de los prestadores de servicios de difusión de radio y televisión por cable

La STS de 10 de febrero de 2009 (recurso contencioso-administrativo 60/2006) (RJ 2009/617), resuelve el recurso interpuesto por una sociedad anónima contra los artículos 4.1, 10.2 y 11.b), inciso final del último párrafo, del Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable.

La entidad recurrente fundamenta su impugnación en que los mencionados prestadores de los servicios de difusión de radio y televisión por cable sólo deben responder del contenido de los canales de radio y televisión cuya responsabilidad editorial asuman y no de aquéllos cuya responsabilidad editorial responda un tercero y que ellos se limitan a difundir. Añade que el criterio es el recogido en el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,

## XIV. Derecho Administrativo Económico

de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La Sala del Tribunal Supremo efectúa un breve recordatorio de la normativa vigente en materia de radio y televisión y, en particular, se remite a la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisiva, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de julio.

El Tribunal Supremo considera que el régimen sancionador, en su aspecto subjetivo, gira en torno a la condición de “operador de televisión”, cuya definición viene delimitada por normas con rango de ley. Por ello, cualquier extensión precisa de otra norma con rango de ley, sin que a través de un reglamento pueda el Gobierno ampliar el régimen de responsabilidad. La conclusión del Tribunal Supremo es que se ha infringido el principio de reserva de ley previsto en el artículo 25.1 de la Constitución, principio que abarca tanto la tipificación de las infracciones y sanciones, como también el carácter de sujetos responsables a ellas, y así se deduce del artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, mencionada.

Tales razonamientos conducen al Tribunal Supremo a anular el artículo 10.2, en el inciso final, que dice “y serán responsables subsidiarios cuando se limiten a la mera difusión de canales cuya titularidad corresponde a un tercero”, sin que quepa extender la nulidad a la palabra “directos”, pues esa responsabilidad directa es exigible al operador de televisión, con referencia a los contenidos editorialmente asumidos por él.

Por el contrario, el Tribunal Supremo rechaza la nulidad del artículo 4.1 del impugnado Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, con base en que la responsabilidad en él establecida no puede referirse a la derivada de infracciones de contenidos que no le son propios, sino de otras infracciones previstas en el artículo 20 de la Ley 22/1999, de 7 de julio. El Tribunal Supremo también rechaza la nulidad del artículo 11.b), en el inciso antes indicado, pues razona que no se establece en él ningún tipo de responsabilidad para el operador de televisión, sino que impone una obligación respecto de la difusión de canales, cuyo titular no se encuentre establecido o bajo la jurisdicción de un Estado miembro de la Unión Europea, o que sea parte del Convenio Europeo de Televisión Transfronteriza; en tales casos, precisa el Tribunal Supremo, no hay una reserva de ley, y cabe aplicar la delegación reglamentaria señalada en la Disposición Final Segunda de la Ley 22/1999, de 7 de julio.

### C) Conflicto de acceso al mercado

La STS de 17 de diciembre de 2008 declara que no ha lugar al recurso de casación 2737/2006 (RJ 2009/226), interpuesto por la entidad “V, SL” contra la Sentencia dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, el 14 de marzo de 2006, sobre conflicto de acceso en el mercado de las telecomunicaciones.

Los hechos se remontan al conflicto suscitado por la entidad “C. I., SL”, que se quejaba de que “V, SL”, en cuanto “revendedora del servicio telefónico fijo” impedía que los locutorios que contrataran su servicio telefónico con ella pudieran cursar llamadas salientes con operadores distintos de “T. de E., S.A.U.”. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por medio de su Resolución de 11 de marzo de 2004, dio la razón a “C. I., SL” y dispuso que “V,

SL” no podía “impedir las funcionalidades de la preselección, selección de llamada o acceso a numeración de red inteligente cuando la línea de su titularidad, provista por el operador obligado a garantizar este tipo de funcionalidades, sea cedida a un usuario al que le provee tráfico telefónico”. Esta decisión fue confirmada por la Sala de instancia, en la sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación.

La entidad recurrente “V, SL” tan sólo presenta un único motivo de casación contra la sentencia de instancia, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional y, concretamente, señala que dicha sentencia infringe los artículos 5.1 y 19 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

Como se ha avanzado, el Tribunal Supremo rechaza las alegaciones de “V, SL” y considera que debe garantizarse el derecho de acceso de los abonados. Para el Tribunal Supremo, el deber correlativo se impone a los operadores dominantes (en el presente caso, “T. de E., S.A.U.”), que han de respetarlo y hacerlo respetar cuando, a su vez, utilicen la figura del “suministrador homologado” para la prestación del servicio telefónico disponible al público en teléfonos de uso público y, en particular, el prestado a través de los locutorios.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fijó que entre las obligaciones del “revendedor del servicio telefónico fijo destinado a locutorios” se encontraba la de facilitar a sus clientes el acceso a todas las facilidades y funcionalidades soportadas por las líneas de acceso en las que se basaban sus servicios, y así tenía que describirlo en los contratos de prestación de servicios. “V, SL”, prosigue el Tribunal Supremo, no podía desconocer el régimen jurídico al que quedaban sometidos los suministradores homologados cuando contrataban con “T. de E., S.A.U.”.

La sentencia del Tribunal Supremo recuerda que el regulador puede intervenir en las relaciones de los operadores de telecomunicaciones para fomentar y garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios. El Alto Tribunal añade, finalmente, que la autorización concedida a la entidad recurrente “V, SL”, para la reventa del servicio telefónico, le obligaba a garantizar que su labor de intermediación no limitara las capacidades de los clientes para mantener contratos con otros prestadores de servicios telefónicos en acceso indirecto.

#### **D) Sanción por incumplimiento de un acuerdo de la comisión del mercado de las telecomunicaciones**

En la STS de 25 de febrero de 2009, se resuelve el recurso de casación 232/2006 (RJ 2009/1426), interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de octubre de 2005. El litigio tiene su origen en la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 30 de abril de 2003, que sancionó tanto a “T. de E., S.A.U.”, como a su filial y hoy recurrente “T.T.P., S.A.U.”, por la comisión de una infracción muy grave al haber incumplido un previo acuerdo del propio organismo regulador, de 29 de abril de 2002, en el que se adoptaron determinadas medidas cautelares con respecto a la “Oferta de Servicios de Telecomunicaciones Públicas para Locutorios”, de “T.T.P., S.A.U.”. En particular, se obligaba a “T. de E., S.A.U.” a eliminar cualquier tipo de discriminación respecto a cualquier otra empresa de telefonía de uso público.

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

Cabe decir que la Audiencia Nacional desestimó el 14 de septiembre de 2005 el recurso interpuesto por “T. de E., S.A.U.” contra su sanción. Presentado recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estimó en parte por medio de su Sentencia de 10 de julio de 2008 (recurso de casación 7144/2005) (RJ 2008/4566).

Por lo tanto, la tramitación en la jurisdicción contencioso-administrativa de “T.T.P., S.A.U.”, ha sido en gran parte paralela a la efectuada por “T. de E., S.A.U.”. Ambas recurrieron sus respectivas sanciones ante la Audiencia Nacional y, posteriormente, acudieron en casación al Tribunal Supremo. De hecho, el contenido de las resoluciones judiciales es en gran parte muy parecido.

En concreto, “T.T.P., S.A.U.” alega un primer motivo de casación que consistiría en que la Audiencia Nacional no habría motivado correctamente su resolución judicial, la de 14 de octubre de 2005, puesto que se habría limitado a remitirse a la de 14 de septiembre de 2005, sin tener en cuenta las peculiaridades planteadas por “T.T.P., S.A.U.”. El Tribunal Supremo rechaza tales alegaciones de la entidad actora y concluye que no es cierto que la Sala de instancia dejase de responder a los argumentos de “T.T.P., S.A.U.”.

En el segundo motivo de casación, se consideran infringidos los preceptos que regulan el plazo máximo de resolución y los efectos de la caducidad en los procedimientos administrativos sancionadores. El Tribunal Supremo rechaza tal alegato con base en que la economía de medios aconsejaba tramitar un solo expediente, y por otra parte concurrían las circunstancias objetivas previstas en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El tercer motivo de casación sirve a “T.T.P., S.A.U.” para señalar que la Administración no puede imponer sanciones por el incumplimiento de lo ordenado en actos administrativos pendientes de una decisión cautelar. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima esta pretensión puesto que la orden de paralización dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no tenía el carácter de norma sancionadora y, en consecuencia, regía el principio de ejecutividad de los actos administrativos previsto en los artículos 56 y 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En su cuarto motivo casacional, “T.T.P., S.A.U.” alega que la Sala de instancia habría vulnerado su presunción de inocencia, puesto que no habría existido prueba alguna de que siguiera comercializando su oferta tras recibir la orden cautelar de paralización. El Tribunal Supremo también rechaza este otro argumento de la parte recurrente e indica que en el expediente figuraban numerosos documentos que atestiguan lo contrario. Dichos documentos aportados al expediente sirvieron de soporte para la imposición de la sanción en vía administrativa y sobre su conjunto se pronunció la Audiencia Nacional. No se basó en meros indicios o presunciones, sino en numerosos documentos.

Como quinto motivo de casación, “T.T.P., S.A.U.” expone que instó ante el Tribunal de instancia la aplicación retroactiva de la Ley 32/2003, tan sólo desde la perspectiva de distinguir entre las funciones generales de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la luz de la Ley 11/1998, y sus funciones “en materia de comunicaciones electrónicas” según lo dispuesto en la citada Ley 32/2003. La entidad recurrente sostiene que la Audiencia Nacional no habría hecho caso de tal petición y con ello habría vulnerado el principio de retroactividad de la norma más favorable. El Tribunal Supremo desestima tal argumentación porque la infracción muy grave prevista en la Ley 11/1998 es la misma que la recogida en la Ley 32/2003, sin que la adición del término “comunicaciones electrónicas” implique lo contrario.

En su sexto y último motivo de casación, “T.T.P., S.A.U.” denuncia la infracción del principio de proporcionalidad aplicable a la graduación de la sanción. Añade que el Tribunal de instancia habría introducido nuevos criterios para determinar la cuantía de la sanción y que no tuvo en cuenta los criterios de graduación de la Ley sectorial de telecomunicaciones de 1998. Todos estos motivos son rechazados por el Tribunal Supremo, que constata que la Sala de instancia no introdujo nuevos criterios para fijar la cuantía de la sanción, sino que se limitó a responder a los argumentos de la entidad recurrente; la Audiencia Nacional concretó, en contra de lo sostenido por la recurrente, que la comisión de la infracción le supuso un beneficio, como era el de incrementar sus clientes y perjudicar a las competidoras, y no fue un caso único el de la infracción cometida por la entidad recurrente, sino una “continuada actuación” de incumplimiento. Todos estos factores condujeron a la Sala de instancia a considerar correcta la graduación de la sanción. En cuanto a la aplicación de la Ley de 1998, el Tribunal Supremo concluye que el Tribunal de instancia apreció correctamente dos circunstancias atenuantes, esto es, la poca incidencia social de la infracción cometida y la inexistencia de reiteración en la conducta.

Por lo tanto, llegados a este punto, el Tribunal Supremo rechazaría todas las pretensiones de la parte actora. Sin embargo, constata que debe aplicarse la nueva Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, de modo retroactivo en cuanto a uno de los factores determinantes de la multa impuesta, es decir, el porcentaje de ingresos de la sociedad sancionada, por lo que en este aspecto el Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación.

## 9. TRANSPORTES TERRESTRES. SUSTITUCIÓN DE ITINERARIOS

La STS de 18 de marzo de 2009 resuelve el recurso de casación 4426/2006 (RJ 2009/1703), interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 21 de marzo de 2006.

La Sentencia del Tribunal Supremo dedica su fundamento de derecho segundo a describir brevemente los hechos más relevantes para la resolución del litigio. De entre ellos, cabe destacar a su vez que la empresa de transportes “A.M., SA” solicitó a la Administración autonómica y al amparo de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que las concesiones administrativas de las que era titular fueran sustituidas por otras reguladas en la nueva ley. Tras seguir la tramitación correspondiente, la administración autonómica, por medio de la Resolución de 13 de agosto de 1998, aprobó la sustitución de las anteriores concesiones mediante su convalidación por una nueva concesión identificada como IB-26, cuyo objeto resultaba ser el servicio público regular entre Palma de Mallorca y Cuevas del Drach con hijuelas.

Dicha resolución administrativa autonómica fue impugnada ante la Sala de instancia por cinco demandantes, cuyos recursos fueron desestimados por la citada Sentencia de 21 de marzo de 2006. Tal resolución judicial fue impugnada sólo por uno de los demandantes originales ante el Tribunal Supremo, en el recurso de casación que origina la presente Sentencia de 18 de marzo de 2009.

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

Antes de examinar los motivos alegados en casación, el Tribunal Supremo resume su doctrina jurisprudencial sobre la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 16/1987, de 30 de julio, en cuestión, expuesta entre otras en su Sentencia de 15 de noviembre de 2006 (recurso de casación 1399/2004). En síntesis, la mencionada Disposición Transitoria reconoce a los titulares de las concesiones anteriores la posibilidad de optar por la sustitución de éstas, con tal de mejorar las condiciones de explotación, racionalizarla y adecuarla a las necesidades de los usuarios, sin necesidad de acudir al procedimiento ordinario previsto en la legislación de ordenación de los transportes terrestres.

El fundamento de este régimen transitorio consiste en la consideración del servicio de transporte de viajeros como servicio público. Por lo tanto, se persigue el mejor servicio de los usuarios y garantizar su libertad de circulación, de conformidad con el artículo 19 de la Constitución. En todo caso, puntualiza el Tribunal Supremo, se requiere respetar el equilibrio económico de los concesionarios afectados por la modificación, que serán quienes deban justificar si sus líneas se ven alteradas económicamente.

Hechas estas precisiones previas, el Tribunal Supremo examina y desestima los motivos de casación alegados por la agrupación empresarial recurrente. En cuanto al primero de ellos, se alega la vulneración de los trámites procedimentales señalados en la Orden de 14 de abril de 1988: aunque es cierto que se practicó la información pública correspondiente y que se comunicó la solicitud a los ayuntamientos y a las empresas interesadas, la entidad recurrente censura que, tras la determinación de las “condiciones esenciales” de la nueva concesión, la empresa peticionaria modificó su primitiva solicitud, y que tal modificación no fue sometida a un nuevo plazo de información pública, con audiencia expresa de los titulares de otros servicios coincidentes. El Tribunal Supremo rechaza este primer motivo casacional, con base en que no se ha ocasionado indefensión a los titulares de las concesiones afectadas; además, el Alto Tribunal precisa que las modificaciones introducidas no fueron sustanciales, y en cualquier caso no se probaron por los demandantes en instancia.

En el segundo motivo de casación, la entidad recurrente alega que la nueva concesión unificada cubriría tráfico coincidentes ya atendidos por los servicios regulares permanentes que preexistían. El Tribunal Supremo desestima tal alegación porque dicho extremo fue rechazado por el Tribunal de instancia y no cabe alterar en casación las valoraciones fácticas realizadas en la sentencia impugnada. En todo caso, añade que la nueva concesión perseguía mejorar las condiciones de explotación y adecuarla a las necesidades de los usuarios.

En los motivos tercero y cuarto se formulan dos censuras por la entidad recurrente. Se trata, concretamente, de la supuesta vulneración de las normas que proscriben el fraude de ley y de la desviación de poder. Sin embargo, el Tribunal Supremo constata que tales censuras no fueron planteadas de modo explícito en la demanda, y el Tribunal de instancia no se refirió a ellas. El Tribunal Supremo destaca igualmente que dichas críticas en realidad no se refieren a la sentencia de instancia, que es la que debe impugnarse en casación, sino a la actuación administrativa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Por todo ello, la sentencia del Alto Tribunal no puede entrar a examinar las censuras citadas. No obstante, se expone por el Tribunal Supremo que, según la agrupación empresarial recurrente, la convalidación de la concesión a la empresa “A. M., SA” se habría hecho sin justificación y con el verdadero fin de favorecerla. La sentencia concluye que no hay base en los hechos que la Sala de instancia declara probados, o rechaza como tales, para sostener que la actuación

administrativa se efectuó con fraude de ley o con una finalidad distinta a la prevista por la Ley 16/1987, de 30 de julio.

ÁNGELES ARRÓNIZ I MORERA DE LA VALL

RICARD GRACIA RETORTILLO

JOSEP MOLLEVI I BORTOLO

MARC VILALTA I REIXACH

JOAQUÍN TORNOS MAS

**XV. BIENESTAR, DEPORTE, CONSUMO, EDUCACIÓN, EXTRANJERÍA Y SANIDAD****Sumario:**

**1. Consumo.** A) Obligación del juez de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual que perjudique al consumidor. En especial la consideración como abusiva de la cláusula que atribuye la competencia al órgano judicial en cuya circunscripción se halle el domicilio del profesional. **2. Deporte.** A) Otra vez a vueltas con el fútbol-sala como modalidad deportiva. B) ¿El proceso electoral de un club deportivo privado es susceptible de control contencioso-administrativo? **3. Educación.** A) No universitaria. a) Anulada la posibilidad de matricularse de algunas materias. B) Universitaria. a) Legalidad del Real Decreto que regula las acreditaciones. **4. Extranjeros.** A) Denegación de entrada y expulsión. B) Asilo y condición de refugiado. C) Nacionalidad. **5. Juego.** A) Restricción a la libre prestación de servicios en las apuestas de Internet promovidas por Bwin en Portugal, no contraria a Derecho Comunitario. **6. Sanidad.** A) Explotación de farmacia reservada a farmacéuticos titulados. B) Concepto (comunitario) de medicamento “de referencia”. C) Consentimiento informado. D) Legalidad del Real Decreto de gestión del fondo de cohesión sanitaria. **7. Seguridad privada.** A) ¿Se puede adquirir la condición de jefe de seguridad si no se cuenta con la correspondiente titulación académica?

**1. CONSUMO**

**A) Obligación del juez de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual que perjudique al consumidor. En especial la consideración como abusiva de la cláusula que atribuye la competencia al órgano judicial en cuya circunscripción se halle el domicilio del profesional**

La STJCE de 4 de junio de 2009, C-243/08, responde a una cuestión prejudicial planteada desde Hungría, en la que se pregunta si puede interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva (93/13) en el sentido de que no vincule al consumidor una cláusula abusiva establecida por una operadora de telefonía móvil y, en consecuencia, la protección del consumidor quede garantizada por la Directiva. Es correcto que ¿el juez nacional deba apreciar de oficio, aun cuando no se haya presentado una demanda a efectos de impugnar el carácter abusivo

de la cláusula, el contrato que contenga cláusulas abusivas para el consumidor? Al respecto el Tribunal de Justicia recuerda con carácter preliminar que la obligación que incumbe a los Estados miembros en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva tiene por objeto conferir derechos a los ciudadanos en su condición de consumidores, y configura el resultado que pretende alcanzar la Directiva (véanse las Sentencias de 10 de mayo de 2001, Comisión/Países Bajos, C-144/99, apartado 18, y de 7 de mayo de 2002, Comisión/Suecia, C-478/99, apartados 16 y 18). De este modo, el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (Sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apartado 25). El Tribunal de Justicia declaró, asimismo, en el apartado 26 de esta última Sentencia, que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula.

En cuanto a los efectos jurídicos que deben derivarse de una cláusula abusiva, el Tribunal de Justicia precisó, en la Sentencia de 26 de octubre de 2006, C-168/05, apartado 36, que la importancia de la protección de los consumidores ha conducido en particular al legislador comunitario a establecer, en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional “no vincularán al consumidor”. El Tribunal de Justicia puso de relieve que se trata de una disposición imperativa que, habida cuenta de la inferioridad de una de las partes del contrato, trata de reemplazar el equilibrio formal que éste establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad. Así pues, el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial.

Respecto a los criterios que debe tener en cuenta y ponderar el juez nacional para apreciar de oficio la inaplicabilidad de una cláusula abusiva al consumidor, la Directiva (artículo 3), al referirse a los conceptos de buena fe y de desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no ha sido negociada individualmente. En este contexto, el anexo al que remite el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Por otro lado, el artículo 4 de la Directiva establece que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración.

No obstante, en lo que atañe a la cláusula que es objeto del litigio principal, ha de recordarse que en los apartados 21 a 24 de la citada Sentencia Salvat Editores, el Tribunal de Justicia de-

claró que, en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional en el sentido de la Directiva, una cláusula redactada previamente por un profesional, que no se haya negociado individualmente y cuyo objeto consista en atribuir la competencia, en todos los litigios que tengan su origen en el contrato, a un órgano judicial en cuya circunscripción se halle el domicilio del profesional, reúne todos los criterios para que pueda ser calificada de abusiva a efectos de la Directiva. Si bien, incumbe al juez nacional determinar si una cláusula contractual reúne los criterios requeridos para ser calificada de abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva. Al determinar tal extremo, el juez nacional deberá tener en cuenta el hecho de que una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, que ha sido incluida sin haber sido objeto de negociación individual y que atribuye competencia exclusiva al tribunal en cuya circunscripción está situado el domicilio del profesional, puede ser considerada abusiva.

### 2. DEPORTE

#### A) Otra vez a vueltas con el fútbol-sala como modalidad deportiva

Dando continuidad a un conflicto endémico de nuestra jurisprudencia deportiva, tal como ya se ha puesto de relieve en esta misma crónica en los números 33, 36 y 41 de *Justicia Administrativa*, la **STS de 17 de febrero 2009**, Ar. 1013, tiene origen en el recurso inicial interpuesto por la Federación Aragonesa de Fútbol-Sala contra la Orden del Consejero de Cultura y Turismo de la Comunidad Autónoma de Aragón de 3 de octubre de 2000, y tras los trámites pertinentes el citado recurso contencioso-administrativo terminó en primera instancia por Sentencia de 22 de marzo de 2006, cuyo fallo es del siguiente tenor: “Que estimando el presente recurso contencioso-administrativo en nombre y representación de la asociación deportiva de carácter privado denominada ‘Federación Aragonesa de Fútbol-Sala’, debemos anular y anulamos las resoluciones referidas en el encabezamiento de esta sentencia, declarando que el fútbol-sala es una modalidad deportiva propia a los efectos de la Ley 4/1993, de 16 de marzo, del Deporte de Aragón”.

Al efecto la Sentencia recurrida en casación argumenta que “la determinación de si el fútbol-sala es una ‘modalidad deportiva’ no supone el ejercicio de una potestad discrecional, sino que estamos ante un concepto jurídico indeterminado, aspecto realmente importante a la hora de controlar la decisión de la Administración (...) El fútbol-Sala cuenta con factores diferenciadores y características singulares respecto del fútbol que le otorgan personalidad propia; presenta diferencias en cuanto al tiempo de duración del partido, el número de jugadores, las dimensiones y superficie del campo, las características del balón, las medidas de las porterías y determinadas reglas de juego que justifican sea reconocido como modalidad deportiva propia, y así lo percibe la realidad social del momento presente, al margen de las discusiones doctrinales o dogmáticas, siendo éste el criterio seguido por diversas Comunidades Autónomas, como País Vasco, Madrid, Baleares y Galicia.” Por todo ello se concluye que “una cosa es el reconocimiento del fútbol-sala como modalidad deportiva y otra distinta si dicho deporte debe tener una Federación propia; sólo se puede reconocer oficialmente una Federación Deportiva Aragonesa por cada modalidad deportiva (artículo 25.4 de la Ley 4/1993, de 16 de marzo, del Deporte de Aragón), pero cabe que varias modalidades deportivas estén dentro de una misma Federación, así el waterpolo se engloba en la Federación de Natación,

el salto de altura, el lanzamiento de peso y la prueba de velocidad de 100 metros, etc., en la de Atletismo, y según dispone el artículo 27 de la mentada Ley 4/1993, la inscripción definitiva de las Federaciones Deportivas Aragonesas en el Registro General de Asociaciones Deportivas de Aragón se producirá ‘en función de los criterios de interés deportivo de Aragón y del Estado, así como de la implantación real de la modalidad deportiva en todo o en parte del territorio aragonés’”.

Sin embargo, tras el posterior recurso de casación interpuesto por la Diputación General de Aragón, el Tribunal Supremo concluye que al solo existir una Federación Española de Fútbol en la que está integrada como especialidad el Fútbol-Sala, “el reconocimiento del Fútbol-Sala como modalidad deportiva iría en contra de la regulación actual que los órganos deportivos competentes han establecido”. “Pero es que además el reconocimiento de una modalidad deportiva al ser competencia y potestad de los órganos deportivos competentes, serán y han de ser éstos los que, valorando todas las circunstancias físicas, objetivas, técnicas, organizativas y de implantación tanto fuera como dentro de España, precisen y determinen cuándo a una especialidad deportiva le corresponde la condición de modalidad deportiva, que conlleva, como es exigido y se ha visto, la creación e inscripción de una Federación que de ello se ocupe, y por ello, por incidir razones deportivas, técnicas y de oportunidad, no se trata meramente de integrar un concepto jurídico indeterminado cual la sentencia recurrida refiere, pues en la materia hay valoraciones como las técnicas y de organización y hasta de oportunidad que corresponde apreciar exclusivamente a las autoridades deportivas competentes, y que sólo se podrán revisar de acuerdo con la jurisprudencia que la parte invoca, Sentencias del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1998 y de esta Sala del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1995, de 27 de octubre de 1998 y de 28 de diciembre de 1996...”. Lo que obviamente lleva al Tribunal Supremo a casar la Sentencia recurrida, a nuestro juicio con un fundamento totalmente equivocado, en la medida que con tal lógica jurídica fuese imposible la constitución de Federaciones Deportivas de ámbito autonómico, al margen de la federación deportiva estatal, en clara contradicción con lo establecido de forma exclusiva por la legislación autonómica, que es la que en cada Comunidad puede dirimir y establecer los requisitos para el reconocimiento de una modalidad deportiva, y su consiguiente Federación deportiva autonómica.

### **B) ¿El proceso electoral de un club deportivo privado es susceptible de control contencioso-administrativo?**

La STS de 27 de abril 2009, JUR 244432, desestima el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, contra una sentencia del TSJ que estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra la resolución de la Comisión Jurídica del Deporte de la Comunidad de Madrid, que en consecuencia anula su resolución, retro trayendo el procedimiento administrativo a fin de que dicha Comisión se pronuncie sobre la impugnación electoral formulada por el actor.

El origen del conflicto se plantea porque la Comisión Jurídica del Deporte se declaró incompetente para conocer la impugnación de las candidaturas del Club Internacional de Tenis “Monte El Pilar”. Al efecto, la doctrina de la Sentencia recurrida en casación reza del siguiente tenor: “La Ley del Deporte de la CA dedica su Título IV a la organización deportiva privada, y

## XV. Bienestar, Deporte, Consumo, Educación, Extranjería y Sanidad

contempla a los clubes deportivos como una de las asociaciones privadas sometidas a sus disposiciones (artículo 26), los cuales se rigen en materia electoral por lo prevenido en ese texto, en las normas de desarrollo y en las estipulaciones estatutarias (artículo 58). La Comisión Jurídica del Deporte, como órgano superior en el ámbito electoral (artículo 59), tiene, entre otras competencias, ‘el conocimiento y resolución de los recursos que se presenten contra las resoluciones y acuerdos de las Juntas Electorales de las entidades a que se refiere el Título IV de esta Ley’ [apartado b) del artículo 60]. Así pues, es inequívoco que la Comisión, en el ejercicio de las funciones públicas de fiscalización de la organización deportiva privada, dispone de competencia para resolver asuntos como el relativo a la impugnación o reclamación electoral del actor, lo que no transmuta la naturaleza eminentemente privada de las relaciones entre los miembros de la asociación que, en su caso, ha de determinar la jurisdicción competente”.

El recurso de casación se desestima porque la normativa de aplicación se entiende por el TS que es exclusivamente autonómica y, por tanto, su *ratio decidendi* se resume en dirimir si la Comisión Jurídica del Deporte tenía competencia para conocer de la impugnación de un acuerdo electoral de un club deportivo privado. En consecuencia, no cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 LJ. En todo caso, las contradicciones existentes entre la Sentencia impugnada y otras del mismo Tribunal Superior de Justicia de Madrid hubieran debido ser planteadas ante el propio TSJ a través del recurso de casación para la unificación de doctrina autonómica (artículo 99 LJ).

### 3. EDUCACIÓN

#### A) No universitaria

##### a) Anulada la posibilidad de matricularse de algunas materias

La STS de 2 de febrero 2009, Ar. 940, ha declarado nulo —a instancias de la Federación Española de Religiosos de Enseñanza Titulares de Centros Católicos (FERE-CECA)— el artículo 14 del RD 1467/2007, de 2 de noviembre, que otorgaba la posibilidad, para quienes hubieran suspendido (“con evaluación negativa”, para ser más precisos) tres o cuatro materias del primer curso de bachillerato, de optar entre repetir curso en su totalidad o (y esto es lo que se va a anular) ampliar dicha matrícula con dos o tres materias de segundo. La razón del Tribunal Supremo es que tal posibilidad aparece en la mencionada disposición reglamentaria sin la necesaria cobertura en la LOE.

#### B) Universitaria

##### a) Legalidad del Real Decreto que regula las acreditaciones

La STS de 27 de enero de 2009, Ar. 857, rechaza la impugnación planteada por la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras contra el Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, por el que se establece la Acreditación Nacional para el acceso a los Cuerpos Docentes Universitarios. Dichos sintéticamente, los argumentos de la Sentencia son los siguientes: en primer lugar, la disposición reglamentaria no está regulando un sistema general de acceso a la función pública,

sino configurando un requisito previo para poder acceder a ella; en segundo lugar, la cobertura legal y la garantía de imparcialidad de la Comisión de Selección tiene suficiente amparo en los artículos 57 y 32 de la LOU; por último, la exclusión de esta reglamentación de la negociación colectiva está prevista en el artículo 32.2 del Estatuto Básico del Empleado Público.

#### 4. EXTRANJEROS

##### A) Denegación de entrada y expulsión

La **STC 110/2009, de 11 de mayo**, otorga el amparo al solicitante, recordando su doctrina previa al respecto (STC 145/2006, de 8 de mayo); esto es, que la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión inferior a seis años sólo puede ser acordada si en la propia sentencia condenatoria así se establece (pero distinto es el caso de las penas superiores a seis años de prisión, para las que la expulsión sustitutiva de la condena puede imponerse, aunque en la Sentencia no se haya establecido nada al respecto, si el Ministerio Fiscal así lo solicita). En el caso de que se trataba, la condena fue por dos años, sin mención alguna a la expulsión, luego el Auto del Juzgado de Ejecuciones Penales (ratificado en apelación por la Audiencia Provincial), acordando la expulsión del territorio nacional, lesionaba el derecho a la tutela judicial efectiva del interesado.

Por su parte, la **STC 140/2009, de 15 de junio**, aunque no lo dice expresamente, en definitiva eleva a doctrina constitucional algo que en las crónicas anteriores ya hemos visto que es interpretación reiterada del Tribunal Supremo: la posibilidad legal de imponer una multa o la expulsión de un extranjero que haya cometido determinada infracción exige el respeto al principio de proporcionalidad y una motivación específica que sustente suficientemente la opción de la expulsión y, por tanto, no es algo que libérrimamente pueda elegir la Administración en cada caso.

##### B) Asilo y condición de refugiado

En este apartado tenemos que hacer referencia, en primer lugar, a la **STJCE de 9 de julio de 2009, As. Comisión c. España, C-272/08**, que declara el incumplimiento de España de su obligación de incorporar el contenido de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

Por su parte, las **SSTS de 2 de enero y 16 de febrero de 2009, Ar. 466 y 1242**, anulan sendas denegaciones de asilo solicitadas por ciudadanos colombianos perseguidos por los paramilitares. Y la **STS de 3 de febrero de 2009, Ar. 1538**, hace lo propio, también con una familia colombiana, por persecución de la guerrilla.

La **STS de 19 de diciembre de 2008, Ar. 356 de 2009**, siguiendo jurisprudencia anterior (SSTS de 20 de noviembre de 2007, Ar. 6615 de 2008, y de 18 de julio de 2008, Ar. 6875),

## XV. Bienestar, Deporte, Consumo, Educación, Extranjería y Sanidad

concede el estatuto de apátrida a un saharauí, que se encontraba en la situación de carecer de la nacionalidad española, marroquí y argelina. A este mismo respecto, sin embargo, sendas **SSTS de 22 de diciembre de 2008**, Ar. 366 de 2009, y **de 5 de febrero de 2009**, Ar. 592, deniegan el estatuto de apátrida porque, aunque no se puede “exigir al solicitante del estatuto de apátrida una cumplida acreditación de que el país de su nacionalidad no le reconoce la misma, no cabe ignorar que la consideración de apátrida sólo procede respecto de la persona ‘que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación’”. Por tanto, más allá de la mera manifestación del solicitante de que carece de nacionalidad, debe existir algún dato que indique la concurrencia de la circunstancia señalada en la norma, pues sin ella el reconocimiento del estatuto de apátrida resulta improcedente”.

### C) Nacionalidad

La **STS de 27 de enero de 2009**, Ar. 849, ratifica la denegación de nacionalidad por considerar que no puede haber “suficiente grado de integración en la sociedad española” sin un conocimiento de la lengua española –condición necesaria, pero no suficiente– que permita una comunicación mínimamente fluida con las autoridades y con los demás ciudadanos.

Sin embargo, la **STS de 10 de febrero de 2009**, Ar. 968, resuelve lo contrario precisamente por la misma razón: porque en este caso sí se considera probado que el solicitante de la nacionalidad está estudiando y sabe hablar (lento pero bien, dice la Sentencia), leer y escribir.

## 5. JUEGO

### A) Restricción a la libre prestación de servicios en las apuestas de Internet promovidas por Bwin en Portugal, no contraria a Derecho Comunitario

La **STJCE de 8 de septiembre de 2009**, C-42/07, responde a una cuestión prejudicial planteada desde Portugal, por un juez que debe analizar la legalidad de una doble sanción impuesta a Bwin Internacional Ltd., con sede en Gibraltar-Austria, y a la Liga Portuguesa de fútbol profesional, en la medida que, en virtud del contrato de patrocinio que celebraron el 18 de agosto de 2005 para cuatro temporadas deportivas a partir de la temporada 2005/2006, Bwin asumió la condición de principal patrocinador institucional de la primera división de fútbol en Portugal. Conforme a este contrato, la anteriormente denominada “Super Liga” pasó a denominarse, en un primer momento, “Liga betandwin.com” y, posteriormente, “Bwin Liga”. Además, los logotipos de Bwin se exhibían en la equipación utilizada por los jugadores y en los estadios de los clubes de primera división. Por otro lado, se incluyeron en el sitio de Internet de la Liga referencias y un enlace al sitio de Internet de Bwin, que permitía a los consumidores establecidos en Portugal y en otros Estados utilizar los servicios de juegos de azar propuestos de este modo.

La dirección del departamento de juegos de la Santa Casa de Misericordia, en ejercicio de las competencias conferidas por el Decreto-Ley 282/2003, impuso a la Liga y a Bwin multas de 75.000 euros y de 74.500 euros, respectivamente, por las infracciones administrativas contempladas en el artículo 11, apartado 1, letras a) y b), del mismo Decreto-ley. Estos importes expresan la acumulación jurídica de dos multas impuestas a la Liga y a Bwin, por un lado, por

haber promocionado, organizado y explotado por Internet juegos o apuestas cuya explotación exclusiva en Portugal corresponde a la Santa Casa de Misericordia y, por otro lado, por haber publicitado la realización de estos juegos. Tras el recurso interpuesto contra las sanciones el Tribunal competente de Oporto plantea al Tribunal de Justicia la cuestión de si se la explotación de loterías y apuestas por Internet en Portugal, en régimen de exclusividad, en favor de una única entidad, se opone al Derecho Comunitario, y en concreto al principio de libre prestación de servicios.

Al efecto no hay duda de que la normativa portuguesa que prohíbe a los prestadores que, como Bwin, están establecidos en otros Estados miembros proponer servicios por Internet en el territorio de dicho Estado constituye una restricción a la libre prestación de servicios garantizada por el artículo 49 CE (véase, en este sentido, la Sentencia de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, apartado 54). Sin embargo, el artículo 46 CE, apartado 1, admite restricciones justificadas por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, e igualmente la jurisprudencia admite restricciones fundadas en razones imperiosas de interés general, con el objetivo de proteger a los consumidores o luchar contra el fraude y prevenir tanto la incitación al gasto excesivo en juego como la aparición de perturbaciones en el orden social en general (véase la Sentencia de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros, apartado 46). En este contexto, recuerda el Tribunal de Justicia que la normativa en materia de juegos de azar se cuenta entre los ámbitos en que se dan considerables divergencias morales, religiosas y culturales entre los Estados de la UE y, a falta de armonización comunitaria en la materia, corresponde a cada Estado apreciar en estos ámbitos, conforme a su propia escala de valores, las exigencias que supone la protección de los intereses afectados.

Por consiguiente, es necesario examinar si la restricción de la oferta de juegos de azar por Internet impuesta por la normativa portuguesa, que exclusivamente faculta a la Santa Casa de Misericordia, es adecuada para garantizar los fines que pretende preservar y, en todo caso, si tales restricciones se aplican de modo no discriminatorio. En opinión del Gobierno portugués el objetivo principal que persigue la normativa nacional consiste en la lucha contra la criminalidad y, más concretamente, en la protección de los consumidores de juegos de azar contra los fraudes cometidos por los operadores. Asimismo, afirma que la concesión de derechos exclusivos para la organización de juegos de azar en favor de la Santa Casa garantiza el funcionamiento de un sistema controlado y seguro. Por una parte, la larga existencia de la Santa Casa, que se extiende durante más de cinco siglos, demuestra la fiabilidad de este organismo. Por otra parte, el mismo Gobierno sostiene que la Santa Casa despliega su actividad estrictamente bajo su dependencia, con implicación del Gobierno en la designación de sus miembros, lo que le permite ejercer una potestad de tutela efectiva sobre la Santa Casa. Este régimen legal y estatutario proporciona al Estado suficientes garantías de que se respetan las normas adoptadas para preservar la limpieza de los juegos de azar organizados por la Santa Casa, y todo ello orientado por consideraciones y exigencias de interés público, atribuyendo a la Santa Casa potestades para iniciar, instruir e impulsar procedimientos de infracción por explotación ilícita de juegos de azar.

Por el contrario, el Gobierno portugués no tiene las mismas posibilidades de control sobre los operadores domiciliados fuera de su territorio que utilicen Internet para proponer sus servicios. A este respecto, el Tribunal de Justicia observa que el sector de los juegos de azar

ofrecidos por Internet no ha sido objeto de armonización comunitaria. Por lo tanto, un Estado miembro puede considerar que el solo hecho de que un operador como Bwin proponga legalmente por Internet servicios incluidos en este sector en otro Estado miembro, en el que se encuentre establecido y en el que, en principio, debe cumplir requisitos legales y superar los controles ejercidos por las autoridades competentes de este último Estado, no constituye garantía suficiente para la protección de los consumidores nacionales contra los riesgos de fraude y criminalidad, habida cuenta de las dificultades a las que, en este contexto, pueden verse confrontadas las autoridades del Estado miembro de establecimiento a la hora de evaluar la honradez y cualidades profesionales de los operadores. Por otro lado, dada la falta de contacto directo entre el consumidor y el operador, los juegos de azar accesibles por Internet suponen, en lo que atañe a los eventuales fraudes cometidos por los operadores contra los consumidores, riesgos diferentes y de mayor importancia en comparación con los mercados tradicionales de estos juegos. Además, no se puede excluir, a juicio del Tribunal de Justicia, la posibilidad de que un operador que patrocina ciertas competiciones deportivas sobre las que acepta apuestas, así como ciertos equipos participantes en estas competiciones, goce de una situación que le permita influir directa o indirectamente en el resultado de éstas con el fin de aumentar sus beneficios.

De todas estas consideraciones el Tribunal de Justicia desprende que la restricción controvertida puede, dadas las particularidades propias de la oferta de juegos de azar por Internet, considerarse justificada por el objetivo de lucha contra el fraude y la criminalidad. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 49 CE no se opone a una normativa de un Estado miembro, que impide a operadores como Bwin, establecidos en otros Estados miembros donde ofrecen legalmente servicios análogos, proponer juegos de azar por Internet en el territorio de dicho Estado miembro.

### 6. SANIDAD

#### A) Explotación de farmacia reservada a farmacéuticos titulados

Respecto a la exigencia, recogida en la legislación de algunos Estados, consistente en que para la explotación de oficinas farmacéuticas se tenga que tener la titulación correspondiente, son muy destacadas dos sentencias de la misma fecha del Tribunal de Luxemburgo, que no la consideran contraria al Derecho comunitario. Se trata de la STJCE de 19 de mayo de 2009, As. Comisión c. Italia, C-531/06, dictada en un recurso por incumplimiento, y la STJCE de 19 de mayo de 2009, As. Apothekerkammer des Saarlandes, C-171 y 172/07, dictada en sendas cuestiones prejudiciales acumuladas.

#### B) Concepto (comunitario) de medicamento “de referencia”

La STJCE de 18 de junio de 2009, As. The Queen, C-527/07, interpreta que “para que un medicamento pueda considerarse medicamento de referencia, debe, previamente a su comercialización, haber sido autorizado con arreglo al Derecho comunitario” (apartado 33).

### C) Consentimiento informado

Siempre en relación con una acción de indemnización, la STS de 10 de febrero de 2009, Ar. 970, hace una interesante interpretación de su exigencia en un caso concreto, que merece nuestra atención:

“Pues bien, a la vista de los hechos que la sentencia impugnada tiene por probados, es claro que el consentimiento dado por el recurrente para la intervención quirúrgica del 20 de febrero de 2001 era bastante vago y, sobre todo, no hacía mención alguna a las manos. La amputación de los pulgares no puede considerarse, así, expresamente autorizada por el documento suscrito el día anterior a la intervención quirúrgica. Cabría discutir si, como sostiene la sentencia impugnada sobre la base de los informes médicos obrantes en los autos, el tratamiento de los grandes quemados presenta peculiaridades que hacen difícil solicitar y obtener siempre un consentimiento informado absolutamente pormenorizado. Pero ello no es necesario para la resolución del presente recurso de casación: incluso si se admitiera a los meros efectos de la argumentación que no es cierto que el tratamiento de los grandes quemados presente la mencionadas peculiaridades y que los profesionales del Hospital Universitario de Getafe actuaron sin el consentimiento informado del paciente, siempre quedaría el hecho —que la sentencia impugnada considera probado y que, por tanto, no puede ahora ser revisado en casación— que la amputación de los pulgares necrosados permitió la curación del paciente. Este extremo es importante porque, según la jurisprudencia de esta Sala, el incumplimiento del deber legal de solicitar y obtener el consentimiento informado no da por sí solo derecho a indemnización. Véanse, entre otras, las recientes Sentencias de 1 de febrero de 2008 y de 11 de junio de 2008. Ni qué decir tiene que la conculcación del mencionado deber legal podrá dar lugar a sanciones disciplinarias; pero, si esa infracción va seguida de la curación del paciente, no hay daño en el sentido del artículo 139 LRJ-PAC y, por consiguiente, no procede otorgar indemnización alguna. En otras palabras, el simple hecho de que una actuación médica sea ilegal no implica necesariamente que ocasione una lesión antijurídica. Ciertamente, podrá ser tachada de paternalista y, en ciertas circunstancias, ser castigada; pero, si no produce un mal al paciente, no hay daño en sentido técnico-jurídico.

Es conveniente añadir, para disipar cualquier sombra de duda, que de la valoración de la prueba hecha por el tribunal *a quo*, que no ha sido impugnada como irracional o arbitraria en este recurso de casación, se desprende que no existía alternativa a la amputación de los pulgares necrosados. Es posible, como indica el recurrente, que esa intervención hubiese podido ser demorada por algunas horas y que se hubiese podido hacer una prueba de anatomía patológica previa para confirmar la necrosis. Pero la existencia de dicha necrosis no puede ser puesta en duda, a la vista de los exhaustivos informes médicos sobre los que el tribunal *a quo* formó su convicción.”

### D) Legalidad del Real Decreto de gestión del fondo de cohesión sanitaria

Las SSTs de 11 de noviembre de 2008, Ar. 452 de 2009, y de 17 de febrero de 2009, Ar. 1018, rechazan sendos recursos directos contra el Real Decreto 1207/2006, que regula la gestión del Fondo de Cohesión Sanitaria.

### 7. SEGURIDAD PRIVADA

#### A) ¿Se puede adquirir la condición de jefe de seguridad si no se cuenta con la correspondiente titulación académica?

La STS de 26 de febrero de 2009, Ar. 1433, resuelve el recurso de casación interpuesto contra sentencia de la Audiencia Nacional que confirma la denegación de la habilitación y la expedición de la tarjeta de identidad profesional como director de seguridad al recurrente por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 54.4 del Reglamento de Seguridad Privada. En concreto, la Sentencia recurrida entiende que “en el supuesto que se somete a nuestro juicio resulta que desde la perspectiva de una interpretación exclusivamente gramatical tendría razón el actor, pero si tenemos en cuenta el espíritu y finalidad de la norma, fácilmente deducible de su interpretación sistemática, es obvio que no. Es cierto que la norma dice que para la expedición de la tarjeta de Director de Seguridad basta con ser Jefe de Seguridad, pero también es cierto que para dicha norma no puede ser Jefe de Seguridad alguien, como el actor, que no está en posesión de la titulación que prevé el artículo 54.4 del Reglamento, de donde hemos de concluir que aquellos Jefes de Seguridad que hayan obtenido esta condición con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento de 1994 y, además, sin cumplir los nuevos requisitos que para esta titulación exige esta norma, no tienen derecho a acceder al título, también nuevo, de Director de Seguridad”.

Sin embargo, justo lo contrario, entiende el Tribunal Supremo que casa la Sentencia con fundamento en la Disposición Transitoria Décima, apartado 2, del Reglamento de Seguridad Privada, que establece que los “jefes de seguridad que en la fecha citada en el apartado anterior se hallasen desempeñando sus funciones”, con la conformidad del órgano competente del Ministerio de Interior, “deberán canjear su acreditación en el plazo de dos años”, contado a partir de la indicada fecha. Y consta que el recurrente obtuvo efectivamente ese canje, sin reserva alguna. Por lo tanto, en tal caso, sin tener efectivamente la titulación académica requerida se ostenta la condición de jefe de seguridad, precisamente por haberse adquirido a través del procedimiento previsto en la Disposición Transitoria citada del RSP.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA  
EDORTA COBREROS



**XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES****Sumario:**

**Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo.** A) Objeto. a) No procede plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las CCEE si la interpretación de la normativa comunitaria no ofrece duda. b) No desaparece el objeto de un recurso directo por la existencia de una sentencia no firme que declare nula la norma. c) Son actos de trámite las Resoluciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores dirigidas a controlar la documentación aportada por los emisores de valores negociables. d) Son actos de trámite los anteriores a la aprobación del Estudio Informativo de una obra de infraestructura ferroviaria. B) Sujetos. a) Un Colegio Oficial de Graduados Sociales no puede recurrir contra una modificación del Reglamento de la organización y régimen del Notariado. b) Legitimación de sindicatos: no la tienen para impugnar normas que contienen procesos selectivos discriminatorios en la admisión de alumnos. C) Procedimiento: sentencias. a) No es incongruente resolver en base a argumentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes. b) Corrección de errores: no es un error la confusión del *dies a quo* para el devengo de intereses, derivada de una indebida apreciación de la expropiación como urgente. c) Ejecución provisional: las medidas cautelares de signo contrario no impiden la ejecución provisional de la sentencia. d) El cambio sobrevenido del planeamiento no impide ejecutar la sentencia. D) Medidas cautelares. a) Si hay riesgo de persecución en el país de origen, debe suspenderse la orden de expulsión. b) Prevalecen los intereses medioambientales en caso de reposición de la legalidad urbanística. c) La apariencia de buen derecho queda debilitada y no procede acogerse a ella para eliminar la apariencia de legalidad de una norma. d) La utilización indebida de recursos hídricos unitarios menoscaba el interés general. e) No procede suspender la tasa de prevención y extinción de incendios girada por una comunidad Autónomas a un Ayuntamiento. **2. Recurso de casación.** A) Admisión: tratamiento para las sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LO 19/2003. B) Motivos: no proce-

de invocar la infracción de normas declaradas inconstitucionales. **3. Recurso de casación en interés de ley.** A) No procede si la doctrina dañosa invocada es un criterio aislado de imposible generalización. **4. Casación para la unificación de doctrina.** A) Debe darse una igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones entre la sentencia recurrida y las invocadas. **5. Recurso extraordinario de revisión.** A) La imposibilidad de aportación de documentos debe acreditarse.

## INTRODUCCIÓN

La presente Crónica recoge los pronunciamientos jurisdiccionales comprendidos desde el número 25 (diciembre 2008) hasta el número 33 (abril de 2009) en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, entre los que merecen ser destacados los relativos a las medidas cautelares.

### 1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### A) Objeto

##### a) No procede plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las CCEE si la interpretación de la normativa comunitaria no ofrece duda

La STS de 26 de septiembre de 2008, Ar. 7111, ha señalado que no es necesario el planteamiento de la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las CCEE que la parte recurrente interesa. Pues no es sólo que la propia parte recurrente no ha tenido alguna duda sobre la aplicación e interpretación de la normativa comunitaria aplicable a la largo del proceso y para articular el recurso de casación, y que, incluso en el propio escrito en el que, después de la oposición al recurso de casación del Abogado del Estado, pide el planteamiento de la cuestión prejudicial, refiere, que a su juicio no suscita duda la interpretación de la normativa comunitaria, lo que ya por sí solo haría innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial, sino que, por un lado, la claridad de los preceptos artículos 14 y 21 del Reglamento CEE núm. 4253/88 del Consejo de 19 de 3 diciembre de 1988, excluye cualquier duda sobre su interpretación en relación con el caso de autos y, por otro, la realidad de que los supuestos fácticos que plantea para su consulta al Tribunal de Justicia de las CCEE no se corresponden, como se advierte de sus términos y ha puesto de manifiesto el Abogado del Estado, con los supuestos de hecho del caso de autos, excluye cualquier necesidad de plantear la cuestión prejudicial.

##### b) No desaparece el objeto de un recurso directo por la existencia de una sentencia no firme que declare nula la norma

La doctrina jurisprudencial es que la anulación de una disposición general o de un acto administrativo por sentencia firme hace desaparecer el objeto del proceso porque priva a la

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

controversia de cualquier interés o utilidad real. Pero esta doctrina, como señala la STS de 25 de noviembre de 2008, Ar. 6006, no se puede aplicar cuando la anterior sentencia anulatoria no es firme, porque, pudiendo ser revocada, se está privando a la parte actora en el posterior recurso de toda una instancia y de su derecho a la tutela judicial sobre el fondo del asunto (artículo 24 de la Constitución Española), aplicando una inexistente carencia de objeto a un proceso propio. Y, desde luego, resulta ilógico remitir (en caso de revocación de la sentencia anterior anulatoria) a lo que entonces el Tribunal Supremo resuelva sobre el fondo del asunto, porque de esa forma se está enviando a la parte actora a un recurso ajeno, en el que los motivos de impugnación sustantivos pueden ser del todo distintos a los propios.

### c) Son actos de trámite las Resoluciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores dirigidas a controlar la documentación aportada por los emisores de valores negociables

La STS de 9 de octubre de 2008, Ar. 5645, no comparte la tesis de que las resoluciones adoptadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en su función de verificar y registrar la documentación aportada por los emisores de valores negociables serían meros “actos de trámite” no susceptibles de recurso contencioso-administrativo.

No, desde luego, cuando la decisión de la Comisión fuera denegatoria como está previsto en el apartado 3 del artículo 8 del Real Decreto 291/1992, porque en tal hipótesis —que no es la de los autos comentados— seguramente la propia Sala de instancia no hubiera considerado mero acto de trámite la decisión que impide continuar lo que se califica como “procedimiento”. Pero tampoco la comparte cuando la decisión administrativa da “vía libre”, mediante el registro de la documentación, a la emisión de acciones precisamente por considerar que en ella no concurren las circunstancias que legitimarían su rechazo.

El apartado segundo del artículo 8 del Real Decreto 291/1992 obliga a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, una vez recibidos los documentos a que se refieren las letras b), c) y d) del número 2 del artículo 5, a verificar “si cumplen los requisitos establecidos en cada caso, procediendo, en el supuesto de que así sea, a incorporarlos a los respectivos Registros”. Se trata, pues, de una función pública de control de la regularidad a efectos de emitir una decisión que tanto puede ser favorable como desfavorable al registro. Precisamente por ello el ya citado apartado tercero del artículo 8 del Real Decreto 291/1992 disponía que la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá denegar motivadamente el registro de la documentación correspondiente cuando aprecie en los acuerdos de emisión infracciones muy graves del ordenamiento jurídico que puedan poner en peligro los intereses de los inversores o implicar discriminaciones entre ellos. *A sensu contrario*, si accede al registro es por entender que los acuerdos de emisión no incurrir en aquellos defectos. Y si pocas dudas existen de que el acuerdo contrario al registro es susceptible de recurso jurisdiccional, esa misma conclusión hay que obtener respecto del acuerdo de sentido favorable.

Y es que, en realidad, después del acuerdo favorable al registro no existen ya otros trámites de un supuesto “procedimiento” administrativo. Dicho acuerdo es la decisión final del proceso de verificación y registro que la Comisión Nacional del Mercado de Valores debe acometer tras la comunicación que la entidad emisora de valores le dirija. Una vez registrado el folleto informativo lo que se abre es un período de publicidad y compraventa de valores, de naturaleza diferente al procedimiento administrativo de verificación y registro que corresponde al organismo supervisor de los mercados de valores. El acuerdo favorable al registro, es, en

consecuencia, no un mero acto interlocutorio sino el acto final resolutorio del procedimiento administrativo de verificación.

La impugnabilidad jurisdiccional de las decisiones de registro adoptadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores no puede ser examinada sin atender al limitado ámbito en que la verificación de este organismo se produce. El supervisor del mercado de valores no tiene por qué analizar los acuerdos mercantiles de emisión desde todos sus puntos de vista, incluidos los relativos a su mayor o menor acomodación a cualquiera de los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas. En el régimen de verificación y registro prescrito por el Real Decreto 291/1992 (después sustituido por el Real Decreto 1310/2005) la Comisión Nacional del Mercado de Valores sólo debía comprobar si, además de los aspectos formales y la suficiencia de la información facilitada por el emisor, dichos acuerdos no incurren en las “muy graves infracciones del ordenamiento jurídico” que, además de serlo, perjudiquen los intereses de los inversores o discriminen a éstos. Cualquier otra supuesta infracción de las leyes queda fuera de su función verificadora, sin perjuicio de que para impugnar los acuerdos mercantiles de ampliación de capital y emisión de valores disponen los accionistas de los cauces procesales de impugnación ante la jurisdicción competente. Desde esta perspectiva, sólo el análisis de fondo posterior a la admisibilidad del recurso hubiera permitido comprobar si las causas de nulidad imputadas al acuerdo de emisión se encuadraban entre las susceptibles del control limitado de legalidad que correspondía a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

En conclusión, este género de decisiones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores son susceptibles de control jurisdiccional, sin que les resulte aplicable la excepción de “acto de trámite”.

#### **d) Son actos de trámite los anteriores a la aprobación del Estudio Informativo de una obra de infraestructura ferroviaria**

El artículo 10 de la Ley 25/1988 establece un procedimiento administrativo reglado para la construcción de carreteras, en el seno del cual las Administraciones Públicas afectadas —en concreto, las Corporaciones Locales— pueden exponer cuanto tengan por conveniente bien sobre el trazado propuesto (a los efectos de evaluar si es el más adecuado para su localidad) bien sobre cualquier otro aspecto del proyecto sujeto a estudio, incluidos el señalamiento de sus deficiencias o errores o las sugerencias de mejora, en los términos que a continuación expondremos. En algunos casos dichas alegaciones podrán determinar cambios sobre la propuesta inicial que se plasmarán en la aprobación definitiva del estudio informativo: esta última resolución bien puede modificar los términos de la aprobación provisional (artículo 32.4 del Reglamento de la Ley). En otros supuestos, por el contrario, si aquellas alegaciones afectan tan sólo a extremos más detallados que formarán parte del ulterior proyecto constructivo, deberán ser examinadas y resueltas en el seno de los trámites de aprobación del proyecto de ejecución.

El hecho de que los artículos 10 de la Ley 25/1998 y 34.1 de su Reglamento dispongan que las observaciones en este trámite deberán versar sobre las circunstancias que justifiquen la declaración de interés general de la carretera y sobre la concepción global de su trazado, es congruente con la naturaleza misma de los estudios informativos provisionalmente aprobados, en los que se contienen diversas alternativas globales de trazado y se propone la opción

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

por alguna de ellas. Nada impide, sin embargo, que quien alega en este trámite formule propuestas o sugerencias, o indique errores y defectos del estudio informativo en sí mismo considerado. La aprobación definitiva de este último podrá, por su parte, aceptarlas o no y recoger o rechazar las sugerencias correspondientes o deferir a la fase de ejecución, si preciso fuera, las obras cuya realización se inste para subsanar las supuestas deficiencias.

En todo caso, la STS de 5 de noviembre de 2008, Ar. 5862, concluye que lo que no resulta compatible con el designio del artículo 10 de la Ley 25/1988 es la apertura de tantos procedimientos singulares cuantas alegaciones se presenten sobre el contenido del proyecto objeto del estudio informativo. Precisamente por su concepción unitaria, la Ley 25/1988 ha querido que se trate de un procedimiento “universal” y no de tantos procedimientos individuales cuantos alegantes o solicitantes haya.

### B) Sujetos

#### a) Un Colegio Oficial de Graduados Sociales no puede recurrir contra una modificación del Reglamento de la organización y régimen del Notariado

La legitimación en el orden contencioso-administrativo viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [artículo 24.1 CE y artículo 19.1.a) LJCA] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial.

Como señala la Sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión “interés legítimo”, utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de “interés directo”, ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (Sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (Sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/1994 y ATC 327/1997).

En tal sentido y como recoge la Sentencia de 23 de mayo de 2003, “la amplitud con la que la jurisprudencia viene interpretando el artículo 28.1.a) de nuestra Ley Jurisdiccional, [la referencia debe entenderse ahora hecha al artículo 19.1.a) de la nueva Ley de la Jurisdicción 29/1998] por exigencias del artículo 24.1 CE, y la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llega hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real. Por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional (STC 143/1987) el interés legítimo, al que se refiere el artículo 24.1, ‘equivale a

titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta' (SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 97/1991, entre otras)".

Tratándose de la impugnación de disposiciones generales que afectan a intereses profesionales, como señala la Sentencia de 4 de febrero de 2004, la jurisprudencia reconoce legitimación a los profesionales y a las entidades asociativas cuya finalidad estatutaria sea atender y promover tales intereses. Pero "exige, sin embargo, que tengan carácter de afectados, en el sentido de que su ejercicio profesional resulte afectado por el reglamento impugnado (Sentencias, entre otras, de 24 de febrero de 2000, 22 de mayo de 2000, 31 de enero de 2001, 12 de marzo de 2001 y 12 de febrero de 2002). Cuando se impugna la totalidad o varios preceptos de un reglamento, la legitimación debe entenderse restringida a la impugnación de aquellos preceptos de la disposición general que afecten directamente al profesional recurrente o a los intereses profesionales representados por la asociación que ejercita la acción (v. gr., Sentencia, ya citada, de 12 de marzo de 2001)".

Pues bien, en el caso analizado por la **STS de 26 de noviembre de 2008**, Ar. 7017, el Consejo recurrente, como referencia a los intereses profesionales afectados, indica la presentación de los documentos notariales a los correspondientes Registros, "actualmente reservada a otros profesionales, entre ellos los representados por este Consejo. Los Graduados Sociales, en efecto, tienen legalmente reconocida como atribución profesional la gestión de los trámites necesarios de presentación e inscripción en los Registros de los correspondientes documentos notariales". Frente a ello la parte codemandada señala que no se cita una norma en la que se atribuya esa función a los Graduados Sociales. Ante tal alegación, la parte actora en conclusiones, lejos de justificar la atribución normativa de tales funciones a los profesionales que representa, trata de justificar la legitimación señalando que es pacífico e indiscutible que numerosos Graduados Sociales y las Asesorías que dirigen tramitan documentos notariales ante los Registros de la Propiedad y Mercantiles, añadiendo que dentro de la representación y gestión de asuntos laborales y sociales siempre cabrá gestionar la inscripción de documentos notariales en los Registros, además de que como Administración pública pueden ejercer ante ellos las funciones de representación y gestión que les otorga su Estatuto Profesional.

En estas circunstancias la Sala no entiende justificado el interés profesional afectado por los preceptos impugnados y representado por el Consejo recurrente, que permita apreciar su legitimación para sostener el recurso, pues, como señala la parte codemandada, el Real Decreto 1415/2006 deja vigente expresamente el artículo 1 de la Orden de 28 de agosto de 1970, que delimita las funciones de los Graduados Sociales en unos términos que ponen de manifiesto que entre tales cometidos profesionales no se encuentra la presentación y gestión de documentos a que se refiere este recurso, de manera que no se justifica la afectación de intereses profesionales representados por el Consejo recurrente que acredite su legitimación, que no puede ampararse al efecto en la circunstancia de que concretos Graduados Sociales o las Asesorías que dirigen tengan, entre sus actividades la tramitación de documentos notariales ante los Registros, pues ello podría legitimar a los mismos para la defensa de sus concretos intereses en el correspondiente proceso, pero no justifica la intervención del Consejo de Colegios Oficiales de Graduados Sociales en defensa de intereses que no corresponden al ejercicio de las funciones propias de los profesionales que representa, es decir, que no afectan a los intereses profesionales que determinan la integración en el correspondiente Colegio y

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

que justifican la actuación del Consejo en representación de los intereses colectivos de los colegiados a los que se refiere el artículo 19.1.b) de la Ley de la Jurisdicción, como fundamento de la legitimación corporativa.

### **b) Legitimación de sindicatos: no la tienen para impugnar normas que contienen procesos selectivos discriminatorios en la admisión de alumnos**

Sobre la legitimación de las entidades sindicales para la impugnación de disposiciones en materia educativa, la Jurisprudencia ha tenido ocasión de resaltar la necesaria distinción entre la legitimación abstracta o genérica que *per se* poseen los sindicatos en la defensa de los derechos e intereses colectivos de los trabajadores, y la legitimación singular o específica requerida para ser parte en un concreto proceso, que exige, claro es, que el objeto de éste conecte con tales derechos e intereses, por derivarse del pretendido éxito de la acción impugnatoria un efecto positivo, una ventaja o utilidad jurídica, actual o futura, pero cierta y no meramente hipotética.

En el caso analizado por la STS de 18 de septiembre de 2008, Ar. 7094, la Sala de instancia aplica aquella distinción y acoge la causa de inadmisibilidad de falta de legitimación activa alegada por la Administración. La disposición general impugnada regula la admisión del alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y el procedimiento de admisión del alumnado en los centros de Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria. A una conclusión contraria llega respecto del recurso interpuesto por la Federación de PYMES de Escuelas Infantiles Privadas, razonando aquí que “es claro que los preceptos impugnados sí afectan a los intereses legítimos y directos de los miembros de la dicha Federación, en cuanto que empresarios de la enseñanza y por tanto titulares de centros en los que se ha de aplicar la disposición impugnada, pues de su validez o invalidez se pueden desprender consecuencias respecto de la admisión o no de alumnos en los mismos”. De ahí el distinto fallo que luego la sentencia recurrida expresa en los puntos 1) y 2) de su parte dispositiva.

La Sala de instancia parte con acierto de la distinción a la que acabamos de referirnos, esto es, considera insuficiente, y así es, aquella legitimación en abstracto que *per se* poseen los sindicatos en la defensa de los derechos e intereses colectivos de los trabajadores; y por las razones que expresa, considera que en el caso de autos no se ha puesto de relieve la conexión que debe existir entre el objeto del proceso y los derechos o intereses del Sindicato actor o de los trabajadores.

Lo que se afirma en el escrito de interposición de que las normas impugnadas permiten procesos selectivos discriminatorios en la admisión de alumnos, vulnerando el derecho a la libre opción de centro público o financiado con fondos públicos, no va más allá de denunciar una mera ilegalidad que en sí misma, por sí sola, o por lo que se dice, no conecta singularmente con los derechos e intereses colectivos de los trabajadores, pues ni tan siquiera se identifica qué causa o qué circunstancia es la que se prima o se posterga en el proceso selectivo supuestamente discriminatorio. Lo que se dice a continuación sobre la consiguiente supresión de puestos de trabajo de profesores de la enseñanza pública, no va más allá de conectar la pretensión impugnatoria con una mera hipótesis, no con la obtención de una ventaja o utilidad jurídica actual o futura pero cierta, pues esa supresión no es una consecuencia que en buena lógica pueda derivar de meros procesos selectivos de admisión de alumnos, que operan, sin modificar su número, sobre las plazas docentes ofertadas. Y, en fin, lo que se añade por último sobre su participación en el Consejo Escolar y sobre la intervención de éste en el procedi-

miento de elaboración de las disposiciones generales impugnadas, se queda ahí, en el plano de los trámites procedimentales previstos con carácter general para garantizar el acierto de la disposición, pero sigue sin indicar nada sobre la necesaria conexión que ha de existir entre la impugnada y los derechos o intereses colectivos cuya defensa asume el Sindicato.

### **C) Procedimiento: sentencias**

#### **a) No es incongruente resolver en base a argumentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes**

Como han reiterado múltiples sentencias, se incurre en incongruencia, tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda –incongruencia omisiva o por defecto– como cuando resuelve *ultra petita partium* [más allá de las peticiones de las partes] sobre pretensiones no formuladas –incongruencia positiva o por exceso–; y, en fin, cuando se pronuncia *extra petita partium* (fuera de las peticiones de las partes) sobre cuestiones diferentes a las planteadas –incongruencia mixta o por desviación– (entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Supremo 18 de noviembre de 1998 y 4 de abril de 2002). No incurre en incongruencia la sentencia que otorga menos de lo pedido, razonando por qué no se concede el exceso. Según la jurisprudencia la congruencia exigida por los preceptos cuya vulneración se denuncia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. Basta con que ésta se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991, 3 de julio de 1991, 27 de septiembre de 1991, 25 de junio de 1996 y 13 de octubre de 2000, entre otras muchas).

Según la STS de 5 de junio de 2008, Ar. 6039, el principio de congruencia no se vulnera por el hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1991, 18 de octubre de 1991 y 25 de junio de 1996). Pero la falta de consideración, expresa o tácita, en la sentencia, de alguno de los motivos de nulidad –de suficiente entidad y sustantividad– esgrimidos por la parte recurrente puede ser también determinante en este orden jurisdiccional de la incongruencia de la sentencia (v. gr., Sentencia de 8 de abril de 1996).

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, para apreciar lesión constitucional por incongruencia, que consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas. Con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas. Respecto de las segundas la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor.

Del mismo modo, con carácter genérico y por lo que se refiere a la falta de motivación de la sentencia, ha de precisarse que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han señalado en innumerables resoluciones que al juzgador no le es exigible una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, aunque sí es obligado, desde el prisma del artículo 24.2 CE (RCL 1978\2836), que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (SSTC 196/1988, de 24 de octubre; 215/1998, de 11 de noviembre; 68/2002, de 21 de marzo; 128/2002, de 3 de junio, y 119/2003, de 16 de junio).

### **b) Corrección de errores: no es un error la confusión del *dies a quo* para el devengo de intereses, derivada de una indebida apreciación de la expropiación como urgente**

De acuerdo con una jurisprudencia ya añeja (Sentencias de la antigua Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1985 y de la actual Sala Tercera de 26 de octubre de 1989 y 27 de mayo de 1991), el error material es una simple equivocación que se aprecia con la mera lectura de la resolución y, en su caso, de las actuaciones procesales, sin necesidad de acudir al más mínimo razonamiento u operación deductiva, sea jurídica o no. No implica un juicio valorativo, ni exige calificaciones jurídicas o nuevas valoraciones de la prueba, de modo que, cuando la rectificación entrañe la interpretación o la apreciación en derecho, el órgano judicial se habrá excedido de los estrechos límites que posibilita el artículo 267 LOPJ, que no es una herramienta suministrada para rectificar errores jurídicos, por más que el órgano judicial sea consciente de ellos [véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional 56/2002, FJ 4º, y 187/2002, FJ 6º.c)].

Pues bien, la STS de 10 de noviembre de 2008, Ar. 5996, considera que no podía rectificarse el error en un auto posterior, alterando el día inicial del cómputo. No conviene la calificación de error material manifiesto a la equivocación padecida en una sentencia que, al señalar el *dies a quo* para el devengo de los intereses expropiatorios, lo hace como si de una expropiación urgente se tratara, olvidando que la declaración de urgencia había sido anulada en la vía administrativa y que el procedimiento se cursó por la senda ordinaria, sin que tal cuestión fuera objeto de debate.

### **c) Ejecución provisional: las medidas cautelares de signo contrario no impiden la ejecución provisional de la sentencia**

La STS de 20 de octubre de 2008, Ar. 5750, considera que no es posible afirmar de forma categórica que las sentencias desestimatorias no son ejecutables. En primer lugar, porque en la legislación vigente el proceso contencioso-administrativo no siempre se presenta en su modalidad tradicional de impugnación dirigida contra un acto expreso o presunto de la Administración, sino que caben supuestos de significación bien distinta como son el recurso frente a la inactividad de la Administración o frente a actuaciones materiales que constituyan vía de hecho (artículo 25 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción) en los cuales el pronunciamiento desestimatorio no significa propiamente el reconocimiento de la validez de un acto administrativo. En segundo lugar, porque, incluso en el supuesto común del recurso contencioso-administrativo dirigido contra un acto expreso o presunto de la Administración, el alcance eminentemente declarativo del pronunciamiento desestimatorio del recurso no impide que puedan suscitarse incidentes de ejecución. Piénsese, por ejemplo, que la Administración vencedora en el litigio inicia luego los trámites para la revocación de ese mismo acto, o para su revisión de oficio, o, sencillamente, desiste de ejecutar la decisión cuya validez ha sido respaldada en vía jurisdiccional; y es entonces un tercero, que había comparecido en el proceso como codemandado, quien insta ante el Tribunal el efectivo cumplimiento de lo decidido en la sentencia por estar legítimamente interesado en la ejecución.

En fin, abordando ahora la cuestión desde una perspectiva intra-procesal, es indudable que, habiéndose adoptado durante la tramitación del litigio alguna medida cautelar, la sentencia desestimatoria del recurso tendrá cuando menos una virtualidad ejecutiva, la que supone el levantamiento o cese de la medida cautelar adoptada; y si es innegable que esta consecuencia se produce cuando la sentencia es firme (artículo 132.1 LJCA), queda por determinar si el mismo resultado puede producirse por la vía de la ejecución provisional.

Las previsiones del artículo 132 LJCA referidas a que “las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme” y a que “no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar”, no constituyen obstáculo alguno para poder aplicar, en el modo que proceda, las previsiones que sobre ejecución provisional de sentencias se contienen en los artículos 84 y 91 de la misma Ley. Cuando se insta dicha ejecución provisional, su régimen normativo se superpone, desplazándolo, al propio de las medidas cautelares, pudiendo así acordarse en ejecución provisional una situación, un estado de cosas distinto e incluso contrario al que en su día se acordó en el incidente cautelar.

Si la ejecución provisional de la sentencia no queda impedida por el hecho de que en el seno del proceso se hubiesen adoptado con anterioridad medidas cautelares de signo distinto, con mayor motivo habrá de afirmarse que las medidas cautelares que hayan podido adoptarse en un proceso distinto y a instancias de otro recurrente no pueden constituirse en obstáculo para la ejecución provisional de una sentencia.

#### **d) El cambio sobrevenido del planeamiento no impide ejecutar la sentencia**

La declaración de imposibilidad de ejecución de sentencia podrá instarse en un momento posterior cuando la causa que la determina sobrevenga con posterioridad al transcurso de aquel plazo que señala los preceptos citados. Ahora bien, esa modulación interpretativa, acorde con la finalidad de la norma, de ningún modo significan que el plazo legalmente establecido carezca de toda virtualidad o pueda ser enteramente ignorado. Muy por el contrario, en Sentencia de 9 de abril de 2008 (casación 6745/05) se ha destacado la significación de ese plazo haciendo las siguientes consideraciones: “Si no se fijase un plazo legal para promover el incidente de inejecución de una sentencia por imposibilidad legal o material, cabría la posibilidad de que, en cualquier momento ulterior, se tome un acuerdo o se promulgue una disposición que traten de hacer imposible la ejecución de la sentencia, de modo que, en virtud del principio de seguridad jurídica en el cumplimiento de las sentencias, la ley ha determinado el plazo de dos meses, que, como se indica en la Sentencia de esta Sala de fecha 22 de diciembre de 2003 (recurso de casación 1862/2001), se interpretó por la jurisprudencia de forma estricta y que, aun admitiendo precisiones o matizaciones en algunos pronunciamientos, ha de respetarse siempre para salvaguardia del aludido principio que garantiza la ejecución de las sentencias en sus propios términos, interpretación ésta acogida en la más reciente Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 26 de enero de 2005 (recurso de casación 2354/2002), en que la causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia se había producido con anterioridad incluso a que se dictase la sentencia, y así se declara en ésta que ‘los acontecimientos constitutivos de la causa de imposibilidad apreciada se desarrollan ya antes de que se dictara sentencia’, mientras que en la ya citada de fe-

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

cha 24 de enero de 2007 (recurso de casación 140/2004, fundamento jurídico cuarto) hemos expresado que ‘como requisito de carácter temporal, debe señalarse que el plazo con que cuenta la Administración para el expresado planteamiento es el indicado plazo de dos meses a que se hace referencia en el artículo 104.2 del mismo texto legal, o bien el plazo especial –fijado en la sentencia– al que el mismo precepto se remite’”.

Complementando la doctrina que acabamos de reseñar, la STS de 17 de noviembre de 2008, Ar. 5964, señala que la inobservancia del mencionado plazo, y dependiendo de que esa inobservancia sea o no justificada, podrá ser un factor relevante o incluso determinante a la hora de valorar la seriedad del alegato de imposibilidad, y, en definitiva, a la hora de decidir la procedencia de la declaración de imposibilidad de ejecución que se solicita de forma tardía.

En el caso analizado el Ayuntamiento aducía como razón principal para declarar la imposibilidad de cumplimiento del fallo el que en el Plan General de Ordenación Urbana los terrenos figuran clasificados como suelo urbanizable no programado, lo que haría inviable el otorgamiento de la licencia de edificación sin el previo planeamiento de desarrollo. Esa razón ya concurría y era conocida por el Ayuntamiento cuando la Sala le dirigió la primera comunicación para que procediese al cumplimiento de la sentencia y ninguna explicación ha dado la Corporación municipal para justificar por qué no lo adujo antes ni dio respuesta alguna durante 21 meses a los reiterados requerimientos de la Sala, y se concluye que la declaración de imposibilidad de ejecución contenida en los autos recurridos no está justificada ya que en la sentencia recurrida no sólo se hace una valoración sobre las características físicas de la parcela y sobre su condición de suelo urbano, sino que se emite un pronunciamiento claro e inequívoco de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, declarándose expresamente en la parte dispositiva de la sentencia el derecho de la recurrente a la concesión de la licencia solicitada. Es éste un pronunciamiento en el que no existe ninguna nota de provisionalidad o transitoriedad sino definitivo y concluyente, por lo que no puede considerarse supeditado a las posteriores vicisitudes del planeamiento. Una cosa es que las clasificaciones del suelo resultantes de la aplicación de los criterios establecidos en el Real Decreto-ley 16/1981 no vinculen al autor del ulterior planeamiento y otra muy distinta es que, al amparo del planeamiento nuevo, puedan ignorarse situaciones de hecho y derechos subjetivos ya reconocidos en sentencia firme. No hay, por tanto, causa suficiente para declarar la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia. Si el Ayuntamiento entendiese que el cumplimiento del fallo, y consiguiente otorgamiento de la licencia, puede resultar seriamente perturbador para los intereses generales o de terceros hasta el punto de comportar un peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, existe en nuestro ordenamiento procesal un cauce excepcional que consiste en la expropiación de los derechos reconocidos en sentencia firme (artículo 105.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción). Esta vía singular y excepcional es muy diferente, tanto en su naturaleza y significado como en el procedimiento a seguir, a la de la imposibilidad legal de ejecución de la sentencia (artículo 105.2 de la misma Ley), que fue la indebidamente elegida por el Ayuntamiento y acogida por la Sala de instancia en el caso presente.

### D) Medidas cautelares

#### a) Si hay riesgo de persecución en el país de origen, debe suspenderse la orden de expulsión

Es necesario despejar en cada caso si la petición está basada en una situación real de peligro para la vida o integridad física del peticionario de asilo, o si se basa en razones económicas

que no justifican su otorgamiento. La Jurisprudencia significa que, en el trámite de las medidas cautelares, ha de advertirse la notoriedad de la existencia de una seria conmoción social por graves conflictos de carácter político, étnico o religioso, circunstancias que en el caso analizado no constan palmariamente y sin que exista una mínima probanza de las circunstancias alegadas, y atendiendo que del relato no resulta una situación de peligro para la vida o integridad física del reclamante.

Además, constituye una indebida aplicación del criterio jurisprudencial del arraigo, a efectos de adoptar o no medidas cautelares, su uso para denegar la suspensión cautelar de una orden de expulsión o de la obligación de abandonar el territorio español a los extranjeros a quienes se les ha inadmitido a trámite o les ha sido denegado el asilo, porque quienes reclaman este derecho carecen ordinariamente de vínculos con el país en que lo piden (STS de 15 de junio de 2002, cit.). Por tanto, no es el “arraigo” un criterio determinante a la hora de resolver sobre la suspensión cautelar solicitada. Diferentemente, la valoración de la medida cautelar ha de atender primordialmente a la apariencia de riesgo de persecución por alguna de las razones que justifican la concesión de asilo, lo que ha de valorarse en función de las condiciones objetivas del país de origen (STS de 5 de junio de 2003), y también en función de las circunstancias personales del solicitante de asilo, sin olvidar que también existe un interés público en que la institución del asilo no se desnaturalice y se transforme en un mecanismo de emigración fraudulenta.

Pues bien, la STS de 14 de octubre de 2008, Ar. 5655, analiza un supuesto en el que el actor no precisó en absoluto qué daños y perjuicios se le derivaban del abandono del territorio español (que no fuera el mismo abandono, pues en tal caso habría que otorgar por principio la suspensión en todo caso de abandono o expulsión), y ni siquiera relataba en qué hechos basaba su petición de asilo, cosa imprescindible al no poder contar todavía el órgano judicial con el expediente administrativo, como no cuenta con él este órgano de casación, de forma que resulta imposible valorar la apariencia de riesgo de persecución. Nada de eso precisaba el solicitante de la medida cautelar, ni lo precisó en absoluto al interponer el recurso de súplica, de forma que la Sala de instancia careció de los más elementales datos de hecho para otorgar la suspensión, obrando conforme a Derecho al denegarla. Y no es procesalmente viable que los datos que entonces silenció el actor los exponga ahora en casación, alterando los términos fácticos de la instancia y poniendo al Tribunal Supremo en trance de creer esas afirmaciones sin posibilidad alguna de contrastar su certeza.

## **b) Prevalecen los intereses medioambientales en caso de reposición de la legalidad urbanística**

Desde una perspectiva urbanística y medioambiental la defensa jurídica de los suelos rústicos de especial protección se nos presenta hoy –en el marco de la amplia, reciente y variada normativa sobre la materia, en gran medida fruto de la transposición de las normas de la Unión Europea– como un reto ciertamente significativo y como uno de los aspectos más sensibles y prioritarios de la expresada y novedosa normativa.

Ya en el Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (hoy Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) se ape-  
la en el marco de la Constitución Española –para justificar el nuevo contenido y dimensión

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

legal— al “bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47”, de donde deduce “que las diversas competencias concurrentes en la materia deben contribuir de manera leal a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico, que son el soporte, objeto y escenario de aquéllas al servicio de la calidad de vida”. Igualmente, en el mismo apartado I, último párrafo, el legislador apela a que “el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente”, y se remite a los mandatos de la Unión Europea sobre la materia advirtiendo “de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de servicios públicos”, y, todo ello, porque, según expresa la propia Exposición de Motivos “el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable”, añadiendo que “desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada”.

Pues bien, desde tal consideración, y teniendo en cuenta el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible (artículo 2 del citado Texto refundido), los nuevos derechos de los ciudadanos en la materia (artículo 4) y sus deberes (artículo 5), el actual contenido del derecho de propiedad (artículo 9), así como el régimen de utilización del suelo rural (artículo 13), la **STS de 14 de octubre de 2008**, Ar. 5727, llega a la conclusión de que actuaciones como la analizada suponen una “perturbación grave de los intereses generales” y, en consecuencia, justifican plenamente la denegación de la medida cautelar pretendida. Es, sin duda, la expresada proyección normativa la que lleva a tal consideración, en un supuesto consistente en la edificación de una nave industrial, llevada a cabo en un suelo rústico de protección forestal y de protección de espacios naturales y sin licencia o autorización alguna suficiente local o autonómica, resultando razonable la protección del interés general expuesto frente a los particulares, económicos y —en su caso— resarcibles de la recurrente. Se considera, en definitiva, más atendible la protección de la zona de referencia que el mantenimiento de la nave levantada.

### **c) La apariencia de buen derecho queda debilitada y no procede acogerse a ella para eliminar la apariencia de legalidad de una norma**

El criterio de la apariencia de buen derecho supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares, al permitir valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

Aunque la Ley Jurisdiccional vigente no hace referencia expresa a este criterio, a diferencia de la LEC de 2000 que sí alude a él en el artículo 728, ello no obsta para que cierta jurisprudencia (Sentencias de 16 y 22 de junio de 2004, entre otras) haga una aplicación de la doctrina de la apariencia del buen derecho, si bien de forma muy matizada, al utilizarla en determinados supuestos, por ejemplo, cuando se solicita la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición declarada previamente nula, o bien cuando se impugna

un acto idéntico a otro. Ahora bien, nunca la adopción de medidas cautelares puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

Por otra parte, sobre la suspensión de disposiciones es doctrina consolidada, oportunamente recordada ahora por la STS de 3 de octubre de 2008, Ar. 5932, que, en estos casos, salvo, que de una forma clara y evidente puedan producirse perjuicios irreversibles, es prioritario el examen en que el interés público, implícito en la naturaleza de la norma, exija la ejecución. Por ello, los motivos que se aducen sobre la infracción de normas de Derecho Comunitario no pueden ser acogidos, en cuanto versan sobre el fondo del asunto, sin que el incidente sea trámite idóneo que permita un adecuado debate y análisis de la controversia del proceso principal. En cambio, procede acoger el motivo que aducen los recurrentes sobre la infracción del artículo 130 LJCA, pues aunque el Tribunal Superior de Justicia, acogiendo al principio de la apariencia de buen derecho, se basó en los pronunciamientos anulatorios sobre determinadas Normas Forales, la propia Sala de instancia planteó al TJCE cuestión prejudicial de interpretación del artículo 87.1 del Tratado, en relación a si con arreglo a dicho precepto, medidas tributarias como las adoptadas han de considerarse selectivas con encaje en la noción de ayuda de Estado y han de comunicarse por ello a la Comisión en los términos del artículo 88.3 del Tratado.

En esta situación, y como ya se ha declarado en sentencias anteriores, desde la de 12 de julio de 2007 a la de 9 de mayo de 2008, ante las dudas que tiene el Tribunal de instancia, a la hora de resolver el fondo, sobre si la Norma Foral impugnada ha sido adoptada en el ejercicio de las atribuciones autónomas, a las que ya se refirió la Sentencia del TJCE de 6 de septiembre de 2006, la apariencia de buen derecho queda debilitada y no resulta procedente acogerse a ella, aun cuando sea con carácter provisional, para eliminar la de legalidad a la Norma Foral impugnada, sin previa resolución del fondo sobre el tema planteado, dando preferencia a los intereses que defiende la parte demandante frente al interés público que existe en la vigencia de la Norma.

#### **d) La utilización indebida de recursos hídricos unitarios menoscaba el interés general**

Según la STS de 25 de septiembre de 2008, Ar. 6881, la ponderación de los intereses en conflicto realizada en el Auto que se recurre, que toma en consideración el carácter reparable del daño o perjuicio que de la ejecución pudiera derivarse para los cultivos de la entidad ahora recurrida, no valora la incidencia que la suspensión tiene sobre los intereses generales, atendidos los perjuicios medioambientales derivados de una posible sobreexplotación de las aguas subterráneas.

En este sentido se nos recuerda que en Sentencia de 4 de junio de 2008, dictada en el recurso de casación 2372/2007 se señaló que “si la decisión final fuese favorable a las pretensiones de la entidad demandante, el proceso no habría perdido su finalidad, a pesar de la cesación en el uso del caudal que sobrepase el que ha sido objeto de inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas mientras se tramita, aunque ello suponga un cuantioso lucro cesante y un total deterioro de las instalaciones de riego, dada su reparabilidad económica y la solvencia de la Administración para afrontar las indemnizaciones procedentes, mientras que la utilización indebida de unos recursos unitarios constituiría un menoscabo para los intereses generales, de imposible reparación, ante el riesgo de su agotamiento”.

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

### e) No procede suspender la tasa de prevención y extinción de incendios girada por una comunidad Autónomas a un Ayuntamiento

La STS de 18 de septiembre de 2008, Ar. 7099, analiza el régimen de la suspensión, respecto a las liquidaciones, después de la nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo, en cuanto no ofrece ninguna referencia singularizada para la materia tributaria, guardando también silencio la nueva Ley General Tributaria, sin duda, por su alcance. El Pleno, en la Sentencia de 7 de marzo de 2005, sí tuvo la oportunidad de clarificar el régimen de la suspensión cautelar en sede jurisdiccional de los actos sancionadores en materia tributaria, llegando, por mayoría, a mantener que no existían razones técnico jurídicas después de la Ley General Tributaria, ante lo que disponía el artículo 233.1 y 8 de la Ley General Tributaria 58/2003, para poder mantener el criterio de que la suspensión de la ejecución de la sanción tributaria sin necesidad de garantía acordada en la vía administrativa o económico-administrativa prolongaba, sin más, su efectividad en la vía económico-administrativa hasta su finalización, sino hasta que el órgano judicial adopte, en el ejercicio de su propia potestad cautelar, la decisión que corresponda en relación con la suspensión solicitada, sin que pueda determinar e influir directamente en la decisión que, conforme a los criterios establecidos en la Ley Jurisdiccional tanto de 1956 como en la 29/1998, adopte, dentro de su competencia, el Tribunal Jurisdiccional. Obviamente, si ello es así tratándose de sanciones, se impone idéntica solución, en cuanto a las liquidaciones tributarias, por lo que no basta con alegar y asegurar el cumplimiento de la obligación tributaria, debiendo estarse a los criterios que señala el artículo 130 LJCA.

En el presente caso se solicitó la suspensión de la liquidación controvertida sin tan siquiera alegar que la ejecución podía hacer perder su finalidad legítima al recurso. Aludió la parte a la suspensión automática e incluso sin garantía, por tratarse de un Ayuntamiento, lo que no era suficiente en la vía judicial, ya que el presupuesto esencial de la suspensión cautelar está constituido por el *periculum in mora*, identificado con la necesidad de evitar que la dilación del proceso haga imposible o muy difícil la eficacia del eventual resultado procesal. Debe recordarse que la Ley actual, en su artículo 130.1, establece que la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

En todo caso, y como razona acertadamente la Sala de instancia, ante los intereses en conflicto, debe prevalecer el autonómico sobre el municipal, porque estamos ante una tasa que debe satisfacer un Ayuntamiento que no ha asumido directamente la prestación del servicio de prevención de incendios, a que venía obligado, por lo que la suspensión produciría evidentes perjuicios para la Comunidad Autónoma, al tener que asumir el coste del servicio en tanto se sustancia el proceso.

## 2. RECURSO DE CASACIÓN

### A) Admisión: tratamiento para las sentencias dictadas tras la entrada en vigor de la LO 19/2003

La STS de 18 de septiembre de 2008, Ar. 7096, analiza la cuestión referida al tratamiento que a efectos impugnatorios ha de darse a sentencias que han sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada

en vigor de la Ley Orgánica 19/2003 en procesos pendientes ante ellas que, sin embargo y tras esa reforma, son de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Pues bien, la Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre tal cuestión en los Autos, entre otros muchos, de 4 de octubre de 2004 –recurso de queja número 137/2004–, 18 de noviembre de 2004 –recursos de queja números 176/2004 y 199/2004–, 23 de noviembre de 2004 –recurso de queja número 206/2004–, 13 de enero de 2005 –recurso de casación número 2521/2004–, 25 de enero de 2005 –recursos de casación números 2931/2004 y 3009/2004– y 11 de marzo de 2005 –recurso de queja número 457/2004 –, por lo que bastará reiterar lo que entonces se dijo, consistente, en síntesis, en que a dichas sentencias, y por ende a la que es objeto de impugnación en el presente recurso, les es aplicable el régimen establecido en la Ley Jurisdiccional 29/1998 para las sentencias dictadas en segunda instancia, contra las que, como es sabido, no cabe recurso de casación, ya que así se infiere de la Disposición Transitoria Tercera, párrafo primero, y del artículo 86.1, ambos de la LRJCA/1998, que establecen, respectivamente, que el régimen de los recursos de casación regulados en esta Ley será de plena aplicación a las resoluciones de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas con posterioridad a su entrada en vigor, y que la casación sólo procede contra sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en única instancia.

### **B) Motivos: no procede invocar la infracción de normas declaradas inconstitucionales**

La invalidez de una norma con rango de Ley, declarada por el Tribunal Constitucional, por incurrir en vicio de inconstitucionalidad se traduce en su nulidad con plenos efectos frente a todos, ex artículos 164 de la CE y 39.1 LOTC. La norma inconstitucional, por tanto, no es que incurra en invalidez tras la declaración de inconstitucionalidad, sino que ha sido inválida durante toda su vigencia. Los efectos de la nulidad son pues *ex tunc*.

La indicada declaración de inconstitucionalidad supone también la nulidad plena del acto o disposición amparado por una norma incompatible con la Constitución. De modo que la norma nunca formó parte del ordenamiento jurídico, si bien esta afirmación ha de ser matizada en los términos recogidos en el citado artículo 40 de la Ley 2/1979 y por la flexibilización que supone la denominada eficacia prospectiva y las facultades del propio Tribunal Constitucional, según la conocida STC 45/1989, fundamento jurídico 11, sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al declarar “que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso”.

La STS de 14 de noviembre de 2008, Ar. 5954, analiza un supuesto en el que no ha recaído sentencia judicial firme, pero cuando se dicta la sentencia que se impugna en casación, e incluso cuando se interpone el recurso contencioso administrativo, ya se había publicado la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara inconstitucionales determinados artículos del TR de la Ley del Suelo. Pues bien, la Sala ha distinguido según los recursos de casación hubieran sido interpuestos antes o después del 25 de abril de 1997 –fecha de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la STC 61/1997–.

En el caso de los recursos de casación entablados con posterioridad a la citada fecha de 25 de abril de 1997, que es el supuesto analizado, esta Sala Tercera ha declarado, por todas Sentencia

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

de 21 de septiembre de 2002, que la “pretensión de casación no puede ser acogida. Como se pone de manifiesto en el contrarrecurso la situación litigiosa ha variado sustancialmente tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, que ha declarado inconstitucional y nula la obligación de cesión (...). El recurso de casación interpuesto no tiene en cuenta dicha sentencia constitucional, pese a haber sido formalizado con posterioridad al 25 de abril de 1997, fecha en la que se publicó la misma en el Boletín Oficial del Estado” (fundamento tercero). Añadiendo, en el fundamento cuarto, que “dicha declaración (de inconstitucionalidad), con efecto *erga omnes* (artículo 38.1 de la LOTC), comporta en el caso, como pide la parte recurrida, la desestimación del motivo único de casación. En efecto, la estimación del recurso supondría necesariamente dar aplicación a normas legales declaradas formalmente inconstitucionales y, por tanto, nulas con eficacia *ex tunc*. Como ya se ha dicho para casos similares en las sentencias de 3 de abril y 17 de julio de 2000, en la de 4 de octubre de 2001 o en la de 3 de mayo de 2002 ningún pronunciamiento jurisdiccional posterior a la sentencia 61/1997 puede resucitar un acto administrativo que ya viene anulado basándose para ello en la aplicación de normas que han sido declaradas inconstitucionales”.

### 3. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY

#### A) No procede si la doctrina dañosa invocada es un criterio aislado de imposible generalización

La modalidad casacional en interés de la ley regulada en el artículo 100 LJCA está concebida en defensa de la recta interpretación y aplicación de “las normas del Estado que hayan sido determinantes del fallo recurrido” y constituye, como su precedente inmediato de apelación extraordinario en interés de Ley, un remedio extraordinario y último de que disponen las Administraciones Públicas y, en general, las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, para evitar que sentencias que se estimen erróneas y que puedan comprometer y dañar gravemente el interés general, más allá del caso resuelto definitivamente por ellas con fuerza de cosa juzgada material, perpetúen o multipliquen sus negativos efectos en el futuro, ante la posibilidad de reiteración o repetición de su desviada doctrina.

Así concebido este recurso extraordinario en interés de la ley, es fácil entender que se exijan como requisitos de tipo sustantivo, que la doctrina contenida en la sentencia recurrida, sea al mismo tiempo errónea y gravemente perjudicial para el interés general, a lo que ha de sumarse la exigencia formal, conectada con su función preventiva o nomofiláctica, de que en el escrito del recurso se haga explícita y concreta fijación de la doctrina legal que, para el caso de estimación del recurso, habrá de sustituir a la que haya sido declarada errónea por parte de este Tribunal Supremo, doctrina legal que ha de estar en íntima conexión con el objeto de la litis, antecedente del recurso de casación en interés de Ley (Sentencias de 20 de marzo de 1998, 30 de enero y 10 de junio de 1999).

En cuanto a la nota de gravedad, que ha de acompañar al carácter dañoso de la sentencia recurrida, será de apreciar cuando la solución adoptada por ella sea capaz de causar un perjuicio a los intereses generales que merezca ser calificado de gran entidad, bien por su elevado alcance económico, por la importancia cualitativa del concreto interés que resulte afectado o por la posibilidad de repetición.

A la vista de lo expuesto, la **STS de 3 de octubre de 2008**, Ar. 5615, ha reiterado lo ya dicho en la Sentencia de 28 de abril de 2004, dictada en recurso casación en interés de la ley 104/2002, y que también ha recordado posteriormente en las de 16 de febrero de 2005 y 4 de abril de 2006: “No cabe, por tanto, estimar un recurso de esta naturaleza con la simple finalidad de corregir una decisión que interprete erróneamente una norma estatal, en tanto que no sea posible deducir de la misma un perjuicio evidente para el interés general, que es la razón decisiva justificante de este remedio procesal (Sentencias de 27 de diciembre de 1999 y 19 de noviembre de 2000). Y esa deducción no es posible efectuarla cuando se trata de resoluciones dictadas en supuestos de hecho infrecuentes y de difícil repetición (Sentencia de 27 de marzo de 2000), ni cuando ya existe doctrina legal establecida por este Tribunal sobre la materia, o cuando el texto legal a que el recurso se refiere es suficientemente explícito y su interpretación no ofrece duda razonable (Sentencia de 2 de julio de 2002), o si se trata de una decisión aislada y que no consta que sea compartida por otros órganos jurisdiccionales. Porque en todos esos casos el recurso en interés de la Ley carece de objeto, ya que ni su éxito podría alterar el sentido de la resolución impugnada, aunque sea desacertada, ni es acorde con la naturaleza de este recurso el pretender utilizarlo con una finalidad meramente consultiva, tratando de agenciarse anticipadamente una declaración del criterio interpretativo de esta misma Sala sobre determinada disposición legal” (Fundamento de Derecho Segundo, Sentencia de esta Sala de 28 de abril de 2004 –casación en interés de Ley 104/2002–).

#### **4. CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA**

##### **A) Debe darse una igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones entre la sentencia recurrida y las invocadas**

La **STS de 27 de junio de 2008**, Ar. 5828, nos recuerda la doctrina de la Sala en relación a la naturaleza y fundamento del recurso de casación para la unificación de doctrina.

Como tiene declarado la Sala, sentencias, entre otras muchas, de 15 de marzo de 2000 y 28 de septiembre de 2004, el recurso de casación para unificación de doctrina es excepcional y subsidiario respecto del de casación propiamente dicho, pues cuando, con arreglo a lo establecido en el artículo 86.2.b) de la Ley vigente, no es posible la impugnación de las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia o por la Audiencia Nacional por insuficiencia de cuantía, se abre la posibilidad de que dichas sentencias puedan ser recurridas, pero sólo con la finalidad primordial de unificar criterios y declarar la doctrina procedente en Derecho ante la existencia de fallos contradictorios. Se trata, con este medio de impugnación, de potenciar la seguridad jurídica a través de la unificación de los criterios interpretativos y aplicativos del ordenamiento, pero no en cualquier circunstancia, conforme ocurre con la modalidad general de la casación –siempre que se den, desde luego, los requisitos de su procedencia–, sino sólo cuando la inseguridad derive de las propias contradicciones en que, en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, hubieran incurrido las resoluciones judiciales específicamente enfrentadas. De ahí el protagonismo que en este cauce impugnativo excepcional asume la contradicción de las sentencias, incluso sobre la propia ilegalidad de la que hubiere sido objeto de impugnación, y de ahí, también, que el artículo 97.1 y 2 de la

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

vigente Ley exija que el escrito de preparación deba contener, al lado de la fundamentación de la infracción legal que se impute a la sentencia impugnada, “relación precisa y circunstanciada de las identidades determinantes de la contradicción alegada”, porque sólo así, esto es, sólo en el caso de que la sentencia o sentencias alegadas –no otras– como incompatibles sean “realmente” contradictorias con la recurrida, podrá el Tribunal Supremo declarar la doctrina correcta y, cuando preciso sea y por exigencias de tal declaración, casar la sentencia de que se trate. No es, pues, esta modalidad casacional una forma de eludir la inimpugnabilidad de sentencias que, aun pudiéndose estimar contrarias a Derecho, no alcancen los límites legalmente establecidos para el acceso al recurso de casación general u ordinario, ni, por ende, una última oportunidad de revisar jurisdiccionalmente sentencias eventualmente no ajustadas al ordenamiento para hacer posible una nueva consideración del caso por ellas decidido. Es, simplemente, un remedio extraordinario arbitrado por el legislador, cuya única finalidad es impedir que se consolide una doctrina jurisprudencial contraria a la dictada por el propio Tribunal en sentencias precedentes o a la declarada por este Tribunal Supremo. Por eso mismo, también, las antes referidas identidades han de resultar “sólo” de las situaciones contempladas por las sentencias aportadas como contradictorias y no de sentencias distintas y, por tanto, igualmente, en el juicio de contradicción no caben intromisiones críticas ni adiciones en los hechos y fundamentos jurídicos de las sentencias confrontadas, pues deben compararse como en ellas vienen dados, del propio modo que debe efectuarse el obligado contraste tal y como vienen dados en dichas sentencias los litigantes y su respectiva situación y las pretensiones actuadas en los correspondientes procesos. Quiere decirse con esto que, para decidir acerca de la contradicción, habrá de partirse de los planteamientos hechos en las sentencias enfrentadas, y sólo una vez constatada la contradicción desde tal punto de partida y la ilegalidad de ese planteamiento hecho por la sentencia impugnada, podrá darse lugar al recurso, para decidir, entonces –artículo 98.2 de la vigente–, el debate planteado con pronunciamientos adecuados a Derecho, esto es, la cuestión fallada en la instancia.

### 5. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

#### A) La imposibilidad de aportación de documentos debe acreditarse

El recurso de revisión –como ha dejado sentado una reiterada jurisprudencia– tiene naturaleza, no ya extraordinaria, sino excepcional, en cuanto implica una desviación de las normas generales y puede llegar a dejar sin efecto la cosa juzgada de la sentencia recurrida, de modo que, por ello, debe ser objeto de una aplicación y análisis muy mesurado y no sólo ha de circunscribirse a los motivos taxativamente señalados en la Ley sino que, además, éstos deben ser interpretados de manera estricta, sin que quepa la analogía para extender su ámbito de aplicación. Y es que el recurso de revisión nunca puede ser susceptible de conformar una tercera instancia o un modo subrepticio de reiniciar y reiterar un debate ya finiquitado mediante una sentencia firme; de manera que, a su través, no procede examinar la actuación y valoración probatoria llevada a cabo por el Tribunal que dictó la sentencia impugnada, dado que su finalidad y filosofía no es esa, como tampoco, según se ha indicado, la de resolver de nuevo la cuestión de fondo –ya debatida y definida en la sentencia recurrida–.

Respecto al motivo del artículo 102.1.a) de la LJCA (recobrar, después de dictada la sentencia, documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado) la doctrina jurisprudencial exige la concurrencia de los siguientes

requisitos: a) Que los documentos hayan sido “recobrados” con posterioridad al momento en que haya precluido la posibilidad de aportarlos al proceso. b) Que tales documentos sean “anteriores” a la fecha de la sentencia firme objeto de la revisión, habiendo estado “retenidos” por fuerza mayor o por obra o acto de la parte favorecida con la resolución firme (circunstancias que deben ser plenamente acreditadas por el solicitante de la revisión). c) Que se trate de documentos “decisivos” para resolver la controversia, en el sentido de que, mediante una provisional apreciación, pueda inferirse que, de haber sido presentados en el litigio, la decisión recaída tendría un sesgo diferente (por lo que el motivo no puede prosperar y es inoperante si el fallo cuestionado no variaría aun estando unidos aquéllos a los autos –juicio ponderativo que debe realizar, *prima facie*, el Tribunal al decidir sobre la procedencia de la revisión entablada–).

A mayor abundamiento cabe añadir que el citado artículo 102.1.a) se refiere a los documentos mismos, es decir, al soporte material que los constituye y no, de entrada, a los datos en ellos constatados; de modo que los que han de estar ocultados o retenidos por fuerza mayor o por obra de la contraparte a quien favorecen son los papeles, no sus contenidos directos o indirectos, que pueden acreditarse por cualquier otro medio de prueba –cuya potencial deficiencia no es posible suplir en vía de revisión–.

En todo caso, como señala la **STS de 4 de junio de 2008, Ar. 6036**, la imposibilidad de aportación del documento que sirva de base a la pretensión revisora en el momento procesal oportuno ha de ser debida a una fuerza mayor, que no se presume sino que es menester su acreditación en el proceso por la parte que la alega, que es a quien incumbe la carga de la prueba. La retención de los documentos ha de ser por obra de la parte a cuyo favor se dictó la sentencia objeto de recurso, lo cual tampoco se presume y necesita prueba, concretando los obstáculos que impidieron la oportuna aportación al proceso.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

**L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER**

**Los Derechos Fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos**

[El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009 (Prólogo de D. Fernando García Vicente, Justicia de Aragón) 695 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Como bien se explica en el prólogo, este libro recoge una parte de lo sembrado por un Maestro, el profesor D. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, durante veinticinco años, desde 1984. Se trata de veintiséis trabajos que tienen en común los derechos fundamentales y el proceso de afianzamiento de la Constitución, desde una visión dinámica y comparativa en el tiempo teniendo muy presente la respuesta internacional y, particularmente, la europea. Destacando además que el autor ha tenido el mérito de ser de los primeros en ocuparse de lo que se llama cultura y técnica jurídica de los derechos humanos.

En efecto, el profesor D. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO ha dedicado una parte importante de sus múltiples investigaciones a un tema tan esencial y que a su vez es sin duda un objetivo incuestionable de la época como es la garantía de los derechos fundamentales, que requiere una respuesta constitucional cuidadosa, pero sin olvidar tampoco el Derecho Público en su conjunto, ya que en no pocas ocasiones la violación de esos derechos proviene o ha provenido del incorrecto actuar administrativo.

No obstante, el estudio de esta cuestión no se limita en absoluto al ámbito nacional, sino al contrario se trata de un tema en que hay que tener muy presente diversos ins-

trumentos supranacionales, normas tanto de ámbito internacional como comunitario, a ello presta igualmente atención el autor de esta obra.

Obra que no sólo resulta de máximo interés por su objeto de atención: los derechos fundamentales, sino también y particularmente porque se ofrece una visión panorámica de cómo fueron surgiendo y afianzándose, de tal modo que para quienes hoy lo entendemos como algo que va de suyo podamos comprender la conquista que ello supuso en su día y el camino que se fueron abriendo en las distintas perspectivas señaladas: nacional, internacional y europea.

En este último caso se aprecia perfectamente esa progresión con recordar simplemente que si bien en sus comienzos se inició con funciones económicas y comerciales, hoy sin duda se puede hablar de la Europa de los derechos humanos, arraigando en la misma de este modo la cultura de los derechos humanos, lo cual sin duda supone un logro encomiable, sobre todo si se tiene presente la dificultad de dicho proceso -no sólo jurídico sino también de arraigo social, de asunción por la generalidad de dichos valores con normalidad-, haciendo incluso alguna mención a la intención actual de regionalizar una cuestión tan esencial desde algún Estatuto de autonomía.

Además debe añadirse que el valor de esta obra no radica sólo en su autor y el hecho de que fuera observador de aquella evolución e interesado a su vez en la materia, sino que también fue partícipe de ella, valga de ejemplo, su colaboración en las fases previas a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o su acérrima defensa de la Constitución como senador en aquellos años, como queda plasmado en su intervención en la sesión del Pleno del Senado del 31 de octubre de 1978; por todo lo cual sin duda puede afirmarse que el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO ha sido un gran precursor de la cultura de los derechos

humanos en nuestro país, de ahí que sea un privilegio acercarse a una cuestión tan vital de su mano.

No obstante, no debe pensarse que el tema es tratado desde una perspectiva abstracta, muy al contrario el prof. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO se hace eco en estos trabajos de los múltiples y diversos problemas que han venido surgiendo desde entonces hasta nuestros días y las diferentes soluciones que se han ido aportando, plasmándose la complejidad que ofrece la realidad práctica y también la propia evolución de la problemática surgida en torno a los derechos humanos.

Finalmente señalar que los trabajos se agrupan por temática en cinco partes, precisando en cada uno de ellos su fecha -algo imprescindible para conocer el contexto y el estado de la cuestión-, y que están dedicadas respectivamente a: los derechos fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones; el debate constitucional; los derechos fundamentales en la Unión Europea; en especial la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y la libertad religiosa.

No obstante, es un tema no cerrado, que seguirá su curso y avatares y del que el profesor MARTÍN-RETORTILLO nos seguirá obsequiando con su estudio y análisis.

## O. BOUAZZA ARIÑO

### La planificación territorial en Gran Bretaña. Especial referencia al sector turístico

[Thomson-Civitas, Navarra, 2009, 183 páginas]

EVA MARÍA MENÉNDEZ SEBASTIÁN

En este libro, que cierra, como su propio autor indica, una trilogía sobre la ordenación del territorio, medio ambiente y turismo, se estudia el sistema británico de planificación sectorial turística partiendo del esquema general de la planificación territorial; estudio que se inició en 2004 durante la estancia de

investigación del autor en la Universidad de Oxford.

No obstante, y antes de indicar el contenido de esta monografía, debe advertirse que todo estudio de Derecho Comparado no sólo debe ofrecer una descripción del sistema jurídico analizado sino que dicha investigación ha de tener un sentido respecto de nuestro ordenamiento, pues bien, éste es el caso, ya que la elección de Gran Bretaña no es aleatoria sino que el Doctor BOUAZZA propone dicho sistema, en lo que a este tema se refiere, como modelo a seguir por el español tras comprobar sus bondades y especialmente sus buenos resultados. Además, no sólo expone el régimen jurídico actual sino que para comprender éste se parte de su evolución histórica, perspectiva igualmente importante para comprender el hoy, pues es necesario para ello conocer el ayer.

Como se decía, el autor ve en el sistema británico un buen modelo para el nuestro propio, sobre todo como modelo integrado, ya que como bien ha puesto de manifiesto en sus obras anteriores y pertenecientes a esta trilogía, a su juicio ve en el reparto competencial uno de los mayores problemas o causantes de la situación urbanística actual, entendiéndose que al menos el Estado debería ejercer una función coordinadora.

Conociendo la ordenación del territorio británica se estudia en esta monografía una de las actividades económicas que mayor impacto o incidencia tienen en el territorio, como es el turismo, de ahí el interés -que debería convertirse en necesidad- de que el desarrollo turístico sea adecuado.

Pues bien, para el autor las ideas claves que presenta el sistema británico son dos, que responden a su vez a una doble perspectiva. La primera, desde el punto de vista vertical, se refiere a los planes elaborados por la región, que deberán reflejar las políticas territoriales del país y deberán quedar plasmados en los instrumentos locales. La segunda, es la vertiente horizontal, en cuanto los planes regionales deberán

elaborarse teniendo en consideración los de las regiones vecinas, incluyendo aquellas que puedan pertenecer a Escocia o Gales y lo mismo en relación con la planificación urbanística.

Precisamente en las últimas reformas de este sistema se reaccionó buscando garantizar la integración de los diferentes sectores, entre ellos, el turismo en el sistema general de planificación, razón por la cual el turismo se ordena desde los sistemas generales, ponderando el planificador los diversos intereses en conflicto, objetivo que se garantiza por la sumisión y aprobación de los instrumentos regionales y locales por la Secretaría de Estado. Solución ésta que explica más que sobradamente la elección del sistema estudiado en este libro, pues su utilidad parece evidente.

Sin duda por ello el autor pone el énfasis del éxito británico en la coordinación con el fin de la eficacia, pues una visión global es imprescindible, ya que son muchos los sectores que tienen una clara incidencia en el territorio, ello además en conexión con la tendencia comunitaria en la materia que se caracteriza por el establecimiento de puntos de conexión, de bases, de coordinación, etc., a diferencia de la variedad de planes existentes en España que, como bien señala el autor y debe compartirse plenamente, en muchas ocasiones se solapan, a lo que debe añadirse que no es infrecuente tampoco que incluso se contradigan y no quede claro cuál prevalece.

Por todo ello esta monografía no sólo resulta recomendable para los administrativistas y, particularmente para aquéllos interesados en el urbanismo o el turismo, sino para cualquiera a quien incumba el desarrollo territorial, que al fin y al cabo somos todos los ciudadanos, y no sólo por la relevancia del tema y la buena exposición, sino también y particularmente porque se ofrecen soluciones y modelos a seguir, objetivo que todo investigador debe perseguir.

**E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN**

### **Los contratos de servicios del sector público. Prestaciones intelectuales, asistencias y consultorías**

[Thomson-Aranzadi, 2009 (Prólogo del profesor Sosa Wagner, F.) 975 páginas]

OLALLA FLORES FERNÁNDEZ

No es necesario esforzarse para encontrar motivos de elogio a esta nueva monografía de la profesora MENÉNDEZ SEBASTIÁN, cuya valía ya está sobradamente atestigüada por el éxito editorial de su precedente *El contrato de consultoría y asistencia*, publicado en 2002 por la editorial Civitas, como muestra del reconocimiento que a su fructífera investigación le han brindado los lectores a quienes va destinada, teóricos y prácticos del Derecho.

No en vano, nos encontramos ante el fruto de la principal línea de investigación de entre las que está especializada esta administrativista quien, a pesar de su juventud, cuenta ya con una prolija y reconocida bibliografía. De hecho, el análisis de los contratos que tienen por objeto una prestación intelectual a la Administración fue el tema al que dedicó las ilusiones propias de los iniciales años de formación investigadora que culminaron en su brillante tesis doctoral, cuyas conclusiones fueron recogidas en el libro antes citado.

Con independencia de que la pertinencia de una nueva publicación esté justificada en el agotamiento de la edición anterior, son evidentes las auténticas razones por las que la autora se decidió a afrontar no sólo una revisión y actualización, sino la elaboración de un nuevo trabajo con un enfoque más am-

plio, aunque con el mismo método, estructura y rigor científico que caracterizó su precedente investigación. La necesidad de un nuevo enfoque será requerida por una de las principales novedades que introduce la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), que ha entrado en vigor en mayo de 2008, concretamente la desaparición de la denominación de los contratos de consultoría y asistencia, que se refunden con los contratos de servicios bajo este mismo nombre. Por este motivo, el objeto de este nuevo trabajo se extiende a los problemas que se plantean en relación con los actuales contratos de servicios, aunque siga otorgando especial atención a los que tienen por objeto una prestación intelectual y que antes se englobaban en los denominados contratos de consultoría y asistencia.

De hecho, las causas que en su día pusieron de manifiesto la necesidad de un minucioso estudio sobre estos concretos contratos no sólo se debían, como destacaba la autora, al olvido doctrinal de estas figuras contractuales sobre prestaciones tan habituales en la práctica administrativa, ni a la falta de consolidación legislativa a la que se unía la desafortunada aplicación judicial, sino principalmente por haber sido el momento idóneo por coincidir con la promulgación de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, posteriormente refundida por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, LCAP) que introducía importantes cambios en nuestro ordenamiento respecto a los denominados contratos de consultoría y asistencia, tomando como modelo a los “contratos de servicios de prestaciones intelectuales” franceses. De igual forma, en estos momentos encuentra el principal justificante de la oportunidad de su obra en la aprobación de la LCSP que, con su tratamiento de los contratos de servicios, pone de manifiesto una vez más la carencia de un concepto consolidado de esta figura contractual, e incluso de su delimitación, contundentemente reflejada en el retroceso que supone la supresión de una categoría propia para los contratos de prestaciones intelectuales, consultorías y asistencias.

La estructura del trabajo es clara muestra de ese “buen hacer” que destacábamos de su obra, del rigor que impregna cada trabajo de la doctora MENÉNDEZ SEBASTIÁN, pues acierta al profundizar en el conocimiento de los contratos de servicios desde tres perspectivas distintas que le permite conducirnos a la obtención de una visión lo más completa posible de la problemática existente en torno a la regulación de los contratos de servicios, principalmente de los que tienen por objeto una prestación intelectual. Tres planteamientos de estudio entre los que, no obstante, existe una inevitable conexión que comprenderemos al final de su lectura gracias a que, aunque parte de tres enfoques diferentes, concluye en una visión conjunta que nos permite apreciar cómo las conclusiones a las que se llega desde cada una de las perspectivas sirven para explicar los problemas planteados en las otras y a entender las ventajas y carencias que al respecto presenta la nueva regulación de la LCSP.

## I

La primera de las partes en que se estructura la monografía recensionada, dividida a su vez en dos capítulos, se destina al estudio del contrato de servicios como contrato administrativo, a la búsqueda de una concepción y delimitación precisa e incuestionable del mismo como figura dentro del Derecho Administrativo. Objetivo que se propone satisfacer gracias a su maestría en el uso del Derecho histórico y del Derecho comparado, los grandes apoyos para adquirir una adecuada interpretación de nuestro sistema normativo actual. De este modo, en el capítulo primero se centra en analizar cómo en el tratamiento actual de estos contratos ha influido la evolución histórica de su regulación, no sólo en España —donde su reconocimiento normativo fue tardío y reacio— sino también en el Derecho Francés como modelo seguido por nuestro sistema. Así, nos habilitará a comprender cómo nuestra vigente LCSP ha contribuido a acrecentar la ya tradicional deficiente concepción y delimitación normativa de esta figura contractual, no sólo por refundir los viejos contratos de consultoría y asistencia con los ya denominados de servicios, sino

también por el tratamiento que ésta les brinda y, particularmente, la ausencia de una clara definición de esta figura.

Precisamente una de las causas detonante de la carencia actual de una delimitación adecuada de esta figura será esa refundición de los contratos de consultoría y asistencia con los de servicios a la que ha procedido la LCSP, que coadyuva a incrementar la gran variedad de contenidos posibles que abarca esta figura contractual, variedad de prestaciones a cuyo examen se dedicará el capítulo segundo. Si, como destaca la autora, ya se encontraban dificultades para encontrar criterios de homogeneización para los contratos de consultoría y asistencia en el texto normativo anterior, que se limitaban básicamente a uno, el carácter intelectual de la prestación y en consecuencia los conocimientos exigidos al contratista, aún se diluye más con la nueva Ley al llevar a cabo su unificación con los contratos de servicios.

Su análisis le permite denunciar la existencia de una concepción carente de firmeza, que hunde sus raíces en el trato que desde antaño han experimentado estos contratos y que, lejos de solucionarse con la promulgación de la LCSP, la nueva normativa ha contribuido a empeorarla al ignorar las necesidades reales y, en ocasiones, la mala praxis de una Administración cada vez más demandante de este tipo de prestaciones intelectuales.

### II

La segunda perspectiva de análisis no parte del Derecho Administrativo, sino del estudio de la contratación privada, sus similitudes y relaciones con el contrato de servicios. De esta forma, sigue una hipótesis no contemplada en la Ley y a la que se tratará de dar solución, la existencia de contratos en el Derecho Civil, Mercantil y Laboral de contenido coincidente con el propio de esta figura y cuya contratación por parte de la Administración también podría ser viable. Tras el examen de estos negocios jurídicos privados a lo largo de tres capítulos –de la contratación civil en el

capítulo primero, mercantil en el segundo y laboral en el tercero– y de la constatación de dicha concomitancia, nos ofrece un criterio para deslindar y elegir entre ambos tipos de contratación –administrativa o privada–.

### III

Como ya hemos destacado, esta monografía pone en un lugar destacado a los contratos de servicios que tienen por objeto una prestación intelectual, anteriormente englobados bajo la denominación de contratos de consultoría y asistencia. Por este motivo, la tercera y última parte del trabajo, estructurada en dos capítulos, se centra en la regulación de esta clase de contratos dentro de los contratos de servicios, deteniéndose en observar las dificultades derivadas de las peculiaridades de su objeto, esto es, teniendo en cuenta principalmente cómo afecta su carácter intelectual no sólo desde el punto de vista de lo que estrictamente fija la normativa vigente, sino y principalmente desde la realidad práctica.

De este modo, mientras en el capítulo primero se estudia la influencia del incuestionable carácter intelectual de estos contratos, tanto en el aspecto objetivo –la prestación–, como en el subjetivo –capacidad del contratista y todo lo que ello conlleva–, en el capítulo segundo se examina la repercusión del carácter intelectual sobre el procedimiento de contratación, así como en el cumplimiento y extinción del contrato.

### IV

A través del sistematizado análisis de estos contratos en las tres fases que brevemente hemos descrito, la profesora MENÉNDEZ SEBASTIÁN dispone del bagaje para efectuar una adecuada crítica a las novedades introducidas por la compleja LCSP. Tiene capacidad para denunciar sus carencias sin que ello le obstaculice para saber apreciar sus logros o avances respecto a la normativa anterior, aunque con carácter general sea crítica con el legislador por no aprovechar la nueva regulación para conceder a estos contratos la atención

debida que disipe las dudas que se suscitan en torno a ellos. Además del retroceso que en su opinión supuso la refundición de los contratos de consultoría y asistencia en los de servicios, denuncia entre otras deficiencias el incremento de las posibilidades de acudir al procedimiento negociado, la ampliación del plazo máximo de duración de estos contratos, así como la inclusión de ciertas previsiones dudosas, como la del artículo 277.4 en cuanto a la imposibilidad de considerar al contratista, al final de un contrato de servicios, personal de la Administración, lo que no parece que pueda evitar la doctrina del Tribunal Supremo en cuanto a la contratación fraudulenta. Aun así, como ya habíamos adelantado, reconoce la introducción de alguna cuestión elogiada, especialmente el carácter básico respecto a la responsabilidad extracontractual o la mención a los derechos de propiedad intelectual.

En definitiva, su lectura es indispensable no sólo para los teóricos del Derecho, sino fundamentalmente para los operadores jurídicos que tengan que enfrentarse a los variados problemas que plantea la contratación administrativa. Pensando fundamentalmente en estos

últimos, a la parte expositiva de la obra le acompaña un sistematizado índice jurisprudencial, así como varios Anexos que contienen pliegos y formularios que pueden servir de orientación y como Anexo normativo el Reglamento europeo 213/2008 que desplaza lo contenido en el Anexo II de la Ley de Contratos de Sector Público respecto al catálogo de servicios concretos que se integran en las diversas categorías de este contrato.

Por saber compaginar y dirigir sus esfuerzos de construcción teórica a la práctica, la doctora MENÉNDEZ SEBASTIÁN es sin duda uno de los más claros exponentes de la actual investigación jurídica en España y uno de los mayores ejemplos a seguir para quienes nos iniciamos en estas labores, pues, como destaca el profesor SOSA WAGNER en el prólogo, en un tema tan embrollado como el de los contratos administrativos es necesario acudir a una persona con una inteligencia como la de la autora de esta monografía para afrontar en la práctica la difícil comprensión de esta Ley, conocer sus deficiencias y aprender a lidiar con ellas.

## 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](mailto: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.

