

NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÀS FONT I LLOVET
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
FRANCESC RODRÍGUEZ PONTÓN
JOAQUÍN TORNOS MAS

Universidad de Barcelona

I. FINALIZACIÓN CONVENCIONAL DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL ÁMBITO DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA: SENTIDO, CONDICIONES, MÁRGENES DE DECISIÓN

La Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y la entidad Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), son objeto de un expediente sancionador en materia de defensa de la competencia por supuestas infracciones de la normativa española y de la Unión Europea por reiterado comportamiento discriminatorio de estas asociaciones en la comunicación pública de fonogramas y de grabaciones, en cuyo marco solicitan el inicio de la forma de terminación convencional legalmente prevista en este ámbito. Denegada dicha solicitud por la autoridad de defensa de la competencia, dichas entidades presentan recurso contencioso-administrativo que resulta desestimado por la Audiencia Nacional en su sentencia de 30 de enero de 2013 (Rec. 57/2012, ponente SALVO TAMBO). Contra esta sentencia se interpone recurso de casación, que es el que resuelve la que ahora comentamos del Tribunal Supremo del 24 de septiembre de 2015, Rec. 725/2013, ponente PERELLÓ DOMÉNECH.

El fondo del asunto planteado reúne diversos temas de gran interés actual y lo hace en un delicado equilibrio. En el trasfondo aparece un sector peculiar, el de la defensa de la competencia. Si en los últimos tiempos se ha hecho posible hablar de «sectores de referencia» para aludir a aquellos ámbitos materiales en los que de alguna manera se apuntan, desarrollan o perfilan instituciones, figuras o procesos que todavía deben ser más explorados a nivel transversal, y precisamente por ello se postulan como referentes, cabría pensar que uno de ellos es precisamente el Derecho de defensa de la competencia. Un ámbito en el

que confluyen instituciones del Derecho público y privado, y en el que ya desde hace tiempo tenemos ocasión de verificar la utilidad de su estudio para poner a prueba el ejercicio de las potestades administrativas para la disciplina del mercado, en un contexto en el que como pocos es crucial mantener un equilibrio entre eficacia administrativa y garantías del particular (José María BAÑO LEÓN, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, 1996). En este caso, traemos a colación una resolución judicial que plantea una cuestión que seguramente requeriría un estudio que se proyectara a un nivel transversal, pero que en el sector de la competencia ya se está teniendo ocasión de aplicar con normalidad, la relativa a la terminación convencional de los procedimientos sancionadores. Y ello acompañado de una serie de elementos, de concepción de las potestades, de régimen jurídico y de organización, que vuelven a resultar muy sugerentes para una reflexión que busque extender su proyección a otros ámbitos. Vamos a tratar de presentarlos de la forma más sistemática posible.

Para empezar, hay que indicar que pocas dudas puede haber sobre la enorme relevancia que para el Derecho administrativo sancionador tiene su aplicación en el ámbito de defensa de la competencia. La dimensión de los sujetos implicados, de los intereses implicados y de sus efectos hace que la sanción administrativa haya ocupado siempre un lugar muy destacado en el entramado jurídico de este ámbito. Basta con ver la extensión que siempre han tenido las partes de los correspondientes textos normativos relativas a los aspectos sustantivos y procedimentales del Derecho sancionador. En este contexto, no es extraño comprobar cómo aspectos que todavía se plantean como retos y que albergan no pocas dudas cuando se proponen con carácter general (como puede ser ahora con el artículo 62.4 de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas) son ya conocidos y aplicados en este ámbito, como es el caso de los «programas de clemencia». Pues bien, en este contexto resulta interesante situar la figura de la terminación convencional del procedimiento sancionador, prevista en el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, en los siguientes términos:

«Artículo 52. Terminación convencional.

1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancio-

nador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.

2. Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento.

3. La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4».

Previsión desarrollada a su vez por el artículo 39 del Reglamento de desarrollo, aprobado por RD 261/2008, de 22 de febrero. Si ya con carácter general siempre ha resultado a la par atractiva y polémica la figura de la terminación convencional de los procedimientos administrativos —el pacto como punto final del ejercicio de una potestad administrativa—, de modo que su previsión se ha rodeado de cautelas (artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y artículo 86 de la Ley 39/2015, antes mencionada) (Ángeles DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, 2000), cabe imaginar esto multiplicado cuando del ejercicio de la potestad sancionadora se trata. No encontramos ninguna previsión transversal o general en esta línea, sólo con la casi anecdótica excepción del artículo 22.2 del todavía vigente Reglamento de procedimientos en materia sancionadora aprobado por el RD 1398/1993, de 4 de agosto, en lo referido a ciertos casos de determinación de la indemnización por los daños producidos por la conducta infractora; previsión que, por cierto, ahora se ha elevado a rango legal en virtud del artículo 90.4 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. Ciertamente, esta falta de previsión general del mecanismo convencional en el ámbito sancionador podría denotar una seria desconfianza en reconocer a la Administración la «disponibilidad sancionadora» que en otros campos tiene el Estado. El paralelismo que tantas veces procede efectuar entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal nos lleva a contemplar la figura de la sentencia de conformidad en este ámbito como una manifestación de esa disponibilidad que el Estado tiene sobre el ejercicio de la potestad sancionadora, y así lo recuerda la Audiencia Nacional.

En el caso del campo de la defensa de la competencia, una simple lectura del precepto indicado de la Ley de 2007 nos indica que para proceder a la terminación convencional es clave la presencia de compromisos que serán vinculantes y la salvaguarda de los intereses públicos. Además, para llegar a acordar esta peculiar forma de terminación del expediente sancionador se requiere de la actuación de los dos órganos fundamentales en este ámbito, la Dirección de Investigación y el Consejo de la Comisión Nacional. La sentencia a la que nos referimos tiene muy presentes estos parámetros y presenta el interés de extraer algunas consecuencias que a su vez obligan a explicitar algunas consideraciones no poco importantes.

La cuestión clave desde el punto de vista subjetivo de las empresas recurrentes es la de su pretensión de obtener el inicio de la tramitación del procedimiento de terminación convencional. En ese sentido, el Supremo, igual que la Audiencia Nacional, es muy claro: no se trata de que el particular disponga de un derecho subjetivo al inicio de tal procedimiento, a modo de una opción por el mismo, sino que tal actuación queda a la consideración discrecional y motivada, y a la vista de los intereses en juego, de la autoridad. Es el interés general, la preservación de la competencia de los mercados, el que tiene que orientar la decisión, no el interés particular de las entidades que invocan esa tramitación. Lo mismo que el interés público ha de ser la guía a la hora de limitar debidamente cualquier tipo de terminación convencional. Ello tiene que ver con un aspecto relevante sobre la concepción de la potestad sancionadora. Sabemos que no es pacífica la aceptación de la discrecionalidad en su ejercicio (entre otros, Alejandro NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, 2012; Alejandro HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, Iustel, 2007). Seguramente, la respuesta a esta pregunta exige separar o distinguir fases, aspectos o facetas diversos. En la aplicación concreta de las sanciones (cuantía de las multas) y acompañando al principio de proporcionalidad se han reconocido a menudo márgenes de decisión, así como en la elección entre las tipologías de sanciones posibles y su combinación. En este caso, la relevante conexión entre la potestad sancionadora y la protección del interés general de la competencia en los mercados, con sus rasgos peculiares, conduce a afirmar un amplio margen de decisión por parte de la autoridad. Así, la propia motivación de la Dirección de Investigación contra cuya decisión aquí se actuaba expresaba, tal como podemos leer en el texto de la sentencia de la Audiencia Nacional, que se acordaba la decisión «dentro del margen de apreciación del que dispone». La Audiencia Nacional confirma que existe un «amplísimo margen» para aceptar o no

la propuesta de inicio del procedimiento de terminación convencional, y el Supremo se refiere a la existencia de una «facultad discrecional», con ponderación motivada y razonada de todas las circunstancias. Valoración propia por parte de la autoridad de los intereses vinculados a la infracción y de su más eficaz protección, margen de discrecionalidad, y motivación adecuada, articulan, pues, un discurso coherente que da consistencia al uso debido de un instrumento como es la sanción administrativa en este caso a la hora de decidir el modo de finalización del procedimiento. Y, en este sentido, cabe destacar que la sentencia de la Audiencia Nacional (FJ 5), que recoge el Supremo en este punto, afirma que «una cosa es que en la imposición de sanciones opere el principio de legalidad y otra distinta que al perseguir las infracciones en el ámbito de la Defensa de la Competencia la CNC pueda basarse en consideraciones de oportunidad, con la posibilidad de control último por los Tribunales».

Habría un aspecto de mayor matiz procedimental en la queja de los recurrentes, el consistente en denunciar que en realidad lo que se ha producido es una inadmisión de entrada de la solicitud por parte de la Dirección de Investigación, y que debe ser el Consejo el que decida. Es cierto en este sentido que en algún caso se ha indicado la conveniencia de acordar el inicio del procedimiento solicitado, salvo en caso de petición extemporánea, sin perjuicio de un posterior rechazo de los compromisos propuestos, como indica el punto V.B de la *Comunicación sobre terminación convencional de expedientes sancionadores* del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón (Informe 2/2012). En el caso que nos ocupa, en el que también veremos la presencia de una Comunicación, la Audiencia Nacional contesta con claridad que lo que se reserva al Consejo es la posibilidad de finalizar el expediente por esta vía del acuerdo, a propuesta de la Dirección, pero que ésta sí puede hacer de «filtro/propuesta», sin perjuicio del posible recurso ante el Consejo (como fue el caso). De este modo, se concluye, no se produjo una inadmisión de la solicitud, sino una denegación motivada de incoación del expediente de terminación convencional. Fundamento que también recoge la sentencia del Supremo, que reitera que corresponde a la Dirección valorar los intereses en juego, así como el alcance de los compromisos manifestados.

En puridad, incluso sería discutible hablar de un procedimiento o expediente de terminación convencional, como si fuera autónomo o distinto del procedimiento sancionador. Así, el particular no tendría reconocido el derecho a iniciar un procedimiento ni a obtener la terminación convencional del mismo, sino que tendría la mera facultad,

dentro del procedimiento sancionador ya iniciado, de proponer u ofrecer determinados compromisos para resolver los efectos de su conducta sobre la competencia que juegan como requisito procedimental o presupuesto que habilita —pero no obliga— a la Dirección a proponer al Consejo la terminación convencional.

Despejado este elemento procedimental y organizativo dentro de la estructura de los órganos de defensa de la competencia, se plantea otro tema de no menor alcance y de no menor interés para una reflexión que vaya más allá de este ámbito, y que en realidad es el primer motivo de casación que resuelve la sentencia. Este tema es el del papel ocupado por la *Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre terminación convencional de expedientes sancionadores* de 28 de septiembre de 2011, que, por cierto, en su apartado 17 también reconoce explícitamente el carácter discrecional de la decisión sobre inicio y aceptación de estos expedientes, y en sus apartados 18 y 30 la competencia de la Dirección para iniciar estas actuaciones. Ante la Audiencia Nacional, las demandantes planteaban las dudas sobre la condición de norma jurídica de la Comunicación, que no podría incluir requisitos o condiciones que no recojan las leyes y reglamentos. La decisión de la Dirección de Investigación motivaba explícitamente su decisión de no incoar el procedimiento de terminación convencional en base a las pautas, referidas a aspectos de procedimiento y de condiciones de fondo, ofrecidas en dicha Comunicación. Pautas que al no cumplirse en varios casos (falta de contactos previos con la Dirección, no concurrencia del criterio de no haber sido declarados con anterioridad responsables de conductas similares) son motivo también de la denegación de la solicitud, además de la falta de viabilidad y planteamiento incompleto de los compromisos propuestos. La Audiencia Nacional expresa su coincidencia de criterio con la motivación de la decisión, de acuerdo también con la interpretación prudente y rigurosa que debe hacerse de la opción de la terminación convencional como excepción que es al ejercicio de la potestad sancionadora. Sin embargo, no hace un pronunciamiento expreso en punto a la discutida condición de la Comunicación en general. Cuestión que se plantea ante el Supremo, que la resuelve por la vía de estimar que es suficiente, de acuerdo con consolidada jurisprudencia, que la respuesta judicial deje claro el rechazo a la pretensión, y que no cabe descartar desestimaciones implícitas. Se argumenta que la Audiencia valoró todos los criterios de la resolución denegatoria, incluidos aquellos que se referían a requisitos de la Comunicación, y que no se había solicitado la concreta nulidad de dicho texto —lo que en puridad significaría haber inter-

puesto un recurso indirecto contra la comunicación—, cuyos criterios por lo demás en ningún momento se cuestionan en la sentencia. Quizás en este punto no hubiera sobrado una argumentación suplementaria sobre el valor que precisamente pueden atesorar estas «comunicaciones» —evidentemente, dentro del respeto de la ley— como factor de limitación de la discrecionalidad y de concreción de la proporcionalidad en actuaciones que, como vemos, contemplan márgenes no poco relevantes de apreciación (Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN, «El principio de objetividad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora», *Documentación Administrativa*, 289, 2011). Se trataría de un elemento que complementaría de modo adecuado la reflexión acerca de la fundamentación y los límites de estos márgenes.

Un último elemento a subrayar y que posee también un notable interés susceptible de una reflexión más generalizable es la alegación de las recurrentes relativa a la vulneración de la igualdad, al poner de manifiesto otro caso similar en que sí se accedió a la terminación convencional. La Audiencia Nacional estimó que faltaba un término válido de comparación, criterio que una vez más comparte el Supremo, que detalla en cierta medida el motivo de la diferencia entre ambos casos y que añade el argumento de que no cabe alegar la igualdad en la ilegalidad. A ello también quizás hubiera sido conveniente acompañar, igual que antes de modo complementario a la apreciación de la discrecionalidad, el argumento de que a la hora de apreciar la posible terminación convencional cabe tener muy presente que cada expediente sancionador presenta sus propias especificidades, como literalmente indica la Comunicación de 2011 en su apartado 17.

También es rechazada la alegación genérica de vulneración de los principios de buena fe y confianza legítima, aspecto que conduce a la motivación de la decisión y a la invocación del texto de la Comunicación de 2011, puntos ya comentados.

Así pues, estamos ante una sentencia que nos permite comprobar la relevancia de los desarrollos del Derecho sancionador en el ámbito de la defensa de la competencia. Desarrollos que hacen posible una reflexión cada vez más cabal sobre el sentido del ejercicio de la potestad sancionadora, sobre la relevancia de los márgenes de decisión en estos ámbitos y sobre su vinculación con la eficaz protección de los intereses involucrados. Una reflexión que demanda seguir profundizando en otros elementos de este conjunto de ideas y que promete interesantes derivaciones en otros ámbitos (FR y TF).

II. ANULACIÓN DE UNA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR LA REALIZACIÓN DEFECTUOSA DEL TRÁMITE DE INFORMACIÓN PÚBLICA Y LEGITIMACIÓN ACTIVA EN VÍA DE RECURSO ADMINISTRATIVO

La participación pública en la Administración Pública ha resurgido en los últimos años revitalizando algunos preceptos constitucionales que han permanecido latentes durante varias décadas (en especial, art. 9.2 CE). Incluso, la participación pública ha sido considerada como uno de los elementos principales del denominado derecho a una buena administración. Concretamente, el trámite de información pública ha sido destacado como uno de los mecanismos principales para articular la participación pública en los procedimientos administrativos. No es de extrañar, pues, que la jurisprudencia deba ser más exigente en la correcta realización de dicho trámite y en la determinación de sus efectos jurídicos acarreando la nulidad y, en su caso, la anulabilidad del acto administrativo. De esta manera, se cuestiona una línea jurisprudencial, cada vez más debilitada, que, en virtud del principio de economía procesal, se ha caracterizado por negar efectos invalidantes a la omisión o la defectuosa realización del trámite de información pública.

Sobre estos dos aspectos de la información pública se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administrativa, Sección 5.ª, recurso de casación 2686/2013) de 10 de junio de 2015 que declara no haber lugar al recurso de casación presentado por la sociedad mercantil titular de una autorización ambiental contra la sentencia del TSJ de Catalunya de 17 de mayo de 2013 que anuló dicha autorización relativa a una actividad extractiva y su posterior restauración con un depósito controlado y una planta de reciclaje de residuos inertes. También ambas sentencias examinan la noción de interesado considerando que los vecinos que interpusieron el recurso contencioso-administrativo reunían dicha condición y, por tanto, la resolución de la Generalitat de Catalunya que inadmitió el recurso de reposición de los recurrentes por falta de legitimación no fue ajustada a Derecho. A continuación, examinamos la argumentación de esta sentencia del Tribunal Supremo que confirma la condición de interesados de los vecinos recurrentes y la anulación de la resolución por la defectuosa realización del trámite de información pública.

En relación a la condición de interesados de los vecinos recurrentes, se examinan los supuestos previstos en el artículo 31.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administra-

ciones Públicas y del procedimiento administrativo común: a) los titulares de derechos subjetivos que promuevan el procedimiento o puedan resultar afectados, sin exigirse su personación; y b) los titulares de intereses legítimos individuales o colectivos que promuevan el procedimiento o puedan resultar afectados, exigiéndose su personación. Como hemos dicho, la Generalitat de Catalunya inadmitió el recurso de reposición por falta de legitimación de los recurrentes en base a que ninguno de ellos había promovido el procedimiento administrativo ni se había personado en el mismo, sin que hubiera quedado acreditado que ostentasen un derecho que pudiera resultar afectado. También el recurso de casación de la sociedad mercantil reiteró dicha argumentación, recordando, además, que no existe una acción popular ambiental. Pues bien, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del TSJ de Catalunya al considerar que los vecinos recurrentes, por razón de su proximidad (incluso, uno de ellos tiene una finca contigua), son susceptibles de resultar afectados (por posibles inmisiones e impactos de la actividad extractiva, del depósito controlado y de la planta de reciclaje) en sus derechos como propietarios de fincas vecinas y/o como ocupantes de algunas de las casas donde tienen fijado su domicilio. Vemos, pues, que se flexibiliza la acreditación del requisito de afectación a un derecho (de igual manera, procedería respecto a un interés legítimo) en base a acreditar tan sólo el riesgo de la actividad autorizada y la proximidad de las fincas o viviendas de los recurrentes.

Y sobre la cuestión principal (la defectuosa realización del trámite de información pública), se analiza una práctica administrativa consistente en publicar el anuncio de información pública pero omitiendo en el mismo algunos aspectos significativos. En este caso, se hace referencia al proyecto presentado para su autorización, sin mención alguna del estudio de impacto ambiental. Tanto la Generalitat como la sociedad mercantil alegan que si bien no se había hecho alusión en el anuncio de apertura del trámite de información pública al estudio de impacto ambiental, lo cierto es que éste formaba parte del expediente administrativo y pudo ser consultado.

La STSJ de Catalunya rechaza esta argumentación y declara que se ha vulnerado la legislación ambiental que impone que el citado estudio se someta al trámite de información pública (artículos 14 y 16 de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la Intervención Integral de la Administración Ambiental, y artículos 7 y 9 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos). Destacamos que dicha vulneración procedimental se considera suficiente para estimar el

recurso contencioso-administrativo y anular la autorización. Ello es relevante porque se desestiman los motivos de impugnación referentes a vulneraciones materiales de la legislación ambiental. Vemos, pues, que no se sigue el principio de economía procesal de creación jurisprudencial que se ha venido empleando en no pocas ocasiones y que devalúa los efectos jurídicos de las vulneraciones procedimentales. Ahora bien, falta un análisis sobre los efectos jurídicos invalidantes de la defectuosa realización de la información pública, especificando si se trata de una causa de nulidad o anulabilidad.

El TS confirma dicha vulneración de la legislación ambiental por la defectuosa realización de la información pública y rechaza el correspondiente motivo de casación. Si bien se adentra sobre los efectos jurídicos invalidantes, lo hace de forma muy sintética, confusa y contradictoria. Por un lado, parece apuntar a la causa de nulidad del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 (prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido) cuando afirma que se omitió el trámite de información pública, faltando un trámite esencial. Pero luego afirma, con cita del artículo 63.2, relativo a las causas de anulabilidad, que la resolución está incurso en un defecto formal que impide al acto alcanzar su fin y que, además, produce la indefensión de los interesados.

Si se considera que se trata de una causa de nulidad, no se deben acreditar los requisitos de la anulabilidad sobre la imposibilidad de alcanzar el fin del acto o la indefensión de los interesados. Tal como ha interpretado la jurisprudencia, la causa de nulidad del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 no se tiene que interpretar como ausencia total de procedimiento, puesto que reduciría prácticamente a nada su aplicabilidad, sino que se produce cuando hay la omisión de trámites esenciales del procedimiento y esta omisión es clara, manifiesta y ostensible. Hubiera sido deseable que la sentencia hubiese sacado las consecuencias correspondientes de calificar la información pública como un trámite esencial a los efectos de declarar si se incurría en una causa de nulidad. En especial, debió analizar si dicha omisión era clara, manifiesta y ostensible en los casos de defectos en los anuncios de información pública.

En este sentido, debemos recordar que buena parte de la jurisprudencia califica la información pública como un trámite esencial a tenor de su carácter preceptivo en muchas leyes sectoriales y de su fundamento constitucional al ser uno de los mecanismos principales de la participación pública. En particular, en la materia objeto de la sentencia comentada, la STC 13/1998, de 22 de enero (Pleno), destacó que una de las finalidades principales de la normativa de evaluación de impacto ambiental es garantizar la participación de los ciudadanos respecto a

aquellas actividades que tienen una mayor incidencia en el medio ambiente, calificando el trámite de información pública de elemento esencial. Además, la jurisprudencia del TS ha adoptado un criterio riguroso al considerar la omisión del trámite de información pública no sólo cuando se ha producido una omisión absoluta, sino también una omisión parcial. Aquí cabe desde el supuesto clásico de no reiterarlo en los casos de modificaciones sustanciales posteriores a otros casos más recientes como, por ejemplo, efectuarlo sólo respecto a unas autorizaciones en los casos de concurrencia de diversas autorizaciones o no describir correctamente la actividad a autorizar omitiendo algunos aspectos básicos como, en este caso, la evaluación de impacto ambiental.

Un impulso para elevar la importancia de estas vulneraciones procedimentales proviene del Derecho internacional, a cuyos efectos resulta de interés, por ejemplo, la resolución de la Reunión de las Partes del Convenio de Aarhus de 13 de junio de 2008 (ECE/MP.PP/2008/5/Add.6) que confirma la resolución del Comité de Cumplimiento (ACCC/C/2006/16) de que la falta de una descripción adecuada y clara de la actividad a autorizar durante el trámite de información pública comporta una violación de los apartados segundo y tercero del artículo 6.3 de dicho Convenio. Estos preceptos exigen que se debe informar al público de forma adecuada, clara y efectiva de las solicitudes de autorizaciones de determinadas actividades que afectan al medio ambiente. En este caso concreto, el anuncio de información pública se refería a las «posibilidades de desarrollo de la gestión de residuos en la región de Vilnius», mientras la tramitación era para «un importante vertedero para ser establecido en esta zona». En fin, una muestra más de cómo el Derecho internacional incide, de forma muy significativa, en el derecho administrativo interno, en este caso, para otorgar una mayor relevancia a las vulneraciones procedimentales, en particular las referidas a la participación pública (AP).

III. CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA FIJACIÓN DE LOS VALORES LÍMITES DE EMISIÓN MEDIANTE AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS

La discrecionalidad administrativa rige las autorizaciones administrativas de determinadas actividades para preservar importantes intereses públicos y colectivos, como sucede, por ejemplo, con las autorizaciones ambientales integradas que son objeto de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

Uno de los aspectos más relevantes de estas autorizaciones es que deben especificar los valores límites de emisión, o sea, los valores que no deben superarse en la expulsión a la atmósfera, al agua o al suelo de sustancias, vibraciones, calor o ruido procedentes de forma directa o indirecta de fuentes puntuales o difusas de la instalación. Estas autorizaciones plantean dos cuestiones centrales, como son el correcto ejercicio de esta discrecionalidad administrativa y el alcance de su control judicial. Sobre ello se pronuncian las dos sentencias del TS que comentamos. En un caso se anula la autorización por fijar unos valores límites de emisión demasiado permisivos al considerar insuficiente su justificación y, por el contrario, en el otro caso se declara ajustada a Derecho una autorización que fijaba unos valores límites de emisión más permisivos al entender adecuada su justificación.

El primer supuesto se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administrativa, Sección 5.^a, recurso de casación 3100/2013) de 29 de junio de 2015 que declara no haber lugar a los recursos de casación presentados por la sociedad mercantil titular de una autorización ambiental y la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra la sentencia del TSJ de Castilla y León de 26 de julio de 2013. Esta última sentencia anuló la autorización ambiental para una instalación de fabricación de *clinker* y cemento, la cual permitía el uso de determinados residuos como combustible, y también anuló la posterior autorización de inicio de actividad. El motivo de la anulación fue que la autorización fijó, sin la adecuada justificación, el valor límite de emisión de SO₂ en 1.200 mg/m³ en lugar de 50 mg/m³, que es el previsto, de forma general, por el Real Decreto 653/2003, de 30 de mayo, sobre incineración de residuos. Según el apartado 1.4 del anexo II de este Real Decreto, la autoridad competente podrá autorizar exenciones del valor límite de emisión de 50 mg/m³ de SO₂ para las instalaciones de coincineración de residuos sin que se exija expresamente ninguna justificación. Esta exención es aplicable a este caso porque se trata de una instalación de coincineración de residuos, que, según dicho Real Decreto, son aquellas que tienen como finalidad principal la producción de energía o productos y utilizan residuos como combustible o para ser tratados térmicamente.

El TS reitera que la aplicación de esta excepción no es automática por el solo hecho de que se trate de instalaciones de coincineración de residuos, sino que es necesaria una justificación que se infiere de dos normativas: la legislación de incineración y coincineración de residuos que prevé dicha exención y la legislación ambiental que regula la autorización ambiental.

Primero, la justificación es una exigencia de la finalidad de la normativa de incineración y co-incineración de residuos de impedir los riesgos para la salud humana y los efectos negativos al medio ambiente derivados de estas actividades. Se enfatiza que estas finalidades deben presidir la toma de decisiones de las Administraciones Públicas y deben servir de motivación de sus decisiones. Ante ello se alegan dos únicas razones para autorizar un diferente valor límite de emisión consistentes en que la materia prima básica (la caliza) tiene un alto contenido en azufre y que existían unos acuerdos voluntarios, en los que parece sostenerse la posibilidad, en determinadas circunstancias, de superar los límites de emisión normativamente establecidos. El TS considera insuficientes estas razones para justificar la decisión adoptada por la Administración, dado que ninguna de ellas guarda relación alguna con la finalidad de control y mejora de la calidad ambiental que se encuentra en la base de este tipo de autorizaciones. Además, considera que debieran haberse explicado las razones para fijar tal alto nivel de emisiones (supera en 24 veces el fijado por la norma) en un municipio con un problema de calidad del aire que comportó la aprobación de un Plan de Actuación para la Mejora de la Calidad del Aire para hacer frente a la vulneración de los umbrales de SO₂ determinados por el Real Decreto 1073/2002, de 18 de octubre, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire.

Y segundo, la justificación de la exención también deriva del contenido de la autorización ambiental establecido en el artículo 7 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación. Según este precepto, la autorización ambiental debe fijar los valores límite de emisión de forma discrecional en base, entre otros, a los siguientes criterios: las características técnicas de las instalaciones, su implantación geográfica y las condiciones locales del medio ambiente, la naturaleza de las emisiones y su potencial traslado de un medio a otro, o la incidencia de las emisiones en la salud humana potencialmente afectada y en las condiciones generales de la sanidad.

Finalmente, concluye que la declaración de nulidad de esta primera resolución impugnada «arrastra» consigo la nulidad de los actos posteriores, ello con independencia de si los mismos han incurrido o no en vicios propios.

Y la segunda sentencia que comentamos es la del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administrativa, Sección 5.^a, recurso de casación 3792/2013) de 7 de julio de 2015 que declara no haber lugar al recurso de casación presentado por la Fundación Océana contra la sentencia del TSJ de Catalunya de 2 de septiembre de 2013. Esta sentencia estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto

por dicha Fundación contra dos autorizaciones ambientales en tanto que debieron incluir en su condicionado la prohibición de vertidos de mercurio en el año 2020. Pero desestimó el resto de pretensiones, en concreto la mantenida en casación de que se deben prohibir, antes de esta fecha, las emisiones de mercurio porque entre las mejores técnicas disponibles (MTD) no se encuentra la que utiliza la tecnología que utiliza el mercurio, sino otras distintas.

El TS rechaza este motivo de casación por los dos siguientes motivos. Primero, las MTD no son una obligación jurídica, propiamente dicha, para el titular de la instalación que determinen de forma directa y única los VLE. Y segundo, las MTD constituyen un elemento indispensable para la concreción individualizada de los VLE, pero en modo alguno el único que la Administración deba considerar. Tal como ya hemos visto en el caso anterior, se recuerdan otros criterios como, entre otros, las características técnicas de la propia instalación, el lugar exacto en el que esa instalación está ubicada y las condiciones ambientales que tenga ese concreto emplazamiento. Ello sin perjuicio de que las MTD comporten la revisión de la autorización ambiental en un plazo de cuatro años desde la publicación de las MTD, si bien se tendrá que tener en cuenta el conjunto de criterios previstos legalmente para fijar los VLE (AP).

IV. LÍMITES AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REVISIÓN DE OFICIO POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 106 DE LA LEY 30/1992. NULIDAD DE SUBVENCIONES PERO IMPOSIBILIDAD DE EXIGIR LA DEVOLUCIÓN DE LA CANTIDAD ABONADA.

La Junta de Andalucía ha llevado a cabo una intensa labor de revisión de sus propias actuaciones en materia de ayudas públicas, actividad que ha derivado en una pluralidad de expedientes de revisión de oficio de ayudas otorgadas, con la consecuente puesta en marcha de expedientes de restitución de las cantidades concedidas.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015, recurso de casación 2223/2014, dictada en un recurso en interés de ley, establece una doctrina destacable sobre los límites al ejercicio de la potestad de revisión de oficio de las subvenciones, diferenciando entre la nulidad de los acuerdos subvencionales y la facultad posterior de exigir la devolución de las cantidades otorgadas.

En el caso enjuiciado, la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Junta de Andalucía concedió y abonó una determinada

ayuda en el año 2004. Posteriormente, el 17 de julio de 2012, se declaró la nulidad radical de la ayuda concedida y se ordenó la devolución de la cantidad recibida.

Impugnado este acuerdo, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, estimó en parte el recurso y, si bien mantuvo la nulidad del acuerdo subvencional, afirma que, por aplicación del artículo 106 de la Ley 30/1992, no procedía exigir la devolución de lo entregado.

En su sentencia, el Tribunal Superior de Justicia recuerda en primer lugar cuál es el sentido del artículo 106 de la Ley 30/1992 como límite a la revisión de oficio. En este punto afirma que «dicho precepto no es una norma interpretativa para restringir la apreciación de las causas de nulidad, sino una norma conectada con las causas de nulidad y sus efectos que no ignora la existencia de esos efectos, sino que pretende atemperarlos, de ahí la referencia a la ponderación de circunstancias concretas y a estándares abstractos como la buena fe o la equidad, típicos de un sistema que atempera las consecuencias rigurosas en la aplicación de la ley cuando concurren motivos suficientes».

Lo relevante es que este precepto se aplica no para limitar la declaración de nulidad radical del acto revisado, sino para limitar los efectos de dicha declaración de nulidad, esto es, la segunda parte del acuerdo revisado que acordaba la devolución de la cantidad abonada.

La Junta de Andalucía impugnó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia mediante un recurso en interés de ley. Para la Junta de Andalucía, debió tenerse en cuenta que el plazo para exigir la devolución de lo indebidamente concedido se inicia al ponerse en marcha el procedimiento de revisión de oficio, según lo que establece el artículo 36.4 de la Ley 38/2003, de subvenciones, por lo que el acuerdo por el que se exigió devolver lo indebidamente cobrado se adoptó dentro del plazo legal establecido.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación ya que entiende que la sentencia impugnada no se pronunció, como sostiene la entidad recurrente, sobre lo establecido en la Ley de subvenciones, sino sobre el alcance del artículo 106 de la Ley 30/1992. La sentencia de instancia, dice el Tribunal Supremo, atempera la nulidad y, en este caso, el ejercicio de la acción de recuperación de las cantidades abonadas en base al acto declarado nulo. Así, concluye el Tribunal Supremo que «con mayor o menor acierto la Sala de instancia ha entendido que el tiempo transcurrido desde que se otorgó la subvención, que supera con creces el de prescripción de cuatro años previsto en la Ley General de Subvenciones para su reclamación, constituye precisamente en

el caso de autos una de tales circunstancias que fuerzan a atemperar por razones de seguridad jurídica la nulidad declarada, anulando sus efectos restitutorios».

De este modo se permite mantener la nulidad del acuerdo subvencional, pero aplicando el artículo 106 de la Ley 30/1992 se pone límite a los efectos de la declaración de nulidad del acto revisado de oficio, en concreto a la exigencia de devolución de lo indebidamente pagado.

Esta doctrina del Tribunal Supremo permitirá, sin duda, resolver otros muchos casos similares que se han producido en la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuando la entidad subvencionada se oponga a la exigencia de devolución de la cantidad recibida a través de un procedimiento que se reconoce permite declarar la nulidad del acuerdo subvencional. Así, por ejemplo, puede verse la reciente sentencia del mismo Tribunal Superior de Justicia de 30 septiembre 2015 (JT).