

II. NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÁS FONT I LLOVET
ALFREDO GALÁN GALÁN
ORIOI MIR PUIGPELAT
ALEXANDRE PEÑALVER I CABRÉ
JOAQUÍN TORNOS MAS

Universidad de Barcelona

I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR INFRACCIÓN DE DERECHO COMUNITARIO. CAMBIO DE CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. *Los antecedentes*

La jurisprudencia comunitaria, con el fin de garantizar la primacía del Derecho comunitario, impuso el principio de la responsabilidad de los Estados miembros en los casos de daños derivados de la no transposición de las Directivas, o de su incorrecta transposición, así como también en los casos de infracción del Derecho comunitario. La conocida sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1991, *Francoovich y Bonifaci*, marcó el inicio de esta línea jurisprudencial.

La justicia comunitaria se encargó de precisar que la obligación de los Estados miembros de reparar los daños causados por la violación del Derecho comunitario alcanzaba también a los supuestos en los que el incumplimiento reprochado fuera atribuido al legislador nacional. En cuanto al procedimiento, el Tribunal europeo estableció que corresponde al ordenamiento de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar el procedimiento a seguir, con la única, pero trascendente, condición de que el procedimiento no fuera menos favorable que el existente en los supuestos de procesos internos semejantes (principio de equivalencia).

Con estas premisas, el Tribunal Supremo español había conocido de dos supuestos de reclamación de responsabilidad del Estado legislador por incumplimiento del Derecho comunitario que fueron desestimados, estableciendo un criterio diferente y más restrictivo respecto al utilizado en los supuestos de responsabilidad del Estado legislador por inconstitucionalidad de una ley. Como es conocido, en el caso de las acciones de responsabilidad por ley declarada inconstitucional el Tribunal Supremo ha mantenido que la acción se inicia a partir de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley y que puede ejercerla todo aquel que haya sufrido una lesión, aun en el caso en que hubiera consentido el acto de aplicación de la ley. Esta doctrina

se ha confirmado recientemente en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 de junio de 2010, comentada en esta misma sección.

En el caso de la infracción del Derecho comunitario, las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 entendieron que para poder reconocer la responsabilidad del Estado legislador los actos administrativos no deberían haber sido consentidos por los obligados tributarios, debiendo haber planteado su disconformidad con el Derecho comunitario. La razón del trato diferente se basaba en el hecho de que en estos supuestos el administrado podía haber impugnado el acto lesivo alegando que la ley interna era contraria al Derecho comunitario, y por tanto inaplicable, lo que no podía hacer si el acto se dictaba en aplicación de una ley que se oponía a la Constitución. Al no haber actuado así se entendía que el daño era soportable y que no había lesión.

2. *El caso concreto que origina el cambio de criterio jurisprudencial*

Una determinada empresa practicó las liquidaciones del IVA correspondientes a los ejercicios 1999 y 2000 de acuerdo con la Ley 37/1992, de 28 de diciembre. Por sentencia del TJCE de 6 de octubre de 2005, asunto C-204/03, el TJCE declaró que parte de la citada Ley era incompatible con determinados preceptos de la Directiva 77/388/CEE, de 17 de mayo, sexta Directiva en materia de IVA. La empresa en cuestión formuló reclamación de responsabilidad ante el Consejo de Ministros por las cantidades que entendía no debía haber abonado, reclamación que fue desestimada sobre la base de las sentencias antes citadas de 2004 y 2005 del Tribunal Supremo. Esta resolución fue impugnada ante el Tribunal Supremo, solicitando que se planteara ante el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial relativa a la interpretación y alcance del principio de equivalencia, ya que se entendía que las sentencias del Tribunal Supremo no respetaban dicho principio.

El Tribunal Supremo planteó esta singular cuestión prejudicial, singular en la medida en que no pretendía la interpretación de una disposición comunitaria, sino de un principio creado por la jurisprudencia comunitaria. La Sala, mediante auto de 1 de febrero de 2008, planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión: «¿Resulta contrario a los principios de equivalencia y efectividad la aplicación de distinta doctrina por el Tribunal Supremo del Reino de España en las Sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005 a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando se funden en actos administrativos dictados en aplicación de una ley declarada inconstitucional, de aquellos que se funden en aplicaciones de una norma declarada contraria al Derecho Comunitario?».

El Tribunal europeo, en la sentencia de 26 de enero de 2010, tras exponer el contenido del «principio de equivalencia», entra a examinar el caso de acuerdo con la jurisprudencia española y destaca lo siguiente: «si Transportes Urbanos hubiera podido fundamentar su reclamación de responsabilidad pa-

trimonial en una sentencia del Tribunal Constitucional que declarara la nulidad de la misma ley por infringir la Constitución, esta reclamación habría sido estimada, con independencia de que dicha sociedad no hubiera solicitado la rectificación de dichas autoliquidaciones antes de que expiraran los plazos para hacerlo..., en el contexto particular que ha dado origen al litigio principal tal como se describe en el auto de remisión, la única diferencia existente entre las dos reclamaciones mencionadas en el apartado 35 de la presente sentencia consiste en que las infracciones jurídicas en las que se basan han sido declaradas, en un caso, por el Tribunal de Justicia mediante una sentencia dictada con arreglo al artículo 226 CE y, en otro, por una sentencia del Tribunal Constitucional».

La conclusión final a la que llega es: *«procede responder a la cuestión planteada que el Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia dictada con arreglo al artículo 226 CE sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente».*

3. *La decisión del Tribunal Supremo. Sentencias de 17 de septiembre de 2010, Rec. 153/2007 y 149/2007, Ponente Sr. Lesmes Serrano**

A la vista de esta decisión de la cuestión prejudicial planteada, el Tribunal Supremo lleva a cabo unas interesantes consideraciones sobre su posición ante la misma, y analiza en qué medida la decisión del Tribunal comunitario le obliga a rectificar su propia doctrina (Fundamento Noveno). El Tribunal afirma que *«la cuestión prejudicial, y la sentencia que la responde, [son] el instrumento procesal idóneo para conseguir una interpretación y una aplicación uniforme de las normas comunitarias por parte de los tribunales nacionales, a los que corresponde, como jueces comunitarios, la aplicación en los correspondientes procesos del ordenamiento jurídico comunitario, y esa interpretación y aplicación uniforme sólo podrá conseguirse proporcionando a las sentencias del Tribunal de Justicia el carácter de vinculantes pues de otro modo esa finalidad esencial del mecanismo prejudicial quedaría frustrada».*

El Tribunal Supremo añade que debe reconocer la «autoridad de cosa interpretada» respecto de las sentencias del TJCE, y que en este caso la sentencia de 26 de enero de 2010 del TJCE no ofrece duda: la doctrina de este

* Existen otras muchas sentencias posteriores análogas a las citadas de fechas 25 de noviembre, 3, 10, 17 y 23 de diciembre. Sobre la sentencia que comentamos puede verse el trabajo de J. R. RODRÍGUEZ CARBAJO, «La rectificación por el Tribunal Supremo de su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las leyes internas que infringen el Derecho comunitario», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, enero 2011.

Tribunal Supremo, resumida en el Fundamento Sexto, sobre la responsabilidad del Estado legislador en los casos de vulneración de la Constitución debe aplicarse, por el principio de equivalencia, a los casos de responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho comunitario. La conclusión final es que debe rectificarse la doctrina sentada en las sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005, que entendieron que la no impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de la responsabilidad patrimonial, ruptura que no se admite en los casos de actos de aplicación de leyes inconstitucionales, casos en los que no es preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales para el ejercicio de la acción de responsabilidad.

La consecuencia de todo ello es que el principio de equivalencia se traduce en la aplicación de la jurisprudencia más favorable a los administrados en lo relativo a los requisitos procesales de admisión de la acción de responsabilidad, cuando se trata de acciones de responsabilidad del Estado legislador, equiparando los supuestos en que se trate de un supuesto de una ley declarada inconstitucional o de una ley contraria al Derecho comunitario. No se trata de que los principios comunitarios impongan nuestro sistema jurisprudencial de reconocimiento de responsabilidad derivada de la inconstitucionalidad de las leyes. Lo que ocurre es que el principio de equivalencia nos obliga a extender este sistema interno a los supuestos de responsabilidad derivados por leyes contrarias al Derecho comunitario. La equiparación oculta, no obstante, una diferencia importante. Cuando la inconstitucionalidad la declara el Tribunal Constitucional, éste puede modular los efectos de su sentencia, dictando una sentencia prospectiva. No ocurre lo mismo cuando se trata de una incompatibilidad con el Derecho europeo acordada por el Tribunal de Justicia europeo (JT).

II. LA REVISIÓN DE OFICIO DE ACUERDOS MUNICIPALES POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA Y LA AUTONOMÍA LOCAL

En recurso de casación en interés de ley, la STS de 29 de septiembre de 2010 se pronuncia sobre un aspecto específico del régimen jurídico aplicable a los acuerdos municipales que tiene indudable interés para delimitar el alcance real de la autonomía local. Se trata de resolver la cuestión, planteada por el Ayuntamiento malagueño de Gaucín, de si «en los supuestos establecidos en los artículos 65 y 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, las Comunidades Autónomas no pueden impugnar los actos y acuerdos en que se den las circunstancias en ellos previstas mediante la solicitud de revisión de oficio de aquellos y la posterior impugnación contencioso-administrativa contra la inadmisión o desestimación de tal solicitud, debiendo someterse la impugnación de aquellos actos y acuerdos, en todo caso, a las formas y plazos establecidos en los preceptos de la citada Ley».

La sentencia de instancia da por buena la revisión de oficio instada por la Comunidad Autónoma una vez transcurridos los plazos previstos en la LRBRL para la impugnación de los acuerdos locales. En el recurso de revisión, el Ayuntamiento señala que la sentencia es gravemente dañosa para el interés general por llegar a la conclusión, al interpretar los preceptos citados, de que los ayuntamientos están sometidos a un control jurídico de sus actos y acuerdos, por parte de las Comunidades Autónomas, al margen del establecido —con carácter básico— en las normas que regulan la forma de control por parte de éstas (cuales son los citados arts. 65 y 66 de la LRBRL); se señala que los estrictos plazos previstos en ellos para el requerimiento o impugnación quedan desvirtuados por la aplicación de otras normas distintas —el art. 102 de la LRJPAC— de las que contienen la expresada regulación básica, quedando las Administraciones locales sometidas injustificadamente a otros controles que resultarían incompatibles con la autonomía local constitucionalmente garantizada por el artículo 137 CE y la propia LRBRL.

Consecuencia de lo anterior, el Ayuntamiento entiende que la sentencia es errónea ya que de este modo se permitiría que la Comunidad Autónoma pudiera optar libremente entre impugnar los actos y acuerdos locales en la forma y plazos establecidos en los artículos 65 y 66 de la LRBRL, o bien solicitar la nulidad de los mismos, sin límite de tiempo, con la posterior vía contencioso-administrativa, en los plazos establecidos en la LJCA.

Como se ha visto en el planteamiento municipal, la cuestión afecta al tradicional concepto del régimen de controles sobre los acuerdos locales, uno de los elementos determinantes —junto al contenido competencial material— del alcance objetivo de la autonomía local. Y, tal como lo presenta el Ayuntamiento recurrente, también incide, más en concreto, en la posición constitucional de la Ley de bases de régimen local: esto es, en su carácter, o no, de norma específica funcionalmente dirigida a la garantía de la autonomía local, y por ello no vulnerable, por razón de su específica función, por la legislación ordinaria, ya sea del Estado, ya sea autonómica.

Existe ya una abundante jurisprudencia que declara que el procedimiento de impugnación de acuerdos de las corporaciones locales por la Administración del Estado o las Comunidades Autónomas debe ser interpretado restrictivamente, por implicar una limitación de la autonomía local en aras de facultades de tutela reconocidas a las Administraciones territoriales de ámbito superior (SSTS de 2 de enero de 2002, 26 de septiembre de 2007, etc.). Pero ello podría quedar parcialmente desvirtuado, entiende el Ayuntamiento, si se permitiera la libre opción a la Comunidad Autónoma de prescindir de esta vía y acudir a la revisión de oficio.

La STS de 29 de septiembre de 2010 que comentamos resuelve la cuestión a partir de la interpretación del artículo 102 LRJPAC, para descifrar si la Comunidad Autónoma puede reunir la condición de interesada a efectos de solicitar del Ayuntamiento la revisión de oficio de sus acuerdos.

La sentencia admite que, en principio, ella no encajaría en el concepto de interesado que establece el artículo 31 de la misma Ley, ya que dicho precepto dibuja un concepto de interesado como portador de derechos e intereses le-

gítimos, pero no de potestades administrativas, como ocurriría —en este caso— con la Administración autonómica. Ahora bien, el Tribunal continúa adelante señalando que tal circunstancia no implica que el concepto de interesado pueda resultar alterado por el hecho de que quien ocupe dicha posición sea una Administración pública investida, sin duda, de potestades administrativas.

Ciertamente, dice la sentencia, el legislador ha contemplado en el artículo 31 de la LRJPAC —dentro del Título III: «De los interesados»— la situación de una clásica relación administrativa en la que un particular (persona física o jurídica) mantiene un vínculo basado en derechos o intereses con una Administración pública en el marco de un procedimiento administrativo. En cambio, frente a ello, sigue la sentencia, el propio legislador, en el Título Primero: «De las Administraciones Públicas y sus relaciones», se ocupa no de las relaciones bilaterales con los particulares, sino de las relaciones interadministrativas a distintos niveles, y en particular de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas con las entidades que integran la Administración local; relaciones de las que, en concreto, se ocupa el artículo 9 de la LRJPAC, para señalar que las mismas «se regirán por la legislación básica en materia de Régimen Local, aplicándose supletoriamente lo dispuesto en este Título» (el Tribunal subraya lo de este Título, y no el siguiente). Esto es, el precepto contiene una remisión a los artículos 55 a 66 de la LRBRL. Tal régimen de relaciones —al margen del supuesto previsto en el artículo 67 de la LRBRL— permite la impugnación de los actos de las Administraciones que integran la Administración local cuando infrinjan el ordenamiento jurídico (bien mediante requerimiento previo, bien directamente en vía jurisdiccional contencioso-administrativa), de conformidad con el citado artículo 65, así como cuando los mismos actos administrativos menoscaben las competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, de conformidad con el siguiente artículo 66 de la LRBRL.

La argumentación seguida hasta aquí parecería indicar que el Tribunal Supremo remite a la LRBRL la determinación de la posición jurídica de las Administraciones local y autonómica en sus recíprocas relaciones, y que los interesados que pueden instar la revisión de oficio de los acuerdos locales son únicamente los particulares.

No obstante, llegados a este punto, el razonamiento de la sentencia da un giro para incorporar a la legislación procesal en su línea argumental. Ésta, señala, arranca del artículo 46.6 de la LJCA, que se refiere a los plazos para la interposición del recurso contencioso-administrativo en los conflictos interadministrativos. Este precepto, continúa el Tribunal Supremo, se remite, a su vez, a los tres primeros números del artículo 44 de la misma Ley, pero no al cuarto, en el que se señala que «queda a salvo lo dispuesto sobre esta materia en la legislación de régimen local», que es, justamente, la que acabamos de citar. De ello se seguiría, según la sentencia, que el legislador ha excluido en este tipo de conflictos los recursos administrativos, pero no la solicitud de revisión de oficio, como podía haber hecho, de una forma expresa.

Ciertamente, ésta es una conclusión posible, pero siempre en el ámbito de aplicación de estos tres apartados del artículo 44.1 LJCA, referidos a las relaciones interadministrativas; y el propio Tribunal insiste en que, según el artículo 44.4, queda a salvo lo dispuesto en esta materia por la legislación de régimen local. En buena lógica debe entenderse, según la argumentación iniciada por la sentencia, que de lo que queda a salvo lo dispuesto en la legislación local es de esa no exclusión de la solicitud de revisión de oficio. El Tribunal Supremo, no obstante, llega a la conclusión contraria.

Como argumento a mayor abundamiento, el Tribunal regresa a la interpretación de la LRJPAC, para destacar que el propio legislador ha excluido en el artículo 102.2 de la LRJPAC la posibilidad de que los particulares puedan instar la revisión de oficio de las disposiciones administrativas. Y, en cambio, no ha excluido expresamente a las Administraciones públicas respecto de los actos administrativos. Y subraya: de modo que tal revisión de oficio puede iniciarse «por iniciativa propia o a solicitud de interesado», sin que entre los interesados se excluya a las otras Administraciones. Por ello, dice, la Administración autonómica está legitimada en los dos apartados del artículo 102 (actos administrativos y disposiciones generales) y, concluye el Tribunal, «puede instar, como interesada, de las Administraciones que integran la Administración Local, el inicio del procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos y —con exclusividad— de las disposiciones generales».

Como puede verse, esta conclusión contiene dos aspectos. El primero, entender que la Administración autonómica está legitimada, como interesada, para instar la revisión de oficio de los actos administrativos locales. Precisamente hemos vuelto al punto de partida, a la pregunta de si el concepto de interesado de este precepto incluye a las CC.AA. en relación a las Administraciones locales. Toda la anterior argumentación referida a los artículos 31 y 9 de la propia LRJPAC, que se movía en una dirección contraria, no sirve para fundamentar esta tautológica conclusión. Ni tampoco el camino recorrido a través de las disposiciones de la LJCA referidas a los conflictos interadministrativos conduce, como hemos visto, a esta conclusión.

En cualquier caso, aun admitiendo la conclusión a que llega el TS, hay que entender que la CA sólo podrá instar la revisión de oficio del acuerdo local cuando ostente la estricta condición de interesada en el sentido de titular de un derecho o interés legítimo. Ello excluiría, por tanto, una legitimación por el simple interés de la legalidad, basado en la mera infracción del ordenamiento jurídico y sin afectación alguna a derecho o interés legítimo propio de la Comunidad Autónoma. Para ello debería usarse estrictamente la vía prevista en el artículo 65 de la LRBRL.

El segundo aspecto de la conclusión indicada es el entendimiento por el TS de que la Administración autonómica puede con exclusividad instar de las entidades locales la revisión de oficio de las disposiciones generales. Extremo, por cierto, sobre el que no era necesario efectuar ningún pronunciamiento, puesto que el supuesto de hecho que fundamentaba el recurso era la revisión de oficio de una licencia de edificación. Tal conclusión no parece fácil de encajar en los propios argumentos de la sentencia ni en la interpreta-

ción del artículo 102.2 LRJPAC. Lo que parece menos discutible, aunque no es todavía pacífico del todo, es que los particulares, aun siendo interesados, no están legitimados para instar tal revisión de disposiciones generales. Pero no es tan claro que estén legitimadas las CC.AA. Como se ha visto, la sentencia les admite la legitimación para instar la revisión de actos locales sobre la base de incluirlas, aunque sea tautológicamente, en el concepto de interesado. Pero resulta que, ahora, en el artículo 102.2, y así lo remarca la sentencia, se ha excluido precisamente a esos interesados. Por lo que debería sustentarse en otra argumentación. Y el artículo 102.2 se refiere claramente a que la revisión de disposiciones generales será «de oficio», sin referencia, como en el artículo 102.1, a la instancia de otro sujeto distinto, por lo que debe entenderse que se refiere a la propia Administración autora de la disposición.

El Tribunal Supremo finaliza el Fundamento Jurídico a que nos referimos señalando que en el supuesto de autos deben considerarse acertados los razonamientos contenidos en la sentencia de apelación que revisamos en orden a la adecuada utilización por parte de la Junta de Andalucía del procedimiento de revisión de oficio prevenido en el citado artículo 102 de la LRJPAC, posibilidad no vedada por el hecho de no haber interpuesto recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses legalmente previsto en la Ley, ni por el hecho de no haber ejercitado, una vez recibida del Ayuntamiento la comunicación del otorgamiento de las licencias de que se trata, la acción que le otorga el artículo 65.2 de la LRBRL, que le permitía, para el caso de considerar que tales acuerdos infringían el ordenamiento jurídico, efectuar al Ayuntamiento, en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación, un requerimiento para su anulación. Sin disponer de mayores datos parece, no obstante, que a la CA se le admitiría la condición de interesada por el simple interés de la legalidad. Ni que decir tiene que, además, la CA debería alegar vicios de nulidad de pleno derecho, lo que en el caso concreto bien pudiera haber sucedido, por tratarse de una licencia para vivienda en suelo no urbanizable.

Resuelta esta cuestión de la legitimación autonómica para instar la revisión de oficio de los acuerdos locales, resta por determinar si con ello se vulnera la autonomía local. Ello lleva al Tribunal a examinar la doctrina constitucional acerca del canon constitucional de dicho concepto de autonomía local y a la posibilidad de que el mismo venga integrado por lo establecido en la LRBRL, con lo que, en el supuesto de autos, la utilización de lo dispuesto —genéricamente— en la LRJPAC devendría inconstitucional.

El Tribunal Supremo declara que tal interpretación no resulta de recibo. Y para ello se limita a reproducir el Fundamento Jurídico Octavo de la STC 240/2006, de 20 de julio, que resuelve un conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto por la Ciudad Autónoma de Melilla. Como se recordará, en esta sentencia el Tribunal declaró que la doctrina acerca del carácter singular y especial de la LRBRL como eventual canon de constitucionalidad de las leyes no era trasladable a aquel caso, puesto que dicha doctrina se había formulado con ocasión de recursos de inconstitucionalidad y, además, por

motivos competenciales, mientras que ahora se trataba de un conflicto en defensa de la autonomía local; y, por otro lado, tal posible canon lo podría haber sido para analizar la constitucionalidad de leyes autonómicas, mientras que en ese momento se trataba de enjuiciar la constitucionalidad de una ley estatal.

La STC 240/2006 concluye que: «el canon que el Tribunal Constitucional deberá aplicar para resolver los conflictos en defensa de la autonomía local promovidos frente a Leyes estatales se ciñe a los preceptos constitucionales (arts. 137, 140 y 141 CE) que establecen ese “contenido mínimo” que protege la garantía institucional y que hemos considerado definitorios de “los elementos esenciales” o del “núcleo primario” del autogobierno de los entes locales territoriales. También el legislador básico estatal ha de respetar la garantía institucional de la autonomía local (STC 109/1998, de 21 de mayo, F. 2), puesto que los destinatarios del art. 137 CE “son todos los poderes públicos, y más concretamente todos los legisladores” (STC 11/1999, de 11 de febrero, F. 2). Pero la legislación básica sobre régimen local no se integra en el “bloque de la constitucionalidad” ni constituye canon de validez respecto de otras Leyes estatales. Tal como sostiene el Abogado del Estado no puede pretenderse de este Tribunal que enjuicie una norma estatal utilizando como parámetro otra norma estatal (configuradora de la autonomía local constitucionalmente garantizada) pues, lógicamente, si no se ha vulnerado la Constitución debe interpretarse como una nueva opción del legislador».

Sobre esta base, procesalmente tan específica, el Tribunal Supremo señala que «de conformidad con tal doctrina, la interpretación que se realiza del ámbito subjetivo del artículo 102 de la LRJPAC, permitiendo que la Administración autonómica sea considerada como legitimada para instar la revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho llevada a cabo por la Administración local, en modo alguno puede ser considerada como inconstitucional. Se trata, esta, de legislación básica estatal que complementa, con carácter general y supletorio, la LRBRL, en un aspecto concreto al cual, incluso, se remite de forma expresa; por tanto tal regulación, y tal interpretación no pueden ser tachadas de vulneradoras de la autonomía local».

La sentencia, por ser desestimatoria del recurso, no sienta doctrina legal (TF y OM).

III. LA PREVALENCIA DE LOS INTERESES AMBIENTALES EN LA TUTELA CAUTELAR ANTE LA AMPLIACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PORTUARIAS DE INTERÉS GENERAL

Como ya es bien sabido, las medidas cautelares son un elemento imprescindible para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Estas medidas cobran especial relevancia cuando el recurso contencioso-administrativo persigue la protección del medio ambiente (art. 45 CE) al referirse a bienes jurídicos colectivos que precisan una respuesta rápida frente a los posibles daños difíciles o imposibles de reparar que se les pueda ocasionar, por ejemplo, por la construcción de grandes infraestructuras.

Un claro exponente favorable a la tutela cautelar ambiental frente a la ampliación de un puerto de interés general es la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, Ponente Rafael Fernández Valverde) de 21 de octubre de 2010 (recurso de casación 3110/2009). Esta sentencia declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Carreño contra el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2009 que desestimó el recurso de súplica presentado por este municipio contra el anterior auto de 15 de enero de 2009 de la misma Sala por el que se acordó denegar la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la Orden FOM/297/2008, de 1 de febrero, por la que se aprueba la modificación del Plan de Utilización de Espacios Portuarios del Puerto de Gijón-Musel. Y, en consecuencia, anula los citados autos y ordena la medida cautelar de suspensión de la aprobación de la modificación del mencionado Plan relativo al Puerto de Gijón-Musel en lo que afecta al ámbito territorial del municipio de Carreño, el cual comprende 32 hectáreas situadas al este de la ría de Aboño y representa el 15% de la superficie terrestre del ámbito de la modificación del Plan. Dicha modificación implica realizar en el término municipal de Carreño la explanación y taluzado de un monte costero de unos 70 metros de cota (denominado Alto de Aboño) que separa y protege una playa y un núcleo urbano ubicado en las proximidades.

Los autos de la Audiencia Nacional denegaron la suspensión cautelar al entender que no concurren los requisitos para ordenarla. En relación al *periculum in mora*, se sostiene que la no adopción de esta medida cautelar no hace perder la finalidad del recurso (en confrontación de los intereses en juego), pues considera prevalentes («de mayor envergadura») los intereses generales perseguidos por la modificación del Plan alegados por las partes recurridas (Ayuntamiento de Gijón y Autoridad Portuaria de Gijón) frente a los intereses ambientales afectados, puesto que la suspensión impediría la necesaria expansión del puerto para atender el creciente tráfico y evitar su congestión, así como también conllevaría importantes repercusiones al desarrollo no sólo del municipio de Gijón, sino de toda la región. Y sobre el *fumus boni iuris*, se considera que el actor no goza de una apariencia de buen derecho porque la alegada causa de nulidad de falta de evaluación ambiental del Plan no puede ser examinada en sede cautelar, pues implicaría entrar en el fondo a tenor de la resolución de la Secretaría de Estado para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático de 24 de octubre de 2007, que consideró que no era preceptiva dicha evaluación por no tratarse de uno de los planes previstos en el artículo 3.3 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de planes y programas en el medio ambiente.

En cambio, la STS de 21 de octubre de 2010 reexamina los fundamentos de los autos recurridos y otorga la suspensión cautelar del Plan portuario en el ámbito del término municipal de Carreño. Primero de todo, recuerda los requisitos para la adopción de medidas cautelares situando, en primer lugar y en una posición central, el criterio legal de *periculum in mora* con ponderación de los diversos intereses en juego y, en segundo lugar y en una posición subordinada, el criterio jurisprudencial de *fumus boni iuris*. Ahora bien, la

principal aportación de esta sentencia es la consideración de que la imposibilidad de determinar en sede cautelar la exigencia de un requisito o trámite legal relevante (en este caso, la sumisión de un Plan portuario a evaluación ambiental) porque conllevaría realizar un examen pormenorizado de la normativa sectorial ambiental no se puede interpretar negativamente para la adopción de la medida cautelar, sino positivamente para reforzar la importancia del *periculum in mora* y de la ponderación de los diversos intereses en juego. Entonces, la omisión de la evaluación ambiental del citado Plan portuario hace que el requisito de pérdida de finalidad del recurso y ponderación de los diversos intereses en juego se convierta, *de facto*, en el único criterio para otorgar o no la medida cautelar. Aún más, la sentencia sostiene que, sin perjuicio del carácter preceptivo o no de la evaluación ambiental según la normativa ambiental, su no sumisión refuerza los intereses ambientales en el juicio de ponderación a realizar con los otros intereses en juego como son los intereses económicos y de desarrollo territorial de la zona. Así se pronuncia el Fundamento Séptimo:

«Acierta la Sala en cuanto no accede a pronunciarse sobre la legalidad de la decisión adoptada de innecesariedad de evaluación previa (...). Mas, aun siendo ello cierto, sin embargo, tal ausencia de evaluación no es un dato baladí, neutro o irrelevante para decidir sobre la procedencia de la medida cautelar solicitada. Pues es, justamente, la ausencia de tal evaluación —con independencia, ahora, de su exigencia legal— la que nos permite ser más exigentes con la protección medioambiental; esto es, la ausencia de evaluación (que hubiera permitido concretar —y posiblemente minimizar— los daños que pudieran producirse por las obras de desmonte y taluzado de unos terrenos agrícolas), y la duda que la inexistencia de tal técnica de control medioambiental nos deja, es, sin duda, un dato que nos permite, en la confrontación de intereses en conflicto que realizamos, potenciar la importancia de los intereses medioambientales».

Partiendo de esta premisa, el TS considera que procede adoptar la medida cautelar solicitada de suspensión del Plan portuario al concurrir el requisito de pérdida de finalidad legítima del recurso con prevalencia de los intereses ambientales. Primero, constata que no ofrece duda alguna la transformación física, sin posibilidad de retorno, de los terrenos situados en el valle y la ría de Aboño, pues se les asigna un uso portuario de complementario general —aún sin concretar— y el importante volumen de las actuaciones previstas comporta que el material a extraer ascienda, aproximadamente, a 11 millones de metros cúbicos. Segundo, se deja constancia de los importantes intereses ambientales de estos terrenos, que son de naturaleza rural, agraria y ganadera, clasificados por las Normas Subsidiarias de Carreño como suelo no urbanizable de protección de costas, e incluidos dentro del ámbito del Plan

de Ordenación del Litoral Asturiano, según consta en diversos informes de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias y del Ayuntamiento recurrente. Asimismo, se menciona un informe del Defensor del Pueblo alertando de que la decisión de no sujeción a evaluación ambiental no está justificada. Y tercero, se concluye con la prevalencia de estos intereses ambientales al no haber realizado una evaluación ambiental de los importantes impactos en esta zona, tal como concluye el Fundamento Séptimo: «la existencia de tales datos, contrastados y variados, nos mueven de forma irremisible a adoptar la medida cautelar solicitada, al no contar, como elemento de contraste, con una evaluación medioambiental de la zona, la cual, si bien ahora no podemos pronunciarnos sobre su procedencia legal, sí que nos permite valorar de forma prevalente los intereses medioambientales a los que se hace referencia desde distintas perspectivas, y que podían haber sido desvirtuados con la previa realización de la misma; ante tal situación, la irreversibilidad de las obras a realizar nos conduce a tal decisión».

En fin, se puede deducir de la sentencia un principio *in dubio pro natura* en la adopción de medidas cautelares para la protección del medio ambiente cuando se omite la realización de trámites esenciales de la normativa ambiental como es la evaluación ambiental de planes, con independencia de su exigencia legal. A su vez, ello conlleva también una interpretación restrictiva y una especial fundamentación de la no sujeción a dichos trámites (AP).