

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. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL. ABUSO EN EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN Y VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 71.2 LJCA AL SUSTITUIR EL TRIBUNAL DE INSTANCIA A LA ADMINISTRACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE UN PLAN URBANÍSTICO

La sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2011 (Sección 5.ª; recurso núm. 1755/2007) posee interés al anular una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que determinó el contenido sustantivo que debía tener un plan urbanístico y, con ello, constituir un buen ejemplo de aplicación del artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), y de los límites a que se encuentra sometido el control judicial de las potestades discrecionales de la Administración.

En el año 2001, la Comisión de Urbanismo de Barcelona acordó la aprobación definitiva de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana del municipio de Sant Pere de Ribes. En una de las unidades de actuación delimitadas en dicha revisión se establecían cesiones de suelo público que representaban casi el 80% de la superficie total y se permitía, como suelo privado, la construcción de una serie de viviendas y de un equipamiento sanitario asistencial de titularidad privada de 2.400 m² (planta baja más una planta principal). La empresa propietaria de parte de los terrenos de dicha unidad de actuación impugnó los referidos acuerdos de la Comisión de Urbanismo en alzada ante el consejero de Política Territorial y Obras Públicas, quien desestimó el recurso mediante resolución de 26 de febrero de 2004. La entidad interpuso a continuación recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que lo estimó parcialmente mediante sentencia de 2 de febrero de 2007.

Esta sentencia no se limitó a declarar la insuficiencia de la edificabilidad reconocida a la entidad recurrente, sino que concretó la que debía corresponderle. Según su FJ 4.º, al que remitía el fallo, «[p]rocede, pues, estimar este motivo de impugnación para ordenar que una vez firme la sentencia se pro-

ceda a la mayor brevedad y, en todo caso, en el plazo de tres meses a contar desde su firmeza, sin necesidad de nuevas tramitaciones, y a los efectos de la ejecución de la misma, a la modificación de los parámetros determinantes de la edificabilidad del equipamiento sanitario asistencial de titularidad privada dispuesto en la Unidad de actuación número 12, de forma que se puedan alcanzar los 3.500 m² sobre rasante que se precisan para ese tipo de equipamientos, sin que por ello se haya de ver alcanzada la reserva de suelo para el equipamiento público».

El Tribunal Supremo, en la sentencia aquí reseñada, estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra aquélla por la Generalidad de Cataluña.

Antes de entrar en el fondo del asunto, el TS dedica los FF.JJ. 4.º a 6.º a dilucidar si el vicio invocado como motivo del recurso de casación constituye «abuso de jurisdicción», pudiendo por ello ser subsumido en el artículo 88.1.a) LJCA —el precepto en que la Generalidad había fundado su recurso en este punto—, o si, por el contrario, debía haber sido encauzado a través del artículo 88.1.d) LJCA (infracción de las normas aplicables del ordenamiento jurídico, en particular del artículo 71.2 LJCA). La cuestión no es baladí, teniendo en cuenta el formalismo y la rigidez con que el Tribunal Supremo viene interpretando en los últimos tiempos los requisitos de admisibilidad del recurso de casación.

Según el Tribunal, «[n]o existe en el presente caso *exceso o defecto de jurisdicción* como *vicio in procedendo*. La Sala de instancia ha ejercido una jurisdicción funcionalmente correcta al controlar la legalidad de un acto de planeamiento sometido a Derecho administrativo (artículo 9.4 LOPJ y 5.1 y 5.2 LRJCA) y ha ejercido su potestad de controlar una potestad discrecional, con respeto a las normas imperativas que señalan el cauce del proceso. Existen, sin embargo, casos excepcionales como el presente en los que una jurisdicción funcionalmente correcta puede concluir en un *ejercicio abusivo de la jurisdicción*. Cierto es que el *abuso* en el ejercicio de la jurisdicción que denuncia la Generalitat de Cataluña en su motivo también puede ser encauzado [artículo 88.1.d) LRJCA] por la vía de infracción del artículo 71.2 LRJCA —que se invoca como infringido— pero no puede negarse que la infracción que se alega en el motivo constituye dogmáticamente un *abuso de jurisdicción*, aunque se haya cometido en la fase de decisión del proceso, ya que la Sentencia sustituye a la Administración al decidir adoptando determinaciones que no tienen una alternativa única y que, por tanto, siguen correspondiendo constitucionalmente en exclusiva a la Administración autora del planeamiento urbanístico» (FJ 5.º). Por otro lado, considera que «una decisión que se limitase a apreciar que la Administración recurrente debió invocar el apartado d), en lugar del apartado a), del artículo 88.1 LRJCA, podría comprometer el derecho a la tutela judicial efectiva de la Generalitat de Cataluña cuando, como se ha dicho, el término “*abuso de jurisdicción*” se distingue con dificultad del “*exceso de jurisdicción*” (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 2004 Caso Sáez Maeso vs. España (§§ 25-31) y STC 248/2005, de 10 de octubre, FJ 3)» (FJ 6.º).

Una vez despejada esta cuestión y entrando en el fondo del asunto, el Tribunal Supremo recuerda las diferencias existentes en el control judicial de las potestades regladas y discrecionales de la Administración:

«A diferencia de lo que acontece en el control de legalidad sobre potestades regladas [por todas, Sentencia de 27 de diciembre de 2005 (Casación 4875/ 2002)] en el control de la denominada discrecionalidad técnica del planificador urbanístico el Derecho no siempre proporciona al Tribunal todos los datos necesarios para sustituir el acto administrativo por el jurisdiccional, por lo que, en dicha medida, la actividad discrecional no resulta enteramente enjuiciable jurisdiccionalmente. Los Tribunales de este orden jurisdiccional deben examinar la existencia de una contradicción con lo dispuesto en las leyes o reglamentos urbanísticos, una desviación de poder o la arbitrariedad, irracionalidad o injusta distribución de beneficios y cargas de la solución propuesta por el Plan, pero en lo demás goza el planificador de libertad para elegir la forma en que el territorio ha de quedar ordenado. Cuando en la actividad discrecional resultan posibles varias soluciones todas igualmente lícitas y justas —y por tanto indiferentes para el Derecho— entre las cuales hay que elegir con criterios extrajurídicos, existe un núcleo último de oportunidad en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial. Así lo tiene declarado la Sentencia de esta Sala de 19 de noviembre de 2002 (Casación 1675/1999) invocada por la Administración recurrente. Todo ello sin perjuicio de las evidentes excepciones, que no se dan en este caso, en las que como resultado del proceso la coherencia de la decisión administrativa pueda imponer una única solución; solución ésta que implicaría, al ser única, la desaparición de la discrecionalidad» (FJ 7.º).

El TS, tras mantener la apreciación de hechos probados establecidos en la sentencia del TSJ y el resultado de la prueba pericial practicada en la instancia (según dicha prueba pericial, la baja edificabilidad concedida comporta la falta de rentabilidad de la actividad asistencial privada que se pretendía realizar), confirma la contrariedad a Derecho de la revisión del planeamiento acometida por la Comisión de Urbanismo, anulando sus acuerdos y la resolución del consejero que desestimó el recurso de alzada. Pero niega que en el presente caso existiera una única solución alternativa a la indebidamente adoptada por la Administración, debiendo haber sido ésta y no el TSJ quien eligiera la que había que tomar para subsanar la ilegalidad cometida. Por ello, considera que la decisión del TSJ ha incurrido en abuso de jurisdicción contrario al artículo 71.2 LJCA. En palabras del Tribunal: «La Sala *a quo* no se ha limitado a controlar la legalidad de la actuación urbanística y su so-

metimiento a las normas que la justifican (artículos 106.1 CE y 8 LOPJ) sino que ha sustituido en su sentencia la voluntad de la Administración urbanística, determinando en forma imperativa la forma en que tiene que quedar redactada la Unidad de actuación litigiosa, cuando ésta admite otras soluciones posibles en sustitución de la prevista en el Plan. El Tribunal *a quo* ha suprimido así la discrecionalidad que debía restar a la Administración, tras respetar el resultado del proceso, para adoptar otras soluciones diferentes. Se ha vulnerado el artículo 71.2 LRJCA determinando el contenido del acto anulado, incurriendo en *un abuso de jurisdicción*» (FJ 8.º).

No obstante, tras casar y anular la sentencia del TSJ, el Tribunal señala que «[l]a Administración deberá tener en cuenta el resultado de este proceso, en instancia y en esta casación, cuando proceda a delimitar una nueva Unidad de actuación en sustitución de la que se anula, por ser disconforme a Derecho» (FJ 9.º) (OM).

II. ORGANISMOS DE CONTROL INDUSTRIAL: INAPLICACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN EXIGIDA POR LA LEY DE INDUSTRIA AL NO AJUSTARSE A LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de septiembre, relativa a los servicios en el mercado interior, ha tenido un fuerte impacto en nuestro ordenamiento jurídico. Primero, ha propiciado modificaciones legislativas de gran calado como son, en especial, la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley anteriormente citada. Esta última Ley (denominada Ley ómnibus) ha ocasionado, a su vez, una continua cascada de modificaciones de numerosos reglamentos desde el año 2010. Y segundo, ha incidido de pleno en la forma de ejercer la potestad normativa al exigir que las restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios sean justificadas y proporcionadas: ello plantea, en el ámbito de las leyes, el tema de la necesidad y la forma de justificación del legislador.

Estas dos cuestiones son tratadas por la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 29 de junio de 2011, que examina la legalidad de una de estas modificaciones reglamentarias, como es el Real Decreto 338/2010, de 19 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de la infraestructura para la calidad y seguridad industrial, aprobado por Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre. En el fallo se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo núm. 252/2010, interpuesto por el Consejo General de Colegios de Ingenieros Industriales, y se declara la inaplicabilidad de la necesidad de autorización administrativa de los organismos de control prevista en el artículo 15 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (modificado por la Ley ómnibus), y en el artículo 43 del Real Decreto 2200/1995, de 19 de marzo (modificado por el Real Decreto 338/2010, de 28 de diciembre), salvo cuando la exigencia de la autorización resulte obligada en los términos recogidos en el artículo 4.5 de la Ley 21/1992, de 16

de julio, de Industria (modificado también por la Ley ómnibus). Como establece el artículo 43 de la Ley de Industria, dicha autorización corresponde a la Comunidad Autónoma excepto en los casos previstos en el artículo 13.4 de la Ley de Industria, en los que corresponde a la Administración del Estado. Mientras se desestima el resto de pretensiones de anulación de los artículos 42.2.a), b) y c) y 44.b) y c) del Reglamento de la infraestructura para la calidad y seguridad industrial que exigen a los organismos de control determinados requisitos materiales (disponer de medios técnicos, materiales y personales) y organizativos (separar los aspectos técnicos de los de gobierno y representación y contar con un organigrama y estatutos). Estos requisitos se deben cumplir para obtener la acreditación por parte de una entidad acreditadora. No se aceptan las alegaciones del Consejo recurrente de que estos requisitos son imposibles de cumplir cuando los organismos de control son personas físicas y que, además, resultan desproporcionados e injustificados. A continuación comentamos, en primer lugar, el aspecto más relevante como es la no exigencia de autorización administrativa (normalmente de la Comunidad Autónoma) para los organismos de control y, en segundo lugar, la legalidad de los requisitos materiales y organizativos exigidos para la acreditación de los organismos de control por una entidad acreditadora.

La primera cuestión, esto es, la exigibilidad de autorización administrativa a los organismos de control, es objeto de los fundamentos de derecho cuarto y sexto. El Consejo recurrente aduce que la autorización es contraria a la Ley 17/2009, en concreto al artículo 9, que establece los requisitos que supeditan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio; al artículo 10, sobre los requisitos prohibidos, y al artículo 12.2.d), que prohíbe la imposición de limitaciones en la prestación de servicios que impidan realizar tales servicios a los trabajadores autónomos. También el Consejo recurrente considera que la autorización es contraria al artículo 71 bis de la Ley 30/1992 (según redacción dada por la Ley ómnibus), que regula la declaración responsable y la comunicación previa. De hecho, como reconoce la sentencia, aunque se invocan todos estos preceptos, la parte recurrente funda su argumentación en que la autorización exigida a las entidades de control no está justificada por una razón imperiosa de interés general y en ningún caso sería proporcionada a cualquier razón que se adujera para justificarla. Ahora bien, como más adelante consta en la sentencia, es el artículo 5 de la Ley 17/2009 —en concordancia con el artículo 9 de la Directiva— el que contiene los tres requisitos para establecer un régimen de autorización: que no sea discriminatorio, que su necesidad esté justificada por una razón imperiosa de interés general y que sea proporcionado en tanto no se pueda obtener el mismo resultado con medidas menos restrictivas. Asimismo, este precepto también exige que la ley que establezca la autorización motive suficientemente la concurrencia de dichos requisitos.

A continuación, la sentencia examina si la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, exige autorización para los organismos de control y si está justificada. Constata que, efectivamente, se mantiene la autorización de los organismos de control según la nueva redacción por la Ley ómnibus del artículo

15 de la Ley de Industria. Pero luego considera que no cumple con la exigencia de justificación prevista por la normativa europea y estatal de servicios (arts. 9 de la Directiva y 5 de la Ley 17/2009), en particular sobre la concurrencia de una razón imperiosa de interés general. Ello lo refuerza con la aplicación extensiva del artículo 4 de la Ley de Industria, relativo a la libertad de establecimiento, a los organismos de control al considerar que este precepto tiene carácter general y es un criterio interpretativo de toda la Ley. A estos efectos, la sentencia reproduce los siguientes grados de intervención administrativa de las actividades industriales previstos en dicho artículo 4: a) el apartado primero establece la regla general de libertad de establecimiento para la instalación, ampliación y traslado de las actividades industriales; b) el apartado segundo prevé los supuestos de sumisión a comunicación o declaración responsable cuando lo establezca una ley por razones de orden público, seguridad y salud pública, seguridad y salud en el trabajo o protección del medio ambiente, o bien cuando se establezca reglamentariamente para el cumplimiento de las obligaciones del Estado derivadas de la normativa comunitaria o de tratados y convenios internacionales; y c) el apartado quinto restringe la autorización cuando resulte obligado para el cumplimiento de las obligaciones del Estado derivadas de la normativa comunitaria o de tratados y convenios internacionales. Como expresa la sentencia, los requisitos de las autorizaciones del artículo 9 de la Directiva de Servicios «han sido recogidos en el artículo 5 de la Ley 17/2009 y, en lo que respecta al ámbito industrial, se proyectan en el apartado 5 del artículo 4 de la Ley de Industria, que establece que únicamente se puede requerir autorización administrativa previa para la prestación de servicios “cuando resulte obligado para el cumplimiento de obligaciones del Estado derivadas de la normativa comunitaria o de tratados y convenios internacionales”». Por ello, la sentencia concluye: «Todo lo anterior lleva a la conclusión ineludible de que si el Estado español quiere establecer un régimen de autorización previa deberá justificar la concurrencia de una razón imperiosa de interés general o, en concreto, que resulte obligado para el cumplimiento de sus obligaciones comunitarias o internacionales».

A continuación examinamos diversos aspectos de esta exigencia de justificación.

En primer lugar, la sentencia establece su fundamento principal en la normativa europea y en la legislación estatal de servicios: artículos 9 de la Directiva y 5 de la Ley 17/2009. Advertimos inmediatamente que nos parece muy dudosa la aplicación extensiva del artículo 4 de la Ley de Industria a los organismos de control porque, como hemos visto, dicho artículo reconoce la libertad de establecimiento a las actividades industriales en sentido estricto: creación, ampliación y traslado de actividades industriales, y para las cuales se prevén los tres regímenes ya mencionados (ningún control previo, comunicación previa o declaración responsable y autorización). Por el contrario, los organismos de control son antes de distinta naturaleza, que no desarrollan una actividad industrial, sino de control sobre la actividad industrial, y están regulados en el artículo 15 de la Ley, en un título distinto, que contiene únicamente el régimen de autorización.

Hasta la fecha, la polémica suscitada por el régimen de los organismos de control radicaba más bien en si el tipo de título habilitante exigible para el ejercicio de dicha actividad podía ser la concesión administrativa, por entender que la misma se hallaba en el contexto de funciones públicas o de autoridad. Y una vez admitido, con carácter general, el régimen autorizatorio, se discutía la posible limitación de número, por parte de las CC.AA., o la eficacia transautonómica de la autorización otorgada por una de ellas. Ninguna objeción se había opuesto, por ejemplo, por parte del Consejo de Estado al régimen de autorización confirmado por la modificación de la Ley de Industria y por el RD 338/2010. La sentencia comentada, no obstante, equipara sin ningún tipo de explicación la actividad industrial —la creación, ampliación y traslado de industrias— con la actividad de control industrial: dice simplemente, y con cierta imprecisión, que, por lo que respecta al «ámbito industrial», el artículo 4.5 de la Ley sólo requiere autorización administrativa previa «para la prestación de servicios» en el supuesto excepcional allí señalado.

Pasemos, ahora, a ver el tratamiento de la sentencia sobre si está justificada la concurrencia de razones imperiosas de interés general para exigir la autorización de los organismos de control, lo que plantea las siguientes tres cuestiones: en qué norma puede constar; cuál deber ser su contenido y las consecuencias jurídicas de la falta de justificación.

Desde el punto de vista de la norma en que debe constar la justificación, la sentencia admite que pueda «estar en una Ley o, en su defecto y siempre que la correspondiente ley sectorial lo admita, en un reglamento aprobado por la Administración». Vemos, pues, que admite que un reglamento ejecutivo pueda contener la justificación de una autorización establecida por una ley sectorial siempre que así lo prevea ésta. De esta manera, la justificación del legislador se traslada a la Administración, lo cual no se ajusta exactamente a la exigencia legal establecida expresamente de que la autorización y su justificación estén previstas en la Ley. Según el artículo 5 de la Ley 17/2009, la concurrencia de las tres condiciones para establecer un régimen de autorización «habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen». De dicho precepto se deriva una justificación *ex ante* para el legislador, lo cual es coherente con la exigencia del artículo 9 de la Directiva de Servicios, que sólo se puedan establecer autorizaciones si están justificadas por una razón imperiosa de interés general.

Desde hace años ya se admite por la doctrina y la jurisprudencia la necesidad de motivación de las normas, en concreto en el ámbito de las disposiciones de carácter general, ya sea en la parte expositiva del texto, ya sea en la documentación que configura el expediente. Al tratarse de una ley en el presente caso, según el artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, esta justificación debería contenerse en algunos de los documentos preceptivos que acompañan el anteproyecto de ley (en especial, la memoria y los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo), o bien debería figurar inequívocamente en la exposición de motivos. Así se recomendó, por ejemplo, en el Dictamen 300/2010 de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, y se cumplió en el Decreto legislati-

vo aprobado para adecuar la legislación catalana a la Directiva de Servicios. Otra cuestión distinta sería que un reglamento pudiera completar la justificación prevista en la ley.

En relación al contenido de la justificación, la sentencia considera que ni la Ley ni el Reglamento han justificado estas razones, pues no «hacen referencia alguna a esta justificación», sin que la sentencia realice ninguna valoración adicional. Por tanto, nos encontramos con una omisión total de justificación de la necesidad de la autorización por razones imperiosas de interés general. Ahora bien, en relación a la aplicación general del artículo 4 de la Ley de Industria a los organismos de control que realiza la sentencia, debemos indicar que la Ley ómnibus sí justifica la no aplicación de dicho precepto a los organismos de control y su sumisión a autorización. Si examinamos la memoria justificativa del anteproyecto de esta Ley, fechada el 4 de junio de 2009, se puede comprobar la voluntad expresa de mantener la autorización de los organismos de control como régimen de autorización distinto de los regímenes previstos de forma general para las actividades industriales y de eliminar aquellos requisitos de la autorización contrarios a la normativa de servicios. Así, en cambio, se prevé: «En el área de Industria de la Administración General del Estado, la transposición de la Directiva significa: (...) Eliminar requisitos innecesarios y desproporcionados exigidos a los Organismos de Control para la obtención de la autorización para el ejercicio de la actividad».

Una cuestión sucesiva a considerar son las consecuencias jurídicas de la falta de justificación. La sentencia opta por la inaplicación del artículo 15 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (modificado por la Ley ómnibus), y el artículo 43 del Real Decreto 2200/1995, de 19 de marzo (modificado por el Real Decreto 338/2010, de 28 de diciembre), como una consecuencia del principio de primacía del Derecho comunitario (art. 9 de la Directiva de Servicios), así como por su contradicción con el artículo 5 de la Ley 17/2009 y el artículo 4 de la Ley de Industria. En el fundamento de derecho sexto, el Tribunal Supremo deja bien claro que la falta de justificación de la necesidad de la autorización «obliga a declarar la inaplicación de la exigencia general de autorización para los organismos de control, salvo en los casos en los que se hubiera acreditado tal necesidad de autorización según los criterios antes señalados». Y, como hemos visto, ello se traslada en el fallo, que declara «la inaplicabilidad de la necesidad de autorización administrativa de los organismos de control prevista en el artículo 15 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (modificado por la Ley ómnibus), y en el artículo 43 del Real Decreto 2200/1995, de 19 de marzo (modificado por el Real Decreto 338/2010, de 28 de diciembre), salvo cuando la exigencia de la autorización resulte obligada en los términos recogidos en el artículo 4.5 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria (modificado también por la Ley ómnibus)».

A continuación efectuamos algunas observaciones sobre la inaplicación de estos preceptos de la Ley de Industria y del Reglamento de la infraestructura para la calidad y seguridad industrial.

Primero, la sentencia comentada justifica la inaplicación de los preceptos legales y reglamentarios en base al principio de primacía del Derecho europeo (violación del artículo 9 de la Directiva de Servicios), si bien también, en menor medida, por la vulneración de dos Leyes (artículo 5 de la Ley 17/2009, que transpone el artículo 9 de la Directiva de Servicios, y artículo 4 de la Ley de Industria, que establece los grados de intervención administrativa de las actividades industriales). La sentencia se limita a citar el principio de primacía del Derecho europeo y una de sus consecuencias, que es la inaplicación de las normas internas contrarias al Derecho europeo. Se encuentra a faltar una mínima mención a su fundamento jurídico para dejar bien claro que deriva directamente del Derecho europeo, tal como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido desde la sentencia de 15 de julio de 1964 (as. 6/64, caso *Costa c. Enel*). Según esta jurisprudencia, no es necesario que el Derecho interno contemple dicho principio de primacía del Derecho de la Unión ni la consecuente inaplicación de las normas internas. Otra cuestión es que adicionalmente, en ocasiones, la jurisprudencia de los Estados lo fundamenta también en preceptos constitucionales, como la STC 28/1991, de 14 de febrero, al señalar tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como el artículo 93 CE. En todo caso, no parece en absoluto correcta la justificación de la inaplicación del artículo 15 de la Ley de Industria por contravenir el artículo 5 de la Ley 17/2009 y el artículo 4 de la Ley de Industria, pues no consta ninguna justificación de los criterios jurídicos por los cuales se aplican estos dos preceptos legales y no el primero, y qué primacía ostentan aquéllos sobre éste.

Segundo, la sentencia acude directamente a la inaplicación de las normas internas sin examinar otro efecto de la primacía del Derecho europeo que es la obligación de interpretación conforme a la normativa europea, y que debe analizarse de forma previa a inaplicar las normas estatales. Esto es importante pues de poder realizar una interpretación conforme se evita la inaplicación de las normas internas. Ello cobra especial relevancia en el presente caso, donde el régimen de autorización de los organismos de control previsto por los artículos 15 de la Ley 21/1992 y 43 del Real Decreto 2200/1995 no vulnera requisitos materiales previstos por la Directiva de Servicios, sino requisitos formales exigidos por el artículo 9 de dicha Directiva consistentes en la justificación de la necesidad por razones imperiosas de interés general. O sea, el artículo 9 de la Directiva de Servicios no prohíbe someter los organismos de control a autorización, sino que obliga a justificarlo en base a la concurrencia de dichas razones. Hubiera sido deseable examinar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los efectos jurídicos de la omisión de justificación de las normas internas. Con ello no queremos devaluar la importancia de la justificación de las normas, sino tan sólo apuntar que, en todo caso, la sentencia debiera haber justificado la imposibilidad de efectuar una interpretación conforme.

Tercero, la inaplicación de las normas internas contrarias a las normas europeas como consecuencia del principio de primacía del Derecho europeo plantea, en especial por el principio de seguridad jurídica, la necesidad de que

el Derecho de los Estados establezca mecanismos de eliminación de estas normas, que es a quienes compete. En el presente caso, a las Cortes Generales y al Gobierno les corresponde modificar (incluyendo la necesaria justificación) o derogar, respectivamente, el artículo 15 de la Ley 21/1992 y el 43 del Real Decreto 2200/1995. Pero se plantea si la sentencia podía ir más allá del pronunciamiento de inaplicación de la Ley y del Reglamento que la desarrolla en el ámbito de la infraestructura para la calidad y seguridad industrial. En nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Supremo no puede declarar la nulidad de ningún precepto de la Ley, pero no vemos inconveniente en que pudiera declarar la nulidad del artículo 43 del Real Decreto 2200/1995 al establecer un régimen de autorización no previsto por ningún precepto de la Ley de Industria que fuera aplicable al existir una reserva de ley por el artículo 5 de la Ley 17/2009 y al no constar justificación alguna de las circunstancias que exige el artículo 5 de la Ley 17/2009, siguiendo el artículo 9 de la Directiva de Servicios.

Y cuarto, otro aspecto es si el Tribunal Supremo debía plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia antes de inaplicar estas normas españolas que se entienden contrarias al artículo 9 de la Directiva de Servicios. Esta cuestión ha sido objeto de amplia discusión y tratada recientemente por Juana MORCILLO MORENO, «El planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional: ¿facultad o deber?», en el núm. 185 de esta REVISTA, 2011. En principio, según el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea), el Tribunal Supremo tenía la obligación de plantear la cuestión prejudicial sobre la validez o, más bien, la interpretación del artículo 9 de la Directiva de Servicios por entrar en contradicción con el artículo 15 de la Ley 21/1992 y el 43 del Real Decreto 2200/1995 porque sus decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial al conocer del recurso contencioso en única instancia. Ahora bien, es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (a partir de la STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, 283/81) ha admitido tres excepciones a esta obligación, como son la impertinencia por no guardar relación la duda sobre la norma europea con el asunto de fondo, el acto aclarado por ya haber sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o el acto claro por existir una evidencia clara de la violación del Derecho europeo. Entendemos que la sentencia debería haber justificado la concurrencia de alguna de ellas y, sobre todo en el presente caso, la evidencia clara de la violación del Derecho europeo. En este sentido, el Tribunal Constitucional (SSTC 58/2004, de 19 de abril, y 194/2006, de 19 de junio) ha considerado que se vulnera el artículo 24 CE cuando el Tribunal no plantea la cuestión prejudicial si existe una duda razonable sobre la aplicación del Derecho de la Unión, tratándose de un requisito objetivo que puede examinarse en sede constitucional y que se puede apreciar cuando, por ejemplo, el Tribunal, de forma aislada y contraria al resto de la jurisprudencia, aprecia una contradicción entre el Derecho interno y el europeo. Así lo ha recordado la reciente STC 78/2010, de 20 de octubre (Pleno), que se hace eco de este supuesto de no obligación de los tribunales de presentar la cuestión prejudicial «cuando la correcta aplicación del

Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión. Y es que para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del artículo 24 CE, en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria» [FD 2.b)].

Una vez comentado el alcance de la inaplicación de los preceptos de la Ley de Industria y del Reglamento de infraestructura para la calidad y seguridad industrial, destacamos que el fundamento de derecho sexto de la sentencia considera que, en defecto de autorización, «los organismos de control quedarían en cambio obligados a efectuar la comunicación o declaración responsable prevista en el artículo 4 de la Ley de Industria y en los términos previstos en dicho precepto». Sin duda, ello se justifica en la aplicación general que la sentencia realiza de este artículo cuando, como hemos visto, el mismo se circunscribe a las actividades industriales sin incluir, por tanto, los organismos de control. Además, no parece corresponder a los tribunales determinar el régimen de intervención administrativa de los organismos de control cuando no procede el de autorización, pues ello les está vedado, como indica el artículo 71.2 LJCA, que prohíbe a los órganos jurisdiccionales determinar el contenido de los preceptos de una norma en sustitución de los que anulen.

Y, finalmente, en relación con la segunda cuestión planteada por el recurso contencioso-administrativo, ya de menor entidad, sobre los requisitos de la acreditación, la sentencia desestima las pretensiones de anulación de los artículos 42.2.a), b) y c) y 44.b) y c) del Reglamento de la infraestructura para la calidad y seguridad industrial, que exigen a los organismos de control determinados requisitos para obtener su acreditación por una entidad acreditadora, ya sean de carácter material (disponer de medios técnicos, materiales y personales) u organizativos (separar los aspectos técnicos de los de gobierno y representación y contar con un organigrama y estatutos). Primero, en base a una interpretación razonable y sistemática, el fundamento de derecho tercero afirma que al admitir la normativa industrial que los organismos de control puedan ser personas físicas, estos requisitos no les son aplicables por su propia naturaleza. Y segundo, el fundamento de derecho quinto considera que estos requisitos no son discriminatorios, desproporcionados ni injustificados en virtud de una interpretación razonable. Así, se indica que la obligación de disponer de medios técnicos, materiales y personales [art. 42.2.a) y b)] se tiene que interpretar no en el sentido de disponerlos de antemano de forma inmediata, sino «demostrar la capacidad para disponer, en su caso, de los medios necesarios para acometer las tareas concretas que vaya a desempeñar, lo que —como la propia parte señala— puede cumplirse mediante compromisos o acuerdos con otras entidades o profesionales». En este sentido, puntualiza que «en muchos casos sólo contará de manera efectiva con los medios necesarios para una determinada tarea en la actividad para la que se acrediten en el momento de asumir dicha tarea.

Debe pues rechazarse esta impugnación». Y sobre los requisitos organizativos de separar los aspectos técnicos de los de gobierno y representación [art. 42.2.c)] y de contar con organigrama y estatutos [art. 42.4.b) y c)], se considera que «tienen la finalidad de ofrecer transparencia y garantía de profesionalidad, independencia y eficiencia, sin que su cumplimiento suponga una exigencia exorbitante para los organismos de control» (TF y AP).

III. CÓMPUTO DEL PLAZO PARA PROPONER PRUEBA

La ordenación del proceso contencioso-administrativo, en la medida en que está directamente vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva, posee una importancia indiscutible. Por esta razón queremos destacar una reciente y ya consolidada doctrina del Tribunal Supremo sobre el cómputo del plazo para presentar el escrito de proposición de prueba y la aplicación en este supuesto de lo establecido en el artículo 128 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El artículo 60.4 de la Ley jurisdiccional establece que el plazo para proponer prueba será de quince días y treinta para practicarla. Por su parte, el artículo 128, tras afirmar que los plazos son improrrogables y que una vez transcurridos se tendrá por caducado el derecho y perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse, añade que «no obstante se admitirá el escrito que proceda y producirá sus efectos legales si se presenta dentro del día que se notifique el auto, salvo cuando se trate de plazos para preparar o interponer recursos».

Tratándose del trámite de proposición de prueba, algunos tribunales habían entendido no aplicable el artículo 128 de la Ley jurisdiccional en base a diversos argumentos. Así, al entender que el artículo 128 estaba reservado al plazo para formalizar la demanda (Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sentencia de 27 de septiembre 2006), o bien por entender reservado el artículo 128 a aquellos autos que implican la terminación del procedimiento (Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sentencia de 13 diciembre 2006), o por tratarse de un trámite potestativo para la parte, por lo que no era de aplicación el citado artículo 128 (Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, sentencia de 23 febrero de 2007).

Frente a los argumentos anteriores, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2010, 8 de febrero de 2011 y 3 de mayo de 2011 han establecido con total claridad que, como regla general, en el proceso contencioso-administrativo los plazos procesales previstos para realizar un acto dentro de un proceso existente son susceptibles de beneficiarse del mecanismo de la rehabilitación. Tan sólo están excluidos los plazos para iniciar el proceso contencioso-administrativo, o el plazo para deducir recursos contra los actos de los órganos jurisdiccionales, al estar expresamente excluidos por la Ley por razones de orden público procesal.

La reciente sentencia de 3 de mayo de 2011, recurso 1852/2007, reitera esta línea jurisprudencial y refuerza sus argumentos con expresa mención del

significado que al respecto posee el artículo 24.1 de la Constitución española. La citada sentencia afirma que «nuestra jurisprudencia ha admitido esta posibilidad —la rehabilitación del plazo— para los plazos propiamente procesales, para realizar actos en un proceso existente o una vez iniciado que, en este sentido, son plazos o términos prorrogables (en la dicción del artículo dos del Real Decreto-ley de 1924). Esa jurisprudencia ha cobrado nueva intensidad a la luz del derecho fundamental y del mandato de tutela judicial efectiva que se contiene en el artículo 24.1 de la norma fundamental. Las normas que establecen plazos para la evacuación de trámites procesales suponen el reconocimiento de un derecho y, además, el derecho a disponer del plazo en su totalidad».

La misma jurisprudencia se ha pronunciado sobre el momento en el que puede presentarse el escrito de solicitud de prueba, llevando a cabo una interpretación finalista del artículo 128 que va más allá de la mera interpretación literal del mismo.

El citado artículo 128 dispone que, no obstante el carácter improrrogable de los plazos, «se admitirá el escrito que proceda y producirá sus efectos legales si se presentaren dentro del día en que se notifique la resolución —que declara caducado el derecho y perdido el trámite—».

Los tribunales han entendido que deben admitirse los escritos solicitando la prueba presentados fuera de plazo pero antes de recibir la resolución declarando la caducidad del derecho. Así, se dice «que sería absurdo sostener que, pudiendo la parte proponer prueba mucho después, en el término del día de esa notificación conforme al artículo 128.1 de la ley jurisdiccional, carecía del derecho a hacerlo con anterioridad, aunque hubiera concluido el plazo de 15 días» (JT).