

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. CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA CON MOTIVO DE LA ANULACIÓN PARCIAL DEL REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Las tres sentencias de 15 de julio de 2010 (Sección 6.^a; recursos núms. 23/2008, 25/2008 y 26/2008) que han anulado diversos preceptos del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal —concretamente, sus artículos 11, 18, 38.2 y 123.2, así como parte del artículo 38.1.a)—, no sólo poseen una gran relevancia sectorial, sino que contienen aseveraciones de interés sobre el control de la potestad reglamentaria que trascienden del ámbito concreto de la protección de datos. En particular, la que resuelve el recurso núm. 25/2008 constituye una especie de vademécum de la —no siempre uniforme— doctrina del Tribunal Supremo sobre el control de los aspectos procedimentales y sustantivos de los reglamentos.

Una primera cuestión a destacar es que las sentencias se pronuncien sobre el fondo del asunto pese a que el Tribunal decida plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre un precepto concreto del Reglamento impugnado (el artículo 10.2, basado a su vez en un artículo de la Ley orgánica 15/1999 —el 6.2— que el Tribunal también duda que se ajuste a la Directiva 95/46/CE). Ello se explica porque el Tribunal, en el auto de planteamiento de dicha cuestión prejudicial (también de 15 de julio de 2010, e incluido como Antecedente sexto en las dos primeras sentencias), acuerda suspender el procedimiento únicamente en relación con dicho precepto, el único que le suscita dudas desde el punto de vista de su encaje con la Directiva transpuesta. A juicio del Tribunal, dicha suspensión meramente parcial se justifica por la falta de conexión de dicho precepto con los demás objeto de impugnación, por la naturaleza reglamentaria del Real Decreto impugnado, por el elevado número de preceptos cuestionados y los expedientes sancionadores a que su incumplimiento por parte de los recu-

rrentes puede abocar, y por las exigencias derivadas del derecho fundamental a un procedimiento sin dilaciones indebidas.

Dos de las sentencias resumen la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo sobre la legitimación para impugnar reglamentos en el momento en que niegan parcialmente dicha legitimación a dos de las entidades recurrentes. El Tribunal admite su legitimación únicamente para la impugnación de los preceptos relacionados con la actividad desarrollada por los profesionales y las empresas que representan (el comercio electrónico y el *marketing* directo, y la actividad financiera).

A su vez, la sentencia sobre el recurso núm. 25/2008 también dedica una considerable extensión a valorar (y desestimar) los vicios procedimentales alegados por la entidad recurrente (FF.JJ. 3.º a 8.º). El Tribunal reitera que el procedimiento de elaboración de reglamentos constituye un procedimiento especial, y que sus trámites deben ser objeto de una «interpretación funcional y teleológica», de modo que su omisión o defectuoso cumplimiento sólo arrastrará la nulidad de la disposición cuando resulte «trascendente» para dicha finalidad, que no es otra que la de garantizar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la norma finalmente aprobada.

En cuanto a la memoria económica, el Tribunal afirma que posee una relevancia singular, que debe ser elaborada de forma rigurosa por exigencia del deber de buena administración, y que ha de ponderar no sólo el coste que la regulación proyectada tendrá para la Administración, sino también para la sociedad y para los sectores más directamente afectados. En el caso concreto, el Tribunal estima que, pese a las deficiencias puestas de relieve por el Consejo de Estado y el informe del Ministerio de Economía y Hacienda, la memoria económica elaborada resulta suficiente. No exigiendo la Ley 50/1997 más que una memoria concisa, el Tribunal considera que no puede pretenderse que contenga cifras económicas.

El Tribunal niega también que la Administración disponga de libertad absoluta —como sostenía el Abogado del Estado— para decidir si recaba informes y consultas no previstos como preceptivos. Según el Tribunal, el artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997, al establecer que «[a] lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse, además de los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto», «concede a la Administración un cierto grado de discrecionalidad», aunque insiste en que «se trata de una discrecionalidad limitada en cuanto que si por la índole de la norma se revela como necesario el recabar esos otros estudios y consultas, es obligado solicitarlos» (FJ 6.º). Pese a ello, entiende que en el supuesto concreto no resultaba necesario obtener el informe previo del Consejo Superior de Administración Electrónica, como denunciaba la entidad recurrente, al no versar el proyecto de Reglamento sobre cuestiones técnicas.

Todavía en el orden procedimental, el Tribunal Supremo niega que en la elaboración del informe sobre el impacto por razón de género deba seguirse

la Guía de aplicación práctica, publicada por el Instituto de la Mujer en septiembre de 2005, cuando no se observe impacto alguno; y sostiene que la no incorporación de la memoria justificativa y de la memoria económica al inicio del procedimiento —sino en un momento posterior—, aunque suponga una irregularidad procedimental, carece de carácter invalidante, por cuanto con ello no se priva a ambos documentos de su finalidad propia: ilustrar al Gobierno sobre los elementos económicos, técnico-jurídicos y de oportunidad que concurren en el proyecto remitido. Aunque no lo diga expresamente, el Tribunal parece excluir con ello que dichas memorias hayan de servir también para mejorar la calidad de la participación ciudadana en el procedimiento reglamentario y para reforzar las garantías de los interesados afectados por el proyecto de norma, como suelen afirmar los documentos internacionales más relevantes sobre mejora de la regulación. Destaca también, por último, que la insuficiencia del informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio (de Justicia), derivada de que no consten las razones que han llevado a aceptar o rechazar las observaciones formuladas por la Agencia Catalana de Protección de Datos y el Ministerio de Administraciones Públicas, es considerada por el Tribunal Supremo como una irregularidad no invalidante, sobre todo teniendo en cuenta que la recurrente no es quien formuló tales alegaciones y que no explicita ni la trascendencia de la falta de motivación ni la medida en que le afecta.

En lo referente al control sustantivo de los reglamentos, las tres sentencias transcriben otras precedentes en que se examinaban con detenimiento los límites de la jerarquía normativa, de la reserva de ley y del respeto a los principios generales del Derecho (en especial, de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad) y en que se negaba el poder de sustitución de los tribunales con respecto a las legítimas opciones discrecionales tomadas por el Gobierno (así, p. ej., en el FJ 9.º de la sentencia sobre el recurso núm. 25/2008); y dos de ellas reiteran la posibilidad de que, en determinados casos, los tribunales puedan llegar a declarar una ilegalidad omisiva y atender una pretensión de condena a elaborar una disposición reglamentaria o a que ésta tenga un determinado sentido (FJ 13 de la sentencia sobre el recurso núm. 23/2008 y FJ 3.º de la relativa al recurso núm. 26/2008). A propósito de esto último, que abre un tema de gran interés, los órganos consultivos que intervienen en el procedimiento de elaboración de los reglamentos acostumbran a advertir, en los casos de reglamentos de desarrollo parcial de las leyes sin justificación adecuada, o desarrollo insuficiente, o con poca densidad normativa, acerca de su posible ilegalidad por omisión, cuando el desarrollo reglamentario es imprescindible para la efectividad y el ejercicio de un derecho subjetivo reconocido por la ley, aunque acostumbran a conceder al Gobierno un amplio margen para la apreciación de la oportunidad normativa (OM y TF).

II. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO Y CAMBIO DE CRITERIO MUNICIPAL ESTANDO PENDIENTE LA APROBACIÓN DEFINITIVA

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 15 de diciembre de 2009 (recurso de casación núm. 4606/2005)

El objeto del litigio es la modificación de determinadas normas de planeamiento urbanístico del municipio de Mendaro (Guipúzcoa). La finalidad del cambio de planeamiento era permitir la construcción de nuevas viviendas en una superficie hasta el momento calificada como suelo no urbanizable de uso rural común y uso rural de protección de recursos naturales y del paisaje. Además, como se trataba de unos terrenos desconectados del área urbana de Mendaro, la aprobación de los nuevos instrumentos de planeamiento implicaba, también, la reclasificación como suelo urbanizable de los terrenos intermedios.

En el ámbito del País Vasco, la potestad de ordenación urbanística es concurrente o compartida entre el municipio y la correspondiente Diputación Foral. Este régimen de concurrencia competencial se articula mediante un procedimiento de naturaleza compleja o bifásico: se requiere la aprobación inicial y provisional del municipio y, posteriormente, la aprobación definitiva de la Diputación Foral. Pues bien, en el caso que nos ocupa resulta que el municipio de Mendaro adoptó correctamente, con los informes preceptivos favorables, los acuerdos de aprobación inicial y provisional del nuevo planeamiento. Y este mismo Ayuntamiento remitió dichos acuerdos a la Diputación Foral de Guipúzcoa para que procediese a su aprobación definitiva.

Encontrándonos en este momento procedimental, pendientes todavía de la decisión de la Diputación Foral de Guipúzcoa, se produce un vuelco en la composición del Pleno del Ayuntamiento de Mendaro, como consecuencia de la celebración de las correspondientes elecciones municipales. Con esta nueva composición, y respondiendo a unas también nuevas directrices políticas, el municipio de Mendaro cambia de criterio y acuerda formular una solicitud a la Diputación Foral de denegación de la aprobación definitiva pendiente. Recibida esta solicitud, la Diputación Foral de Guipúzcoa la atiende y acuerda la denegación de esa aprobación definitiva. En el bien entendido de que esta denegación, como reconoce expresamente la Diputación Foral en el acuerdo adoptado, no se basa en razones de tipo técnico-urbanístico o razones de legalidad, sino exclusivamente en el cambio de voluntad del municipio: «Analizado, así, el contenido del documento [el acuerdo municipal de solicitud de denegación de la aprobación definitiva] por el Servicio de Urbanismo y Ordenación Territorial de esta Diputación Foral, se observa que la propuesta de recalificación de los terrenos para uso residencial contenida en el expediente tramitado no es conforme a los intereses municipales formulándose desde el propio ámbito competencial serias objeciones, alegándose que la misma resulta inadecuada y no justificada desde el interés público local», añadiéndose que, por ello, la Diputación Foral «estima oportuno»

tuno atender en este caso la decisión que más satisface al Ayuntamiento entendiendo que la calificación del suelo y su modificación forman parte, en principio, del contenido del ejercicio del *ius variandi* como aspectos discrecionales o de oportunidad del planeamiento, de índole y competencia municipal».

Se interpone por un particular recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo denegatorio de la Diputación Foral de Guipúzcoa. Sostiene el recurrente que el municipio de Mendaro ha perdido su competencia tras la aprobación inicial y provisional de los instrumentos de planeamiento y su posterior remisión a la Diputación Foral de Guipúzcoa. A partir de este momento —se argumenta—, el Ayuntamiento ya no puede volver sobre sus pasos si no es a través de los procedimientos de revisión de los actos administrativos. Y, en consecuencia, la Diputación Foral no puede acordar la denegación de la aprobación definitiva fundándose únicamente en decisiones municipales adoptadas extemporáneamente y sin haberse seguido el procedimiento legalmente establecido.

El recurso es desestimado por la sentencia dictada, el 24 de mayo de 2005, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (recurso contencioso-administrativo núm. 3095/2003). Los razonamientos de la sentencia parten de reconocer al municipio unas muy amplias facultades discrecionales en materia de planeamiento, también para revisar sus propias decisiones: «En el procedimiento de formulación del planeamiento corresponden al municipio amplísimas facultades discrecionales no sólo para decidir el cuándo, el qué, y el cómo de la ordenación urbanística de la ciudad dentro del margen de actuación que la legalidad le garantiza y procura, sino además para revisar sus propias decisiones modificando las normas de planeamiento en lo que considere oportuno, de acuerdo con su evolutiva comprensión del interés general para adecuarlas al constante proceso de transformación de la vida social».

Dando un paso más en su argumentación, el Tribunal Superior de Justicia entiende que de la misma manera que los interesados en un procedimiento administrativo tienen la posibilidad de ponerle fin mediante un cambio de criterio (desestimación de la solicitud o renuncia de derechos), también los municipios deben poder hacerlo en el procedimiento especial bifásico en materia de planeamiento urbanístico: «Si en el seno del procedimiento administrativo ordinario los interesados tienen la facultad de ponerle fin mediante un acto de contrario imperio mediante el desestimación de la solicitud o la renuncia de derechos, no se ve razón alguna para no aceptar que en el seno del procedimiento especial de elaboración de las disposiciones de planeamiento, quien tiene la competencia para su dictado no pueda, en virtud de un acto de contrario imperio fundado en un cambio de criterio acerca de la oportunidad y acierto de la solución técnica planteada en los instrumentos en fase de elaboración, abortar su nacimiento al mundo del derecho evitando así adversas consecuencias de su entrada en vigor y la necesidad de su revisión en virtud del *ius variandi*». Cuestión distinta es la forma que deba revestir la decisión municipal de poner fin al procedimiento en marcha: «Otra

cosa es la forma en que se articule formalmente la decisión, ya sea mediante el archivo del expediente en fase de aprobación municipal, o mediante el desestimiento del procedimiento en su fase ante el ente foral, o como en el presente caso sucedió mediante la solicitud de una resolución denegatoria de la aprobación definitiva».

Hechas todas estas consideraciones, concluye la sentencia que la aprobación provisional no conlleva un desapoderamiento del municipio y que, por consiguiente, la aprobación definitiva de la Diputación Foral no debe entenderse como un acto debido, indiferente al disentimiento sobrevenido de una corporación municipal que ha cambiado su signo político tras las elecciones: «A juicio de la Sala es contrario a la autonomía local, a la potestad de ordenación urbanística del municipio y al *ius variandi* inherente a su ejercicio, y carece por ello de sentido, defender que, desde que recae la aprobación provisional, opera un desapoderamiento del municipio, de forma y manera que la aprobación definitiva devenga en acto debido y el ente foral haya de resolver en el marco de sus propias competencias, ciñéndose al control jurídico y al control de los elementos discrecionales relativos a intereses supramunicipales, ignorando un hecho de tanta relevancia cual es la voluntad de desistimiento del ente municipal o su disentimiento con la ordenación sometida a aprobación definitiva. Puesto que incumbe al ente municipal la ordenación urbanística necesaria en defensa del interés general de ámbito local, toda aprobación definitiva de un instrumento de planeamiento tiene que tener como premisa necesaria una ordenación que responda al interés general de acuerdo con la comprensión que del mismo tenga la corporación municipal llamada constitucionalmente a encarnarlo».

Contra esta sentencia, el particular interpone recurso de casación. Son tres los motivos de impugnación alegados: la infracción de las reglas de competencia para la elaboración y aprobación de la normativa de planeamiento municipal; la negación de que el municipio cuente con una potestad de desistimiento, de manera que pueda disponer libremente del procedimiento; y la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en tanto que se da prioridad al cambio político surgido en el municipio, como consecuencia de las elecciones celebradas, frente a los aspectos técnico-urbanísticos, que ni siquiera fueron analizados.

Rechazando las razones esgrimidas por la sentencia de instancia, este recurso es estimado por la sentencia dictada, el 15 de diciembre de 2009, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, del Tribunal Supremo (recurso de casación núm. 4606/2005), siendo ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde. En breve, las principales e interesantes argumentaciones del Tribunal Supremo son las siguientes:

a) Debe reconocerse la legitimidad democrática de los acuerdos adoptados tanto por el municipio de Mendaro como por la Diputación Foral de Guipúzcoa, habida cuenta de que «el sistema de elección de los integrantes o componentes de las entidades locales resulta un mecanismo adecuado para la determinación de cuáles sean, en cada momento, los intereses generales de

la población». Nada que objetar, por tanto, al carácter democrático de la decisión municipal de desistir de su propuesta normativa y de la decisión foral de denegar la aprobación definitiva. Ahora bien, es asimismo consustancial a un sistema democrático el respeto al principio de legalidad, traducido en la exigencia de que toda actuación pública se encauce a través del procedimiento legalmente previsto, única forma de asegurar el principio de seguridad jurídica: «también en un sistema democrático, el respeto al principio de legalidad es un elemento determinante y esencial para el propio funcionamiento del mismo, y ello implica que la determinación de los expresados intereses generales y las decisiones que, en relación con los mismos, se adopten han de encauzarse a través de los correspondientes procedimientos administrativos, ya que sólo éstos protegen, a su vez, el principio de seguridad jurídica, que es el principio que, entre otras cosas, sirve para distinguir un sistema democrático de un sistema simplemente asambleario. Nadie discute que es el municipio el ámbito del que debe partir la idea o el diseño de la propia ciudad, mas ello ha de canalizarse a través del procedimiento establecido al efecto; procedimiento en el que, desde una perspectiva de legalidad sectorial, han intervenido los diferentes organismos —de las diversas administraciones— que gestionan otros intereses generales que pudieran no coincidir con los del propio municipio».

b) En el caso enjuiciado, ni el municipio ni la Diputación Foral tienen competencia para las actuaciones que han realizado. En efecto, tras la aprobación provisional de los instrumentos de planeamiento, el municipio de Mendaro «carece —desde el momento de tales acuerdos— de competencias para la adopción de decisión alguna en relación con el contenido o sentido de los mismos». Y, precisamente por este motivo, la Diputación Foral de Guipúzcoa, en este caso concreto, «carece igualmente de competencia para tomar en consideración decisiones adoptadas al margen del procedimiento legalmente establecido y de carácter procedimentalmente extemporáneas».

c) La sentencia rechaza que estemos ante un supuesto de desestimiento municipal, «pues no nos encontramos ante el ejercicio de un auténtico desestimiento por parte del Ayuntamiento, pues lo que en el acuerdo municipal se solicita es que los expedientes (...) concluyan con la denegación de su aprobación, no obstante lo inicialmente y provisionalmente propuesto y aprobado».

d) Incluso en el caso de que pudiera entenderse, como parece hacerlo la Sala de instancia, «que nos encontramos en presencia de un desestimiento tácito o implícito», igualmente debe rechazarse esta posibilidad, puesto que «el Ayuntamiento carece (...) de competencia para ello al no encontrarnos en un procedimiento en el que quien formula el desestimiento es titular de un interés particular, ya que, por el contrario, lo que el Ayuntamiento gestiona en el ejercicio de la potestad de planeamiento son intereses públicos cuya disponibilidad se encuentra restringida. El Ayuntamiento no es, pues, procedimentalmente libre desde el momento de la aprobación provisional del expediente y de su coetánea remisión a la administración foral, careciendo, por ello —desde tal momento—, de la potestad de desistir en relación con la tra-

mitación concluida. Esto es, carece de la potestad de renunciar a sus supuestos derechos que, en realidad, son intereses públicos, y, mucho menos, carece de la potestad de hacerlo sin la previa notificación de tal posibilidad a los terceros interesados».

e) Lo afirmado en el párrafo precedente no obsta a que el municipio pueda hacer uso de los mecanismos legalmente previstos para revisar su decisión: «Posibilidades habrá, si se considera oportuno, para el ejercicio de la acción de lesividad».

f) Por último, el Tribunal Supremo constata «la carencia de informes pertinentes legalmente exigidos, de carácter técnico urbanístico», de manera que la decisión de la Diputación Foral de Guipúzcoa fue adoptada «sin haberse evaluado técnicamente los instrumentos provisionalmente aprobados y, en consecuencia, basada exclusivamente en la previa solicitud municipal de denegación de aprobación». Lo cual, «sin duda, implica y supone una actuación al margen del procedimiento técnico establecido y, en consecuencia, contraria al principio de seguridad jurídica». Concluye, por último, la sentencia: «Y es que el mencionado cambio político —con todo lo que ello conlleva desde la perspectiva democrática que toda elección municipal implica— no puede, sin más, dejar sin efecto todo lo técnico y procedimentalmente desarrollado en el ejercicio de una potestad administrativa siquiera sea discrecional, ya que, si acaso, permite poner en funcionamiento el ejercicio de instrumentos jurídicos para dejar sin efecto lo ya competencialmente aprobado, mas no, desde una perspectiva de seguridad jurídica, y sin el más mínimo aval técnico contradictorio, decidir unilateralmente la no aprobación de lo procedimentalmente concluido. Y lo mismo ocurre con la administración competente para la aprobación definitiva, la cual no puede —como ha acontecido— sin los avales técnicos precisos y las motivaciones pertinentes, plegarse, sin más, al cambio de voluntad municipal, aun cuando —como decíamos— tal decisión venga exclusivamente respaldada por un cambio político tras unas elecciones municipales» (AG).

III. LOS REGLAMENTOS DEL USO DE LA LENGUA CATALANA

Mediante Auto de fecha 25 de octubre de 2010, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acordó suspender la ejecutividad de diversos artículos del Reglamento del uso de la lengua catalana del Ayuntamiento de Barcelona, Reglamento aprobado por el Pleno del Consejo Municipal de dicho Ayuntamiento el 5 de febrero de 2010.

El hecho de que el recurso se hubiera interpuesto por el grupo municipal del Partido Popular en el Ayuntamiento de Barcelona, así como la previa declaración de inconstitucionalidad de la imposición del uso preferente de la lengua catalana en detrimento del castellano en la sentencia 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía del castellano, levantaron una notable polémica política y mediática. Desde diversos sectores se afirmó que el citado Auto era una consecuencia directa de la sentencia del Tribunal Constitucional, lo que ven-

dría a confirmar la opinión de aquellos que vieron en la doctrina del Tribunal sobre la cuestión lingüística un peligro para el desarrollo de la necesaria protección y promoción de la lengua catalana. El Auto vendría a ser la confirmación de los malos augurios generados por la sentencia del Tribunal Constitucional.

La lectura del Auto y su análisis en términos jurídicos permiten, no obstante, matizar aquellas afirmaciones.

En primer lugar, hay que señalar que el Auto se limita a adoptar una medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de diversos preceptos de un reglamento municipal. Para adoptar tal medida suspensiva se remite de forma breve a la doctrina general en materia de medidas cautelares, obviando, eso sí, el hecho importante de que se trata de la suspensión de una norma y no de un acto (como erróneamente se afirma en el fundamento de derecho segundo y como recuerda el voto particular del magistrado Sr. Alberto Andrés Pereira). En todo caso, se recuerda la primacía del criterio vinculado a la necesidad de preservar el efecto útil del acceso a la jurisdicción, la ponderación de los intereses afectados por la suspensión y el carácter residual del *fumus boni iuris*, todo ello de acuerdo con una jurisprudencia ya reiterada en muchas ocasiones.

En consecuencia, lo cierto es que la razón fundamental que lleva al Tribunal a suspender algunos de los preceptos impugnados es la existencia de una doctrina previa de la propia Sala y Sección en virtud de la cual se habían anulado preceptos de muy similar o idéntico contenido, con lo que vendría a darse uno de los requisitos generales para aplicar la doctrina del *fumus boni iuris*, esto es, cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados. Así, el Auto hace referencia a las sentencias de la Sala de 18 de enero de 2001 (RJCA 2001/387), 3 de diciembre de 2003 (RJCA 2003/1056) y 19 de marzo de 2004 (JUR 2004/121248).

A esta doctrina propia se añade la cita de la sentencia del Tribunal Constitucional, en concreto la parte de su FJ 14 por la que declara inconstitucional el inciso «y preferente» del artículo 6.1 del Estatuto de Autonomía. Es una simple cita de esta sentencia, aunque bien es verdad que puede entenderse que se ha querido decir que el Tribunal Constitucional ha confirmado la doctrina de la Sala.

En todo caso, lo que, a mi entender, no puede afirmarse es que el Auto sea consecuencia de la doctrina del Tribunal Constitucional. El Auto mantiene una doctrina previa, si bien al dictarse después de la sentencia del Tribunal Constitucional lo que plantea es si esta doctrina, cuando deba dictarse la sentencia del pleito principal, se verá o no afectada por la citada sentencia del Tribunal Constitucional. Es cierto que el contenido del Auto parece presuponer que se confirmará la doctrina anterior, pero también caben otras posibles interpretaciones que lleven a matizar la doctrina de la propia Sala.

En este sentido hay que reconocer que el Estatuto de Autonomía trató de consagrar a nivel estatutario los dos pilares básicos de la política lingüística catalana que habían sido confirmados por la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional (SSTC 82/1986 y 337/1994). Estos pilares son el uso normal y preferente del catalán como lengua propia de Cataluña por parte de las Administraciones, y la consideración del catalán como lengua normalmente utilizada como vehicular en la enseñanza no universitaria. Al elevar el primer pilar a rango estatutario, de alguna forma se intentaba corregir la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia antes citada.

La sentencia 31/2010 reconoce en términos generales la opción estatutaria en materia de lengua, pero al declarar inconstitucional la expresión «y preferente» referida a la lengua catalana introduce alguna confusión. En efecto, la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 afirma que el uso del catalán no puede regularse en detrimento del castellano y, por ello, se opone a la expresión «y preferente» referida a la lengua catalana. Pero, al mismo tiempo, reconoce que la política autonómica en materia lingüística es compatible con «las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra, subsanando así la posición secundaria o de postergación que alguna de ellas pudiera tener». Por tanto, al negarse el carácter preferente no se impiden actuaciones institucionales a favor del catalán como las que se contienen en el Reglamento enjuiciado.

De acuerdo con la doctrina constitucional, la cuestión que deberá dilucidarse en la sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia es si los preceptos ahora suspendidos son la respuesta adecuada y proporcionada para la promoción y protección del uso del catalán desde una institución pública o, por el contrario, constituyen la imposición de un uso privilegiado no proporcionado ni razonable del catalán sobre el castellano, en perjuicio del equilibrio entre ambas lenguas. Esto es, si los preceptos reglamentarios que se examinan están o no amparados por la nueva doctrina del Tribunal Constitucional.

En todo caso, la medida cautelar no ha resuelto esta cuestión. Como dice el voto particular del magistrado Alberto Andrés Pereira, la interpretación de la sentencia del Tribunal Constitucional requiere un análisis «pormenorizado» que sólo podrá llevarse a cabo en la discusión del pleito principal. Esperemos a conocer el contenido de la sentencia (JT).

IV. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO LEGISLADOR POR DECRETO-LEY DECLARADO INCONSTITUCIONAL: UN DEBATE NO CONCLUSO

Pocos meses después de haber afirmado por vez primera la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional y del Defensor del Pueblo mediante dos sentencias recogidas en el número anterior de la presente crónica, el Tribunal Supremo ha vuelto a declarar la responsabilidad del Estado legislador por una norma con rango legal declarada inconstitucional, confirmando así la controvertida línea jurisprudencial iniciada con la sentencia de 29 de febrero de 2000 (rec. núm. 49/1998).

La responsabilidad del Estado legislador en el supuesto de leyes declaradas inconstitucionales ha dado lugar a una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo que se ha visto acompañada de numerosos votos particulares. La sentencia de 2 de junio de 2010 (Pleno, rec. núm. 588/2008) vuelve a insistir en esta cuestión. Por ello, y pese a haber vuelto de nuevo a tratarse el tema en el Pleno, el debate no parece cerrado. Expondremos a continuación los pilares básicos de la jurisprudencia hasta ahora mayoritaria y que se mantiene en la sentencia que comentamos con nuevos argumentos, así como el contenido de los votos particulares.

El supuesto de hecho que da lugar a la reclamación de responsabilidad es la aplicación del Real Decreto-Ley 5/2002, por el que se modificaron los apartados 1 y 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, de modo tal que en caso de despido se suprimía uno de los sumandos que se debían tener en cuenta para el cálculo de la indemnización. En virtud de la aplicación del nuevo texto normativo se redujo la cantidad que podía haber cobrado el actor de la reclamación. Al declararse posteriormente la inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley por haberse dictado sin que concurriera el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, se declaró inconstitucional y nulo el Decreto-Ley en su totalidad, sin que la sentencia del Tribunal Constitucional 68/2007 hiciera mención alguna a los efectos de su sentencia. En base a la citada declaración de nulidad del Decreto-Ley se instrumentó la reclamación de responsabilidad del Estado legislador.

En la sentencia que comentamos el Pleno del Tribunal manifiesta la conveniencia de volver a fijar algunos de los elementos centrales de su doctrina en la materia, doctrina construida a partir de las sentencias de 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio del año 2000, y que tiene sus últimas manifestaciones en las sentencias de 26 y 27 de noviembre de 2009. Doctrina especialmente importante en los supuestos, como el que se enjuicia, en los que la sentencia del Tribunal Constitucional no ha dicho nada sobre los efectos temporales del fallo de la sentencia.

Con esta finalidad va desmontando los argumentos en los que la Administración demandada basa su oposición al recurso. De estos argumentos nos interesan dos, uno vinculado directamente al caso que se examina y otro de valor más general.

Como argumento ligado al caso concreto enjuiciado, el Tribunal rechaza que el hecho de que la declaración de nulidad del Real Decreto-Ley se produjera por vicios formales (falta del presupuesto de hecho habilitante), o que la citada norma hubiera sido derogada con posterioridad, incidan en la reclamación de responsabilidad. En relación a lo primero, se dice que «cuál sea la causa o razón de ser de la inconstitucionalidad es y debe ser en principio indiferente si el perjuicio cuya reparación se pretende deriva precisamente de la aplicación de la norma declarada inconstitucional». En relación a lo segundo, se afirma que la derogación posterior es irrelevante «en tanto en cuanto la norma derogatoria no haya reparado el perjuicio irrogado por la aplicación del Real Decreto-ley mientras estuvo vigente».

Con un valor más general, el Tribunal pasa a examinar la línea de defen-

sa de la Administración, según la cual los fallos de inconstitucionalidad tienen eficacia prospectiva o *ex nunc*, por lo que no se podría reconocer el derecho a ser indemnizado por hechos ya acaecidos y devenidos firmes.

Frente a este argumento, el Tribunal afirma que la regla general de nuestro sistema jurídico es que la contravención de una norma superior determina para la de inferior rango la nulidad radical o de pleno derecho. Pero a ello añade que la cuestión relevante que plantea el argumento de la Administración es la relativa a los efectos jurídicos que producen los fallos de inconstitucionalidad sobre decisiones firmes adoptadas con anterioridad al fallo de inconstitucionalidad. Y a partir de aquí se centra en el estudio de esta cuestión.

Con esta finalidad se examina el alcance de los artículos 161.1.a) de la Constitución y 40.1 de la LOTC, para concluir que los citados preceptos dejan incólume y no menoscabado el valor de cosa juzgada de las sentencias firmes, contradiciendo y excepcionando el régimen general del instituto de la cosa juzgada (arts. 222.2 y 400.2 de la LEC). De ahí concluye el Tribunal que los preceptos antes citados de la Constitución y de la LOTC deben ser objeto de interpretación estricta en tanto son normas limitativas de derechos.

Llegados a este punto, el Tribunal introduce el argumento central de su razonamiento al afirmar que la cosa juzgada alcanza a las pretensiones, de modo que serán éstas las que no se podrán revisar, pero lo que la cosa juzgada no alcanza es a dar por juzgadas pretensiones que son distintas de las antes deducidas. Por tanto, si en el proceso devenido firme la pretensión era el reconocimiento de unos derechos que derivaban de una relación laboral, la reclamación de responsabilidad es una pretensión diversa, fundada en la existencia de un perjuicio patrimonial que no se tiene el deber de soportar.

La conclusión a la que llega el Tribunal es que debe mantener el criterio reiterado a partir de las sentencias del año 2000, en las que se afirmó que la acción de responsabilidad patrimonial es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia en que se aplicó la Ley, o el Real Decreto-Ley, luego declarado inconstitucional.

Los nuevos razonamientos de la mayoría de los magistrados del Pleno del Tribunal no han impedido que de nuevo la sentencia aparezca con un importante número de votos particulares, importantes tanto por su cantidad como por su calidad. Algunos de estos votos cuestionan el fundamento mismo de la responsabilidad del Estado legislador; otros admiten la doctrina general pero cuestionan su aplicación al caso concreto. Pasamos a dar cuenta de forma resumida del contenido de estos votos particulares.

a) El voto particular del magistrado Sr. Campos Sánchez-Bordona, al que se adhiere el magistrado Sr. Lucas Murillo de la Cueva, contiene dos motivos de discrepancia con la posición mayoritaria del Pleno. Por un lado, estima que la relación de inconstitucionalidad-antijuricidad del daño no debe ser automática, debiendo establecerse atendiendo a la «intensidad» de la violación del orden constitucional. Esto le lleva a decir que al haberse declarado la inconstitucionalidad del Decreto-Ley por un vicio formal de inconstitucionalidad

dad (falta del presupuesto de hecho habilitante) no existía una vulneración material de los derechos del reclamante. Por otro lado, al haberse derogado el precepto declarado inconstitucional por la Ley 45/2002, sin que dicha Ley estableciera medida alguna de compensación, existe una indirecta asunción de su constitucionalidad material por el propio legislador.

b) En el voto particular del magistrado Sr. Martín Timón, al que se adhiere el magistrado Sr. Frías Ponce, se contiene una completa exposición sobre la doctrina relativa a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y la distinta tipología de casos, para concluir que el respeto a las situaciones consolidadas constituye una doctrina reiterada. A partir de esta reflexión general la oposición a la doctrina mayoritaria se justifica en argumentos de diversa naturaleza. Por un lado, se pone de relieve que en el caso examinado no existe un acto administrativo que aplique el Real Decreto-Ley declarado inconstitucional, ya que la aplicación de la norma correspondió al Juzgado de lo Social y al Tribunal Superior de Justicia. Esta circunstancia lleva a afirmar que la acción de responsabilidad no se articuló de forma correcta (sobre esta cuestión incide también el voto particular del magistrado Sr. Díez-Picazo).

En segundo lugar, y como motivo de oposición a la doctrina general en materia de responsabilidad del Estado legislador y en la línea de anteriores votos particulares, se afirma que al reconocerse el derecho a la indemnización de hecho se está entrando en lo ya resuelto por la sentencia firme, sin que el argumento de que se trata de pretensiones diferentes altere esta realidad. Así, se dice que al aceptarse la acción de responsabilidad «se penetra en aquélla —la sentencia firme— y pese a estar petrificada se la hace revivir para tomar los elementos que interesan a fin de realizar una calificación de responsabilidad y consiguiente indemnización».

c) El tercer voto particular corresponde al magistrado Sr. Herrero Piña, al que se adhiere la magistrada Sra. Teso Gamella.

En este voto la oposición al contenido de la sentencia se basa, en primer lugar, en el argumento según el cual la inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley no supone de forma automática que el ciudadano no deba soportar el perjuicio que su aplicación le causó. Por otro lado, se sostiene que en los casos de silencio de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el alcance de sus efectos debe imponerse lo dispuesto en el artículo 40 de la LOTC y, por tanto, la subsistencia de las situaciones consolidadas que impiden el éxito de la acción de responsabilidad.

d) En el voto particular del magistrado Sr. Sieira Míguez se exponen de forma concisa tres motivos de discrepancia con el contenido de la sentencia. En primer lugar, se señala que el artículo 40 de la LOTC no hace referencia a la cosa juzgada material, sino a la formal (insistirá en este punto el voto del magistrado Sr. Díez-Picazo). Por ello, añade, en nada afecta lo establecido en el artículo 40 de la LOTC a la posibilidad de ejercer posteriormente una ac-

ción de responsabilidad patrimonial. En segundo lugar, y en conexión con lo anterior, se afirma que en este caso lo relevante no es que se ejerciten acciones con contenido distinto, sino que el bien jurídico protegido en uno y otro caso también es distinto. Finalmente, se señala que las circunstancias determinantes de la inconstitucionalidad no son irrelevantes a la hora de resolver sobre el ejercicio de una acción de responsabilidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad de una ley (por ejemplo, si la inconstitucionalidad deriva o no de un cambio de criterio del Tribunal Constitucional, o si la inconstitucionalidad está o no directamente vinculada a la causación del daño).

e) Un voto especialmente interesante es el que emite el magistrado Sr. Díez-Picazo, al que se adhieren el magistrado Sr. Agualló Avilés y la magistrada Sra. Perelló Domenech.

Los motivos de discrepancia son también en este caso de doble naturaleza. Por un lado, se destacan las diferencias del caso concreto respecto de la doctrina general de la Sala, lo que, a juicio de este magistrado, hubiera debido llevar a una sentencia desestimatoria de la pretensión de indemnización. En este aspecto se hace referencia a la necesidad de diferenciar la inconstitucionalidad por vicios formales o sustantivos de la ley, así como a la inexistencia de un acto administrativo de aplicación del Real Decreto-Ley sobre el que poder construir la acción de responsabilidad.

Por otro, se cuestiona la doctrina mayoritaria de la Sala a partir de la cual, con valor general, se ha construido la teoría de la responsabilidad del Estado legislador derivada de la declaración de la inconstitucionalidad de la ley. En este punto, el voto del magistrado Sr. Díez-Picazo comienza por recordar lo ya dicho en el voto particular del magistrado Sr. Puente Prieto a la sentencia de 21 de junio de 2004. A ello se añade que no existe fundamento constitucional para la responsabilidad del Estado legislador, ya que el artículo 9.3 de la Constitución debe entenderse referido a la responsabilidad política, pero no a la patrimonial, de los poderes públicos. Por otro lado, se niega la aplicabilidad del artículo 139.3 de la Ley 30/1992 a los supuestos de leyes inconstitucionales. En tercer lugar, se sostiene que existe un deber de soportar leyes inconstitucionales, a partir del principio de la deferencia que en una sociedad democrática merece tener el legislador, así como por la singularidad que encierra la inconstitucionalidad de la ley dado el notable grado de imprevisibilidad de muchas de estas declaraciones. Finalmente, se destaca la fuerza del artículo 40.1 de la LOTC para oponerse al reconocimiento de la responsabilidad derivada de la inconstitucionalidad de las leyes, calificando de especioso (aparente, engañoso) el razonamiento mayoritario sobre la distinción de acciones en el caso de la sentencia firme y en el supuesto del ejercicio de una acción de responsabilidad. En este sentido se afirma que el artículo 40 de la LOTC se refiere a la cosa juzgada formal, lo que impide reconsiderar el asunto litigioso. Por ello, la acción de responsabilidad no puede reabrir situaciones litigiosas definitivamente cerradas.

f) Finalmente, el magistrado Sr. Espín Templado formula voto particular adhiriéndose en lo sustancial a las consideraciones de los votos de los magistrados Sres. Campos Sánchez-Bordona y Díez-Picazo.

En definitiva, la nueva sentencia del Pleno del Tribunal Supremo ha reforzado los argumentos mayoritarios a favor de la doctrina favorable a la responsabilidad del Estado legislador por la declaración de la inconstitucionalidad de la ley, cuando la propia sentencia no fija sus efectos, si bien se mantiene el debate al respecto a partir de los numerosos votos particulares que se añaden a la sentencia (JT).

