

NOTAS DE JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

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

Universidad de Barcelona

I. CONFIRMACIÓN DEL RECORTE DE LAS TARIFAS REGULADAS GARANTIZADAS A LAS PLANTAS FOTOVOLTAICAS. EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

Como es sabido, el Gobierno español pretendió impulsar hace unos años la implantación de la energía solar fotovoltaica a través de un sistema de compra obligatoria de la electricidad generada por dichas instalaciones a unas tarifas reguladas muy superiores a los precios de mercado, y que la normativa reguladora aseguraba expresamente tanto durante los primeros veinticinco años como por el período no limitado que se iniciaba «a partir de entonces» (arts. 33 del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, y 36 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que derogó el anterior —en su redacción inicial—).

Este sistema de incentivos, que ofrecía rentabilidades de dos dígitos, atrajo a miles de pequeños y grandes inversores españoles y extranjeros (55.000, según datos de las asociaciones del sector) y propició la proliferación de plantas fotovoltaicas por todo el territorio nacional. La potencia instalada multiplicó en poco tiempo por nueve los objetivos fijados por el Gobierno, disparándose con ello el coste que este sistema de incentivos tenía para el conjunto del sistema eléctrico y contribuyendo a incrementar el famoso déficit tarifario del sector eléctrico español.

Para tratar de paliar el problema, el Gobierno adoptó diversas medidas, entre las que se encontró la de limitar a treinta años la percepción de las tarifas reguladas y el número de horas anuales de producción eléctrica con derecho a obtención de tales tarifas (superadas las horas anuales fijadas y los treinta años, los titulares de las plantas sólo podrían vender la electricidad producida a precios de mercado). Di-

chas limitaciones, introducidas a través del Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre; del Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, y de distintas órdenes ministeriales que los han desarrollado, han dado lugar a un gran número de recursos interpuestos por las asociaciones y empresas del sector fotovoltaico, que las consideran retroactivas y contrarias —entre otros— a los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima.

El Tribunal Supremo, desde el año 2012, ha venido desestimando dichos recursos a través de distintas sentencias que se ocupaban o bien del Real Decreto 1565/2010, o bien del Real Decreto-Ley 14/2010 (respecto del que los recurrentes solicitaban el planteamiento de cuestión prejudicial y de inconstitucionalidad). Las sentencias de la Sala 3.^a de 25 de junio de 2013 y de 13 de enero de 2014 (Sección 3.^a; recursos ordinarios núms. 252/2012 y 357/2012) son de interés en la medida en que refunden las sentencias anteriores y se pronuncian de forma íntegra sobre ambas normas, dando una visión completa de los argumentos manejados por el Tribunal en este asunto.

En ambas sentencias, prácticamente idénticas, el Tribunal Supremo niega que la referida reforma de las tarifas reguladas vulnere el Derecho europeo e internacional (en especial, la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, y el Tratado sobre la Carta de Energía) ni los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima, no confiscación, irretroactividad de las normas restrictivas de derechos e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, dedicando un fundamento jurídico específico a cada uno de ellos. En el último fundamento jurídico niega también que la regulación mediante decreto-ley vulnere el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al considerar que concurre el presupuesto habilitante de dicho tipo de norma con rango de ley.

De especial interés resulta la argumentación que lleva al Tribunal a negar la vulneración de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, principios que la sentencia no distingue y que incluye indistintamente en el artículo 9.3 de la Constitución.

A juicio del Tribunal, «los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial *no tienen un “derecho inmodificable” a que se mantenga inalterado el régimen económico* que regula la percepción de sus retribuciones, cuando ellos mismos han optado por no acudir al mercado (posibilidad que siempre les queda abierta) sino beneficiarse de un sistema público de fijación de aquéllas. [...] Los agentes u operadores privados que renuncian al mercado, aunque lo hagan más o menos inducidos por una retribución genero-

sa que les ofrece el marco regulatorio, sin la contrapartida de la asunción de riesgos significativos, *sabían o debían saber* que dicho marco regulatorio, de carácter público, aprobado en un determinado momento, del mismo modo que era coherente con las condiciones del escenario económico entonces vigente y con las previsiones de demanda eléctrica realizadas entonces, no podía ulteriormente ser ajeno a las modificaciones relevantes de los datos económicos de base, ante las cuales es lógica la reacción de los poderes públicos para acompañarlo a las nuevas circunstancias» (FF.JJ. 3.º y 4.º, respectivamente; cursiva añadida).

Concretamente, la Sala considera que «[e]l régimen económico administrativamente fijado [...] descansa en una serie de *presupuestos implícitos* que *cualquier operador del mercado diligente —o que hubiera acudido a un asesoramiento previo de calidad— no podía desconocer*» (FF.JJ. 3.º y 4.º, respectivamente; cursiva añadida): que la percepción de la tarifa regulada no podía considerarse perpetua o ilimitada en el tiempo, sino que se encontraba implícitamente vinculada a la vida útil de las instalaciones fotovoltaicas, vida útil que según el Tribunal Supremo no excede, según la mayoría de las estimaciones técnicas, de treinta años. A ello debe sumarse, prosigue el Tribunal, un segundo condicionamiento, en este caso explícito, que los operadores no podían desconocer: que las tarifas reguladas fijadas inicialmente se encontraban vinculadas a los objetivos de potencia instalada establecidos, y que su amplia superación justificaba una restricción posterior de aquéllas. En el último fundamento jurídico, el Tribunal justifica también la limitación anual de horas retribuíbles señalando que las fijadas son las que se tuvieron en consideración, como horas anuales de funcionamiento de las plantas, cuando se diseñaron las tarifas reguladas, y que el rápido avance tecnológico de las instalaciones fotovoltaicas permitió ampliar después de forma considerable.

El Tribunal, en suma, viene a considerar admisibles tales limitaciones al régimen retributivo establecido y cualesquiera otras que pudieran introducirse, siempre que obedezcan a razones justificadas y respeten el principio de «rentabilidad razonable» de los inversores establecido en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico (y recogido también en la vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre).

Cerrada la controversia en el plano interno español (a falta de lo que pueda resolver el Tribunal Constitucional en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por distintas Comunidades Autónomas contra el Real Decreto-Ley 14/2010), tendrá interés conocer el resultado —vinculante— del arbitraje internacional instado por distintos fondos de inversión extranjeros contra el Estado español, al amparo del

Tratado sobre la Carta de Energía, en lo que constituye una manifestación más de la internacionalización creciente del Derecho administrativo (OM).

II. MODULACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN Y DE LAS PRETENSIONES EN FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS (ARTS. 104.2 Y 109.1 LJCA) POR LA EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS (ART. 72 LJCA)

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administrativa, Sección 7.^a) de 7 de octubre de 2013 declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea (AENA) y el abogado del Estado contra el auto del TSJ de Madrid (Sección 9.^a) de 5 de noviembre de 2010 que admitió la personación de 1.264 residentes de la Ciudad Santo Domingo en el incidente de ejecución de la sentencia dictada por esta misma Sala del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2008.

Esta sentencia del Tribunal Supremo de 2008 que se pretende ejecutar había estimado en parte el recurso de casación interpuesto por cinco vecinos contra la sentencia del TSJ de Madrid (Sección 9.^a) núm. 115, de 31 de enero de 2006, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por 343 vecinos mediante el procedimiento de protección de derechos fundamentales. La demanda solicitaba que se declarase que habían padecido la lesión de sus derechos fundamentales a causa de la vía de hecho/inactividad administrativa que permitió ese estado de cosas, la condena de las Administraciones demandadas a que adoptaran las medidas precisas para que cesaran los sobrevuelos de la Ciudad Santo Domingo por aeronaves a baja altura, y que se indemnizara a los recurrentes por los daños y perjuicios sufridos con una cantidad no inferior a 12.000 euros por demandante. El fallo desestimatorio del TSJ de Madrid se basó en que no se produjo ninguna vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física (art. 15 CE) ni a la intimidad domiciliaria (art. 18 CE) de todos estos vecinos por la contaminación acústica del aeropuerto de Barajas, en particular por la intensidad de los sobrevuelos a baja altura para aterrizar en la tercera pista. En cambio, el Tribunal Supremo declaró, en casación, que se había vulnerado el derecho fundamental a la intimidad domiciliaria de los cinco recurrentes como consecuencia del ruido producido por el sobrevuelo de aviones de la Ciudad Santo Domingo en que residen y, en consecuencia, se les reconoció su derecho a que por la Administración: a) se adopten las medidas precisas para que cese la causa de esa lesión; y b) se indem-

nice a ellos cinco con la cantidad de 6.000 euros a cada uno por los perjuicios sufridos.

El caso expuesto recuerda inmediatamente el conocido caso *Hatton y otros contra Reino Unido*, en el que los residentes de los alrededores del aeropuerto de Heathrow plantearon la incidencia que sobre sus derechos tenía el nuevo sistema de ordenación de vuelos nocturnos adoptado en dicho aeropuerto en 1993. El TEDH estimó inicialmente en su sentencia de 2 de octubre de 2001 la violación del artículo 8 CEDH, al juzgar que el Reino Unido no había realizado un justo equilibrio entre los intereses económicos y el disfrute efectivo de los recurrentes de su derecho al respeto de su domicilio y vida privada y familiar. También estimó la violación del artículo 13 CEDH por la insuficiencia del control de los tribunales británicos. Posteriormente, planteado el tema de nuevo por el Gobierno británico ante la Gran Sala, ésta, en la sentencia de 8 de julio de 2003, se decantó por la no violación del artículo 8, estimando que las autoridades británicas no se excedieron de su margen de apreciación, aunque afirmó también la violación del artículo 13.

Volviendo a nuestro supuesto, posteriormente a la sentencia del Tribunal Supremo de 2008, ya en el incidente de ejecución, la providencia del TSJ de Madrid (Sección 9.^a) de 16 de septiembre de 2010 accedió a la solicitud de tener por personados a 1.260 residentes en la Ciudad Santo Domingo en su calidad de «afectados por la ejecución». Cabe decir que 184 de ellos ya habían interpuesto el recurso contencioso-administrativo inicial, que, como hemos visto, fue desestimado por el TSJ de Madrid, pero no habían interpuesto, posteriormente, el recurso de casación que a la postre habría de dar la razón a quienes persistieron. Y el resto no había comparecido anteriormente en ningún proceso. Cabe decir que, con anterioridad, mediante autos de 1 de junio y 28 de julio, ya se había aceptado la personación de otros cuatro residentes sin que se presentase recurso alguno. Pero AENA y el abogado del Estado recurrieron esta personación de un gran número de residentes, siendo estimado en parte el recurso de súplica de este último sólo en relación al tipo de resolución judicial al considerar que no se podía adoptar mediante providencia y, por ello, se dictó el auto de 5 de noviembre de 2010 que confirmó dicha personación. La forma de resolución era relevante a los efectos de su recurribilidad en casación. En cambio, todos los argumentos de fondo contrarios a la personación fueron desestimados. Contra estas dos resoluciones que admitieron la personación de 1.260 residentes, AENA y el abogado del Estado interpusieron recursos de casación que ha dado lugar a la sentencia que comentamos. Vemos, pues, que no se impugna una resolución material

sobre ejecución de la sentencia, sino sólo la personación de todos estos vecinos en el incidente de ejecución.

A continuación, nos ceñiremos a los aspectos más significativos de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2013, como son la legitimación y las pretensiones en fase de ejecución de sentencias y su correlación con la extensión de los efectos de las sentencias, sin que nos adentremos sobre otros aspectos procesales de menor relevancia.

El recurso de casación de AENA efectúa las dos siguientes alegaciones principales. Primero, la sentencia a ejecutar únicamente puede producir efectos entre las partes porque el fallo se limita a reconocer una situación jurídica individualizada de los cinco recurrentes (la lesión de su derecho fundamental a la intimidad domiciliaria) y su restablecimiento con las medidas que se indican (cese de la lesión e indemnización). Como establece el artículo 72.3 LJCA, la estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes y, por tanto, no se puede extender a todos los otros residentes que no se personaron como partes. También se afirma que la sentencia no contiene pronunciamiento de anulación de ningún acto administrativo o disposición cuando, según el artículo 72.2 LJCA, es el único supuesto que permite extender sus efectos a todas las personas afectadas, o sea, más allá de las partes. Y segundo, el derecho a la intimidad es un derecho personalísimo, de goce individual, y, por tanto, su vulneración ha de ser comprobada caso por caso. Sin que pueda ser de aplicación la importante sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2005 sobre la legitimación de las personas afectadas en fase ejecutiva, al referirse a un caso de urbanismo cuando en éste se ventilan derechos fundamentales personalísimos.

El recurso de casación del abogado del Estado reitera las dos anteriores alegaciones realizando algunas consideraciones adicionales de interés. Primero, en relación a la vulneración de la normativa sobre extensión de los efectos de las sentencia (art. 72.2 y 3 LJCA), recuerda que tampoco pueden ser de aplicación en el presente caso los dos supuestos de extensión de los efectos a terceros de los pronunciamientos de reconocimiento de una situación jurídica individualizada (y su establecimiento) previstos en los artículos 110 y 111 LJCA, que se refieren, respectivamente, a materia tributaria y de personal y a la suspensión de recursos contencioso-administrativos a favor de uno preferente. Y segundo, considera que el derecho fundamental a la intimidad de los cinco recurrentes no puede afectar a 1.260 personas por el mismo hecho de ser residentes en la misma urbanización, pues este derecho fundamental es individual de cada titular. Pero resulta interesante la con-

sideración de que podría admitirse la extensión de estos pronunciamientos de reconocimiento de una situación jurídica individualizada (y su establecimiento) si la sentencia hubiera apreciado la vulneración de un derecho colectivo cuya titularidad viene determinada por la residencia en esta urbanización. Finalmente, añade una nueva alegación afirmando que la personación de las partes que no recurrieron en casación es contraria al efecto de cosa juzgada, pues para ellas existía una sentencia firme que declaraba la falta de lesión de su derecho a la intimidad domiciliaria.

Al tratarse de un recurso de casación en relación a un proceso de protección de derechos fundamentales se dio vista al Ministerio Fiscal, que expresó su parecer discrepante con los recurrentes. Primero, recuerda que la intervención de terceros afectados en el proceso ejecutivo sin que fueran partes procesales no sólo se deriva del artículo 72.2 LJCA, sino, en especial, de los artículos 104.2 y 109.1 LJCA. Así como que, según la ya citada sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2005, la noción de afectados está en conexión con la de interés legítimo. Segundo, entiende que el carácter personalísimo del derecho fundamental a la intimidad no es relevante a los efectos de la legitimación en fase ejecutiva, sino la acreditación de la condición de afectados. Destaca que un mismo acto u omisión que afecta de manera idéntica a un número determinado de personas puede vulnerar simultáneamente el derecho personalísimo de todos ellos. Por ello, lo importante no es el carácter personal del derecho, sino que todos son titulares en iguales condiciones de tal derecho y han sido afectados de idéntico modo por el mismo hecho. Y considera que ello concurre en este caso pues un mismo acto u omisión (la reiteración de sobrevuelos a baja altura sobre la urbanización Ciudad Santo Domingo) afecta de forma idéntica a los diversos titulares de un derecho (el derecho a la intimidad de todos los vecinos de dicha urbanización, con independencia de que hayan recurrido o no). Ahora bien, manifiesta que tiene que modularse el alcance de esa personación para limitarse a la parte del fallo que afecta a todos por igual (reconocimiento de la lesión del derecho fundamental y cese de la causa de dicha lesión). Pero no a los efectos individuales de la sentencia (la indemnización).

Ante estas alegaciones, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2013 rechaza los razonamientos de los recursos de casación, siguiendo, en buena medida, la posición del Ministerio Fiscal.

En primer lugar, afirma que los residentes en la citada Ciudad Santo Domingo están legitimados para pedir la ejecución de la sentencia en virtud de los artículos 104.2 y 109.1 LJCA. Admite que concurre en ellos la noción de personas afectadas porque residen en el ámbito es-

pacial que la sentencia considera contaminado acústicamente y padecen la situación lesiva mientras no se ponga fin a la causa que la produce, como es la contaminación acústica por el sobrevuelo a baja altura de la Ciudad Santo Domingo. Sin duda, la ejecución de la sentencia dictada hace ya cinco años comporta la cesación de dicha causa de la lesión al derecho fundamental de intimidad. Y ello no sólo afecta a los cinco vecinos que recurrieron en casación, sino también al resto de vecinos de esta citada Ciudad, tanto si no han sido parte en el proceso o, siéndolo, no lo han seguido en casación. Entiende que estos últimos no pueden ser de peor condición que quienes ni siquiera impugnaron la actuación controvertida.

Y, en segundo lugar, la sentencia examina la cuestión más difícil, como es el alcance de los efectos de la misma según el artículo 72 LJCA. Ello determina el contenido de las pretensiones ejecutivas que pueden hacer valer los legitimados en fase de ejecución. La problemática planteada deriva de la imposibilidad de extender los efectos de las sentencias de anulación de actos o disposiciones a las personas afectadas (art. 72.2 LJCA) porque el fallo de la sentencia a ejecutar no contiene expresamente pronunciamiento anulatorio de ningún acto o disposición. Así como tampoco se pueden extender a las personas afectadas los efectos del reconocimiento de la situación jurídica individualizada de los cinco recurrentes (lesión al derecho fundamental a la intimidad domiciliaria) y su restablecimiento (medidas de cese de la lesión e indemnización) porque se limita a las partes (art. 72.3 LJCA). Vemos, pues, que la conclusión sería que los legitimados en ejecución no podrían ejercer ninguna pretensión ejecutiva. Esta situación es salvada por la sentencia comentada siguiendo las modulaciones planteadas por el Ministerio Fiscal. Los cinco recurrentes en casación pueden instar la ejecución del reconocimiento de su situación jurídica individualizada y su restablecimiento. Mientras el resto de residentes pueden instar la ejecución para pedir el cese de la causa generadora de la contaminación acústica en la medida que también vulnera su derecho fundamental. La justificación de las pretensiones ejecutivas de estos últimos es muy escueta y no muy elaborada, limitándose a mencionar la naturaleza del proceso, las circunstancias concurrentes, la interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, la lógica que anima el artículo 72 LJCA (en referencia a lo manifestado por el Ministerio Fiscal sobre la singularidad del contencioso-administrativo de extender los efectos de las sentencias más allá de las partes, a diferencia del proceso civil, por enjuiciarse actuaciones de las Administraciones donde subyace un interés general conjuntamente con los privados de los recurrentes) y la correspondencia con la pretensión que los residentes defienden.

Este caso muestra las importantes disfunciones por la falta de correlación en la LJCA entre las pretensiones y el contenido de las sentencias (arts. 31-32 y 71 LJCA), por una parte, y el alcance de los efectos de las sentencias, por otra (art. 72 LJCA). Sólo se prevé el alcance general de los efectos de las sentencias de anulación de actos o disposiciones a las personas afectadas (art. 72.2 LJCA), sin hacer mención de las sentencias que condenan al cumplimiento de una actuación en los casos de inactividad administrativa u ordenan el cese o modificación de una actuación material. En el presente caso, la demanda no pidió la anulación de ningún acto, sino que se planteó directamente frente a la inactividad o actuación material, consignando, entre otras, las pretensiones de condena de las Administraciones demandadas a que adoptaran las medidas precisas para que cesaran los sobrevuelos de la Ciudad Santo Domingo por aeronaves a baja altura. Y el fallo de la sentencia a ejecutar tampoco contenía ningún pronunciamiento anulador. En cambio, la sentencia se ve obligada a hacer una interpretación muy forzada de dicho fallo, diciendo que se puede distinguir un doble pronunciamiento: la anulación de la actuación lesiva y la obligación de la Administración de eliminar la causa de la lesión. La sentencia tampoco concreta la justificación de la extensión de este segundo pronunciamiento que obliga a la Administración a actuar. Si bien parece que se configure como una consecuencia de la anulación, la cual es una pretensión no prevista en la LJCA, sino de creación jurisprudencial.

También se pone de manifiesto la necesidad de superar las limitaciones del artículo 72.3 LJCA, que permite extender los efectos del reconocimiento de la situación jurídica individualizada (y las medidas para su restablecimiento) a terceros que estén en una situación jurídica idéntica a las partes, pues se circunscribe sólo a materias de tributos y de personal (art. 110 LJCA) o en los casos de procesos judiciales suspendidos por la tramitación de otro preferente (art. 111 LJCA). Ésta es una de las novedades que incorporó la Ley de 1998, pero que ha quedado bastante inédita en su aplicación sistemática, entre otros motivos por lo limitado de su ámbito y el escaso incentivo que supone su aceptación para los propios jueces y tribunales. El presente caso muestra claramente la necesidad de repensar los presupuestos y los límites materiales de la posibilidad de extensión de los efectos de las sentencias, y conectarla con la posibilidad de extender los efectos del reconocimiento de la situación jurídica individualizada (y las medidas para su restablecimiento) a otras materias. En fin, se destaca también la importancia de un mayor reconocimiento legislativo de la capacidad para ser parte de los grupos de afectados, que actualmente se reducen, básicamente, a los consumidores. Y es que la capacidad para ser parte de

los grupos de afectados precisa a menudo de una extensión de los límites subjetivos de la cosa juzgada a todos los componentes del grupo, aunque no hayan sido parte ellos mismos personalmente, ya que forman parte del grupo y, por lo tanto, han sido representados y defendidos en el proceso (TF y AP).

III. FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE FARMACÉUTICOS ESPAÑOLES PARA EXIGIR UN AVAL DEL ESTADO FRENTE A LA DEUDA FARMACÉUTICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN BASE A LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA (ART. 15 CE) Y A LA IGUALDAD (ART. 14 CE)

Es un hecho notorio los perjuicios a las farmacias que está ocasionando el impago de la deuda farmacéutica de las Comunidades Autónomas, que se cifraba en mayo de 2013 en más de 1.000 millones de euros, correspondiendo 450 millones a Valencia y 300 millones a Cataluña, según datos de la Federación Empresarial de Farmacéuticos Españoles (en adelante, FETE). Para conseguir que las oficinas de farmacia cobren esta deuda, dicha Federación acude a los tribunales aduciendo la protección de determinados derechos fundamentales de los usuarios, los pacientes y los titulares y los empleados de las oficinas de farmacia. Y de ello conoce la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administrativa, Sección 7.^a) de 6 de noviembre de 2013, que a continuación comentamos.

En concreto, la FETE intenta corregir esta situación reclamando al Consejo de Ministros para que autorice el otorgamiento de un aval del Estado en garantía de las transmisiones de los derechos de cobro de las oficinas de farmacia frente a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas devengados en virtud de los conciertos suscritos para efectuar la prestación farmacéutica con cargo al Sistema de Seguridad Social. Y ello en base a la vulneración de los siguientes derechos fundamentales: el derecho a la vida y a la integridad física de los pacientes y usuarios del Sistema de Seguridad Social (art. 15 CE), pues la falta de medicamentos afecta a las personas con enfermedades crónicas, pensionistas y a la población en general que padece enfermedades crónicas; el derecho a la igualdad de los pacientes y usuarios (art. 14 CE) al ser discriminados por el desabastecimiento de las oficinas de farmacia en función de la Comunidad Autónoma o zona en la que residen; y el derecho a la igualdad de los titulares y empleados de las oficinas de farmacia (art. 14 CE) por la discriminación injustificada que están sufriendo por los impagos de los medicamentos dispensados con cargo al

Sistema de Seguridad Social, que puede ocasionar el cierre de establecimientos y la pérdida de puestos de trabajo.

Dicha reclamación es desestimada por Resolución del Secretario General Técnico-Director del Secretariado del Gobierno. Contra esta negativa, la FETE interpone un recurso contencioso-administrativo al Tribunal Supremo mediante el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales con la finalidad de conseguir una tutela más rápida. La demanda plantea las siguientes pretensiones: nulidad de la resolución recurrida, reconocimiento de la vulneración de los derechos fundamentales antes mencionados y derecho a que se autorice dicho aval o a que se adopte cualquier medida efectiva para garantizar el cobro de los medicamentos dispensados por las farmacias y evitar desabastecimientos.

Tanto el abogado del Estado como el Ministerio Fiscal se oponen al recurso alegando la inadmisibilidad por falta de legitimación. En el caso del abogado del Estado, se pide la inadmisibilidad total al entender que la FETE no está legitimada para reclamar la tutela de los derechos fundamentales personalísimos a la vida y a la integridad física y a la igualdad de los usuarios y pacientes, ni tampoco de los derechos fundamentales personalísimos a la igualdad de los titulares de las oficinas de farmacia ni de los trabajadores. Mientras el Ministerio Fiscal plantea una inadmisibilidad parcial referida a la falta de legitimación de dicha entidad en relación a los derechos fundamentales personalísimos mencionados de los usuarios, de los pacientes y de los trabajadores porque quedan fuera de los intereses defendidos por esta asociación empresarial del sector farmacéutico. Pero admite que el recurso podría considerarse admisible, con dudas, respecto al derecho fundamental a la igualdad de los empresarios farmacéuticos ubicados en Comunidades Autónomas que no atienden sus pagos. Y ello en base a un interés legítimo, común y compartido, vinculado al derecho a la igualdad de quienes están integrados en esta asociación y padecen el perjuicio de los citados impagos.

El Tribunal Supremo declara la inadmisión por falta de legitimación de la FETE en base a una fundamentación muy escueta e incompleta. Así, manifiesta que carece de legitimación en un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales al no existir normativa alguna que le atribuya legitimación en este ámbito y por no haber acreditado ningún interés legítimo. De hecho, la sentencia se limita, prácticamente, a manifestar que esta Federación de asociaciones de titulares de oficinas de farmacia no puede defender los derechos fundamentales personalísimos a la vida y a la integridad física y a la igualdad de los usuarios y pacientes porque es un derecho personalísimo de los mismos.

Pero en ningún momento dice nada sobre el derecho fundamental a la igualdad de los titulares de las oficinas de farmacia ni de sus trabajadores. Es bastante evidente que esta Federación no está legitimada para la defensa de los derechos e intereses individuales y colectivos de los trabajadores porque no parece que figure entre sus finalidades estatutarias, que deben estar referidas, más bien, a los empresarios de las farmacias.

En cambio, no es tan evidente la falta de legitimación de esta entidad para la defensa de los derechos e intereses individuales de los titulares de oficinas de farmacia asociados o de los intereses colectivos de los empresarios farmacéuticos, en base al artículo 19.b) LJCA y su interpretación por la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo. No se comprende la falta de un análisis más riguroso de estos supuestos legitimadores cuando la sentencia reconoce que, de hecho, lo que pretende esta entidad es la defensa económica de sus asociados reclamando el cobro puntual de la deuda farmacéutica por las distintas Comunidades Autónomas. Tampoco parece acertado el razonamiento último, relativo a que, según la STC 37/1987, de 26 de marzo, el principio de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ejerzan sus competencias con «unos resultados idénticos o semejantes». Se trata, más bien, de un motivo de desestimación del recurso que no de inadmisión por falta de legitimación. En fin, se realiza una interpretación restrictiva de la legitimación activa que no resulta muy acorde con la jurisprudencia constitucional, que exige una interpretación favorable a la legitimación en base al principio *pro actione* (AP).

IV. SILENCIO POSITIVO Y RECURSO DE LESIVIDAD

La Secretaría de Estado de Justicia separó del cargo a un secretario judicial como consecuencia de una previa condena penal por un delito continuado de falsedad en documento público en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales. Condena que llevaba aparejada la pena accesoria de inhabilitación especial para todo cargo en la Administración de Justicia durante el tiempo de la condena.

Solicitada la rehabilitación en el cuerpo, se emitieron informes desfavorables, pero transcurrió el plazo de seis meses sin dictarse resolución expresa, por lo que en aplicación del silencio positivo se entendió concedida la rehabilitación solicitada.

Así las cosas, por Orden del Ministerio de Justicia de 18 noviembre de 2009 se inició el procedimiento de declaración de lesividad del acuerdo producido por silencio positivo. Posteriormente se acordó la lesivi-

dad y la suspensión de los efectos del acto lesivo, así como la impugnación de dicho acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Audiencia Nacional desestimó el recurso interpuesto por la Administración del Estado y contra esta sentencia se interpuso recurso de casación, que resolvió el Tribunal Supremo mediante su sentencia de 13 de marzo de 2013, Rec. 4737/2011.

En su sentencia, la Audiencia Nacional no cuestiona que el acto impugnado pueda ser lesivo para los intereses generales, dada la gravedad de los hechos cometidos por el secretario judicial que solicitó su rehabilitación. Pero se centra en examinar si concurre el otro elemento necesario para anular el acto, esto es, la existencia de alguna infracción del ordenamiento jurídico en la obtención de la rehabilitación por silencio positivo. Así, la Audiencia Nacional sostuvo lo siguiente: «por tanto, las circunstancias concurrentes hubieran descartado la procedencia de la rehabilitación solicitada, como potestad discrecional y extraordinaria, para que el demandado pudiera volver a ejercer la condición de Secretario del cuerpo de secretarios judiciales. El problema es si ello, por sí solo, implica la procedencia de la anulación interesada en la demanda previa declaración de lesividad».

Más adelante concluye que si bien la Administración debió haber ponderado las circunstancias concurrentes y seguramente denegado la rehabilitación, lo cierto es que dejó transcurrir los plazos y permitió la entrada en juego del silencio positivo. Por ello, el acto impugnado no puede ser anulado por el hecho de no haber actuado la Administración con la diligencia debida, sin que pueda vaciarse de contenido la regulación del silencio positivo (a lo que se añade un comentario sobre la conveniencia de modificar legalmente en este caso el régimen del silencio para convertirlo en negativo).

Dentro ya del recurso casacional, el Tribunal Supremo se plantea de hecho dos cuestiones. Primero, una cuestión general o abstracta, relativa a si un acto obtenido por silencio puede ser objeto de un recurso de lesividad. En segundo lugar, una cuestión concreta, en virtud de la cual examina si el acto impugnado es o no conforme a Derecho.

En relación con la primera cuestión, el Tribunal Supremo concluye que sí es posible anular el acto obtenido por silencio positivo, ya que a los actos producidos por silencio se les debe aplicar el régimen general de los actos administrativos. Por ello, anular un acto producido por silencio no significa vaciar de contenido los efectos del silencio positivo. Se afirma igualmente que el silencio permite crear un acto a partir de la inactividad, lo que no se discute, pero al mismo tiempo debe reconocerse que este acto debe poder declararse lesivo en cuanto a su propio contenido material.

Admitida la posibilidad abstracta de anular el acto, se enjuicia el caso concreto y se concluye que la resolución impugnada vulneró lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, ya que la rehabilitación exige una motivación de las circunstancias concurrentes para su otorgamiento. Para el Tribunal, la rehabilitación funcional no es una potestad libre de la Administración, pues su válido ejercicio requiere inexcusablemente tomar en consideración los criterios normativamente previstos para dicha rehabilitación, que son los establecidos en el artículo 59.2 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, justificando además motivadamente que las circunstancias singulares del interesado no incurrían en los criterios normativos que son enunciados como expresivos de factores o valores que son contraproducentes para el buen desempeño funcional.

Para el Tribunal Supremo, este juicio ponderado no se produjo en una resolución obtenida por silencio y, por ello, se anula el acto impugnado.

La sentencia cuenta, no obstante, con un voto particular de los magistrados Lucas Murillo de la Cueva y Conde Martín de Hijas. El voto particular sostiene que el recurso de casación debió ser desestimado. El citado voto no cuestiona la producción del acto por silencio positivo, ni que un acto de esta naturaleza pueda ser declarado lesivo e impugnado en sede judicial. Para los magistrados discrepantes, el error de la sentencia estriba en que la misma sitúa el debate en el terreno de si procedía o no la rehabilitación en función de los criterios del artículo 59 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, cuando, a su juicio, no puede considerarse la correcta aplicación de los criterios de ponderación establecidos en la norma cuando la misma admite el silencio positivo y, por tanto, la creación del acto por un camino que no requiere la ponderación. La rehabilitación *ex silentio* supone admitir que cabe rehabilitar sin ponderación y, por ello, no podía anularse el acto, ya que al producirse de conformidad con la previsión legal no se vulneró precepto alguno.

Debo reconocer que la tesis de la sentencia de instancia y del voto particular me parece más fundada que la que contiene la sentencia del Tribunal Supremo. Pero más allá de esta opinión personal, lo que me parece claro es que este debate pone de relieve una vez más las debilidades de la institución del silencio positivo y la precaución que debería guiar su aplicación. Si la decisión administrativa requiere la ponderación de diversos criterios para adoptar una resolución final acorde con el interés general, no debería aceptarse nunca el recurso al silencio positivo. Si en este caso el legislador admitió el silencio posi-

tivo, de hecho reconoció la posible rehabilitación sin ponderación previa y, por ello, el acto no debería ser anulado. Pero es también cierto que nos repugna admitir que pueda obtenerse por el simple transcurso del tiempo un acto favorable que debería ser objeto de un juicio previo riguroso de ponderación de las circunstancias concurrentes. Si en este supuesto el silencio hubiera sido negativo, no se habría producido el conflicto (JT).

V. EL LOBO, EL SERVICIO PÚBLICO Y LA EVENTUAL LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

La imagen del lobo está muy presente en la memoria del campo en España. El más que evidente retroceso de estos animales en los últimos tiempos, tanto en lo que se refiere al número de ejemplares como a las zonas en que pueden encontrarse en libertad, ha justificado la aprobación de una normativa, tanto europea como española, destinada a su protección. En ocasiones, los ganaderos se encuentran en una difícil situación: deben respetar la normativa indicada a pesar de sufrir ataques de lobos que dan muerte a sus cabezas de ganado. El adecuado resarcimiento de estos daños se erige, de este modo, no solamente en una demanda razonable del particular afectado, sino, también, en una condición para la aceptación social y, por tanto, para la garantía de mantenimiento de la política de protección de la especie.

De la normativa aplicable resulta que el grado de protección del lobo en nuestro país varía en atención al dato geográfico de su ubicación, sirviendo de frontera el río Duero. En efecto, las poblaciones situadas al norte del río son una especie cinegética, esto es, que pueden ser objeto de caza. En cambio, los ejemplares situados al sur constituyen una especie protegida, de modo que no pueden ser objeto de aprovechamiento y actividad cinegética. Las poblaciones de lobo del sur del Duero, en consecuencia, con la finalidad de lograr su reasentamiento, gozan de un nivel de protección pública mucho más alto o intenso.

Mediante el Decreto autonómico 28/2008, de 3 de abril, se aprobó el Plan de Conservación y Gestión del Lobo en Castilla y León. En su artículo 12 se abordó el problema arriba expuesto de la reparación a los ganaderos, con la siguiente rúbrica: «Compensación de los daños a la ganadería». En su primer apartado, tras afirmar genéricamente que «la Comunidad de Castilla y León procurará que los perjudicados tengan la posibilidad de compensar los daños que el lobo haya producido a su ganado», distingue el mecanismo para hacer efectiva «la corres-

pondiente compensación» en atención al territorio en el que se haya producido el ataque.

Si el lobo ataca «en los terrenos situados al norte del río Duero», el mecanismo previsto es el siguiente: «la Administración de la Comunidad Autónoma responderá de los daños causados por el lobo de conformidad con lo dispuesto en las normas reguladoras de la responsabilidad por daños producidos por las piezas de caza».

Si el ataque tiene lugar, en cambio, al sur de esa frontera fluvial («en el resto de terrenos»), la previsión del Plan es distinta: «se asegurará la existencia de, al menos, un seguro asequible que cubra los daños ocasionados en las explotaciones por lobos o perros asilvestrados. Asimismo, la Consejería de Medio Ambiente compensará la franquicia de dicho seguro y, en los supuestos en los que se acredite que los daños han sido ocasionados por lobos, compensará el lucro cesante y los daños indirectos». Esta hipótesis, por lo demás, es desarrollada con mayor detalle en el apartado segundo del mismo artículo 12, al afirmar que esa Consejería autonómica «convocará anualmente las correspondientes ayudas. En la orden de convocatoria se podrá condicionar la concesión de las ayudas a la adopción de medidas preventivas por parte del afectado. Asimismo, se fijarán los importes máximos a percibir para compensar las franquicias en función del tipo de ganado y se determinará el importe máximo a compensar por cabeza y tipo de ganado muerto, en el que se incluirá el lucro cesante y los daños indirectos, en el caso de que se acredite que los ataques hayan sido ocasionados por lobos».

Lo establecido por el Plan para la zona norte no ha originado controversia. Sí que la ha causado, en cambio, lo previsto para la zona sur del río. En concreto, la Coordinadora Agraria de Castilla y León, representando los intereses ganaderos, interpuso recurso contencioso-administrativo solicitando la nulidad de la parte del artículo 12 del Plan que, justamente, regula el régimen de compensación de daños causados por lobos en el sur del Duero. La asociación ganadera parte de la constatación, no discutida, de que la Administración ha optado por la expansión del lobo ibérico hacia nuevos espacios que conecten con la población aislada andaluza. De este modo, en su opinión, el control de la población del lobo es un servicio público y, por ello, los daños causados por estos animales están sometidos al régimen general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. En cambio, el artículo 12 del Plan, en la parte impugnada, establece un régimen distinto: impone al ganadero contratar un seguro de daños propios, de manera que la indemnización que pagará la Administración se reduce a la franquicia prevista en el seguro y otra cantidad alzada por lucro cesante y daños indirectos.

Resolviendo este recurso contencioso, la sentencia de 11 de diciembre de 2009 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estimó la pretensión de la parte recurrente y declaró la nulidad del precepto impugnado del Plan. Contra ella, el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo. En defensa del modelo de compensación establecido en el Plan para la zona sur del río, la Administración autonómica alega que la finalidad perseguida por «este sistema especial» se justificaría porque, al tratarse de zonas de recolonización de la especie, la «conflictividad social» es mayor frente a las zonas de presencia tradicional, de modo que se requiere una respuesta ágil y rápida, que es precisamente lo que se pretende con el precepto cuestionado del Plan. De todas maneras, la propia Administración admite que se trata de un modelo «complementario y voluntario, no obligatorio, al sistema general de responsabilidad»: una vía alternativa de pago de los daños, con una tramitación más sencilla.

El recurso de casación es resuelto por la sentencia de 22 de marzo de 2013 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Centra el objeto del litigio en el «régimen de responsabilidad patrimonial por los daños producidos por el lobo», aunque acotado a aquellos ocasionados por «las poblaciones de lobo situadas al sur del río Duero».

Los razonamientos del Tribunal Supremo parten de considerar que «el nivel de protección e intervención de la Administración es tan acusado que para los daños que causen [los lobos] hay que entender que le es de aplicación el régimen primario de responsabilidad patrimonial del artículo 106.2 de la Constitución y de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992. Y ello porque los perjudicados no tienen el deber de asumir y soportar aquellos daños de forma individual, ya que en tales casos estaríamos ante perjuicios perfectamente identificados derivados de la protección que el ordenamiento encomienda a los poderes públicos sobre determinadas especies, en general, y sobre el lobo, en particular». Asimismo, recuerda el Tribunal que «en alguna otra ocasión esta Sala se ha pronunciado sobre el concepto amplio de servicio público, en cuanto a la responsabilidad que corresponde a las Administraciones públicas por daños causados a terceros, cuando estamos ante especies animales o ámbitos naturales que gozan de algún régimen especial de protección, en aras de salvaguardar el interés público medioambiental».

Hechas estas consideraciones introductorias, la duda que examina la sentencia es la siguiente: determinar si el régimen especial de com-

pensación establecido en el artículo 12 del Plan, para los daños causados por los lobos en el sur del río, excluye o no la aplicación del régimen general en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. La sentencia de instancia consideró que la exclusión se producía, razón por la que declaró la nulidad del precepto impugnado. La Administración autonómica, en su escrito de casación, en cambio, sostiene que es un régimen complementario y de naturaleza voluntaria. Pues bien, el Tribunal Supremo, tras constatar que, en este punto, «las previsiones del Plan resultan, cuanto menos, confusas y contradictorias», desestima el recurso de casación. Y ello porque el Plan «no sólo guarda silencio sobre si resulta de aplicación el régimen general de responsabilidad patrimonial previsto en la Ley 30/1992, al no hacer ninguna remisión expresa ni velada al mismo, sino que de la regulación contenida en el artículo 12 del Plan se infiere que lo que se pretende es excluir su aplicación» (AG).