

22 OCT. 2012

RECURSO CASACION EN INTERES DE LA LEY Num.: 5571/2011

Votación: 02/10/2012

Ponente Excmo. Sra. D^a.: María del Pilar Teso Gamella

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. D^{ña}. María Jesús Pera Bajo

SENTENCIA

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: QUINTA**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Mariano de Oro-Pulido y López

Magistrados:

D. Rafael Fernández Valverde

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Jesús Ernesto Peces Morate

En la Villa de Madrid, a cinco de Octubre de dos mil doce.

Visto por la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, el recurso de casación en interés de la Ley nº 5571/2011 interpuesto por el Letrado de la Junta de Andalucía, en la representación que legalmente ostenta, contra la Sentencia de 28 de junio de 2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 9 de Sevilla, en el recurso contencioso administrativo nº 191/2010, sobre sanción administrativa en materia de aguas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia recurrida establece lo siguiente:

"Se acuerda estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto a instancias del Ayuntamiento de el Castillo de las Guardas representado y defendida por el Letrado don José Asensio Zamora contra la Agencia Andaluza del Agua de la Junta de Andalucía, representada y defendida por la letrada doña Rosa Lara Luque, contra la resolución de la Agencia Andaluza del Agua de fecha 8 de marzo de 2010 por la que desestima el requerimiento previo formulado contra la resolución de dicho órgano dictada con fecha 9 de octubre de 2009 recaída en el expediente sancionador número 0292/08-CA el que se impone al ayuntamiento una multa de 601.01 E y, en consecuencia, debo anular y anulo la resolución impugnada por no ser ajustada a derecho, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas a ninguna de la partes".

SEGUNDO.- La representación procesal de la Junta de Andalucía se personó ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo y formuló escrito de interposición del recurso de casación en interés de la Ley, expresando los motivos en que se ampara y solicitando a la Sala que se dicte sentencia que fije como doctrina legal la que se propone el suplico de su escrito de interposición y que transcribiremos en los fundamentos.

TERCERO.- Han presentado escrito oponiéndose al recurso de casación en interés de la Ley la Administración General del Estado solicitando que se estime sustancialmente el recurso de casación interpuesto por la Junta recurrente con alguna matización en su concreta formulación.

CUARTO.- Por su parte, el Ministerio Fiscal, en la audiencia conferida, considera que la doctrina que se postula no es errónea ni causa daño al interés público, por lo que, a juicio del Ministerio Fiscal, no concurren los requisitos del artículo 100 de la LJCA para la interposición y estimación del recurso de casación en interés de la Ley.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, para votación y fallo se señala el día 2 de octubre de 2012, en cuya fecha tuvo lugar dicho acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. **MARÍA DEL PILAR TESO GAMELLA**, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna la sentencia, dictada por el Juez de lo Contencioso-administrativo nº 9 de Sevilla, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución la Agencia Andaluza del Agua de la Junta de Andalucía que desestimó el requerimiento previo formulado por el Ayuntamiento de El Castillo de Las Guardas sancionado tras la imposición de una sanción de multa de 601,01 euros.

La Junta recurrente pretende que se fije la siguiente doctrina legal:

<<1.- En el concepto de actos dictados por órgano manifiestamente incompetente del artículo 62.1 b) de la Ley 30/92 no pueden considerarse incluidos los dictados por órganos cuya atribución competencial se ve posteriormente anulada por la declaración de la inconstitucionalidad de la norma que transfirió la competencia, ya que en ese caso el vicio no sería ni manifiesto ni originario. (...) 2.- El artículo 40.1 LOTC no permite revisar procedimientos sancionadores con base en la inconstitucionalidad posteriormente declarada de la norma de atribución de competencias, ya que dicho artículo sólo contiene excepciones concretas, y no resulta admisible ampliar el ámbito de las excepciones (artículo 4 del Código Civil), máxime cuando la tipicidad de la conducta y su punibilidad siguen subsistentes puesto que la norma sustantiva sigue vigente >>.

Por su parte, el Abogado del Estado solicita que al estimarse "sustancialmente" el recurso se establezca la siguiente doctrina legal:

<<Con carácter principal declare que los efectos de la STC 30/2011 no son aplicables a las sanciones en materia de aguas que ya habían sido impuestas por la Agencia Andaluza del Agua (Comunidad Autónoma de Andalucía) cuando se publicó aquella sentencia, incluso aunque esas sanciones se encontrasen recurridas en vía contencioso-administrativa. (...) De forma subsidiaria, declare que la retroactividad de la STC 30/2011 no implica la nulidad de pleno derecho de los acuerdos de imposición de sanciones en materia de aguas emanados de la Agencia Andaluza del Agua al no haber sido dictados por órgano manifiestamente incompetente, sino la simple anulabilidad de los mismos con aplicación del principio de conservación de los actos de trámite hasta las propuestas de resolución inclusive y con retroacción de las actuaciones para que la Administración del Estado o la Confederación

Hidrográfica del Guadalquivir puedan subrogarse en la posición de la Agencia Andaluza del Agua como órgano sancionador competente>>.

En fin, el Ministerio Fiscal considera que la doctrina que sienta la sentencia recurrida no es errónea ni causa grave daño al interés general.

SEGUNDO.- Conviene advertir, antes de nada, que esta modalidad singular de casación se caracteriza porque constituye un remedio procesal cuya única finalidad es impedir que resoluciones judiciales, que expresan una doctrina errónea y gravemente dañosa para el interés general, puedan llegar a consolidarse por su reiteración ante casos iguales o semejantes.

Si esto es así, nos corresponde determinar si el recurso que ahora examinamos responde a tal finalidad, es decir, si el pronunciamiento del Juez de lo Contencioso-administrativo que se contiene en la sentencia que se impugna es erróneo y susceptible de proyectarse y reiterarse en el futuro, ocasionando ese grave daño para el interés general a que se refiere el artículo 100.1 de la LJCA.

La expresada finalidad, adelantando la conclusión que luego desglosaremos, que persigue este peculiar recurso de casación en interés de la Ley no concurre en este caso, pues lo que se pretende es un nuevo enjuiciamiento de la cuestión resuelta por la Sala de instancia. Y no nos corresponde, a tenor de lo antes expuesto, abordar si la sentencia ha incurrido en alguna infracción de las normas aplicables al caso, sino determinar, únicamente, si la misma es errónea y gravemente dañosa para el interés general. Téngase en cuenta que este tipo de recursos no puede constituir el cauce adecuado para sustanciar una impugnación tendente a depurar si una decisión judicial ha incurrido en alguna infracción legal, pues en tal caso su naturaleza y finalidad no diferiría, esencialmente, de la que corresponde al recurso de casación ordinario, que es precisamente lo que se advierte en el planteamiento de este recuso de casación en interés de la Ley.

Por ello, cuando la Junta recurrente, al amparo de este recurso en interés de la Ley, expresa su disconformidad con la aplicación del Derecho realizada por el Juez de este orden jurisdiccional, y cuando la Administración General del Estado, por su parte, formula alegaciones solicitando, según recogimos en el fundamento primero, que se dicte una doctrina legal similar a

la postulada por la recurrente, lo que se pretende por ambas Administraciones es que esta Sala amortigüe o reduzca el rigor de la nulidad plena, limitando sus efectos a los meramente prospectivos, tras la publicación de la STC 30/2011, de 16 de marzo.

Tras adelantar esta conclusión, seguidamente nos corresponde desglosar los puntos de controversia que se plantean y determinar si concurren los presupuestos legalmente establecidos en el citado artículo 100 de la LJCA para la estimación, o no, de este recurso en interés de la ley.

TERCERO.- La cuestión que se suscita en el presente recurso, desde la óptica que nos permiten los contornos, antes indicados, de esta casación, se concreta en determinar los efectos que tiene sobre la sanción impuesta por la Agencia Andaluza del Agua, la expresada STC 30/2011, de 16 de marzo, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 51 de Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Recordemos que el citado precepto habilitaba a la Comunidad Autónoma recurrente para la imposición de la sanción que se recurría en materia de aguas. Y que tras la indicada sentencia constitucional la competencia corresponde al Estado, ex artículo 149.1.22 de la CE, al tratarse de aguas (relativas a la cuenca hidrográfica del río Guadalquivir) que discurren por más de una Comunidad Autónoma.

En definitiva, se trata de establecer si la declaración de inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, comporta que el órgano que impuso la sanción era un órgano manifiestamente incompetente, ex artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992 cuando impuso la sanción al Ayuntamiento recurrente en la instancia. Y si estamos, o no, ante la excepción que prevé el inciso final del citado artículo 40.1 de la LOTC para los procesos penales y los procedimientos contencioso-administrativos.

CUARTO.- El planteamiento del recurso aboca a la desestimación del mismo, ex artículo 100.1 y 100.7 de la LJCA, pues la doctrina que sienta la sentencia recurrida respecto de los artículos 40.1 de la LOTC y 62.1.b) de la Ley 30/1992 no es errónea, por las razones que seguidamente se indican.

No podemos examinar la interpretación y aplicación del **artículo 40.1 de la LOTC** ni sentar doctrina legal al respecto porque se trata de una norma que no resulta de aplicación al caso.

Ciertamente la norma que contiene el mentado artículo 40.1 establece una regla general en el primer inciso (las sentencias a las que resulta de aplicación) y una excepción en el inciso final (para el ámbito sancionador). Pero sucede que el caso que ahora examinamos no entra en el supuesto de hecho de la norma general, por lo que huelga cualquier consideración sobre el alcance de la excepción establecida. Concretamente el citado artículo 40.1 se refiere a las *sentencias declaratorias de inconstitucionalidad*, pero no a todas, sino únicamente a aquellas que puedan acarrear la revisión de *procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de la Leyes inconstitucionales*. Y lo cierto es que no estamos ante ningún proceso fenecido mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, pues la STC 30/2011 se dicta mientras se está sustanciando el recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de Sevilla, de modo que no estamos ante el supuesto de revisión que regula y acota el artículo 40.1 de tanta cita.

Cuando no concurre en el supuesto de hecho que describe la norma no procede la aplicación de los efectos que se anudan a su concurrencia, como acontece con el artículo 40.1 de la LOTC. El caso examinado encontraría su encaje natural en el supuesto del artículo 39 de la indicada Ley que vincula la nulidad a la simple declaración de inconstitucionalidad.

De manera que las consideraciones que hace la sentencia del juez administrativo sobre tal excepción prevista en el artículo 40.1 de tanta cita, no son más que un argumento a mayor abundamiento para indicar que ni siquiera en tal caso, es decir si la sentencia fuera firme, podría sostenerse el alegato esgrimido sobre la mera anulabilidad.

QUINTO.- En relación con la interpretación y aplicación del **artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992** tampoco el recurso puede prosperar.

Varias, y de diferente intensidad, son las razones que avalan la desestimación en este punto del recurso.

En primer lugar, el propio tenor literal de la STC 30/2011 que, al estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, declara que procede declarar *"la inconstitucionalidad y nulidad del art. 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía"*, pues expresamente vincula la nulidad a la inconstitucionalidad, haciendo de ambas categorías una aplicación equivalente.

En segundo lugar, la inconstitucionalidad declarada de una norma comporta, con carácter general, su nulidad plena, como se infiere del artículo 39.1 de la LOTC. De manera que la nulidad tiene efectos *"ex tunc"*, es decir, desde el momento inicial.

Ahora bien, esta consideración general debe ser matizada, a tenor de la propia jurisprudencia constitucional, fundamentalmente tras la STC 45/1989, de 20 de febrero, pues en ella se señala que esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad no es siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja al Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso. Estas sentencias que modulan y perfilan en cada caso el alcance de la nulidad son las denominadas sentencias prospectivas.

Pues bien, en el caso examinado la STC 30/2011 no hace declaración alguna sobre los efectos de la nulidad en ese caso, ni contiene ninguna matización al respecto. De modo que nos encontramos con una sentencia constitucional que, tras su consolidada doctrina al respecto, y pudiendo haber realizado alguna modulación o prevención sobre los efectos propios de la nulidad, optó por no hacerlo.

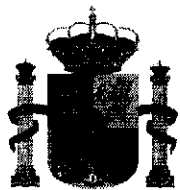
En este sentido venimos declarando, Sentencia de 23 de septiembre de 2002 (recurso de casación nº 9247/1997) que *<<la declaración de nulidad derivada de la inconstitucionalidad comporta la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma, con la consecuencia inmediata de la imposibilidad de toda aplicación tras la publicación de la sentencia constitucional. Por tanto, efecto necesario e inmediato es la exclusión de toda ultractividad de la norma inconstitucional, pero las situaciones anteriores a la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad quedan afectadas por ella en la medida, y sólo en ella, en que aún sean susceptibles de decisión pública, administrativa o jurisdiccional. Este criterio o principio general supone, pues, una doble*

exclusión para la búsqueda de un equilibrio entre afirmación de la constitucionalidad y la garantía de la seguridad jurídica. Al optar la LOTC (art. 39.1) por la nulidad se descarta, como se ha dicho, la ultractividad de la norma que ha merecido la consideración de inconstitucionalidad (STC 167/86: "nuestro sistema de control de normas... no permite una declaración de nulidad que a la vez aparezca como convalidación de la norma hasta el momento de dicha declaración")>>.

En tercer lugar, en fin, recientemente esta Sala en STS 13 de junio de 2011 (recurso contencioso administrativo nº 1/2009) ya ha señalado, a propósito del mismo precepto, que *<<La declaración de inconstitucionalidad del artículo 51 del Estatuto de Andalucía va expresamente acompañada de la de su nulidad. No hay, repetimos, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 2011 (a diferencia de lo sucedido en otras anteriores, a partir de la número 45/1989) meros efectos prospectivos, sino declaración de que el precepto de la Ley Orgánica 2/2007 no era compatible, desde su aprobación, con el texto constitucional, por lo que resulta nulo ab initio. (...) Siendo ello así, la misma declaración de nulidad debe afirmarse respecto del Real Decreto impugnado que no hace sino utilizar la base competencial inadecuada -desde la perspectiva constitucional- que proporcionaba el artículo 51 citado para instrumentar el traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma de Andalucía. En consecuencia, la disposición administrativa objeto de litigio no sólo es que haya dejado de producir efectos "al ser privada de la base material sobre la que operaba que no era otra que el referido título de atribución competencial", sino que debe ser declarada nula>>.*

Además, la expulsión del ordenamiento jurídico, insistimos, que comporta la declaración de inconstitucionalidad, en lo que hace al caso, ha proyectado sus efectos hacia el futuro, porque cuando se dicta la sentencia constitucional se encontraba pendiente el recurso contencioso administrativo y, por tanto, todavía no había decisión del juez administrativo.

Las consideraciones anteriores determinan que no podamos juzgar errónea la doctrina sentada por el juzgado de este orden jurisdiccional en Sevilla.



SEXTO.- Atendida la caracterización propia del Ministerio Fiscal y la posición procesal mantenida por el Abogado del Estado, no se hace imposición de costas, ex artículo 139 de la LJCA.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere el pueblo español,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos **no haber lugar** al recurso de casación en interés de Ley, interpuesto por el Letrado de la Junta de Andalucía, en la representación que legalmente ostenta, contra la Sentencia de 28 de junio de 2011, dictada por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 9 de Sevilla, en el recurso contencioso administrativo nº 191/2010. No se hace imposición de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D^a Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.