

## Jurisprudencia constitucional: Ley de costas y otros incidentes

---

GERMÁN VALENCIA MARTÍN

### *Sumario*

|  | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| 1. Introducción .....  | 230           |
| 2. Incidentes de suspensión en procesos competenciales .....   | 231           |
| 2.1. Régimen transitorio de la servidumbre de protección en la Ley de Costas: núcleos rurales preexistentes de los litorales gallego y canario ..... | 231           |
| A) Decisión cautelar sobre el alcance de la servidumbre de protección .....  | 231           |
| B) El problema de fondo .....  | 234           |
| C) Decisión cautelar sobre otras cuestiones .....  | 236           |
| 2.2. Autorización de establecimientos hoteleros en el dominio público portuario .....  | 238           |
| 3. Incidentes de ejecución de resoluciones constitucionales .....  | 240           |
| 3.1. El Auto sobre continuación de las obras de la desaladora de Torrevieja .....  | 240           |
| 3.2. La defensa de la posición institucional del Tribunal Constitucional: antecedentes de la reforma de la Ley Orgánica .....                        | 242           |
| 3.3. La inadecuación del caso para que prosperara el incidente ...   | 243           |
| 4. Incidentes probatorios en procesos constitucionales: el Plan Hidrológico Nacional .....   | 245           |
| 5. Dualidad jurisdiccional en materia de deslindes de costas y tutela judicial efectiva .....  | 247           |
| 5.1. El caso de la Colonia de Nueva Berria .....   | 247           |
| 5.2. La problemática jurídica subyacente .....   | 250           |

229

|  |     |
|--|-----|
| 6. Distribución de competencias en materia de subvenciones con fines ambientales ..... | 252 |
| 6.1. Supuestos de mera aplicación de doctrina .....                                    | 252 |
| 6.2. La posible conveniencia de reconsiderar el régimen de medidas cautelares .....    | 254 |
| 7. Delito ecológico y garantías constitucionales .....                                 | 255 |

\* \* \*

## 1. INTRODUCCIÓN

Las resoluciones de temática ambiental más interesantes en el año 2009 son, a mi juicio, las recaídas sobre diferentes aspectos de la legislación de costas, de ahí en parte el título escogido para el trabajo. Por un lado, varios Autos sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión de Leyes autonómicas en posible conflicto con la regulación de la servidumbre de protección, examinadas en este momento por el Tribunal únicamente desde la perspectiva cautelar, en la que lo ambiental juega como es sabido un papel determinante (AATC 34, 225 y 277/2009). Y, por otro lado, una Sentencia sobre la tutela judicial efectiva en relación con los deslindes de costas (STC 211/2009), que muestra los inconvenientes que, desde la óptica de las garantías constitucionales, presenta la dualidad jurisdiccional tradicional en esta materia en nuestro Derecho.

Pero junto a ellas, el presente ejercicio ofrece también la resolución de algunos incidentes curiosos, de planteamiento mucho menos frecuente en la justicia constitucional, en el seno de procesos relativos a los temas del agua. Por un lado, un incidente de ejecución de un Auto de medidas cautelares sobre la construcción de la desaladora de Torrevieja (ATC 107/2009), particularmente interesante, porque es, según creo, la primera vez en que se propone al Tribunal (aunque, como veremos, sin éxito) la aplicación de ciertos preceptos para la defensa de su jurisdicción introducidos por la reforma de su Ley Orgánica de 2007. Y, por otro lado, la resolución de unos incidentes probatorios planteados por la Generalitat Valenciana en el marco de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Plan Hidrológico Nacional (AATC 66 y 67/2009).

Finalmente, el año 2009 deja también otras Sentencias de interés comparativamente menor, por no versar sobre cuestiones nuevas dentro de la juris-

prudencia constitucional: el reparto de competencias en materia de subvenciones (SSTC 136 y 138/2009) y el delito ecológico (STC 91/2009). En la exposición que sigue nos ocuparemos primero de los Autos resolutorios de incidentes (apartados 2, 3 y 4) y luego de las Sentencias (apartados 5, 6 y 7).

## **2. INCIDENTES DE SUSPENSIÓN EN PROCESOS COMPETENCIALES**

### **2.1. RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA SERVIDUMBRE DE PROTECCIÓN EN LA LEY DE COSTAS: NÚCLEOS RURALES PREEXISTENTES DE LOS LITORALES GALLEGO Y CANARIO**

#### **A) Decisión cautelar sobre el alcance de la servidumbre de protección**

Más de veinte años después de su entrada en vigor, la Ley de Costas sigue planteando problemas de aplicación en relación con situaciones heredadas del pasado. Tal vez un exceso de uniformismo en el tratamiento de estas cuestiones y, con seguridad, la lenta y paradójicamente desigual aplicación por parte de la Administración General del Estado de los regímenes transitorios de la Ley, siguen dando lugar todavía hoy a un buen número de conflictos.

Los dos casos resueltos en el plano cautelar por los AATC 225/2009, de 27 de julio y 277/2009, de 10 de diciembre, se refieren a uno de estos regímenes transitorios diseñados por la Ley de Costas, el relativo al alcance de la servidumbre de protección, y en relación con dos situaciones muy similares: los «núcleos rurales preexistentes de carácter tradicional» del litoral gallego y los «asentamientos rurales» igualmente tradicionales y preexistentes del litoral canario.

El tema de fondo es relativamente simple. Tanto en el litoral gallego como en el canario (y posiblemente en otros) existen pequeños núcleos o asentamientos rurales tradicionales cuya clasificación urbanística a la fecha de entrada en vigor de la Ley de Costas (el 29 de julio de 1988) no era la de suelo urbano, pese a contar (presumiblemente) ya por entonces, total o parcialmente, con los requisitos materiales exigidos por la Ley del Suelo a la sazón vigente para obtener dicha clasificación: disponer de un mínimo de urbanización («acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica») o «estar comprendidos [los terrenos] en áreas consolidadas por la edificación» en, al menos, dos terceras partes o la mitad de su superficie, según los casos (arts. 78 y 81 del Texto Refundido de 1976). El porqué lo explica, por ejemplo, el Preámbulo de la Ley canaria impugnada 7/2009, de 6 de mayo: «por encontrarse en un entorno rural y haber querido el legislador (...) preservarlos de un desarrollo propio de la ciudad».

Como con arreglo a la Ley de Costas la reducción de la anchura de la servidumbre de protección, de 100 a 20 metros, contados siempre a partir del límite interior de la ribera del mar, sólo procede en el caso de terrenos «clasificados» como suelo urbano a la entrada en vigor de la Ley (Disposición transitoria tercera, apartado 3), en estos núcleos o asentamientos tradicionales, una vez practicados los nuevos deslindes, el alcance de la servidumbre de protección, tendría que ser, en principio, el ordinario de 100 metros, con todas sus implicaciones legales. Si se pudiera, en cambio, practicar la reducción a 20 metros, su régimen urbanístico sería sustancialmente distinto, pues los 80 metros restantes quedarían liberados de la servidumbre e incluso en aquellos primeros 20 metros se aplicaría el régimen transitorio menos estricto de la propia Disposición transitoria tercera, apartado 3 (en la redacción dada a la misma por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre), que consiente incluso nuevas edificaciones destinadas a residencia o habitación bajo ciertas condiciones.

Para aliviar las implicaciones urbanísticas de la Ley de Costas sobre estos núcleos rurales tradicionales, las Comunidades Autónomas Gallega y Canaria aprobaron sendas disposiciones legales, de tenor sustancialmente coincidente, por medio de las cuales se declaraba aplicable el régimen transitorio de la Ley de Costas relativo a la servidumbre de protección (reducción a 20 metros, etc.) prescindiendo del requisito de la «clasificación» de los terrenos como urbanos, condicionándolo pura y simplemente al cumplimiento de los requisitos materiales ya indicados.

Las mencionadas disposiciones legales fueron, concretamente: (1) En Galicia: la disposición adicional segunda de la Ley 18/2008, de 29 de diciembre, de vivienda, por la que se daba nueva redacción a la disposición adicional tercera («núcleos rurales preexistentes de carácter tradicional afectados por la Ley de Costas») de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y de protección del medio rural; y (2) En Canarias: una Ley específica, la Ley 7/2009, de 6 de mayo, de modificación del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y Espacios Naturales, en relación con la declaración y ordenación de áreas urbanas en el litoral canario, por la que se añadían a aquél tres nuevas disposiciones adicionales (decimotercera, decimocuarta y decimoquinta) sobre el tema en cuestión.

Baste con citar la Ley canaria (la nueva disposición adicional decimotercera), de redacción más directa y concentrada:

«Decimotercera. 1. A los efectos de la aplicación del régimen transitorio de la Ley de Costas, se considerarán áreas urbanas, con independencia de la existencia o no de instrumento de ordenación sobre las mismas y de la clase y

categoría de suelo que en su caso se estableciera, las que, a 29 de julio de 1988, se encontraran en alguno de los siguientes supuestos:

a) Las que comprendan terrenos que cuenten con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica.

b) Las que comprendan terrenos consolidados por la edificación al menos en dos terceras partes de su superficie, si el municipio en el que se ubicara tuviera en esa fecha planeamiento general en vigor.

c) Las que comprendan terrenos consolidados por la edificación al menos en la mitad de su superficie, si el municipio en el que se ubicara el asentamiento no tuviera en esa fecha planeamiento general en vigor.

2. Dicha declaración se efectuará por el órgano autonómico que se determine reglamentariamente, a iniciativa del Cabildo o del Ayuntamiento competente, que aportará los medios de prueba que sirvan de motivación al correspondiente acto».

Frente a estas Leyes, el Presidente del Gobierno interpuso sendos recursos de inconstitucionalidad, por vicios competenciales, con invocación en ambos casos del artículo 161.2 CE y consiguiente suspensión automática de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados (art. 30 LOTC), lo que dio lugar a las resoluciones cautelares que aquí comentamos: los AATC 225/2009, de 27 de julio, en relación con la Ley Gallega; y 277/2009, de 10 de diciembre, en relación con la Ley Canaria.

Por tratarse de meras resoluciones cautelares sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión de las disposiciones impugnadas, los referidos Autos no entran obviamente en el fondo del asunto, es decir, en la cuestión de la posible invasión de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado que fundamentan la Ley de Costas, y que ya fueron examinadas por el Tribunal Constitucional en las SSTC 149/1991, de 4 de julio y 198/1991, de 17 de octubre, sobre la Ley y el Reglamento de Costas, respectivamente; en concreto, los artículos 149.1.1 y 23 CE, que según la primera de las citadas sirven de apoyatura competencial a la disposición transitoria tercera de la Ley [STC 149/1991, FJ 8 D)].

Los Autos se limitan a aplicar la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional para la decisión de esta clase de incidentes, que ya hemos examinado en ediciones anteriores del Observatorio, y en la cual, como es sabido, la protección del medio ambiente constituye un interés prevalente, por el carácter irreparable o difícilmente reparable que pueden llegar a tener los daños de esta naturaleza. Como en los casos que nos ocupan a los intereses ambientales no se les enfrentaban otros de igual o superior rango desde la perspectiva cautelar, la cuestión se contraía a determinar cuál de las dos regulaciones (la estatal o la autonómica) ofrecía una mayor protección del medio litoral;

y como obviamente una servidumbre de protección de 100 metros resulta, en principio, más protectora que otra de sólo 20 metros, el Tribunal se inclina en ambos casos por el mantenimiento de la suspensión de las disposiciones autonómicas impugnadas. Así lo resume, por ejemplo, el ATC 225/2009 (FJ 7, *in fine*), en relación con la Ley Gallega:

«Por tanto, cabe concluir que el levantamiento de la suspensión del precepto impugnado colocaría en situación de mayor riesgo los valores medioambientales, vinculados a la gestión, protección y desarrollo de la zona costera, que resultan prevalentes en atención al interés ecológico y medioambiental subyacente.»

Desde la óptica de la jurisprudencia constitucional relativa a la resolución de esta clase de incidentes (que es la única desde la que cabe enjuiciar estos Autos), lo que cabe destacar de las resoluciones aquí examinadas es que en ninguna de ellas se exige la «certeza e inmediatez» de los daños ambientales como requisito para su toma en consideración (doctrina indebidamente utilizada en el ATC 88/2008 –Agentes forestales–, que ya examinamos críticamente en el número anterior del Observatorio), volviendo a la doctrina tradicional que atiende simplemente a la «mayor protección» de los intereses ambientales, cuando éstos no se enfrentan a otros de igual o superior rango. En la justicia ordinaria, una Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 2009, había resuelto también en el mismo sentido y con parecidos fundamentos un incidente de medidas cautelares sobre la problemática de los asentamientos rurales canarios.

## **B) El problema de fondo**

Dicho lo anterior, despierta interés y dudas el planteamiento de estos recursos de inconstitucionalidad, ciertamente avalado en ambos casos por los preceptivos Dictámenes de la Comisión Permanente del Consejo de Estado (Dictámenes de 16 de abril de 2009 –núm. de expediente 466/2009– y de 9 de julio de 2009 –núm. de expediente 1121/2009). He simplificado antes deliberadamente la legislación estatal de contraste, como lo hacen también los AATC aquí comentados, porque lo contrario supondría entrar en el fondo del asunto («la coincidencia o no de regulaciones, que es alegada por el Parlamento y el Gobierno de Galicia, es una cuestión de fondo ajena al objeto del presente incidente», ATC 225/2009, FJ 8).

Pero para hacernos una idea más cabal del conflicto subyacente, conviene tener en cuenta que, aunque la Ley de Costas exige la «clasificación» de los terrenos como urbanos a la entrada en vigor de la Ley para la aplicación de la reducción de la servidumbre de protección, el Reglamento General de la Ley, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, ya

flexibilizó esta exigencia, permitiendo que, al menos en los municipios que no contaran a aquella fecha con planeamiento en vigor, se tuviera en cuenta a estos efectos la realidad fáctica, es decir, la concurrencia en los terrenos de los requisitos materiales que otorgan la condición de suelo urbano con arreglo a la legislación urbanística. Por dos veces, aunque con redacciones no enteramente coincidentes, reitera el Reglamento General esta idea (Disposición transitoria séptima, apartado 3; y Disposición transitoria novena, apartado 3), disposiciones con el mismo fundamento competencial que las de la Ley [STC 198/1991, de 17 de octubre, FJ 8 a)], y cuya validez no se ha puesto en duda.

«Disposición transitoria séptima: (...) 3. En los municipios que carezcan de instrumentos de ordenación se aplicaran íntegramente las disposiciones de la Ley de Costas y de este reglamento sobre las zonas de servidumbre de protección y de influencia, salvo que se acredite que en la fecha de entrada en vigor de la citada Ley los terrenos reunían los requisitos exigidos por la legislación urbanística para su clasificación como suelo urbano».

«Disposición transitoria novena: (...) 3. A los efectos de la aplicación del apartado 1 anterior, sólo se considerará como suelo urbano el que tenga expresamente establecida esta clasificación en los instrumentos de ordenación vigentes en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Costas, salvo que se trate de áreas urbanas en que la edificación estuviera consolidada o los terrenos dispusieran de los servicios exigidos en la legislación urbanística en la citada fecha y la Administración urbanística competente les hubiera reconocido expresamente ese carácter».

Pero es que es más. La jurisprudencia en esta materia (recientemente analizada con detalle por M. C. NÚÑEZ LOZANO, *Legislación de costas y planificación urbanística*, Ed. Derecho global, Sevilla, 2009, págs. 93 y sigs.), viene admitiendo, no sé si de forma unánime, pero sí al menos significativa, la aplicación a los efectos de la reducción de la servidumbre de protección de los criterios materiales determinantes de la condición de suelo urbano, incluso en contra de la clasificación urbanística de los terrenos con arreglo al planeamiento a la sazón vigente (en este sentido, con toda claridad, la STS –Sala Tercera, Sección Quinta– de 17 de noviembre de 2003).

Siendo esto así, no habría una sustancial contradicción entre lo dispuesto en las referidas Leyes autonómicas y lo previsto en la legislación estatal de costas, de acuerdo con su interpretación jurisprudencial, como parece llegar a admitir, aunque de pasada, uno de los Autos: «En todo caso, *si se trata de un núcleo consolidado por la edificación con anterioridad a 1988*, al mismo le resultará directamente de aplicación la reducción de la zona afectada por la servidumbre de protección del dominio público marítimo terrestre en los términos previstos por el apartado 3 de la disposición transitoria tercera de

la Ley de costas y sus disposiciones de desarrollo... [la cursiva es nuestra]» (ATC 225/2009, FJ 8 *in fine*).

Bien es verdad que, aunque las disposiciones impugnadas se limitaran a reproducir lo dispuesto en la legislación estatal de costas (y en este caso se trata de algo más que de una simple reproducción, es interpretación, aunque pueda estar avalada jurisprudencialmente), su constitucionalidad sería discutible por falta de competencia autonómica en la materia (vid., al respecto, entre otras, la STC 150/1998, de 2 de julio, FJ 4). Pero llegados a este punto, la conclusión tampoco sería tan evidente, pues desde la perspectiva actual (es decir, una vez clarificado el alcance de las competencias estatales en materia de urbanismo por la STC 61/1997, de 20 de marzo), podría dudarse incluso de la constitucionalidad de las referencias formales a la clasificación de los terrenos o a la existencia o no de planeamiento en vigor como criterios hábiles para establecer el régimen transitorio de la legislación de costas. En este sentido, me parece atinada la reflexión que se hace en el Preámbulo de la Ley Canaria impugnada 7/2009 (apartado I, *in fine*): «A estos efectos, deben considerarse equivalentes los terrenos que cuenten con tales características, independientemente de su clasificación y del entorno en que se sitúen, sobre todo considerando la reciente Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, en cuya exposición de motivos (...) se anuncia que el legislador estatal no es competente para establecer las clases de suelo, al tratarse de una técnica urbanística de competencia autonómica, por lo que las referencias de la Ley de Costas a la clase de suelo pierden hoy importancia, aunque no los requisitos que entonces se exigían para la determinación del suelo urbano o de las áreas urbanas».

Quizás estos asuntos no lleguen a Sentencia. Si para alcanzar un arreglo se considera necesario modificar la Ley de Costas, tampoco sería de extrañar que se produjera. El BNG, encuadrado dentro del Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso, ha presentado ya una Proposición de Ley (BOCG, Congreso, Serie B, núm. 211-1, de 27 de noviembre de 2009) para introducir en la ley de Costas una nueva disposición adicional de tenor coincidente con el del precepto de la Ley gallega impugnada. En la Exposición de Motivos de la misma se habla, desde luego indebidamente, de «salida legal para los núcleos preexistentes de carácter tradicional afectados por un *error* en la clasificación urbanística» (la cursiva es nuestra).

### C) Decisión cautelar sobre otras cuestiones

En la práctica, la determinación en estos casos de la servidumbre de protección se torna conflictiva porque el Reglamento General de la Ley de

Costas obliga a la Administración General del Estado a señalar siempre en el plano del deslinde «el límite interior de la zona de servidumbre de protección» (art. 19.3); y a hacer constar, en la orden de aprobación, «la localización de las servidumbres impuestas a los terrenos colindantes» (art. 26.1).

Las dos Leyes impugnadas contenían también preceptos dirigidos a trasladar o al menos condicionar desde la Administración autonómica el ejercicio de esta competencia, impugnados también en los referidos recursos de inconstitucionalidad, con el consiguiente efecto suspensivo automático, sobre el que también se pronuncian los Autos ahora estudiados.

Sin perjuicio de la cuestión de fondo sobre la competencia para trazar la línea de la servidumbre (que, de nuevo, los Autos lógicamente no examinan), la mayor habilidad en la redacción del legislador canario hace que el desenlace en este punto del incidente de suspensión sea distinto. El ATC 225/2009 mantiene la suspensión del precepto gallego (apartado 3 de la Disposición adicional tercera) que decía lo siguiente: «En los deslindes del dominio público marítimo-terrestre el límite interior de su zona de servidumbre de protección habrá de ajustarse a la realidad urbanística preexistente reconocida expresamente por la Administración urbanística autonómica». Mientras que el ATC 277/2009 levanta la suspensión del correspondiente precepto canario (nueva disposición adicional decimocuarta), cuya redacción era la siguiente: «La Administración urbanística actuante fijará el límite interior de la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre y establecerá la ordenación de los terrenos comprendidos en la misma, teniendo en cuenta la línea de ribera del mar que a tal efecto le comunique la Administración del Estado, comunicación que irá acompañada del correspondiente proyecto técnico y expediente administrativo». A decir del Auto, este precepto, a diferencia del gallego, «no contiene ningún criterio de determinación del límite interior de la zona de servidumbre de protección y (...) exclusivamente se limita a conferir a la Administración urbanística actuante la fijación de ese límite y la ordenación de los terrenos comprendidos en la misma a partir de la línea de ribera del mar que fije la Administración del Estado», por lo que «ante la falta de alegación y acreditación de perjuicios o situaciones irreparables o de difícil reparación» se levanta su suspensión (FJ 5).

Gracias también a una redacción afortunada, se levantó la suspensión del último de los preceptos impugnados de la Ley Canaria (nueva disposición adicional decimoquinta), sin correspondencia en este caso en la gallega. Se prevé en el mismo la formulación por la Consejería competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo de «un censo de edificaciones que,

ubicadas en el demanio marítimo-terrestre y en sus zonas de servidumbre de tránsito y servidumbre de protección, tengan un valor etnográfico, arquitectónico o pintoresco, debiendo valorarse su antigüedad, integración en el litoral y finalidad social, al objeto de su consideración en el otorgamiento de concesiones y autorizaciones que puedan solicitar los titulares de las mismas al amparo de la disposición transitoria cuarta de la Ley de Costas». La suspensión se levanta, porque, al margen siempre de la cuestión de fondo, no se advierte ningún perjuicio para el medio costero derivado de la simple toma en consideración de dicho censo en las decisiones acerca de la posible legalización por razones de interés público de obras e instalaciones preexistentes sin la autorización o concesión exigible con arreglo a la legislación de costas entonces vigente, prevista en la Disposición transitoria cuarta, apartado 1 de la Ley de Costas (ATC 277/2009, FJ 6).

## **2.2. AUTORIZACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS HOTELEROS EN EL DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO**

El otro incidente de suspensión resuelto en el año 2009 guarda relación también con la legislación de costas, incluso en buena medida con el régimen de la servidumbre de protección, pero no en relación con situaciones heredadas del pasado, sino presentes (ATC 34/2009, de 27 de enero).

Tras haberse intentado una solución extrajudicial de la controversia competencial, sólo parcialmente exitosa (vid. el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, publicado en el BOE núm. 266, de 23 de octubre de 2008, págs. 42275 y sigts.), el Presidente del Gobierno interpuso de inconstitucionalidad contra ciertos preceptos de la Ley andaluza 21/2007, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía, en concreto frente al artículo 4 b), y por conexión frente a los artículos 16.2 y 3 y 20.3 de la Ley, con invocación del artículo 161.2 CE y consiguiente suspensión automática de su vigencia.

Muy en síntesis, porque como sabemos la cuestión de fondo debe quedar al margen de la resolución de esta clase de incidentes, la controversia competencial versa sobre la facultad que la Ley andaluza [art. 4 b)] atribuye al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía para autorizar «excepcionalmente y por razones de utilidad pública debidamente acreditadas», en los puertos de competencia autonómica, la ocupación del dominio público portuario con usos hoteleros, «siempre que no se emplacen en los primeros 20 metros medidos a partir del límite interior de la ribera del mar o del cantil del muelle» (art. 16.3), lo que, a juicio del Abogado del Estado, contradiría el

régimen de la servidumbre de protección establecido en la Ley de Costas (art. 25) y, en todo caso, supondría la atribución al Consejo de Gobierno de una facultad (la de autorizar «excepcionalmente» actividades en principio prohibidas en esta franja, como las edificaciones hoteleras) que la Ley de Costas reserva al Consejo de Ministros (art. 25.3); reserva ésta declarada constitucional por la STC 149/1991, de 4 de julio [FJ 3 D c)], porque, como «acto excepcionante», no sería un acto de ejecución, sino parte integrante del contenido de la norma, es decir, normativo.

Para defender el mantenimiento de la suspensión, el Abogado del Estado alegaba la mayor protección del medio litoral que ofrecería en este punto la Ley de Costas frente a la regulación establecida en la Ley andaluza (antecedente 11 del Auto). La representación procesal del Parlamento andaluz aducía en contra que el contenido de los preceptos suspendidos era análogo al del artículo 94.4 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (lo cual es esencialmente cierto), y «que no puede ocasionarse perjuicio al interés general o causar un daño de imposible o difícil reparación cuando esas atribuciones son ejercidas por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y no cuando son ejercidas por el Consejo de Ministros» (antecedente 10 del Auto).

La decisión del fondo del asunto, cuando se resuelva, pasa por determinar si en el dominio público portuario de titularidad autonómica rigen por entero las disposiciones de la Ley de Costas o cabe «su eventual sometimiento a un régimen jurídico específico», como ocurre con el de titularidad estatal, que se plasma en la referida Ley 48/2003, cuyo artículo 93 declara de «aplicación supletoria» la legislación de costas. Así lo reconoce incidentalmente el Auto que comentamos, añadiendo que esta cuestión es ajena a la resolución del incidente, que se ha de resolver únicamente atendiendo a la posible producción o no de perjuicios ambientales (FJ 6).

El Auto dice rechazar, por ello, «la genérica alegación del Abogado del Estado relativa a la mayor protección del interés ecológico» que se derivaría de la Ley de Costas, en especial sus artículos 25 y 32 (FJ 5), pero en el fondo éste es el criterio que utiliza para inclinarse finalmente por el mantenimiento de la suspensión [aunque sólo de los arts. 4 c) y 13.3 de la Ley, porque los restantes no se refieren exclusivamente a los usos hoteleros, que eran realmente los controvertidos en el recurso y, por ende, en esta pieza de suspensión].

En efecto, el Auto (aunque no lo diga con la claridad deseable) mantiene la suspensión porque todo puerto (estatal o autonómico) se asienta

sobre el dominio público marítimo-terrestre, y en principio la aplicación al caso debatido de la Ley de Costas (régimen de las ocupaciones del dominio público y de la servidumbre de protección) resulta *más protectora* del medio litoral que la aplicación de la Ley impugnada, al amparo de la cual podrían llegar a autorizarse establecimientos hoteleros de improcedente autorización con arreglo a aquélla. Si no fuera así, no se entendería que el Auto limite la suspensión de aquellos artículos a los espacios que, dentro de la zona de servicio del puerto (dominio público portuario), son ribera del mar (dominio público marítimo-terrestre) o zona de servidumbre de protección; añadiendo, en cambio, que «por el contrario esa prevalencia [de los intereses ambientales], y el consiguiente mantenimiento de la suspensión que la misma lleva consigo, no será predicable cuando la actuación autonómica autorizatoria de usos hoteleros en espacios portuarios de su competencia se produzca sobre terrenos colindantes con los anteriores, esto es, que no reúnan la condición de dominio público marítimo-terrestre ni tampoco estén gravados con la servidumbre de protección del mismo» (FJ 7).

En definitiva, estamos ante una decisión seguramente acertada, pero basada en una argumentación, como ocurre algunas veces en esta clase de incidentes, un tanto confusa.

### **3. INCIDENTES DE EJECUCION DE RESOLUCIONES CONSTITUCIONALES**

#### **3.1. EL AUTO SOBRE CONTINUACIÓN DE LAS OBRAS DE LA DESALADORA DE TORREVIEJA**

El conflicto del agua (trasvase v. desaladoras) sigue por supuesto en pie. La que vamos a comentar ahora (ATC 107/2009, de 24 de marzo) es una resolución singular, que guarda relación con el ATC 355/2007, de 24 de julio, dictado en el incidente de suspensión sobre la planta desaladora de Torrevieja, que comentamos en el Observatorio 2008 (págs. 143 y sigts.). Su originalidad deriva de ser, creo, la primera vez en que se solicita al Tribunal la aplicación de ciertos preceptos tendentes a garantizar su «posición institucional», incorporados a su Ley Orgánica por la reforma llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo (arts. 4 y 92 LOTC, en su nueva redacción).

El ATC 355/2007, de 24 de julio, se dictó en el incidente de suspensión abierto con motivo del conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Nación (con invocación del art. 161.2 CE) frente a la decisión de la Administración valenciana de abrir expediente sancionador y suspen-

der cautelarmente las obras de construcción de una planta desaladora promovida por el Ministerio de Medio Ambiente, a través de la Sociedad Estatal ACUAMED, en el término municipal de Torreveja (Alicante). En aquel Auto, el Tribunal decidió mantener la suspensión del acuerdo autonómico de suspensión cautelar de las obras, y permitir por tanto la prosecución de las mismas en tanto se resolviera el asunto principal.

A raíz de unos Decretos del Ayuntamiento de Torreveja, de 28 de diciembre de 2007 y 11 de febrero de 2008, por los que se ordenaba a la empresa ACUAMED la paralización inmediata de los vertidos de agua salada provocados por ciertas labores de bombeo realizadas en el curso de las obras de construcción de la planta (que habían provocado la acumulación de agua en una de las calles de la localidad y su zona colindante con la carretera nacional 332) y el precinto de la maquinaria utilizada en el bombeo de agua, y en la medida en que el único efecto y finalidad de dichas órdenes era, a su juicio, la paralización de las obras de construcción de la planta, el Abogado del Estado, tras intentar sin éxito la suspensión de dichos Decretos en vía contencioso-administrativa (el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Elche había declarado su falta de jurisdicción «por ser el asunto a dilucidar de la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional»), promovió ante el Tribunal Constitucional un *incidente de ejecución* del referido ATC 355/2007, solicitando, conforme a lo previsto ahora en los artículos 4 y 92 LOTC, la *declaración de nulidad* de los indicados Decretos que supuestamente obstaculizaban la ejecución de aquel Auto.

Los artículos 4 y 92 LOTC, en la redacción dada a los mismos por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, disponen lo siguiente (destacamos en cursiva lo que es nuevo frente a la redacción originaria):

«Artículo 4

1. En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. *El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia.*

2. *Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado.*

3. *Cuando el Tribunal Constitucional anule un acto o resolución que contravenga lo dispuesto en los dos apartados anteriores lo ha de hacer motivadamente y previa audiencia al Ministerio Fiscal y al órgano autor del acto o resolución.»*

## «Artículo 92

El Tribunal podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución.

*Podrá también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de éstas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó.»*

**3.2. LA DEFENSA DE LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ANTECEDENTES DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA**

El Auto que aquí comentamos rechaza con justicia, por las razones que luego veremos, la solicitud del Abogado del Estado. Pero antes de entrar en los detalles de este caso particular, tal vez interese al lector recordar los antecedentes de la incorporación a la LOTC de estas medidas que el propio ATC 107/2009 denomina de «defensa de la posición institucional del Tribunal Constitucional» (FJ 2) o frente a «actos o resoluciones susceptibles de menoscabar la jurisdicción del Tribunal Constitucional» (FJ 3).

Los referidos preceptos posiblemente traen causa de las ocasionalmente tensas relaciones entre el Tribunal Constitucional y la Sala Primera del Tribunal Supremo, que tuvieron como colofón espectacular la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004, por la que se condenaba a cada uno de los Magistrados del Tribunal Constitucional al pago de 500 € al demandante (el Abogado José Luis Mazón Costa) en concepto de responsabilidad civil extracontractual por daño moral.

Tan singular pronunciamiento guardaba relación con otro caso de memoria entonces reciente. Isabel Preysler había ganado en primera instancia y en apelación una demanda civil por intromisión en su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar por unos reportajes publicados en una conocida revista de la prensa rosa. La indemnización a su favor fijada en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona ascendía a 10 millones de pesetas. La Sala Primera del Tribunal Supremo casó la Sentencia de apelación y desestimó la demanda por entender que no había lesión del referido derecho fundamental. Luego, en amparo, el Tribunal Constitucional (STC 115/2000, de 10 mayo) entendió, sin embargo, que sí la había habido, anuló en consecuencia la Sentencia recurrida y devolvió las actuaciones al Tribunal Supremo para que por éste se volviera a dictar Sentencia de conformidad con la apreciada lesión. En su nueva Sentencia sobre el asunto, el Tribunal Supremo aceptó la existencia de lesión, pero redujo la indemnización a 25.000 pesetas. Recurrida en amparo esta nueva Sentencia, el Tribunal Cons-

titucional (STC 186/2001, de 17 de septiembre), otorgó otra vez el amparo, pero «dadas las particulares circunstancias del supuesto enjuiciado» no reenvió de nuevo el asunto al Supremo, sino que dejó firme la Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial en cuanto a la fijación del *quantum* indemnizatorio.

La ocasión para el desquite vino de la mano de la referida demanda de responsabilidad civil contra los Magistrados del Tribunal Constitucional presentada ante la Sala Primera del Supremo por el Abogado Mazón Costa, cuyo desenlace ya conocemos y que, a su vez, traía causa de lo siguiente. El referido Abogado había recurrido sin éxito, en vía contencioso-administrativa y ante la Sala Tercera del Supremo, el sistema de designación de Letrados del Tribunal Constitucional en régimen de adscripción temporal, por entender que carecía de cobertura legal. Frente a la Sentencia desestimatoria de la Sala Tercera del Supremo, interpuso recurso de amparo, con el siguiente encabezamiento: «Al Tribunal Constitucional sustituido por la formación que garantice un examen imparcial», suplicando entre otras cosas la abstención de todos sus miembros. El Pleno del Tribunal Constitucional acordó por providencia la inadmisión del recurso de amparo «por cuanto que el recurso no se dirige a este Tribunal Constitucional sino a otro hipotético que le sustituya». En la ya referida Sentencia de 23 de enero de 2004, la Sala Primera del Tribunal Supremo estimó la demanda de responsabilidad civil por entender que los Magistrados del Tribunal Constitucional habían lesionado el derecho al amparo del demandante, al dejar con la referida providencia sin respuesta su pretensión de amparo, condenándolos al pago en concepto de indemnización por daño moral de la cantidad ya indicada, que aquéllos abonaron.

### **3.3. LA INADECUACIÓN DEL CASO PARA QUE PROSPERARA EL INCIDENTE**

Retomando el hilo del caso que aquí nos concierne, el ATC 107/2009, de 24 de marzo, desestima, como decíamos, con justicia, la pretensión del Abogado del Estado de *declarar la nulidad* de los Decretos de la Alcaldía de Torrevieja por estar supuestamente obstaculizando la ejecución del ATC 355/2007, que había decidido cautelarmente la prosecución de las obras de construcción de la desaladora, y, en consecuencia, estar supuestamente menoscabando la jurisdicción del Tribunal Constitucional.

Aunque la regulación de los artículos 4 y 92 LOTC es parcialmente nueva, el Auto pone como fundamento de su decisión la doctrina ya establecida por el Tribunal en anteriores incidentes de ejecución de resoluciones constitucional, ciertamente no muy abundantes: «lo que ha de examinarse,

al cotejar el contenido de la resolución del Tribunal Constitucional con las resoluciones cuestionadas, es, sobre todo, que las mismas no incurran en alguna de estas dos situaciones proscritas por nuestra jurisprudencia, como sería contener un pronunciamiento contrario a nuestra decisión o suponer un intento de menoscabar la eficacia –jurídica o material– de lo que se resolvió en este caso en el ATC 355/2007» (FJ 4).

Y la conclusión a la que llega el Tribunal en este caso, tras un examen muy completo y bien informado de la cuestión (se tuvieron en cuenta, además de las alegaciones del Abogado del Estado, las de la Generalitat Valenciana –en cambio, el Ayuntamiento de Torrevieja, autor de las resoluciones impugnadas, no las presentó– y se recabó información del Abogado del Estado y del Ayuntamiento sobre el estado actual de ejecución de las obras), es que «la cuestión que ha suscitado el incidente, los dos Decretos del Ayuntamiento de Torrevieja, no suscitan controversia alguna relacionada con el orden constitucional de distribución de competencias que tenga que ver con lo discutido en el conflicto positivo [de competencia] ni con lo resuelto en el ATC 355/2007» (FJ 5).

En efecto, «con independencia de sus consecuencias de facto», los referidos Decretos afrontan una «concreta incidencia sobrevenida» en el curso de la ejecución de las obras, como es el vertido de agua fuera de los lugares previstos para ello, sin hacer mención a las obras en su conjunto, y menos desde la perspectiva entonces debatida de su emplazamiento y eventuales afecciones ambientales derivadas de su puesta en funcionamiento (FJ 5). Concluye el Auto razonablemente a este respecto: «De esta forma, lo decidido en el incidente cautelar resuelto en el ATC 355/2007 no puede ser interpretado en un sentido tal que impida, en todo caso, la adopción de cualquier decisión que pudiera afectar a la realización de la proyectada obra pública, de suerte que las mismas hayan de seguir ejecutándose sin interrupción pese a cualquier circunstancia que pudiera concurrir durante las mismas, ya que esa pretensión supondría extender la aplicación de lo resuelto en el ATC 355/2007 más allá de las concretas circunstancias que motivaron su adopción».

Pero es que, además, el Tribunal constata, a partir de la información requerida, que no se habían producido las consecuencias *de facto* temidas y alegadas por el Abogado del Estado: «a la vista de la documentación aportada (...) es claro que la ordenada suspensión del bombeo y de los vertidos (...) no ha impedido de hecho la continuación de la obra, sino que únicamente produjo la paralización parcial de la misma (...) por el tiempo necesario para, a fin de respetar lo ordenado por el Ayuntamiento de Torrevieja, adoptar las

necesarias medidas correctoras que evitasen el vertido a una determinada zona, único extremo prohibido por la decisión municipal» (FJ 6).

Las obras de la planta, en efecto, siguen su curso (superan ya el 80 por 100 de ejecución), y según informaciones de prensa (por eje., *El Mundo*, de 20 de octubre de 2009), no sólo el Ayuntamiento de Torrevejea, sino también la Generalitat Valenciana podrían estar sellando la paz con ACUAMED, a cambio del compromiso por parte de ésta de asumir la financiación de ciertas actuaciones en el frente marítimo de Torrevejea (30 millones de euros). De confirmarse estos buenos augurios, podría producirse el desistimiento por parte del Gobierno del conflicto de competencia que ha dado lugar a estos incidentes.

#### **4. INCIDENTES PROBATORIOS EN PROCESOS CONSTITUCIONALES: EL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL**

La práctica de prueba, en el sentido ortodoxo del término, es algo poco frecuente en los procesos constitucionales en general, por las propias características del objeto procesal, y menos aún en procesos distintos del amparo, lo que no quiere decir que resulte inviable. De hecho, la LOTC contiene un precepto (art. 89.1) que contempla la apertura de incidentes probatorios en los siguientes términos: «El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la práctica de prueba cuando lo estimare necesario y resolverá libremente sobre la forma y el tiempo de su realización, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta días». Con ello se completan las previsiones de la Ley sobre la «remisión de las actuaciones o testimonio de las mismas», sistemática tras la admisión de los recursos de amparo (art. 51.1 LOTC) y, en general, sobre la facultad del Tribunal de «recabar de los poderes públicos y de los órganos de cualquier Administración Pública la remisión del expediente y de los informes y documentos relativos a la disposición o acto origen del proceso constitucional» (art. 88.1 LOTC), que constituyen las vías ordinarias de acopio por parte del Tribunal de los elementos de hecho necesarios para la decisión de los asuntos (J. A. LASCURÁIN SÁNCHEZ, «Artículo 89», en: *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2001, págs. 1344 y ss.).

En los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de la Generalitat Valenciana contra el Real Decreto-ley 2/2004, de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, y contra la posterior Ley 11/2005, de 22 de junio, sustitutoria de aquél, admitidos a trámite en su momento, el Ejecutivo recurrente, al am-

paro del mencionado artículo 89.1 LOTC, solicitó el 22 de mayo de 2008 la apertura de un trámite de prueba textualmente con el siguiente objeto:

1. En primer lugar, que se admitiera «la aportación del Real Decreto-ley 3/2008, de 21 de abril, de medidas excepcionales y urgentes para garantizar el abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía en la provincia de Barcelona, por tratarse de un hecho nuevo, a los efectos de justificar, en mayor medida, las circunstancias fácticas y las alegaciones puestas de manifiesto en el presente recurso de inconstitucionalidad presentado por esta parte», y

2. En segundo lugar, que se recabara «del Gobierno de la Nación la aportación de cuantos antecedentes, informes, memorias y demás datos acrediten la situación de extrema y urgente necesidad que justifica la aprobación de la disposición legislativa provisional publicada, es decir, el expediente de elaboración correspondiente al Real Decreto-ley 3/2008, de 21 de abril».

Según el Gobierno de la Generalitat Valenciana, la prueba documental interesada tenía por finalidad «demostrar la actuación arbitraria del Gobierno [de la Nación], pues en el supuesto contemplado en esta norma [el Decreto-Ley 3/2008] se reconoce la situación de sequía en las cuencas mediterráneas, así como la necesidad de aprobar medidas coyunturales de refuerzo ante el déficit hídrico generado, demostrándose que la aportación de caudales desde el río Ebro es la solución más idónea en relación con otras posibles alternativas técnicas, lo que justifica la necesidad de acometer las obras necesarias para la creación de infraestructuras de manera urgente y eficaz» (antecedente 6 de los Autos).

Según hemos dicho antes, la apertura de incidentes probatorios en los procesos constitucionales, aunque infrecuente, resulta viable, pero está lógicamente condicionada a que las pruebas propuestas (en este caso documentales) reúnan los requisitos ordinarios para su admisibilidad (recaer sobre hechos, no sobre normas, resultar pertinente, etc.). Desde esta perspectiva, al Tribunal no le resulta difícil rechazar en este caso los incidentes promovidos, lo que llevan a cabo los AATC 66 y 67/2009, de 24 de febrero, de idéntico tenor y que ahora comentamos.

Por lo que respecta a la aportación del Real Decreto-ley 3/2008, les basta con señalar que «no resulta pertinente pues, como ya hemos expuesto, la prueba ha de versar sobre cuestiones de hecho, sin que, por tanto, pueda la actividad probatoria referirse a una norma que, habiendo sido publicada en el correspondiente diario oficial, en este caso el Boletín Oficial del Estado, núm. 97, de 22 de abril, es, por ello, de general conocimiento» (FJ 3).

Y por lo que se refiere a la reclamación del expediente de elaboración de dicho Real Decreto-ley se señalan tres cosas: (1) que «el Tribunal siempre podría recabar conforme al art. 88 LOTC los informes y documentos que estime de interés para la resolución del recurso deducido»; (2) que «la concurrencia de las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad», presupuesto habilitante de los Decretos-leyes, «carece de relieve en el seno de un proceso como el presente dirigido al control abstracto de la constitucionalidad de una norma distinta de aquélla» e impugnada por motivos diferentes; y (3) que tampoco «se han concretado aquellos datos o documentos, resultantes del expediente, que resultarían relevantes para la prueba propuesta, carácter genérico e inconcreto de la petición formulada que impide que la misma pueda ser tomada en consideración» (FJ 3).

Como el lector recordará, el Real Decreto-ley 3/2008 que motivó esta petición de prueba ciertamente impertinente, tras ser convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 29 de abril de 2008 (BOE de 9 de mayo), fue dejado poco después sin efecto por Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008 (BOE de 7 de junio), por «superación de las circunstancias de extraordinaria necesidad» que habían motivado su aprobación (debido a las copiosas lluvias del mes de mayo), sin que llegaran a iniciarse las obras de conducción. Impertinente era, desde luego, la prueba propuesta, pero excesivo también el retraso del Tribunal en resolver algunos asuntos, que da lugar al planteamiento de estos incidentes.

## **5. DUALIDAD JURISDICCIONAL EN MATERIA DE DESLINDES DE COSTAS Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Entrando ya en el terreno de las Sentencias, vamos a comenzar con la que, a mi juicio, presenta mayor interés: la STC (Sala Primera) 211/2009, de 26 de noviembre, recaída en un recurso de amparo en el que se declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes (art. 24.1 CE) en un proceso *a quo* relativo también a la legislación de costas.

### **5.1. EL CASO DE LA COLONIA DE NUEVA BERRIA**

La Comunidad de propietarios de la Colonia «Nueva Berria» interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Orden Ministerial de 25 de septiembre de 1990, aprobatoria del deslinde de la playa de Berria en el municipio cántabro de Santoña, que incluía sus propiedades dentro del dominio público marítimo-terrestre. El recurso fue estimado por Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de octubre de 1996, que anuló el referido deslinde

en la parte afectante a dicha Comunidad de propietarios, por entender (según el extracto de dicha Sentencia, que no aparece en las bases de datos, contenido en la posterior del Supremo) que los terrenos sobre los que se asentaba la construcción no tenían carácter de playa, «bien por razones de igualdad con predios limítrofes de similares características a los que la Administración excluyó, bien por la propia naturaleza del terreno, situado “entre poco más de cuatro y algo menos de siete metros sobre la base arenosa de verdadera playa hoy visible... delimitado frente al mar por un paseo peatonal de unos ocho metros de ancho y detrás las viviendas”». Esta Sentencia sería confirmada más tarde en casación por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001.

La mencionada Comunidad de propietarios interpuso también recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Demarcación de Costas de Cantabria de 6 de mayo de 1993, dirigida al Registro de la Propiedad, por la que se instaba (de conformidad con las previsiones del art. 29.2 del Reglamento General de la Ley de Costas) la cancelación de la anotación preventiva derivada del deslinde y su conversión en inscripción definitiva de los terrenos afectados como dominio público. El recurso fue inicialmente inadmitido por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 21 de julio de 1994, por entender que el enjuiciamiento de dicha resolución correspondía a la jurisdicción civil, pero posteriormente estimado en casación por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2001, que apreció diversos vicios en el procedimiento seguido por Costas para ordenar aquella inscripción en el Registro de la Propiedad.

Paralelamente a estas actuaciones, la Comunidad de propietarios entabló demanda civil contra la Administración del Estado con el fin de que se declarara la propiedad privada de los terrenos litigiosos. Inicialmente, la demanda fue estimada por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Santander de 24 de octubre de 1996, pero luego desestimada en apelación por Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander de 11 de enero de 1999. En esta espléndida Sentencia (Ponente Javier de la Hoz de la Escalera), muy bien escrita y argumentada, se reconoce la propiedad privada de los terrenos hasta la entrada en vigor de la Ley de Costas (cosa que también era discutida en el pleito), pero su posterior paso al dominio público (con la consiguiente entrada en juego de la compensación prevista en la transitoria primera de la Ley de Costas) por reunir las características físicas de playa e incluso de zona marítimo-terrestre *ex* artículo 3 de la Ley de Costas. Por lo que luego se dirá, merece la pena transcribir algunos párrafos de esta Sentencia (FJ 4.2), en los que se evidencia una apreciación de los hechos (y no sólo

de ellos) completamente distinta a la efectuada en su día por la Audiencia Nacional:

«Pues bien, a tenor del informe pericial practicado en estos autos, y teniendo también en cuenta los demás que obran aportados, *resulta claro que los terrenos litigiosos sobre las que se asienta lo edificado están compuestos de arenas y son en realidad unas dunas*, al igual que los terrenos colindantes, de iguales características; una dunas estáticas con escasa vegetación formada de manera natural que en lo no construido conservan esas características, siendo reconocibles las dunas en cuanto tales. La playa, en su sentido vulgar, colinda con esa zona y es estática, no afectando lo edificado sobre el terreno litigioso a su dinámica; pero el muro que delimita el paseo marítimo existente al frente de las viviendas supone un obstáculo al avance del mar, pues éste llega hasta él, aunque con escaso calado, en condiciones “muy excepcionales”, pero hasta tal punto que de no existir ese muro el agua de mar penetraría en los terrenos unos diez metros. Siendo éstas las características físicas del lugar y atendiendo a ellas, *no puede por menos de afirmarse que nos hallamos ante una “playa” en el sentido legal antes expuesto e, incluso, ante una zona marítimo terrestre en la parte en esos diez metros que el agua de mar cubriría*, aunque sea ocasionalmente y en los máximos temporales conocidos, el terreno. A esta conclusión no puede ser obstáculo, desde luego, que la propia Administración del Estado haya considerado que otros terrenos colindantes y de iguales características no son playa ni zona marítimo terrestre; ya se expuso que los actos propios de la administración no pueden servir para privatizar el demanio, y debe decirse ahora que frente a la correcta calificación como demanio del terreno litigioso, no puede oponerse la calificación de la Administración en sentido contrario aún recayendo sobre terrenos similares, pues en todo caso debe primar la legalidad frente a la ilegalidad, y *no cabe pretender una igualdad en esta última*, como reiteradamente tiene declarado el Tribunal Constitucional» (las cursivas son nuestras).

Esta Sentencia fue recurrida en casación. Una vez admitido a trámite el recurso, y recaídas ya por entonces las mencionadas Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 y 24 de octubre de 2001, en especial esta última, que confirmaba la anulación del deslinde, la Comunidad de propietarios aportó testimonio de las mismas, solicitando se les diera el carácter de prueba documental, a lo que se accedió por Auto de 25 de abril de 2002.

Por Sentencia de 28 de noviembre de 2005, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, confirmando la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial, por entender, entre otras cosas, que la determinación de si en una finca se dan las características físicas a que se refiere la Ley de Costas «es una cuestión de hecho que, como tal, corresponde su declaración a los Tribunales de instancia» (FJ 5), pero sin hacer mención alguna a las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo

admitidas como prueba, y partiendo incluso en algunos apartados de su argumentación de la validez del deslinde administrativo («Incluidos los terrenos litigiosos en el dominio público marítimo-terrestre por el nuevo deslinde practicado al amparo de la Ley de Costas...», FJ 4) y de la falta de firmeza de su anulación («Al no ser firme la Sentencia de la Audiencia Nacional, sus pronunciamientos y declaraciones carecen de fuerza vinculante para los demás órganos constitucionales», FJ 5).

Finalmente, frente a esta última Sentencia la Comunidad de propietarios interpuso recurso de amparo por error patente vulnerador de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), dando lugar a la STC 211/2009, de 26 de noviembre, que aquí comentamos.

Como es lógico, a la vista de todo lo expuesto, la STC 211/2009 otorga el amparo a los recurrentes, limitándose a constatar, a través de una argumentación sencilla y modélica, que la Sentencia de la Sala Primera del Supremo incurrió en un «error patente» que reunía todos los requisitos para ser constitucionalmente relevante y determinar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva: «Por un lado, *la concurrencia del error fáctico se evidencia de forma palmaria en las actuaciones*, donde es indubitada la existencia de las Sentencias de los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo anulando el deslinde practicado, y el hecho de que las mismas fueron admitidas como pruebas documentales en el recurso de casación. Por otro lado, también se constata que *dicho error no ha sido inducido por el recurrente*, ya que la ausencia de la toma en consideración del contenido de dichas resoluciones resulta sólo imputable al órgano judicial. Y, por último, *el razonamiento para desestimar la pretensión de los recurrentes tiene como presupuesto determinante dicho error*, toda vez que ha concedido carácter decisivo a la validez de un deslinde administrativo que ya había sido anulado previamente de manera firme por los órganos judiciales competentes, de tal forma que, en ausencia de este error, no resulta posible apreciar cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial» (FJ 4) (las cursivas son nuestras).

En consecuencia, el Tribunal declara la nulidad de la Sentencia recurrida y ordena «la retroacción de actuaciones para que se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido».

## 5.2. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA SUBYACENTE

Frente a lo que pudiera parecer a primera vista, el asunto todavía no está ganado por la Comunidad de propietarios, pues no está tan claro qué vaya a decidir la Sala Primera del Supremo cuando vuelva a dictar Sentencia sobre el asunto tras subsanar el error padecido.

Lo que ha habido claramente en este caso, como nos hemos propuesto mostrar en los antecedentes (expuestos con mayor pormenor que en la Sentencia de amparo), es un pronunciamiento radicalmente diferente de las dos jurisdicciones (contencioso-administrativa y civil) acerca de la cuestión capital de la que depende el desenlace del asunto, la pertenencia o no de los terrenos litigiosos a la ribera del mar, discrepancia que tampoco está claro que resida sólo en la apreciación de los hechos, sino que parece alcanzar también a la interpretación de las normas.

El desenlace del asunto admite un doble planteamiento, desde el punto de vista de la legalidad ordinaria y desde el punto de vista constitucional.

En términos de legalidad ordinaria, la respuesta parece más sencilla. La jurisdicción civil sigue siendo competente para decidir sobre la propiedad de los terrenos (arts. 14 de la Ley de Costas y 43 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas), aunque la jurisdicción contencioso-administrativa (que, como es sabido, ha extendido su esfera de conocimiento en materia de deslindes a la determinación de si los terrenos se incluyen o no en alguna de las categorías que legalmente integran el dominio público marítimo-terrestre –jurisprudencia constante, según recuerda la propia STS de 24 de octubre de 2001) ya se haya pronunciado (indirectamente) sobre ella con carácter firme, y sin vinculación a lo decidido por ella. A este respecto, la decisión de la jurisdicción contencioso-administrativa sería sólo *incidenter tantum*, a efectos prejudiciales y sin efectos materiales de cosa juzgada (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007, FJ 2).

Constitucionalmente, no obstante, y aunque no exista cosa juzgada, del derecho a la tutela judicial efectiva, en conexión con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), se deriva un límite adicional a la capacidad de la jurisdicción civil para revisar el juicio previamente efectuado en sede contencioso-administrativa, pues, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional, «unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado»; aunque, como recuerda la reciente STC 139/2009, de 15 de junio, ello «no significa que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción. Obliga a que la diferente apreciación de los hechos debe ser motivada, de modo que «cuando un órgano judicial dicte una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio» (FJ 5). Lo que no cabe, pues, es ignorar sin más lo previamente decidido en sede contencioso-administrativa. Aunque la discrepancia fuera sólo fáctica, un apartamiento motivado podría tal vez excluir la lesión

del derecho a la tutela judicial efectiva. Si la discrepancia es, además, jurídica (como podría ocurrir en este caso, en torno al principio de igualdad, que la Audiencia Nacional y la Provincial introducen en su argumentación en sentidos diferentes) ya no entraría obviamente en juego ese límite constitucional.

La dualidad jurisdiccional en esta materia, unida a la interpretación jurisprudencial del alcance de las respectivas jurisdicciones, constituye un interesante problema jurídico, ilustrado por la Sentencia que comentamos, cuyo análisis no procede apurar aquí. Para concluir baste añadir que resulta fácilmente comprensible que en algunas Sentencias las dos jurisdicciones vengam reclamando de *lege ferenda* «la existencia de un único cauce para articular la protección dominical frente a la eficacia declarativa del deslinde y de una única jurisdicción competente para conocer de tales pretensiones» (STS –Sala de lo Civil– de 25 de abril de 2007, FJ 2; y STS –Sala de lo Contencioso-Administrativo– de 22 de septiembre de 2009, FJ 3).

## **6. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SUBVEN- CIONES CON FINES AMBIENTALES**

### **6.1. SUPUESTOS DE MERA APLICACIÓN DE DOCTRINA**

Hasta la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional llevada a cabo en 2007 (por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), la resolución de los conflictos de competencia entre Estado y Comunidades Autónomas era siempre tarea del Pleno. Ahora, en cambio, en esta y otra clase de procesos, el Pleno «en el trámite de admisión» puede atribuir «la decisión de fondo» «a la Sala que corresponda según un turno objetivo», comunicándolo a las partes (art. 10.2 LOTC, introducido por dicha reforma).

La posibilidad de delegación en las Salas de funciones del Pleno tiene obviamente como finalidad acelerar la resolución de los asuntos, pues por su composición más reducida el funcionamiento de las Salas se presume más ágil. Aunque en el caso de los conflictos de competencia la Ley no establece ninguna condición ni señala ningún criterio, es evidente que los supuestos más propicios para tenga lugar esta delegación son los de «mera aplicación de doctrina», únicos en los que cabe si se trata de recursos de inconstitucionalidad [art. 10.1 b), en su nueva redacción por la Ley Orgánica 6/2007].

Viene esta introducción a cuento de que en el año 2009 la Sala Primera del Tribunal (no el Pleno) ha resuelto dos conflictos de competencia entre Estado y Comunidades Autónomas relativos a subvenciones, que si mencionamos aquí es por tratarse de subvenciones con fines ambientales, pero que se

deciden en aplicación de una muy consolidada doctrina del Tribunal sobre el reparto de competencias en materia de gasto público y subvenciones en general, que se remonta a la STC 13/1992, de 6 de febrero. La «mera aplicación de doctrina» es presumiblemente la razón por la que en ambos casos la competencia para dictar Sentencia se ha deferido a la Sala. Se trata de las SSTC 136 y 138/2009, ambas de 15 de junio. Por tratarse de conflictos admitidos ya a trámite en 2001 y 2003, respectivamente, la delegación no se produjo aquí obviamente en aquel momento inicial, sino una vez entró en vigor la Ley Orgánica 6/2007, conforme a lo previsto y permitido por su Disposición transitoria primera.

En el caso de la STC 136/2009 se trataba de un conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de Aragón contra la Resolución de la Dirección General del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, de 8 de septiembre de 2000, por la que se regulaba la concesión de ayudas para apoyo a la energía solar térmica en el marco del Plan de fomento para las energías renovables. Y en el caso de la STC 138/2009, de un conflicto positivo de competencia promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra la Orden de 4 de octubre de 2002, del Ministerio de Medio Ambiente, por la que se establecían las bases reguladoras de las ayudas a la investigación en materias relacionadas con la Red de Parques Nacionales y se convocaban para el año 2002 (BOE de 9 de octubre).

Lo que reclamaban los Ejecutivos autonómicos en ambos casos era la territorialización de dichas líneas de ayuda, cuya gestión (tramitación y resolución) y pago habían centralizado la Resolución y Orden impugnadas, a su juicio indebidamente.

En materia de subvenciones existe, como hemos dicho, una consolidada jurisprudencia constitucional, según la cual, en síntesis, la capacidad de gasto no constituye un título competencial autónomo, de modo que la competencia normativa y ejecutiva (única reivindicada en estos casos) sobre subvenciones sigue el reparto de competencias en el sector de la actividad de los poderes públicos al que quepa adscribir las primordialmente, teniendo en cuenta su contenido y finalidad.

En el caso de las «ayudas para apoyo a la energía solar térmica», en el que se subvencionaban las aplicaciones domésticas e industriales de energía solar térmica de baja temperatura para la producción de agua caliente sanitaria, calefacción, climatización de piscinas, etc., la STC 136/2009 (FJ 2) las considera incardinables en la materia «régimen energético», de modo que con arreglo al reparto constitucional y estatutario de competencias en esta materia, según el cual el Estado sólo tiene reservadas las «bases» (art.

149.1.25 CE), su gestión y pago han de corresponder al Gobierno de Aragón; pues tampoco se justificó la concurrencia de ninguna de las circunstancias que, según dicha jurisprudencia, permitirían excepcionalmente su centralización: «que resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector» [STC 13/1992, FJ 8 d)].

En el caso de las «ayudas a la investigación en materias relacionadas con la Red de Parques Nacionales», la STC 138/2009 (FJ 3) rechaza su incardinación en la materia «investigación científica y técnica», que hubiera permitido justificar la centralización en la gestión (por la exclusividad de dicha competencia *ex* art. 149.1.15 CE), con argumentos no sé si del todo convincentes («se trata de [proyectos] vinculados a la mejora de la gestión en el seno de los Parques Nacionales, antes que al perfeccionamiento del conocimiento científico en cuestiones relacionadas con los mismos»), pero que al menos resultan coherentes con la interpretación estricta, también propugnada por el Tribunal, del título horizontal previsto en el artículo 149.1.15 CE, con el fin de «evitar un vaciamiento de los títulos sectoriales», y en consecuencia de las competencias autonómicas en materia de subvenciones (FJ 3). Las materias seleccionadas, pues, para la incardinación de esta línea de ayudas son «protección del medio ambiente» y «espacios naturales protegidos», por lo que de nuevo, de acuerdo con el reparto de competencias bien conocido en estas materias, máxime tras el definitivo reconocimiento de que la gestión de los Parques Nacionales es competencia autonómica (STC 194/2004, de 4 de noviembre), la Sentencia concluye que su gestión y pago han de corresponder a la Junta de Andalucía.

## 6.2. LA POSIBLE CONVENIENCIA DE RECONSIDERAR EL RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES

Lo más llamativo, a mi juicio, de las Sentencias que estamos comentando es posiblemente el fallo. Según se justifica en el último fundamento jurídico de cada una (STC 136/2009, FJ 5, y STC 138/2009, FJ 7), como las disposiciones impugnadas ya habían agotado sus efectos (por haber sido destinados los fondos al fin para el que fueron presupuestados) y como no resulta procedente afectar a situaciones consolidadas, el fallo se limita a declarar la titularidad de la competencia controvertida, sin necesidad de anular la disposición correspondiente.

En realidad, lo llamativo no es tanto el fallo en sí mismo, cuya corrección es indudable, como su razón de ser, el que las Sentencias se dicten cuando las líneas de ayudas ya han agotado sus efectos (aunque la controversia competencial siga viva, pues de lo contrario no se llegaría siquiera a Sentencia, STC 138/2009, FJ 2). Y lo que sorprende en relación con ello es la negativa sistemática del Tribunal en estos casos a adoptar medidas cautelares durante la tramitación de los procesos constitucionales, cuando las Comunidades Autónomas impugnantes le requieren para ello (al amparo del art. 64.3 LOTC). Así ocurrió en el caso de las «ayudas para apoyo a la energía solar térmica», en el que por ATC 147/2001, de 5 de junio, el Tribunal denegó la suspensión de la Resolución impugnada, solicitada por el Gobierno de Aragón.

En este mismo ejercicio, el Tribunal ha vuelto a rechazar por Auto (ATC 278/2009, de 10 de diciembre) la suspensión de la vigencia de otras dos Ordenes ministeriales de establecimiento de las bases reguladoras y convocatoria de subvenciones para fines relacionados con la protección ambiental, impugnadas de nuevo por la Diputación General de Aragón presumiblemente por los mismos motivos de siempre (la centralización de su gestión y pago).

Ciertamente, es muy difícil acreditar en estos casos «perjuicios de imposible o difícil reparación» (como exige el art. 64.3 LOTC), que se darían más bien, como señala el Abogado del Estado (FJ 3), si no se aplicasen las ayudas. Como indica el Auto para justificar la no suspensión (FJ 4): «los perjuicios meramente invocados, que se cifrarían en la eventual invasión de la competencia autonómica y, por consiguiente, en la privación de su ejercicio, no son reales, actuales y efectivos, sino potenciales e hipotéticos, cuya verosimilitud resultaría condicionada, en primer término, a que en su momento se declarara de titularidad de la actora la competencia controvertida y, en segundo término, al alcance de los efectos de la Sentencia que resuelva la controversia competencial, no demostrándose en todo caso que, de llegar a existir, fuesen irreversibles y, por ende, irreparables».

Pero se trata obviamente de un círculo vicioso, y de un curioso ejemplo de ineffectividad de la tutela judicial (constitucional). Cuando el fondo del asunto esté claro (*fumus boni iuris*), el Tribunal debería plantearse la posibilidad de adoptar en estos casos medidas cautelares positivas, obligando cautelarmente al Estado a territorializar las ayudas.

## **7. DELITO ECOLÓGICO Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES**

Para terminar, vamos a dar simplemente noticia de una Sentencia del Tribunal Constitucional (la STC 91/2009, de 20 de abril), por la que se resuelve un recurso de amparo en materia de delito ecológico.

El recurso de amparo se interpuso frente a una Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 2003, que, casando la de instancia, de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de julio de 2002, que había sido absolutoria, se condenó al Alcalde del Ayuntamiento de Xeresa (Valencia) como autor de un delito de prevaricación ambiental en concurso ideal con un delito contra el medio ambiente, por haber autorizado durante varios años la realización de vertidos de escombros y otros productos en una serie de parcelas ubicadas en suelo no urbanizable protegido, dentro de los límites de la Marjal de la Safor, produciendo el aterramiento de algunas balsas. Las penas fueron las siguientes: por el primer delito, veinticuatro meses de multa, a razón de cincuenta mil pesetas por día, y ocho años de inhabilitación especial para empleo o cargo público; y, por el segundo, un año de prisión, multa de veinticuatro meses, a razón de cincuenta mil pesetas por día, y dos años de inhabilitación especial para profesión u oficio.

En el recurso de amparo se denunciaba la lesión por la Sentencia del Supremo de distintas garantías constitucionales, tanto procesales (art. 24 CE) como relativas al principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25 CE), planteándose cuestiones de mucho interés, pero de alcance más bien general, en las que no vamos a entrar aquí. Baste decir que la STC 91/2009 rechaza todos los argumentos, salvo el relativo a la cuota diaria de la pena de multa, que la Sentencia impugnada había fijado en el máximo legalmente permitido (50.000 ptas., art. 50.4 CP, en su redacción a la sazón vigente) atendiendo a «la gravedad del hecho, el impacto medioambiental producido y la desatención de los intereses generales», siendo así que el Código Penal (art. 50.5) exige que la cuota se fije teniendo en cuenta «exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo». En este solo punto se otorga el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), como derecho a obtener una resolución «fundada en Derecho» (STC 91/2009, FJ 7), ordenándose la retroacción de actuaciones para que se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental del demandante.