

---

## Crónica de jurisprudencia (de 1 de febrero a 30 de abril de 2012)

Antonio Descalzo González

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

### A) Tribunal Constitucional

#### **Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2012, de 1 de marzo. Requisito de edad para participar en los procesos de ascenso en el marco de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, del Parlamento de Andalucía, de coordinación de policías locales. Vulneración inexistente del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos**

##### **Antecedentes**

Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 2651/2005, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Cádiz en relación con el artículo 46 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, del Parlamento de Andalucía, de coordinación de policías locales, por su posible vulneración de los artículos 23.2 y 103.3 CE.

Ponente: Don Eugeni Gay Montalvo.

##### **Extracto de doctrina**

"(...)

"4. El núcleo de la controversia suscitada se contrae al determinar si el artículo 46.2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 13/2001, de coordinación de las policías locales, infringe los artículos 23.2 y 103.3 CE al establecer un requisito de edad para el acceso a otros cuerpos de policía local por el sistema de movilidad con ascenso.

"A los efectos de delimitar el ámbito de aplicación del artículo objeto de controversia, procede indicar que el señalado límite de edad no se establece para todos los funcionarios públicos locales, sino exclusivamente para los funcionarios de los cuerpos de policía local (es decir, para la provisión de determinadas plazas de la función pública local); aún más, tratándose de la posibilidad de acceso por el 'sistema de movilidad'

no puede afirmarse que nos hallemos ante una convocatoria de acceso a la función pública, sino ante una posibilidad concreta que se ofrece a quienes, ostentando ya la cualidad de funcionarios de la policía local de un Ayuntamiento, pretendan optar a otros puestos de cuerpos de policía local de distinto Ayuntamiento. Precisamente por ello la Ley andaluza de coordinación de policías locales establece tal límite de edad para el 'sistema de movilidad', sin extenderlo a la promoción interna pues en este último caso nos hallamos ante la promoción del funcionario dentro del cuerpo al que pertenece, mientras que en la movilidad (con o sin ascenso) la persona de que se trate ingresa ex novo en un cuerpo de policía local diferente.

"5. Este Tribunal ha tenido ocasión de considerar en diversas ocasiones la introducción de la edad como circunstancia objetiva que actúa como elemento diferenciador en el acceso a las funciones públicas.

"Con carácter preliminar debe recordarse que el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas no prohíbe que el legislador pueda tomar en consideración la edad de los aspirantes o cualquier otra condición personal.

"Así, la Sentencia 63/2011, de 6 de junio (recogiendo la STC 200/2001, de 4 de octubre, a su vez reproducida in extenso en la STC 59/2008, de 14 de mayo), concluye que por lo que se refiere a la edad como factor de discriminación la hemos considerado 'una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de aplicación de discriminación incluida en el artículo 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización por el legislador, como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto en aplicación del cual este Tribunal ha llegado a soluciones diversas, en correspondencia con la heterogeneidad de los supuestos enjuiciados, tanto en procesos de amparo constitucional como de control de normas con rango de Ley' (F. 3).

"Este criterio —'en cuanto la edad es en sí un elemento diferenciador será legítima una decisión legislativa que, atendiendo a ese elemento diferenciador, y a

las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites de edad que supongan, para los que lo hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos— estaba ya presente en nuestra primera jurisprudencia, en particular, en la STC 75/1983, de 3 de agosto (F. 3), en la que en razón del mismo sostuvimos que el establecimiento legal de la edad máxima de sesenta años para el acceso al cargo de interventor en los municipios de régimen especial de Barcelona y Madrid no era inconstitucional, pues se trata, con dicho límite, de evitar que tal cargo se adjudique a funcionarios que por poseer una mayor antigüedad en la carrera (...), les reste un plazo relativamente breve para la jubilación, de modo que apenas tengan tiempo suficiente para imponerse de los importantes cometidos que la ley les impone desarrollar, ni conocer las peculiaridades del Ayuntamiento cuyos fondos ha de intervenir, influyendo de manera decisiva en el desempeño del servicio personal y en el que ha de prestarse públicamente a favor de los ciudadanos. Deficiencias y perjuicios que se evitan con dicha medida, que permiten que al tenerse acceso al cargo a una edad alejada moderadamente de la jubilación, se garantice una indispensable permanencia en el cargo con la reserva de que si se produce el cese antes de la jubilación, el cargo queda abierto a los que cumplan aquella exigencia de edad no superior a los sesenta años’. De suerte que ‘la diferenciación no constituye un específico privilegio —o su contrario, una discriminación— por razón de la edad, sino una definición objetiva y general de las condiciones que han de reunir los interventores que quieran acceder a los municipios de régimen especial’ (F. 6).

“Esta doctrina se recuerda en la STC 37/2004, de 11 de marzo, que el Juzgado proponente de la cuestión cita en apoyo de su tesis. En esa Sentencia se declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del último inciso del artículo 135 b) del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, por vulneración del derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas (art. 23.2 CE), al establecer el precepto anulado un límite máximo de edad para opositar a puestos en la función pública local (“no exceder de aquella en que falten menos de diez años para la jubilación forzosa por edad, determinada por la legislación básica en materia de función pública”).

“La STC 37/2004, tras recordar —con cita de la STC 75/1983— que el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 23.2 CE) no prohíbe que el legislador pueda tomar en consideración

la edad de los aspirantes, o cualquier otra condición personal, siempre que esa diferenciación de trato obedezca a una justificación razonable, llega a la conclusión de que el establecimiento de un límite máximo de edad para opositar a puestos en la función pública local no encuentra una explicación razonable desde la perspectiva constitucional. En el fundamento jurídico 6 de la Sentencia puede leerse: ‘No lo es, en absoluto, que tal exigencia pueda derivarse del régimen jurídico de los derechos pasivos de tal tipo de funcionarios (...) porque restringe, indebidamente, el derecho de acceso a aspirantes que pueden presentar, potencialmente, mayores méritos y capacidad. Tampoco puede justificarse una disposición como la contenida en el último inciso del artículo 135 b) del Real Decreto Legislativo 781/1986 en la conveniencia de que determinadas plazas sean cubiertas de forma estable por el simple motivo de que el legislador la ha referido a toda la función pública local. En nuestra STC 75/1983, de 3 de agosto, hemos señalado que puede ser justificable que la provisión de determinadas plazas de la función pública contenga exigencias específicas de edad derivadas de las peculiaridades de los concretos puestos a cubrir. Pero tal posibilidad no opera cuando, como aquí es el caso, la norma se aplica de forma indiferenciada a todos los funcionarios públicos locales’.

“En consecuencia, la constitucionalidad o no de la norma que introduce la diferenciación de trato por razón de la edad como circunstancia objetiva en el acceso a las funciones públicas dependerá de cada supuesto en particular, de modo que la norma será inconstitucional en los supuestos en los que no exista para tal diferenciación de trato justificación razonable (STC 37/2004), y, en cambio, será constitucional cuando la diferenciación de trato por razón de la edad responda a una definición objetiva y general de las condiciones que debían reunir quienes querían acceder a los puestos de que se trate; diferenciación, por otra parte, que ha de justificarse debidamente (STC 75/1983).

“Por lo tanto, hemos de determinar, ahora, si la diferenciación de trato obedece a una definición objetiva y general y, debemos asimismo, analizar las razones que, en opinión de los órganos autonómicos, justifican la prohibición de participación en los procesos de acceso por el turno de movilidad con ascenso a los cuerpos de policía local de Andalucía.

“6. El artículo objeto de controversia introduce la edad como circunstancia objetiva que actúa como elemento diferenciador a partir de la consideración de las

características de la plaza y de las consecuencias que la cobertura de la misma por una persona mayor de la edad establecida ocasionaría al servicio en el municipio receptor.

“Así es por cuanto el artículo 28 de la Ley de coordinación de policías locales de Andalucía prevé que ‘los municipios, al objeto de garantizar una adecuada aptitud psicofísica en la prestación de los servicios de Policía Local, establecerán la situación de segunda actividad’, una situación administrativa, añade el párrafo 2 de este artículo, ‘en la que se permanecerá hasta el pase a la jubilación u otra situación que no podrá ser la de servicio activo, salvo que el pase a la situación de segunda actividad se produzca como consecuencia de la pérdida de aptitudes psicofísicas y que las causas que lo motivaron hayan desaparecido’. En esta situación administrativa pueden encontrarse los funcionarios de la policía local en los que concurra alguna de las causas establecidas por el artículo 29 de la citada ley, particularmente, el cumplimiento de las edades que la propia Ley determina para cada escala [que en el caso de los oficiales, pertenecientes a la escala básica, es la edad de 55 años (art. 31.1)].

“En la situación de segunda actividad, el funcionario de la policía local queda excluido de actuaciones policiales operativas, pasando a desarrollar sus funciones ‘en otro puesto de trabajo adecuado a la categoría que se ostente y determinado por el municipio, preferentemente en el área de seguridad, y si ello no fuese posible, en otros servicios municipales’ (art. 30.1). La inclusión de la situación de segunda actividad obedece, al decir de la exposición de motivos de la Ley, a la voluntad de ‘acercar más su régimen [el propio de los Cuerpos de Policía Local de Andalucía] al de otros Cuerpos de Seguridad’ y, como se ha indicado, el fundamento del pase a situación de segunda actividad es el de ‘garantizar una adecuada aptitud psicofísica en la prestación de los servicios de la Policía Local’ (art. 28.1).

“Así las cosas, la situación de segunda actividad produce no solo una merma en el número de funcionarios de la policía local capacitados para realizar actuaciones policiales operativas disponibles en el municipio, sino también un aumento de los costes de personal del correspondiente Ayuntamiento, no solo porque para mantener la proporcionalidad entre las diferentes categorías entre las plantillas de los cuerpos de policía local (exigencia establecida por la disposición transitoria novena) será preciso reponer al funcionario que ha pasado a la situación de segunda actividad,

sino también porque este ha de percibir las mismas ‘retribuciones básicas y complementarias, salvo aquellas vinculadas al puesto de trabajo o destino concreto que previamente desempeñaba’ (art. 30.2).

“De este modo, la consecuencia para el municipio que recibiese a un aspirante con una edad más o menos cercana a la que supondría el pase a la segunda actividad, supondría un grave perjuicio para el propio municipio; perjuicio, sin duda, económico pero también en la prestación del servicio al ciudadano.

“Por tanto, el motivo de la diferenciación en razón de la edad contemplado en el artículo 46 de la Ley del Parlamento de Andalucía 13/2001, de 11 de diciembre, de coordinación de las Policías locales, se encuentra en razones derivadas de las características de la plaza y de las consecuencias que la cobertura de la misma por una persona mayor de la edad establecida ocasionaría al servicio en el municipio receptor.

“Como se ha avanzado, la justificación ofrecida es doble. En primer lugar, descansa en argumentos de estabilidad de plantillas y ahorro de costes de personal. Se sostiene, en efecto, que el pase de los policías locales a la situación de segunda actividad al cumplir la edad legalmente prevista produce una merma en el número de funcionarios de la policía local disponibles en el municipio para las tareas propias de la policía local (‘funciones operativas’), que obliga a reclutar nuevos funcionarios para esas funciones, con el consiguiente aumento de los costes de personal, que represente de manera inconveniente en los municipios al recibir en su cuerpo de Policía local a funcionarios de otras policías locales que tengan una edad cercana a la que supondría el pase a la segunda actividad. En definitiva, lo que se pretende es que los funcionarios de un cuerpo de Policía local que accedan por el sistema de movilidad a otro cuerpo de Policía local de distinto municipio, lo hagan a una edad que garantice una mínima duración (al menos diez años) en el desempeño de las actuaciones operativas de la policía local en este municipio, antes de que se produzca el pase a la situación de segunda actividad.

“Como segundo argumento se hace referencia a las específicas características de trabajo a los que se accede, indicándose que el límite de edad objeto de consideración tiene como finalidad asegurar la eficacia del servicio activo de policía, ya que con este requisito se procura una cierta permanencia en el servicio activo.

“En consecuencia, los argumentos ofrecidos en este proceso constitucional en pro de la incorporación

en las normas de acceso a la función pública local de un requisito relacionado con la edad que no guarda relación con los principios de mérito y capacidad constitucionalmente establecidos (art. 103.3 CE), resultan razonables desde la perspectiva del artículo 23.2 CE, por lo que el artículo 46 de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, del Parlamento de Andalucía, de coordinación de policías locales no vulnera los artículos 23.2 y 103.3 CE.”

### **Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2012, de 6 de febrero. El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos de concejales no adscritos. Vulneración consistente en la participación en las comisiones informativas municipales con voz pero sin voto**

#### **Antecedentes**

Recurso de Amparo núm. 3251/2007, interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Madrid de 29 de septiembre de 2006, recaída en procedimiento de protección de derechos fundamentales y contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Novena) de 22 de febrero de 2007, por la que se desestima recurso de apelación interpuesto contra la anterior por vulneración del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos.

Ponente: Don Ramón Rodríguez Arribas.

#### **Extracto de doctrina**

“1. El objeto del presente recurso de amparo consiste en determinar si la decisión del Presidente de la comisión informativa de áreas y servicios del Ayuntamiento de Majadahonda de convocar a los recurrentes a la sesión ordinaria de dicha comisión que se celebró el 25 de enero de 2006 en calidad de concejales no adscritos, con derecho a intervenir haciendo uso de la palabra, pero sin voto, siguiendo las instrucciones previamente impartidas en este sentido por el Secretario General del Ayuntamiento de la corporación en su circular núm. 1/05, de 7 de octubre de 2005, ha vulnerado los derechos de participación política de los recurrentes reconocidos en el art. 23 CE.

“La también alegada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) carece de sustantividad propia, porque con esta invocación los recurrentes se limitan en realidad a denunciar que las Sentencias recurridas, al validar la actuación municipal a la que se vincula directamente la vulneración de los derechos de participación política que garantiza el art. 23 CE, no les han otorgado la tutela judicial efectiva pretendida, lo que, en definitiva, reconduce la cuestión al análisis de la lesión de los derechos fundamentales sustantivos del art. 23 CE.

“2. Las vulneraciones de los derechos fundamentales de participación política reconocidos en el art. 23 CE denunciadas en la presente demanda de amparo han sido ya analizadas por este Tribunal en su reciente STC 20/2011, de 14 de marzo, resolviendo una demanda de amparo formulada por los mismos demandantes de amparo con idéntica fundamentación y sobre la misma cuestión, esto es, su convocatoria a comisiones informativas municipales en calidad de concejales no adscritos, con voz pero sin voto. Dicho criterio ha sido posteriormente confirmado por la Sección Cuarta del Tribunal mediante SSTC 82/2011 y 85/2011, ambas de 6 de junio.

“En la STC 20/2011, de 14 de marzo, con apoyo en la doctrina sentada en la STC 169/2009, de 9 de julio, este Tribunal otorgó el amparo a los demandantes por entender que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal, lo que determina que se haya producido la lesión de los derechos de participación política ex art. 23 CE alegada por los recurrentes.

“En efecto, en nuestra STC 20/2011, tras advertir que ‘ni la consideración como concejales no adscritos, con la consiguiente imposibilidad de formar parte de ningún grupo político municipal, ni las consecuencias que de ello se derivan, vulneran el derecho de los recurrentes a ejercer su *ius in officium*, por lo que, en este punto, ha de rechazarse la pretendida lesión de los derechos garantizados por el art. 23 CE’ (STC 20/2011, F. 4), precisamos seguidamente ‘en sintonía con lo declarado en STC 169/2009, F. 4, que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones

informativas, pero no el derecho a votar, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de concejal, lo que determina que se haya producido la lesión de los derechos de participación política ex art. 23 CE alegada por los recurrentes' (STC 20/2011, F. 5).

"No obstante, 'como también se advirtió en la STC 169/2009, F. 4, de lo anterior no se deriva que los concejales no adscritos tengan derecho a que su voto compute en los mismos términos que el de los miembros de la comisión informativa adscritos a grupo. Si así fuera, teniendo en cuenta que la comisión informativa es una división interna del Pleno de la corporación, sus miembros no adscritos disfrutarían en su seno de una posición de sobrerrepresentación'. Por ello, 'para evitar la materialización del riesgo de sobrerrepresentación de la minoría que se deriva del derecho de participación directa en las comisiones informativas que corresponde a los miembros no adscritos de la corporación' resulta necesario que, 'ya sea a través de las normas que regulen la organización y funcionamiento de la corporación, o del propio acuerdo a través del cual se materialice lo dispuesto en el art. 73.3 LBRL', se adopten 'las disposiciones organizativas que procedan para garantizar que el derecho de los concejales no adscritos a participar en las deliberaciones y a votar en las comisiones informativas no altere la citada exigencia de proporcionalidad' (STC 20/2011, F. 6).

"En suma, con íntegra remisión a la fundamentación jurídica de la STC 20/2011, de 14 de marzo, debemos otorgar igualmente el amparo en el presente supuesto, que guarda con el allí resuelto una identidad sustancial, declarando la lesión del derecho fundamental de los recurrentes a la participación política en condiciones de igualdad (art. 23 CE) y la nulidad del acto de la corporación municipal que impidió su ejercicio y de las Sentencias recaídas en vía contencioso-administrativa que lo confirman, sin que proceda adoptar en el fallo de esta Sentencia una medida destinada al pleno restablecimiento del derecho vulnerado, toda vez que en la fecha en que pronunciamos esta Sentencia ha finalizado ya el mandato para el que los recurrentes fueron elegidos y en el que se adoptó la decisión municipal de privarles de derecho al voto en la comisión informativa a que se refiere el presente recurso de amparo (STC 20/2011, F. 8)."

## **Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2012, de 1 de marzo. Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears**

### **Antecedentes**

Recurso de inconstitucionalidad núm. 5061/2001, promovido por el presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears.

Ponente: Don Pablo Pérez Trepms.

### **Extracto de doctrina**

"(...)

"3. Entrando ya en el examen del fondo del asunto, y tratándose de una disputa de carácter competencial, procede comenzar con el encuadramiento competencial de las cuestiones discutidas en el presente recurso. Así, sin perjuicio de que su análisis concreto requiera mayores precisiones, resulta que las mismas hacen referencia a cuestiones incluidas en el ámbito propio del comercio interior o la defensa de los consumidores y usuarios. Respecto de estas materias, la delimitación competencial que deberemos tener en cuenta a la hora de resolver las cuestiones planteadas en el presente recurso es la que resulta de la lectura conjunta de los arts. 30.42 y 30.47 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, en la redacción dada a los mismos por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, conforme a los cuales y en los términos en ellos previstos, la Comunidad Autónoma ostenta competencias exclusivas tanto en materia de comercio interior 'sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución', como de defensa de los consumidores y usuarios 'en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución'. Así, conforme a su propio tenor, dicha asunción competencial 'no excluye la competencia estatal para establecer las bases y la coordinación de ese subsector, y que el ejercicio autonómico de esta competencia exclusiva puede estar condicionado por medidas estatales, que en ejercicio de una competencia propia y diferenciada pueden desplegarse autónomamente sobre diversos campos o



materias' (STC 77/2004, de 29 de abril, F. 3 y las allí citadas). Por ello, y como ya establecimos en la STC 140/2011, de 14 de septiembre, F. 2, respecto a la asunción autonómica de la competencia en materia de comercio interior, resulta que las competencias autonómicas no pueden dejar de atemperarse, de acuerdo a lo previsto en el propio Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, a la disciplina establecida por el Estado en el ejercicio de sus competencias propias, lo que significa que las competencias asumidas por las Illes Balears han de respetar las competencias del Estado relacionadas en el art. 149.1 CE en especial aquellas explícitamente mencionadas por el texto estatutario en relación con las competencias autonómicas en materia de defensa de los consumidores y usuarios y de comercio interior pues solo entonces será dable reconocer que la autonómica se ha actualizado en el respeto a su marco delimitador propio, constitucional y estatutario, cuestión esta que deberemos determinar en relación a cada uno de los preceptos objeto del presente proceso al examinar su relación con las competencias estatales que se entienden vulneradas como son, especialmente, las derivadas del art. 149.1.6 y 13 CE.

"4. Señalado lo anterior podemos ya comenzar el enjuiciamiento del art. 4.2, primero de los preceptos impugnados en el presente recurso, el cual dispone que:

"'Artículo 4. Actividad comercial al detalle.

"'(...)

"'2. También se entiende por actividad comercial al detalle la oferta a los usuarios de servicios financieros, de obsequios o regalos como pago de intereses, y de financiación para la adquisición de un bien o de un producto concreto puesto a disposición del consumidor por la misma entidad financiera.'

"El conflicto respecto de este precepto se centra en determinar si, como sostiene el Abogado del Estado, el mismo amplía el concepto de actividad comercial al detalle que establece la legislación estatal básica o si, por el contrario, la Comunidad Autónoma ha desarrollado la normativa en esta materia respetando la legislación mercantil básica. Como se desprende de su tenor literal, el art. 4.2 incluye en la actividad comercial al detalle, definida en el apartado 1 de este mismo precepto, los obsequios y regalos que se ofertan por las entidades de crédito a los usuarios de sus servicios financieros y la financiación para la adquisición de un bien o producto que la propia entidad financiera pone a disposición del cliente. Por tanto, el precepto impugnado responde a la finalidad de precisar o especificar

el previamente definido concepto de actividad comercial al detalle, del mismo modo que lo hace el art. 1.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, el cual, dictado al amparo de las competencias estatales ex art. 149.1.6 y 8 CE, según proclama su disposición final única, establece que 'se entiende por comercio minorista aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento'. Sin embargo, aun cuando ambas normas persiguen determinar los supuestos a los que resulta de aplicación la normativa en materia de comercio, son patentes las diferencias contenidas en una y otra definición en cuanto que la autonómica incluye en su seno aspectos no contemplados en la definición estatal.

"A fin de resolver esta cuestión debemos tomar en consideración que nuestra doctrina, desde la temprana STC 37/1981, de 16 de noviembre, ha procedido a la delimitación del alcance de la legislación contractual, civil y mercantil, en relación con otras materias competenciales entre las que se encuentra el comercio interior. Esta delimitación tiene como punto de partida la distinción entre, de un lado, lo que es regulación de las relaciones inter privados y, de otro lado, la regulación de la intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales, encuadrando el primer tipo de regulaciones en la materia de legislación civil o mercantil. En tal sentido, la fijación de la condición de comerciante, y, por extensión, la definición de la actividad derivada de dicha condición, corresponde al Estado pues la misma, en cuanto determina la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil, es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado y se trata de una noción formulada al amparo del art. 149.1.6 CE, competencia que incluye la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los comerciantes en cuanto tales. Por eso, dicha definición excede los límites de la competencia autonómica sobre comercio interior la cual, al regular estas relaciones entre los comerciantes y los destinatarios de sus servicios, está incidiendo en la legislación mercantil de competencia exclusiva estatal ex art. 149.1.6 CE.

"Partiendo de las anteriores premisas es preciso reconocer que la norma básica estatal, la Ley 7/1996, define el comercio minorista, que se identifica con el que la Ley autonómica denomina 'al detalle', como una actividad exclusivamente definida por la venta de

artículos a destinatarios finales. Esta definición, en un sentido objetivo, como una actividad que reviste determinadas características y no otras en el ámbito de la distribución de bienes en el mercado es propia de la legislación mercantil. De ello se desprende que si el Estado posee competencia exclusiva en esa materia (ex art. 149.1.6 CE), el legislador autonómico, aun cuando su competencia en materia de 'comercio interior' del art. 30.42 de su Estatuto de Autonomía incluya la relativa a las 'condiciones para ejercer la actividad comercial', no puede entrar a regular tales condiciones de forma que con ello invada ámbitos de la actividad mercantil que corresponden al Estado, el cual ha establecido una configuración jurídica negocial que determina que actividades como las previstas en el impugnado art. 4.2 queden fuera de la misma.

"En efecto, la consecuencia que se deriva del precepto que enjuiciamos es el sometimiento a una regulación de Derecho público de un extremo que el legislador ha considerado integrante del tráfico jurídico privado, excluyéndolo asimismo de la regulación en materia de comercio para someterlo a una regulación específica en tanto que se trata de actividades que pueden ser calificadas como propias de una entidad de crédito. Se trata de relaciones contractuales entre particulares en las que no hay propiamente actividad de venta sino ofrecimiento de servicios financieros sometidos a su regulación específica en tanto que se trata de negocios propiamente bancarios, aunque la contratación de estos tenga como premisa la adquisición de determinadas mercancías o estas se ofrezcan como contraprestación. Estos negocios jurídicos privados, si bien pueden sin dificultad ser calificados como actos de comercio en los términos de los arts. 175 y ss. del Código de comercio, en relación con el art. 2 del mismo cuerpo legal, se encuentran reservados a las entidades de crédito por el art. 28.1 b) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, tal como estas entidades se definen en el art. 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de las Comunidades Europeas, decisiones ambas adoptadas por el Estado conforme a sus competencias ex art. 149.1.11 CE (al respecto, STC 96/1996, de 30 de mayo, F. 19 in fine). Este precepto, por lo demás, también limita expresamente la competencia autonómica en materia de comercio interior del art. 30.42 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

"Por todo lo expuesto, el art. 4.2 de la Ley 11/2001 es inconstitucional y nulo.

"5. Examinaremos ahora la impugnación del art. 14, cuyo tenor literal en el momento de ser impugnado era el siguiente:

"'Artículo 14. Contención de la superficie de venta de los establecimientos comerciales.

"'1. Las administraciones competentes no podrán autorizar la realización de obras de instalación o ampliación, ni la apertura de establecimientos comerciales que puedan disponer de una superficie útil para la exposición y la venta superior a:

"'a) 250 m2, en los municipios de hasta 3.000 habitantes.

"'b) 400 m2, en los municipios de entre 3.001 y 10.000 habitantes.

"'c) 600 m2, en los municipios de entre 10.001 y 20.000 habitantes.

"'d) 800 m2, en los municipios de más de 20.000 habitantes.

"'e) 1300 m2, en el municipio de Palma.'

"Ya hemos señalado tanto que el precepto ha sido derogado sin que, pese a ello, el recurso haya perdido su objeto en este punto como que, en la medida en que el Abogado del Estado reprocha, en primer lugar, al precepto impugnado la vulneración de las bases estatales, está planteando un problema de inconstitucionalidad mediata o indirecta de modo que, conforme al criterio que ya hemos expuesto anteriormente, deberemos tomar en consideración la normativa básica en vigor en el momento de dictar la presente Sentencia. En el presente caso supone que debemos tomar en consideración no solamente el art. 5 de la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, mencionado por el Abogado del Estado, sino muy especialmente, atendiendo al tenor del precepto cuestionado, el vigente art. 6 de la Ley 7/1996 en la redacción dada al mismo por el art. Único.2 de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, cuyo carácter básico ex art. 149.1.13 CE se proclama en su disposición final única y que dispone que:

"'Artículo 6. Instalación de establecimientos comerciales.

"'1. Con carácter general, la instalación de establecimientos comerciales no estará sujeta a régimen de autorización comercial.

"'No obstante lo anterior, la instalación de establecimientos comerciales podrá quedar sometida a una autorización que se concederá por tiempo indefinido cuando, una vez aplicados el juicio de proporcionali-

dad, según lo establecido en el artículo 5 c) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y el principio de no discriminación, de manera clara e inequívoca concurren razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, de acuerdo con lo que se establece en el siguiente apartado y así se motive suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen.

“En ningún caso constituyen razones imperiosas de interés general válidas para la imposición de un régimen de autorización las razones de índole económica, de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 de este artículo.

“2. Los requisitos que se establezcan para la instalación de establecimientos comerciales atenderán conjuntamente a criterios basados en razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, como la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico.

“En todo caso los requisitos, y en su caso los criterios de concesión de la autorización, deberán ser proporcionados, no discriminatorios, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, predecibles, transparentes y accesibles.

“3. En ningún caso podrán establecerse requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica.

“4. En todo caso corresponde a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla regular el procedimiento de autorización para la instalación de establecimientos comerciales a que se refiere el apartado dos de este artículo, y determinar la autoridad autonómica o local competente para resolver las solicitudes de autorización. Dicho procedimiento coordinará todos los trámites administrativos necesarios para la instalación de establecimientos comerciales. Sin perjuicio de la regulación que al respecto aprueben las Comunidades Autónomas, las solicitudes presentadas

deberán resolverse en un plazo máximo de seis meses, y como efecto de la falta de resolución expresa, se establecerá el silencio positivo con excepción de los supuestos que recoge el artículo 6 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. No se podrá supeditar el otorgamiento de la autorización a la intervención directa o indirecta de los competidores en el procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones, incluso en órganos consultivos, sin perjuicio de los cauces que se establezcan para la consulta al público en general. Las autorizaciones son libremente transmisibles por su titular. No obstante, la transmisión deberá ser comunicada a la administración concedente a los solos efectos de su conocimiento.’

“En cuanto que regulación de los regímenes de autorización aplicables a una actividad de servicios como el comercio, habremos de tener en cuenta también lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Esta norma tiene como fin –según se indica en su preámbulo– impulsar la mejora de la regulación del sector servicios, reduciendo las trabas injustificadas o desproporcionadas al ejercicio de una actividad de servicios; a tal efecto la Ley 17/2009 (que tiene carácter básico conforme a su disposición final primera) establece como régimen general el de la libertad de acceso a las actividades de servicios incluidos en su ámbito de aplicación y su libre ejercicio en todo el territorio español por prestadores de servicios establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, y regula como excepcionales los supuestos que permiten imponer restricciones a estas actividades sea en forma de exigencia de autorización, sea en forma de requisitos para el acceso a la actividad. Por lo que hace a lo primero el art. 5 dispone que la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad que el propio precepto define, las cuales habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen. En cuanto a lo segundo a los efectos del presente proceso interesa destacar el art. 11 a), según el cual: ‘La normativa reguladora del acceso a una



actividad de servicios o de su ejercicio no deberá supeditar dicho acceso o ejercicio a: a) Restricciones cuantitativas o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores. Los fines económicos, como el de garantizar la viabilidad económica de determinados prestadores, no podrán invocarse como justificación de restricciones cuantitativas o territoriales’.

“Ninguna duda cabe de que las normas que se han expuesto tienen carácter básico desde un punto de vista formal pues ya hemos indicado que como tales se proclaman en la Ley de ordenación del comercio minorista y en la Ley 17/2009 mientras que, desde la perspectiva material, pueden ser consideradas previsiones básicas en materia económica en cuanto que prevén un marco más flexible y transparente para el acceso y ejercicio de las actividades de servicios, estableciendo que deben eliminarse todos aquellos regímenes de autorización que no estén justificados por una razón imperiosa de interés general a fin de asegurar que los controles administrativos previos para el ejercicio de una actividad, en este caso la comercial, no constituyan obstáculos indebidos para el acceso al mercado. El Estado puede legítimamente perseguir estos objetivos al amparo de sus competencias, en particular la relativa a la ordenación general de la economía ex art. 149.1.13 CE.

“Sentado el carácter básico de las normas estatales que, en la forma que se ha expuesto, regulan los requisitos para la instalación de establecimientos comerciales, su comparación con el impugnado art. 14.1 de la Ley 11/2001 revela que este último es incompatible con la norma básica estatal sobrevenida en la medida en que no se aporta razón alguna para justificar las limitaciones que introduce en la implantación de establecimientos comerciales y que se traducen en la imposibilidad de autorizar la instalación de determinados establecimientos comerciales en función de su tamaño cuando este dato se pone en relación con el número de habitantes de la población en la que pretendieran ubicarse. Es por ello que la norma autonómica no se ajusta a los límites establecidos por la normativa básica sobrevenida y vulnera el art. 149.1.13 CE y con ello, el orden constitucional de distribución de competencias sin que, apreciado lo anterior, resulte necesario ahora pronunciarse sobre las restantes vulneraciones denunciadas por el Abogado del Estado.

“6. Procede ahora enjuiciar el bloque de preceptos impugnados que hacen referencia al régimen de hora-

rios de los establecimientos comerciales situados en las Illes Balears, esto es, los arts. 18, 20, 21.1 b) y 22 de la Ley 11/2001, preceptos que, con la excepción del art. 18, han sufrido modificaciones durante la pendencia del proceso sin que afecte a la pervivencia del recurso en atención al carácter competencial de la disputa trabada sobre todos ellos.

“El debate procesal en este caso se centra en determinar si la norma autonómica vulnera la normativa básica estatal en materia de horarios comerciales constituida, en el momento de interponerse el recurso, por el art. 43 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, o si, por el contrario, la regulación estatal que se propone como parámetro indirecto de constitucionalidad no tiene realmente el predicado carácter básico. Respecto del deslinde competencial en la materia, ya hemos indicado que el art. 30.42 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, dispone que la Comunidad Autónoma ostenta competencias exclusivas en materia de comercio interior ‘sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución’, competencia autonómica exclusiva que incluye la ‘[r]egulación de los calendarios y horarios comerciales con respeto al principio de unidad de mercado’. Lo anterior implica que, como recuerda la STC 140/2011, de 14 de septiembre, ‘ubicada la regulación de los horarios comerciales en la materia de comercio interior (por todas, STC 254/2004, de 22 de diciembre, F. 7), la competencia asumida por las Illes Balears ha de respetar las competencias del Estado relacionadas en el art. 149.1 CE en especial aquellas explícitamente mencionadas por el texto estatutario en relación con la genérica competencia autonómica en materia de comercio interior. En el caso que nos ocupa, ello se traduce en el ejercicio de la competencia autonómica en el marco de los principios básicos que el Estado haya establecido al amparo de su competencia sobre las *bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica* del art. 149.1.13 CE (en tal sentido, STC 31/2010, de 28 de junio, F. 68)’.

“Así encuadrada la cuestión, se plantea un problema de vulneración de la normativa básica estatal, en este caso relativa a los horarios comerciales, lo que implica que la norma estatal que debemos tomar en consideración para que, apreciado en su caso su ca-

rácter básico, pueda ser utilizada como parámetro de control de los preceptos autonómicos aquí controvertidos es la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales.

“7. Señalado todo lo anterior estamos ya en condiciones de examinar el primero de los preceptos impugnados, el art. 18 de la Ley 11/2001, precepto que dispone lo siguiente:

“‘Artículo 18. Horarios en días laborales.

“‘1. Cada comerciante, tanto al por mayor como al detalle, determinará el horario de apertura y cierre de sus establecimientos comerciales, así como los días en que ha de desarrollar su actividad, con un máximo de 72 horas semanales, sin perjuicio de los derechos reconocidos a los trabajadores en la normativa laboral.

“‘2. El horario diario no podrá exceder de 12 horas.’

“Conforme venimos exponiendo, el parámetro de control del precepto transcrito sería el art. 3 de la Ley 1/2004, relativo al horario global en el que los comercios podrán desarrollar su actividad. Dicho precepto impide que el horario global pueda restringirse durante el conjunto de días laborables de la semana a menos de 72 horas indicando, además, en su apartado 2 que ‘el horario de apertura y cierre dentro de los días laborables de la semana será libremente decidido por cada comerciante, respetando siempre el límite máximo del horario global que, en su caso, se establezca por la Comunidad Autónoma’.

“Conforme al criterio que hemos indicado en el fundamento jurídico 2 c) debemos ahora determinar si el citado precepto estatal respeta efectivamente la doble dimensión (formal y material) consustancial a la noción de ‘bases’. Respecto del cumplimiento del requisito formal este es evidente, pues se trata de un precepto incluido en una Ley formal aprobada por las Cortes Generales y cuya condición básica está expresamente proclamada por su disposición final primera. Por lo que se refiere a la verificación del carácter materialmente básico del precepto estatal, respecto del mismo ya hemos dicho que ‘la Ley estatal 1/2004 establece un régimen mínimo de regulación en materia de horarios comerciales dentro del cual las Comunidades Autónomas pueden optar por grados superiores de liberalización. Así tiene en su conjunto por finalidad la fijación de las bases de la regulación de los horarios comerciales, aspecto este particularmente relevante en la ordenación de la actividad comercial minorista, rama o sector de la economía nacional respecto a la cual el

Estado puede, conforme a nuestra doctrina, establecer medidas básicas en cuanto lo requiera la adecuada ordenación de la actividad económica’ (STC 88/2010, de 15 de noviembre, F. 5). Asimismo, en la STC 140/2011, F. 4, señalamos, en relación con la Ley 1/2004 que ‘hemos de considerar que la exposición de motivos de la Ley 1/2004 señala que con la misma se pretende, inter alia, promover unas adecuadas condiciones de competencia en el sector, contribuir a mejorar la eficiencia en la distribución comercial minorista [y] lograr un adecuado nivel de oferta para los consumidores, objetivos todos ellos a los que atiende la competencia estatal del art. 149.1.13 CE’.

“A la luz de la doctrina expuesta, debe considerarse efectivamente como formal y materialmente básica la regulación de los horarios comerciales contenida en el art. 3 de la Ley estatal 1/2004, descartando el argumento de las representaciones autonómicas que cuestionaban el carácter básico de los preceptos estatales de referencia. La aplicación de nuestra doctrina en relación con el art. 149.1.13 CE en lo que específicamente respecta a los horarios comerciales [al respecto, STC 225/1993, de 8 de julio, F. 4 b) in fine] permite sostener que la regulación de los horarios globales semanales no supone sino el establecimiento de unas directrices o criterios globales que cumplen, dado su carácter de condiciones mínimas y comunes, los parámetros constitucionales para su consideración material de norma básica, en tanto que la misma encierra una serie de objetivos de política económica aplicables a un sector de gran trascendencia en nuestra economía como es el de la distribución comercial. Así, para la consecución de los objetivos básicos que persigue, la norma estatal únicamente pretende establecer un régimen mínimo de libertad horaria dentro del cual cabe legítimamente cualquier opción de regulación autonómica. Tales criterios o límites mínimos respetan las competencias autonómicas en materia de comercio interior pues las normas contenidas en el art. 3 de la Ley 1/2004 no son, por su carácter de común denominador normativo, tan minuciosas o exhaustivas que no dejen espacio alguno a las competencias autonómicas en esta materia (STC 88/2010, F. 5 in fine). De esta manera no se agotan las posibilidades de que el legislador autonómico con competencia para ello pueda llevar a cabo desarrollos normativos que, sin detrimento de la eficacia de la norma estatal básica, permitan que cada Comunidad Autónoma pueda establecer sistemas singularizados en la materia de horario de apertura de los establecimientos

comerciales, tal y como expresamente reconocen tanto la propia exposición de motivos de la Ley 1/2004 como sus arts. 1 y 2.

“Establecido en la forma expuesta el carácter básico de la norma estatal podemos enjuiciar el precepto impugnado, empezando por su apartado primero. Confrontado con el art. 3 de la Ley estatal 1/2004 no existe contradicción entre ellos ya que la base estatal habilita a las Comunidades Autónomas para establecer un horario global en el que los comercios podrán desarrollar su actividad durante los días laborables de la semana impidiendo que dicho horario global no se restrinja a menos de 72 horas, mínimo este fijado por la base estatal que es respetado por el precepto autonómico, el cual, tras reconocer la posibilidad de que cada comerciante determine el horario de apertura y cierre de sus establecimientos comerciales, fija el límite máximo del horario global de apertura de los establecimientos comerciales precisamente en esas 72 horas a las que hace referencia la normativa básica estatal. En definitiva, por el juego coincidente de la base estatal (‘límite mínimo global’), dictada con posterioridad a la norma autonómica, y de esta, norma de desarrollo, que fija el máximo en 72 horas, la libertad del comerciante a que se refiere el apartado 2 de la norma básica estatal ha de funcionar dentro de esas 72 horas. Por ello, en tanto que el art. 18.1 de la Ley 11/2001 respeta el mínimo fijado por la Ley 1/2004 no contraviene lo dispuesto por la normativa básica estatal, y es conforme con el orden constitucional de distribución de competencias.

“A distinta conclusión se llega, sin embargo, con respecto al apartado 2 de este mismo art. 18, precepto que fija un límite diario al horario de apertura y cierre de los establecimientos comerciales al disponer que el mismo no podrá exceder de 12 horas. Acabamos de indicar que la base estatal habilita a las Comunidades Autónomas para establecer un horario global dentro del cual los comercios podrán desarrollar su actividad señalando como principio general que ese horario global no podrá ser nunca inferior a 72 horas semanales. Asimismo, con respecto al horario diario de apertura establece el principio básico de libertad de decisión por parte de cada comerciante, libertad que, en todo caso, puede ser limitada por la decisión autonómica en torno al horario global semanal al que han de ajustarse los establecimientos comerciales de su territorio y dentro del cual corresponderá a cada comerciante determinar el horario diario de apertura y cierre de su estableci-

miento, aspecto este último integrado en el margen de decisión otorgado a cada comerciante por la base estatal. Resulta entonces que la base estatal establece, con los límites del respeto al horario global semanal antes aludidos, un régimen de libertad de horarios respecto de los días laborables de la semana que, al igual que los examinados en otras ocasiones por este Tribunal Constitucional (STC 140/2011, F. 4, y las allí citadas) excluye la intervención autonómica en este concreto aspecto. Por ello es patente que en el caso que examinamos dicha regla no se respeta por cuanto, frente a la libertad otorgada por la base estatal, la norma autonómica impone límites al horario diario de apertura de los establecimientos comerciales, razón por la que es contraria al orden constitucional de distribución de competencias y, por tanto, inconstitucional y nula.

“8. Procede ahora enjuiciar el art. 20 de la Ley 11/2001, precepto que, impugnado en sus dos apartados, establece lo siguiente:

“‘Artículo 20. Actividad en domingos y festivos.

“‘1. Los domingos y festivos no serán hábiles para el ejercicio de la actividad comercial, excepto los expresamente autorizados por el Gobierno de las Illes Balears.

“‘2. El consejero titular de la materia de comercio es el órgano competente para autorizar anualmente, mediante orden, la actividad comercial en domingos y festivos, previa audiencia de las asociaciones de comerciantes, de consumidores y de usuarios y sindicales legalmente reconocidas.’

“Igual que en el caso anterior, el Abogado del Estado estima vulnerada la normativa básica en materia de horarios comerciales, vulneración que no es negada por las instituciones autonómicas, las cuales cuestionan, sin embargo, el pretendido carácter básico de la norma estatal que se reputa vulnerada.

“La norma estatal que operaría en este caso como parámetro de constitucionalidad sería de nuevo la Ley 1/2004 que dispone, esta vez en su art. 4, que ‘el número mínimo de domingos y días festivos en los que los comercios podrán permanecer abiertos al público será de doce’, pudiendo dicho número ser modificado ‘por las Comunidades Autónomas en atención a sus necesidades comerciales, incrementándolo o reduciéndolo, sin que en ningún caso se pueda limitar por debajo de ocho el número mínimo de domingos y festivos de apertura autorizada’. Habiendo afirmado ya en el fundamento jurídico precedente el carácter formalmente básico de la Ley estatal, desde una pers-

pectiva material la conclusión relativa a su art. 4 es la misma. Teniendo presentes los objetivos que persigue la regulación estatal en materia de horarios comerciales, relacionados con la necesidad de 'promover unas adecuadas condiciones de competencia en el sector, contribuir a mejorar la eficiencia en la distribución comercial minorista [y] lograr un adecuado nivel de oferta para los consumidores' es de apreciar que tales circunstancias determinan el carácter materialmente básico de la norma estatal, en la medida en que tal decisión no es indiferente, en cuanto estímulo a la demanda privada de bienes de consumo y al empleo en dicho sector comercial, lo que justifica que puede ser adoptada por el Estado en atención a su incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general y la comercial en particular.

"Por otra parte, en la medida en que, en este caso, la opción legislativa estatal permitiendo la apertura en festivos supone el establecimiento de normas básicas en lo relativo a la intervención administrativa en la fijación de los horarios comerciales, su concreción requiere la actuación autonómica con la consecuencia de que el establecimiento de dicho régimen debe respetar, como regla general, el reiterado criterio de este Tribunal Constitucional respecto a la articulación de las bases y su desarrollo como esquema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, permitiendo a estas, dentro del margen establecido por las bases estatales, la adopción de sus propias decisiones en desarrollo de las mismas.

"La regulación de los días de apertura en domingos y festivos respeta los anteriores criterios pues la norma estatal se formula de tal modo que otorga un amplio margen de decisión a la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias en materia de horarios comerciales ya que esta ha de establecer, respetando el mínimo de festivos en los que es posible la apertura según la norma estatal, su número y determinación concreta. De esta manera la base estatal 'no agota toda la normación ni monopoliza toda actuación pública posible sobre la materia' de suerte que la Comunidad Autónoma 'disfruta de un margen de desarrollo de la normativa básica para el establecimiento de una política propia en la materia en el marco definido por la base estatal' (STC 88/2010, F. 5).

"Sentado pues el carácter básico de la norma estatal, el concreto análisis de la impugnación planteada en relación con la redacción inicial del art. 20 de la Ley 11/2001 ha de partir del reiterado criterio mante-

nido por este Tribunal y en virtud del cual 'en la labor hermenéutica de los preceptos legales resulta obligado apurar todas las posibilidades de interpretación de conformidad con la Constitución y apreciar la invalidez solo de aquellos cuya incompatibilidad con la Norma suprema *resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación*' (STC 133/2006, de 27 de abril, F. 14). Esta interpretación resulta posible en este caso dado que la contradicción entre los preceptos estatales y el cuestionado art. 20 de la Ley 11/2001 no resulta insalvable y, en consecuencia, este último puede ser interpretado de modo conforme con el orden constitucional de distribución de competencias. Así, podemos entender que la norma autonómica no excluía que los domingos y festivos pudieran ser días hábiles para el ejercicio de la actividad comercial, pues tal es lo que resulta de su apartado segundo, sino que se limitaba a prever que su determinación se encontraría sometida a una autorización expresa que correspondía otorgar al Consejero titular de la materia de comercio, autorización autonómica para la determinación de los festivos de apertura que viene también exigida por la base estatal (art. 4, apartados 2 y 5 in fine). Dicho de otro modo, la norma autonómica prevé una regla general de no apertura en domingos y festivos que admite una excepción clara para cuya articulación se prevé la autorización expresa del Gobierno de las Illes Balears, autorización que, en la práctica, puede permitir la apertura en domingos y festivos en el marco establecido por la Ley estatal básica, haciéndose de este modo compatibles la previsión autonómica y la estatal. En suma, por lo expuesto, el art. 20 de la Ley 11/2001, en su redacción impugnada, no resultaba contrario a la norma básica estatal, por lo que no incurría en la vulneración competencial denunciada por el Abogado del Estado, siempre y cuando se respete el mínimo de ocho días establecido por las bases.

"9. Abordaremos ahora la impugnación de los arts. 21.1 b) y 22 pues su examen puede realizarse conjuntamente. Los preceptos citados disponían, respectivamente, lo siguiente:

"'Artículo 21. Supuestos excluidos del horario general.

"'1. Las limitaciones establecidas en los artículos anteriores de este título no serán de aplicación:

"'(...)

"'b) A los establecimientos comerciales situados en zonas de gran afluencia turística, de acuerdo con lo establecido en el siguiente artículo. En todo caso,

los grandes establecimientos comerciales solo podrán abrir los domingos y festivos hasta las 16.00 horas.'

“Artículo 22. Determinación de zonas de gran afluencia turística.

“1. Los ayuntamientos, a través de exposición motivada, adoptada por acuerdo plenario, podrán proponer a la consejería competente en materia de comercio las partes del territorio municipal que pueden considerarse zonas de gran afluencia turística, a los efectos de exclusión de la limitación de horarios de esta Ley. Dicha exclusión no afectará a las 12 horas diarias máximas de apertura de los comercios citados en el punto 2 del artículo 18 de esta Ley.’

“En este caso el reproche al precepto autonómico reside, de nuevo, en la falta de respeto a la normativa estatal básica que prevé limitaciones horarias especiales para los establecimientos situados en zonas de gran afluencia turística. Aquí, la norma básica que, en su caso, ha de operar como parámetro de constitucionalidad de las autonómicas impugnadas es el art. 5 de la Ley 1/2004 que, al referirse a los establecimientos con régimen especial de horarios, dispone, en su apartado primero, que los ubicados en zonas de gran afluencia turística ‘tendrán plena libertad para determinar los días y horas que permanecerán abiertos al público en todo el territorio nacional’, mientras que según su apartado 5 ‘[l]a determinación de zonas turísticas a las que se refiere el punto 1 de este artículo, así como los períodos a que se circunscribe la aplicación de la libertad de apertura en las mismas, corresponderá a cada Comunidad Autónoma para su respectivo ámbito territorial’.

“Respecto al carácter básico del apartado 1 del art. 5 de la Ley estatal 1/2004, en cuanto establece la libertad de horarios para los establecimientos situados en zonas de gran afluencia turística, nos hemos pronunciado ya en la STC 88/2010, de 15 de noviembre, a la lectura de cuyo fundamento jurídico 5 nos remitimos, estimando que dicha libertad había de considerarse una norma básica legitimamente dictada al amparo del art. 149.1.13 CE.

“Partiendo entonces del carácter básico de la libertad de horarios para los establecimientos comerciales localizados en las denominadas zonas de gran afluencia turística resulta que los incisos cuestionados de los arts. 21.1 b) y 22 de la Ley 11/2001 establecían restricciones al régimen de libertad de horarios proclamado por la normativa básica estatal, lo cual suponía, por tanto, un exceso del legislador autonómico en el

ejercicio de su competencia estatutaria en materia de comercio interior, que ha de conllevar, en este punto, la declaración de inconstitucionalidad de ambos incisos por contravenir el orden constitucional de distribución de competencias. Asimismo, en el caso del inciso cuestionado del art. 22, su inconstitucionalidad deriva igualmente de remitirse expresamente a un precepto, el art. 18.2, que ya hemos declarado contrario al orden constitucional de distribución de competencias en su pretensión de establecer un horario diario máximo de apertura de los establecimientos comerciales.

“10. Procede examinar ahora la impugnada letra a) del art. 27, la cual dispone:

“Artículo 27. Venta de saldos.

“De conformidad con los artículos 28 y 29 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en esta modalidad de venta deberán cumplirse las siguientes determinaciones:

“a) En las Illes Balears quedan prohibidos los establecimientos comerciales dedicados de forma exclusiva a la venta de saldos.’

“En este caso se imputa al precepto invadir la competencia estatal en materia de libre concurrencia en el mercado al prohibir taxativamente la dedicación en exclusiva de un establecimiento comercial a la venta de saldos. Conforme al criterio ya expuesto, para resolver acerca del respeto de la norma autonómica al sistema constitucional de reparto de competencias, debemos tener presente la delimitación competencial que resulta de lo dispuesto en el art. 30.42 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, aprobado por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero según el cual la Comunidad Autónoma ostenta competencia exclusiva en relación con la ‘ordenación de la actividad comercial’ y con la determinación de las ‘modalidades de venta, sin perjuicio de la legislación mercantil’ así como respecto a ‘promoción de la competencia en el ámbito autonómico, sin perjuicio de la legislación estatal y europea’, previsiones todas ellas enmarcadas en la general relativa a la competencia autonómica exclusiva en materia de comercio interior, ‘sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11 y 13 del apartado 1 artículo 149 de la Constitución’ así como la relativa a defensa de los consumidores y de los usuarios, ‘en el marco de las bases y la ordenación de la actividad económica general y en el marco de las bases y la coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la



Constitución', competencias todas ellas, cuyo carácter exclusivo se entiende 'sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución' según el inciso inicial del art. 30 del texto estatutario.

"A este respecto, podemos descartar ya que con la prohibición que examinamos se afecte a la competencia del Estado relativa a la legislación mercantil (art. 149.1.6 CE), porque el precepto impugnado no pretende regular las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales, ni las condiciones generales de contratación o, en principio, los derechos y obligaciones que afectan a la actividad libre del empresario mercantil. Así, la emanación de regulaciones administrativas que disciplinen determinadas modalidades de venta no supone introducir una innovación en el seno de los derechos obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas pues hemos afirmado en varias ocasiones que las Comunidades Autónomas son competentes para la emanación de regulaciones administrativas que disciplinen determinadas modalidades de venta, en concreto, la venta de saldos, ya que así lo permite su competencia para la protección de consumidores y usuarios [véanse por todas las SSTC 88/1986, de 1 de julio, F. 8 g); 62/1991, de 22 de marzo, F. 4 a); y 228/1993, de 9 de julio, F. 6].

"También en pronunciamientos anteriores hemos diferenciado las medidas cuyo fundamento estriba en la defensa de la competencia de aquellas otras que persiguen la protección de los consumidores y usuarios, aspectos ambos relacionados con la ordenación del comercio. Así en la STC 228/1993, de 9 de julio, F. 5, señalamos la necesidad de atender al objetivo predominante del precepto en función de si el mismo incide en el plano de la situación de las empresas en su actuación en el mercado en relación con otras empresas o si incide más bien en la actuación de la empresa frente a los consumidores. Con arreglo a tal criterio diferenciamos entre defensa de la competencia entendida como 'la regulación de la situación recíproca de las Empresas productoras o distribuidoras en el mercado, en el plano horizontal, en cuanto que los sujetos a considerar, es decir, las Empresas, compiten en una situación que se quiere de igualdad en el mercado', añadiendo que la defensa de los consumidores 'hace referencia a una situación distinta, en tanto que el consumidor aparece como destinatario de unos productos ofrecidos por las Empresas, productos cuyas condiciones de oferta se pretende regular protegiendo

como indica el artículo 51 CE'. Así, hemos precisado que cuando dicha reglamentación afecta al régimen de competencia entre los ofertantes, y aspira a prevenir o evitar el excesivo recurso a este tipo de ventas, las normas correspondientes no tienen otro encaje competencial que el de la propia defensa de la competencia [SSTC 88/1986, de 1 de julio, F. 8 d); 148/1992, de 16 de octubre, F. 2; y 228/1993, de 9 de julio, F. 6]. Esta última materia no está expresamente atribuida al Estado por la Constitución pero su relevancia para la libertad de empresa en el marco de la economía y unidad de mercado han llevado a este Tribunal a reconocer que la competencia estatal de bases y ordenación de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) se proyecta sobre ella (por todas, STC 208/1999, de 11 de noviembre, F. 6) de forma que, en tanto que nos hallamos ante un elemento definitorio del mercado, corresponde al Estado ex art. 149.1.13 CE no solo la normación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional.

"Podemos adelantar, respecto de la regulación autonómica que nos ocupa, que la misma se sitúa más en el ámbito de la defensa de la competencia que en el de la protección de los consumidores y usuarios. Es cierto que en la STC 124/2003, de 19 de junio (F. 5), hemos considerado que la regulación de Derecho público relativa a la venta de saldos queda incluida de modo natural en las competencias autonómicas en materia de comercio interior y de protección del consumidor y usuario. Ahora bien, el presente caso posee sustanciales diferencias con el resuelto en aquella Sentencia ya que no se trata de una regulación administrativa aplicable a una modalidad de venta previamente definida por el Estado. La norma autonómica examinada aquí no disciplina una determinada modalidad de venta promocional sino que pretende excluir que los comerciantes recurran a la misma en el concreto supuesto que regula, es decir, el precepto no prohíbe una determinada modalidad de venta, la de saldos en este caso, sino que el establecimiento comercial pueda dedicarse en exclusiva a este tipo de venta. Se trata así de un modo de intervención pública en el comercio que pretende ordenar el mercado mediante lo que supone una restricción a la libertad de empresa, en cuanto que impide la existencia de un formato comercial determinado, condicionando el libre ejercicio de la libertad comercial impidiendo que los comerciantes se dediquen plenamente a esta actividad en la medida en que se les impone el necesario desempeño simultáneo de otras actividades comerciales.

“Teniendo en todo caso presente la necesidad de valorar la proporcionalidad entre la restricción administrativa que se introduce a la libre concurrencia comercial en el precepto examinado y el objetivo de protección de los consumidores de la Comunidad Autónoma que el mismo persigue, de suerte que las diferencias y peculiaridades previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, la restricción contenida en el precepto no puede ser calificada como proporcionada ni justificada en el ejercicio de las competencias autonómicas sobre comercio interior o defensa de los consumidores. La medida examinada no puede entenderse sino encaminada a evitar la existencia de un tipo de formato comercial que, por sus características, podría ser objeto de la preferente atracción de los consumidores. Así, en cuanto que dicha reglamentación afecta al régimen de competencia entre los ofertantes y aspira, como aquí ocurre, a evitar la existencia de un formato comercial determinado, las normas correspondientes no tienen otro encaje competencial que el de la propia defensa de la competencia, con la consecuencia de que su adopción, corresponde, en principio, al Estado dentro de la legislación relativa a la regulación de las condiciones de competencia en el mercado ex art. 149.1.13 CE y, por ello, debe ser declarada inconstitucional y, por tanto, nula.

“La conclusión anteriormente alcanzada no se ve enervada por el hecho de que, como ya hemos señalado, la Comunidad Autónoma ostente competencias en materia de promoción de la competencia en el ámbito autonómico. Como fácilmente se desprende del tenor de la disposición enjuiciada, la misma no persigue mejorar o incrementar las condiciones de competencia en el sector de la distribución comercial sino, al impedir la existencia de un formato comercial específico, limitar el libre ejercicio de la actividad mercantil en el ámbito del comercio. Además, conforme al propio Estatuto de Autonomía, la citada competencia se ejerce sin perjuicio de la legislación estatal y europea y se enmarca en la más genérica relativa a la competencia autonómica exclusiva en materia de comercio interior, ‘sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11 y 13 del artículo 149 de la Constitución’, precepto este último salvaguardado expresamente por el texto estatutario y en el que encuentran amparo las decisiones que, por su carácter conformador del mercado, en este caso de la distribución comercial, han de ser adoptadas por el Estado en uso de las competencias normativas que le corresponden ex art. 149.1.13 CE.

“En suma, por lo expuesto el art. 27 a) es inconstitucional y nulo.

“11. Enjuiciaremos ahora el art. 28, el cual dispone lo siguiente:

“‘Artículo 28. Limitación de ventas.

“‘Se prohíbe la actividad de promoción de ventas, en cualquiera de sus manifestaciones, dos meses antes de las dos temporadas anuales autorizadas para la venta en rebajas, con la excepción de aquellos establecimientos que tradicionalmente no se acogen a las temporadas de rebajas.’

“Teniendo en cuenta que, respecto de este precepto el conflicto competencial gira en torno a si la regulación autonómica incide o no en la concurrencia de comerciantes en el mercado, inscribiéndose materialmente en la ‘defensa de la competencia’ cuya regulación correspondería en exclusiva al Estado, no podemos olvidar que, por lo que hace a las normas que, como la transcrita, limitan el libre ejercicio de la actividad mercantil a través del establecimiento de un marco temporal imperativo para el desarrollo de específicas modalidades de ventas, ya hemos dicho en varios pronunciamientos que deben considerarse integradas en las normas que velan por la defensa de la competencia (por todas, STC 106/2009, de 4 de mayo, F. 2). Esta doctrina, contenida ya en las SSTC 88/1986, de 1 de julio, F. 8 e), y 148/1992, de 16 de octubre, F. 2, ha sido desarrollada en las SSTC 228/1993, de 9 de julio, F. 6, y 157/2004, de 21 de septiembre, F. 9, para fundamentar la inconstitucionalidad de diversas normas de las Leyes reguladoras del comercio en Galicia y Navarra que, como en el presente supuesto, contenían límites temporales a determinadas modalidades de ventas.

“La aplicación de esta doctrina, según la cual la finalidad de las normas que limitan temporalmente ciertas modalidades de venta no es la protección de los consumidores sino el garantizar la libre competencia entre los comerciantes, nos lleva a estimar la presente impugnación. En efecto, basta comprobar que la norma impugnada prohíbe cualquier actividad de promoción de ventas dos meses antes de las dos temporadas autorizadas para la venta en rebajas para concluir que se trata de una actividad de limitación de ventas que, aun cuando pudiera afectar a los consumidores, tiene como finalidad principal evitar que la concurrencia entre los empresarios en el mercado quede rota por el uso de unas ofertas que aspiran a atraer a los consumidores. En la medida, por tanto, en que se trata de una regulación que afecta sobre todo a la relación

horizontal entre las empresas en una economía de libre mercado, y no a la situación del consumidor como destinatario de los productos producidos por las mismas, su aprobación corresponde al Estado en virtud del art. 149.1.13 CE. Esta conclusión tampoco puede ser alterada por el entendimiento de que una regulación como la enjuiciada podría encontrar amparo en la competencia autonómica en materia de promoción de la competencia en el ámbito autonómico del art. 30.42 del Estatuto de Autonomía pues ya hemos indicado que dicha atribución de competencias salvaguarda expresamente la legislación estatal en la materia, así como que la misma ha de entenderse sin perjuicio de las competencias estatales, entre las que se encuentran las derivadas del art. 149.1.13 CE que son las aquí violentadas.

“Por todo ello, hay que concluir que el art. 28 de la Ley 11/2001 es inconstitucional y nulo por invadir las competencias que corresponden al Estado.

“12. El siguiente precepto impugnado es el art. 35.2, el cual al regular la denominada venta a pérdidas, previamente prohibidas por el apartado primero del mismo precepto en los términos establecidos en el artículo 14 de la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, dispone que:

“‘Artículo 35. Concepto y características.

“‘(...)

“‘2. Se considerará que existe venta a pérdidas cuando el precio de venta sea inferior al precio de adquisición del producto, más el coste del flete, más la parte alícuota del gasto general del establecimiento, más el beneficio comercial.’

“Es claro que, como afirma el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones respecto de la normativa entonces vigente, el precepto impugnado establece un concepto de lo que denomina venta a pérdidas que se separa sustancialmente del establecido en el art. 14 de la Ley de ordenación del comercio minorista, cuyo apartado 2 dispone que ‘se considerará que existe venta con pérdida, cuando el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, o al de reposición si este fuese inferior a aquel o al coste efectivo de producción si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados, en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación’. De acuerdo con la disposición final única, este art. 14 de la Ley 7/1996 se ampara en la competencia exclusiva del Estado para

regular el Derecho mercantil de la competencia (art. 149.1.6 CE).

“A este respecto en la STC 124/2003, F. 5, confirmamos el criterio ya sentado en las anteriores SSTC 88/1986, F. 8, y 264/1993, F. 4 b), señalando que la genérica prohibición de la venta con pérdidas del art. 14.1 había de entenderse establecida en virtud de las competencias estatales sobre defensa de la competencia. La delimitación de lo que haya de entenderse como venta a pérdida se relaciona también, en la medida en que supone un límite a la misma, con la libertad en la determinación de los precios de venta de los artículos, aspecto este consagrado por el Estado en el art. 13 de la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista. Por ello no resulta exorbitante entender que el mismo título habilita al Estado para establecer el concepto a partir del cual se aplica la prohibición general de las ventas a pérdida que la propia norma consagra pues también esa definición incide en el plano de la actuación en el mercado de los comerciantes en su relación con otros, así como afecta también a los supuestos en los que, por vía de excepción, se consagra la licitud de la venta con pérdida. Así, las diferencias de concepto existentes en la definición necesaria para delimitar una determinada práctica comercial prohibida conculcan las competencias estatales en cuanto estas regulan un aspecto de la ordenación del mercado que afecta a la libre concurrencia de los comerciantes.

“Por otro lado, también desde la perspectiva de la competencia estatal sobre legislación mercantil (art. 149.1.6 CE), es posible considerar que esta prohibición general de las ventas a pérdida incurre en un exceso competencial, pues dichas prácticas ponen en riesgo no solo la concurrencia de otros competidores en beneficio de los consumidores sino también la correcta y adecuada formación del consentimiento contractual de estos en relación con el nivel de precios de los productos ofertados por los empresarios, persiguiendo que su consentimiento contractual se forme correctamente a salvo de prácticas que implican un conocimiento equivocado de uno de los elementos presupuesto de su decisión como es el precio de los productos ofertados. En tal sentido, en cuanto la definición del concepto de venta con pérdida afecta a uno de los elementos de las relaciones contractuales de los particulares, incide en la regulación mercantil de las transacciones comerciales con el consiguiente encaje en las competencias estatales en la materia.

“En cuanto a la alegada aplicación de la competencia exclusiva autonómica sobre defensa de los consumidores y de los usuarios (art. 30.47 del Estatuto de Autonomía), ha de tenerse presente que esa competencia está acotada por referencia a otras estatales (así, art. 149.1.11, 13 y 16 CE) como, por otra parte, se desprende de su tenor literal. Conforme a ello, en el propio precepto se contempla la concurrencia de competencias estatales específicas al ordenar que su ejercicio habrá de realizarse, en el marco de las bases y la ordenación de la actividad económica general y en el marco de las bases y la coordinación general de la sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11, 13 y 16 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución. Todo lo cual perfila la antedicha competencia de la Comunidad Autónoma en materia de defensa del consumidor dentro de un marco y unos límites determinados por otras tantas competencias del Estado, a cuyas bases y regulación ha de atemperarse el ejercicio de la competencia autonómica.

“Ciertamente la prohibición de la práctica comercial consistente en la venta con pérdida no es ajena a la protección de los consumidores, a los que de este modo se garantizaría el ya aludido nivel adecuado de los comerciantes que les ofrecieran sus productos. Sin embargo lo anterior pone ya de manifiesto que no se trata de una medida de carácter administrativo tendente a la protección del consumidor sino que lo perseguido con la interdicción de esta práctica es garantizar la competencia libre y leal entre comerciantes, esto es, persigue la ordenación de la concurrencia de los comerciantes en el mercado, evitando, por un lado, prácticas susceptibles de poner en peligro su normal funcionamiento mediante el recurso a este tipo de ventas, y por otro, la alteración de un aspecto tan importante de las relaciones mercantiles como es el precio de los productos que se ofertan. Ambos extremos determinan que su definición corresponda al Estado y la consiguiente inconstitucionalidad y nulidad del precepto autonómico.

“13. El último precepto objeto del presente recurso es el art. 54.1, impugnado por omitir la reincidencia como elemento de graduación de las sanciones previstas en la Ley 11/2001. Para el Abogado del Estado dicha omisión suponía una reducción del rigor en la aplicación de las sanciones, vedado por la doctrina constitucional, así como una vulneración de las competencias estatales a cuyo amparo se ha establecido

el régimen sancionador en materia de comercio. En respuesta a tal alegación no cabe sino recordar que la misma encuentra respuesta en la doctrina que este Tribunal ha establecido, entre otras, en la STC 157/2004, de 21 de septiembre (F. 16), en la que tras afirmar el carácter básico de la regulación de la reincidencia contenida en el art. 67 de la Ley 7/1996 ex arts. 149.1.1 y 18 CE señalamos que:

“la norma básica estatal contenida en el art. 69.1 de la Ley 7/1996 se limita a prescribir que las sanciones se graduarán teniendo en cuenta, entre otros elementos, el de la *reincidencia*, sin ninguna otra concreción, salvo asegurar que la sanción impuesta con arreglo a dichos elementos no supere determinados porcentajes de la facturación de los comerciantes (art. 69.2).

“Pues bien, partiendo del principio funcional propio de la normativa básica, podemos fácilmente advertir que el legislador básico ha querido, simplemente, garantizar que en todo el territorio nacional resulten sancionados con mayor intensidad quienes hayan reincidido en la comisión de alguna infracción que aquellos que no lo han hecho, sin imponer a las Comunidades Autónomas ninguna modalidad técnica en cuanto a la concreción de la sanción que de ello debe seguirse, salvo el aludido tope regulado en el art. 69.2 de la Ley 7/1996. Ello quiere decir que las Comunidades Autónomas pueden optar, en el libre ejercicio de sus competencias, entre diversas técnicas para dar cumplimiento al mandato básico. Es claro que una de esas técnicas puede ser la aplicación al reincidente de multas más elevadas dentro de los parámetros correspondientes a cada tipo de infracción según su mayor o menor gravedad. Pero nada impide, y desde luego no lo hace el art. 69.1 de la Ley 7/1996, que la Comunidad Foral de Navarra decida que en su territorio la ponderación de la reincidencia en la comisión de infracciones se realice a través de la propia tipificación de estas, configurando un tipo específico del modo en que se realiza por los arts. 69.3 l) y 69.4 e) de la Ley Foral 17/2001.’

“Lo mismo sucede en el presente caso pues la Ley recurrida no ha omitido la valoración de la reincidencia en la graduación de las sanciones, sino que lo ha hecho dentro de los márgenes permitidos por la norma básica estatal a través de la configuración de tipos específicos de infracción que contemplan la reincidencia en los art. 49 s) y 50 d). Por tanto ha de concluirse que el art. 54.1 de la Ley 11/2001, en su redacción inicial, no vulneraba las competencias estatales.”

## B) Tribunal Supremo

### **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª. JUR\2012\71675. La costumbre es fuente del derecho administrativo, en especial en cuanto afecta al régimen jurídico de los aprovechamientos de los montes y los pastos**

#### **Antecedentes**

Recurso de Casación núm. 6080/2008.

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido López.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, y anula las resoluciones impugnadas en las prescripciones referidas a los derechos de aprovechamiento del Ayuntamiento de Lena, en cuanto limitan los que corresponden conforme a la costumbre del referido Ayuntamiento sobre los pastos de la Sierra del Aramo.

#### **Extracto de doctrina**

“(…)

“Denuncia a continuación el Ayuntamiento recurrente la aplicación errónea del artículo 95 del Reglamento de Bienes de las entidades locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RCL 1986, 2217). Se aduce la errónea interpretación de dicho precepto, en relación con el artículo 111.1 de la Ley autonómica 4/1989 (LPAS 1984, 104). Se imputa asimismo a la sentencia que prescinde erróneamente del valor de la costumbre como fuente del derecho administrativo, contra lo declarado en la sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2903) (Recurso de casación 6682/2003) y en el propio artículo 111 de la Ley autonómica.

“La impugnación se encuentra correctamente fundada y debe prosperar. El artículo 95 RB, que se denuncia, dispone que ‘cada forma de aprovechamiento se ajustara, en su detalle, a las ordenanzas locales o normas consuetudinarias tradicionalmente observadas, o a las que, cuando fuere procedente, apruebe el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en cada caso, oído el Consejo de Estado o el órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de aquella, si existiera’. La sentencia recurrida entiende erróneamente que dicho precepto es atendible cuando men-

ciona en primer lugar a la Ordenanza y después a la costumbre. El error tiene relieve porque se apoya en tal interpretación, que minusvalora esta última fuente de nuestro ordenamiento, para dar al artículo 111 de la Ley autonómica 4/1989, de 21 de julio, de ordenación agraria y desarrollo rural de Asturias un sentido en el que pone en primer plano las facultades autonómicas de la Administración del Principado de Asturias para la ordenación de los pastos en detrimento de ‘la costumbre del lugar’ a la que, sin embargo, remite también dicho precepto, que dice que se respetará en todo caso.

“QUINTO

“La interpretación de la Sala de Asturias debe ser corregida. La jurisprudencia de esta Sala subraya la relación del artículo 95 RB con el artículo 75.2 del TRRL (RCL 1986, 1238, 2271 y 3551), en el que se antepone la costumbre a las ordenanzas locales y ha destacado desde antiguo, el carácter esencial de la costumbre en este tipo de aprovechamientos. La sentencia de esta Sala y Sección de 10 de julio de 1989 (RJ 1989, 5738) lo declaró ya así en atención al rango legal de las disposiciones del TRRL –que prima necesariamente sobre el carácter reglamentario del RB– y a los antecedentes históricos de la figura.

“La misma orientación de respeto a la regulación consuetudinaria se aprecia en la sentencia de esta Sala de 3 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3641) y, más recientemente, en la sentencia de la Sección Cuarta de 21 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2903) que ya hemos citado. Es necesario añadir a las mismas, en forma decisiva para este caso, la doctrina de la sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 29 de junio de 2007 (RJ 2007, 6758) (Casación 9811/2004) y la de 17 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 8053) (Casación 712/2005), que se refieren a supuestos de aprehensión de caballerías que enfrentaron a los Ayuntamientos de Lena y de Quirós así como la de 21 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3012) (Casación 1203/2005) o incluso la sentencia 85/2008, de 21 de julio (RTC 2008, 85), de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, que concedió amparo al Ayuntamiento de Lena al que se había lesionado su derecho de acceso a este orden de jurisdicción con la misma ocasión de tomar en prenda, prender o aprehender caballos, por vía de hecho, por el Ayuntamiento de Quirós. A lo que son de añadir la repetida sentencia de 21 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2903) (Casación 6682/2003), que se invoca por el Ayuntamiento recurrente, y la de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 8972) (Casación 85/2005).



“SEXTO

“En todas estas sentencias se reconoce que la legislación aplicable da un valor de relieve a la costumbre como fuente característica en este tipo de aprovechamientos. En la sentencia de 21 de febrero de 2007 (RJ 2007, 2903) (Casación 6682/2003) se sienta una doctrina opuesta a la de la sentencia aquí recurrida en casación. En la misma, lejos de excluir la costumbre del ordenamiento jurídico administrativo, se subraya su valor recordando el artículo 75.2 TRRL (RCL 1986, 1238, 2271 y 3551), cuando afirma que si ‘el aprovechamiento y disfrute general simultáneo de bienes comunales fuere impracticable, regirá la costumbre u ordenanza local, al respecto’, y que corrobora el núm. 4 al afirmar que ‘los Ayuntamientos y Juntas vecinales que, de acuerdo con normas consuetudinarias u ordenanzas locales tradicionalmente observadas, viniesen ordenando el disfrute y aprovechamiento de bienes comunales (...)’.

“Es decir –prosigue la sentencia– ‘que la costumbre está presente en nuestro ordenamiento y en concreto cuando de los aprovechamientos de los bienes comunales se trata. Además esa referencia a la costumbre en esta materia del aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales se recoge también el art. 95 del Reglamento de Bienes (RCL 1986, 2217) cuando afirma que cada forma de aprovechamiento se ajustará, en su detalle, a las ordenanzas locales o normas consuetudinarias tradicionalmente observadas’.

“Recoge –en fin– esta sentencia la doctrina de la citada Sentencia de este Tribunal Supremo de 10 de julio de 1989 (RJ 1989, 5738), de que ya se ha hecho mérito, recordando que ha de entenderse que la costumbre tiene prioridad sobre la ordenanza local.

“Sigue añadiendo la sentencia en lo que aquí interesa que: ‘la sociedad española ha sido siempre rural y los bienes comunales eran la garantía de la supervivencia de su población, puesto que gracias a ellos podían complementarse tanto los ingresos de la pequeña propiedad individual como los de las rentas salariales de un trabajo esporádico. Es cierto que las circunstancias han cambiado al haber avanzado la economía y la situación social es bien diferente; en consecuencia es más que probable que los aprovechamientos de los bienes comunales puedan en el futuro efectuarse de otro modo o encaminarse hacia otras actividades, pero esas hipótesis poco tienen que ver con lo que ahora la Sala enjuicia referido a casi una década del momento en que se produjo la modificación de la Ordenanza (...) Que la costumbre adquiera rango de norma escrita no

le priva de su condición, y por ello no permite su modificación sin más, algo que sí sería posible efectuar con cualquier norma jurídica por la voluntad de quien posee, según su rango, potestad para hacerlo, y ello sin perjuicio de los posibles remedios que también en relación con las normas ofrece el ordenamiento jurídico para su impugnación si no se ajustan a Derecho en el más amplio de los sentidos. Pero no es ese el caso de la costumbre que solo se puede modificar cuando mute la *opinio iuris vel necessitatis* de la comunidad que la recibió como tal, y atendidas las circunstancias que así lo demuestren’.

“La sentencia de este Tribunal, citada, de 29 de junio de 2007, declara además con relieve para este caso que ‘resulta indubitadamente acreditado (escritura de contrata otorgada entre representantes de los Concejos de Quiros y de Lena, en fecha 20 de noviembre de 1828, con referencias a contratas anteriores de 1515) que los montes y puerto de Aramo han sido objeto de disfrute en su pasto por ganado perteneciente a residentes en ambos municipios desde hace siglos interviniendo los Concejos –ahora Ayuntamientos– en la resolución de los múltiples y reiterados conflictos suscitados entre los vecinos de los municipios respecto al aprovechamiento. En fecha más reciente, 7 de junio de 1996, los representantes de ambos Ayuntamientos más los de Riosa y Morcin llegaron a una serie de acuerdos mientras la Dirección Regional de Montes de la Consejería de Agricultura del Principado de Asturias elaboraba una ordenación de los pastos de la Sierra del Aramo’.

“Procede dar lugar al motivo, lo que determina casar y anular la sentencia recurrida.”

**Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª. JUR\2012\91882. Contratos administrativos especiales. Las ventajas de la Administración nunca pueden servir para dejar sin efecto retroactivamente una compraventa, pues es contrario a la seguridad jurídica, la buena fe y la confianza legítima**

#### Antecedentes

Recurso de Casación núm. 306/2009.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, así como el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo del Consorcio de la Zona Franca de Vigo, que dispuso la resolución de los contratos de adquisición de concesiones mineras formalizados por dichas sociedades.

### Extracto de doctrina

“(…)

“SÉPTIMO

“Profundizando, aún más, en la naturaleza jurídica de la inicial relación contractual que subyace en este caso, es cierto que en base a dicha extensión del concepto de contrato administrativo, una reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que son exponente las sentencias de 11 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2566), 30 de octubre de 1986, 9 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6931), 11 de julio de 1988 (RJ 1988, 5603), 23 de mayo y 7 de noviembre de 1988, 28 de junio, 17 (RJ 1989, 4919) y 24 de octubre de 1989, 30 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8400) y 14 de abril de 1999 forman un cuerpo de doctrina que diferencia los contratos privados y los administrativos, destacando que la relación jurídica concreta ofrece la naturaleza administrativa cuando se determina por la actividad de una Administración necesaria para satisfacer el interés general, extendiendo al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa a todos aquellos acuerdos en los que, con independencia de lo que hubieran manifestado las partes, se patentice la finalidad de carácter público en su más amplio sentido, junto con la facultad de la Administración de imponer unilateralmente sus decisiones con carácter provisional.

“Sin embargo, como recuerda igualmente la parte recurrente, la Sentencia de este Tribunal de fecha 31 de octubre de 1995 (RJ 1995, 8545), reitera la doctrina de las Sentencias anteriores de 15 de junio de 1976, 28 de noviembre 1981 y 8 de marzo de 1986, conforme a los cuales la calificación del contrato como administrativo en razón al interés público perseguido depende de que el fin público perseguido se incluya expresamente como causa del contrato (lo cual se había producido de forma patente en los casos por ellas resueltos).

“Esta causalización en el contrato de la finalidad publica perseguida por la Administración está presente en la jurisprudencia, como son los supuestos analiza-

dos en las siguientes sentencias de 6 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7313), en que se reconoce que la cuestión planteada no queda circunscrita a la celebración de un convenio de carácter privado y finalidad lucrativa, como ocurre cuando se afectan bienes de carácter patrimonial para espectáculos taurinos (STS de 30 de octubre de 2001), instalaciones deportivas (STS de 4 de mayo de 1999 (RJ 1999, 5027)), construcción de viviendas (12 de marzo (RJ 1996, 2030) y 11 de junio de 1996, 6 de octubre de 1999 y 27 de junio de 2003 (RJ 2003, 6149)) o compraventa de un bien patrimonial de la Diputación de Sevilla (5 de marzo de 1997), o en polígono promovido por una Diputación para impulsar el desarrollo de una zona (STS de 27 de junio de 2003).

“La doctrina jurisdiccional, anteriormente referida, coincide con la sentada por la Sala Primera de este Tribunal Supremo, según la cual en cualquier contrato hay que distinguir la causa y los motivos. En los contratos onerosos, y la compraventa de una concesión minera es un contrato oneroso, dice el art. 1274 del Código Civil (LEG 1889, 27), que se entiende por causa ‘la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte’ y concretamente, en la compraventa, ‘la causa es para el vendedor o transmitente la percepción del precio y para el comprador la adquisición de la cosa que es precisamente lo que impulsa al primero a vender y al segundo a adquirir’ (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1995 (RJ 1995, 5921) y en el mismo sentido, la Sentencia de dicha Sala de 13 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2103), entre otras).

“También cita la parte recurrente las sentencias de la Sala Primera de 21 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2762), que se refiere a las Sentencias anteriores de 24 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9210), 1 de abril de 1998 (RJ 1998, 1912), y 30 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9319) y recuerda que para que los motivos puedan tenerse en cuenta es imprescindible que se trate de ‘motivos causalizados’, esto es, asumidos por ambas partes ‘como causa concreta del contrato’.

“Añade, en este sentido, la cita de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2003 (RJ 2003, 5850), en relación con un caso en el que se había interpuesto un recurso de casación manteniendo que la Sala de instancia había aplicado la ‘teoría subjetiva de la causa’ y el Tribunal Supremo rechaza el recurso con argumentos definitivos, empezando por recordar que: ‘al margen de las diversas posiciones mantenidas en el terreno de la doctrina científica sobre

la causa del contrato, la jurisprudencia ha señalado a la vista de la precisa definición legal contenida en el art. 1274 del Código Civil, que en nuestro ordenamiento positivo dicho elemento se halla constituido en los contratos sinalagmáticos por el dato objetivo del intercambio de prestaciones (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1974 y 8 de julio de 1983 (RJ 1983, 4122), entre otras) fin inmediato al que la atribución se dirige, salvo los supuestos excepcionales en que el designio concreto ha sido incorporado al negocio como determinante de la declaración de voluntad’.

#### “OCTAVO

“A la vista de la jurisprudencia invocada y como sostiene la parte recurrente, una meditada lectura de los contratos de 21 de noviembre de 2003, pone de manifiesto que no hubo motivos subjetivos que se incorporaran a los contratos en el momento de su perfección como causa de los mismos para ambas partes, esto es, como determinantes de la declaración de voluntad y el consentimiento de las dos partes contratantes, que es lo que exige el Tribunal Supremo para atribuirles relevancia jurídica.

“Por ello, compartimos la tesis del recurrente de que, aunque el Consorcio de la Zona Franca de Vigo adquiriera las concesiones mineras para construir el Polígono Industrial ‘O Cerquito’ en el término municipal de la Salceda, que es lo que mantiene dicha parte, en los contratos no aparece que esta fuera la finalidad perseguida por ambas partes contractuales. Pudo ser el motivo del comprador, del Consorcio, pero no se incorporó al contrato como causa del mismo para ambas partes y no se hizo depender su eficacia de que se realizara o no el Polígono, pues para las partes vendedoras la causa era el precio convenido y no la realización del Polígono, estaba previsto incluso en el contrato el pago del precio aunque no se entregaron parcelas a cambio de las concesiones, esto es, aunque el Polígono no se realizara (cláusula tercera de los contratos).

“En este punto, mantiene la parte recurrente que para que pueda afirmarse que un contrato administrativo es especial, al amparo del art. 5.2.b) del TRLCAP (RCL 2000, 1380 y 2126) hace falta que se encuentre en uno de estos tres casos: que esté vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante; que satisfaga de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la misma; o que lo declara así una Ley y descartado el último supuesto, conviene analizar si se da alguno de los dos primeros.

“La resolución administrativa confirmada por la sentencia recurrida mantuvo que los contratos de que se trata eran contratos administrativos de naturaleza especial por estar vinculados al giro o tráfico específico del Consorcio de la Zona Franca de Vigo y por satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública de su específica competencia, esto es, mantenía que se daban dos de los tres supuestos previstos en el art. 5.2.b) del TRLCAP.

“Sin embargo, y de conformidad con lo que sostiene la parte recurrente, es evidente que el ‘giro o tráfico específico’ del Consorcio es la gestión y administración de la Zona Franca, que es su origen y la razón de su creación [el Consorcio de la Zona Franca de Vigo fue creado por Decreto de 20 de junio de 1947, de acuerdo con lo establecido por el Real Decreto Ley de 11 de junio de 1929 de Bases Reguladoras de los Puertos, Zonas y Depósitos Francos, aprobándose su Estatuto Jurisdiccional y Reglamento Orgánico por Orden Ministerial de 24 de julio de 1951 (RCL 1951, 910 y 981), modificada por Orden de 11 de mayo de 1998 (RCL 1998, 1185)]. En consecuencia, lo que no es gestión y administración de la Zona Franca no se puede considerar giro o tráfico específico del Consorcio, aunque pueda entrar en la órbita de su actuación. Así resulta de las normas que integran su régimen jurídico.

“Recuerda la recurrente que aunque con posterioridad, el art. 5 del Estatuto del Consorcio redactado por la Orden Ministerial de 11 de marzo de 1998, y el art. 80 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre (RCL 1998, 3063 y RCL 1999, 1204), establecieron que los Consorcios podrían realizar también ‘las actividades de fomento propias de las Administraciones Territoriales que lo integran’, ello no significa que estas últimas actividades hayan quedado integradas en el giro o tráfico específico del Consorcio. Las actividades de fomento son, por definición, genéricas y carecen de la concreción de lo específico, integrado por el núcleo esencial de la actividad del Consorcio, que sigue siendo ahora, como antes, la gestión y administración de la Zona Franca.

“Esta Sala comparte el criterio de la parte recurrente de que tampoco se puede aceptar que los contratos aludidos satisficieran ‘de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia’ del Consorcio, como ha mantenido la resolución administrativa objeto del proceso, pues si así fuera, como el Consorcio (según el art. 5 de sus Estatutos y el art. 80 de la Ley 50/1998), puede realizar las ‘actividades de

fomento propias de las Administraciones Territoriales' que lo integran, resultaría que todas estas actividades habrían pasado a ser 'competencia específica' suya, cuando la competencia específica corresponde precisamente a dichas Administraciones Territoriales.

"En suma, como sostiene la parte recurrente, si se contempla el sujeto (Consortio) y el objeto (construcción de un Polígono Industrial) se advierte quizá todavía con más claridad que la construcción de un Polígono Industrial no pertenece al 'giro o tráfico específico' del Consortio y no puede ser considerada como una 'competencia específica' suya. El Consortio no tiene competencias específicas en materia de urbanismo, aunque pueda realizar actividades de fomento (además de su actividad propia y característica de administrar y gestionar la Zona Franca) y por ello, no dándose los requisitos exigidos por el artículo. 5.2.b) del TRLCAP, es evidente que ha de estimarse el primero de los motivos de casación y, tras casar la sentencia, y una vez recuperada la plenitud jurisdiccional para conocer del recurso en los términos del debate proceder a su estimación y a la anulación del acto resolutorio impugnado.

#### "NOVENO

"En el segundo motivo de casación la parte recurrente sostiene que se ha vulnerado el artículo 5.3 del TRLCAP (RCL 2000, 1380 y 2126) que decía que: 'los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles'.

"Como sostiene la parte recurrente, las concesiones mineras tienen la consideración de bienes inmuebles, los derechos derivados de una concesión minera son 'derechos reales sui generis', inscribibles en el Registro de la Propiedad [art. 62 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476 y 642)] y transmisibles civilmente (previa autorización de la Administración de Minas), correspondiendo a la Jurisdicción Civil conocer de los problemas que puedan seguir en relación con los títulos de transmisión.

"Sobre esta materia, el art. 97 de la Ley del Minas de 21 de julio de 1973, establece que los derechos que otorga una concesión de la Sección C), 'podrán ser transmitidos, arrendados y gravados, en todo o en parte, por cualquiera de los medios admitidos en derecho a favor de las personas que reúnan las condiciones establecidas en el título VIII, con sujeción al procedi-

miento que se determina en el art. 95', esto es, previa autorización de la Administración de Minas, que, en este caso, consta en las escrituras de transmisión que la otorgó sin reserva alguna. Y el art. 115 de la propia Ley de Minas (RCL 1973, 1366) prevé 'la intervención de los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria en cuestiones de índole civil'.

"Como recuerda la parte recurrente, el Consortio de la Zona Franca de Vigo contrató y quiso obligarse con las Sociedades que representa en régimen de derecho privado a la vista del art. 5.3 del TRLCAP y de su régimen jurídico específico, habiéndose vulnerado dicho precepto por la sentencia recurrida por lo que también procede estimar el segundo motivo de casación.

#### "DÉCIMO

"En este punto, la parte recurrente sostiene que el art. 4.1. apartado p) de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 (RCL 2007, 1964), excluye del ámbito de la Ley a: 'Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial' y lo mismo se sostiene en el artículo 4 del RD legislativo de 2011, de 14 de noviembre, que añade que: 'En estos contratos no podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas es superior al 50 por 100 del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta Ley'.

"Aunque estos preceptos no sean de aplicación por razones temporales, sí ponen de manifiesto que el legislador opta por excluir el contrato de compraventa de la aplicación de la Ley de contratos, y en consecuencia de su calificación como contrato administrativo.

"Ciertamente, el artículo 5.1.b) del RD legislativo de 2011, de 14 de noviembre (RCL 2011, 2050), dispone la persistencia del contrato administrativo especial al decir que tendrán carácter administrativo: 'b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de

la específica competencia de aquella', pero ello será 'siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del art. 20.1, o por declararlo así una Ley'.

"Es decir, si se trata de un contrato de los que la ley prevé como privados no tendrá en ningún caso carácter administrativo.

"Sostiene la parte recurrente que esta legislación posterior no introduce modificación alguna respecto al régimen anterior, pues era justamente lo que establecía el art. 5.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000 (RCL 2000, 1380 y 2126). La redacción de este precepto sin embargo no es tan clara como el actualmente vigente, pues si de un lado, de su tenor literal, considera como contratos privados, en particular, los contratos compraventa, y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, una interpretación sistemática, considerando que el precepto habla de 'Los restantes contratos celebrados por la Administración', esto es, con exclusión de los típicos y los especiales por darse las circunstancias del artículo 5.2 citado, podría hacer pensar que el contrato de compraventa, solo sería privado, cuando en realidad no encubriera uno típico administrativo o especial, dadas sus circunstancias.

#### "UNDÉCIMO

"La parte recurrente sostenía en su demanda que la Administración no podría resolver el contrato, como ha hecho, por dos razones fundamentales: A) Porque cuando se acordó la resolución hacia dos años y medio que se habían celebrado los contratos y estaban definitivamente consumados en lo que a la transmisión de las concesiones se refiere, y, en parte, en cuanto al pago del precio. B) Porque la facultad de la Administración de resolver los contratos es una facultad exorbitante que juega en relación con contratos cuya ejecución todavía no se ha iniciado o con contratos de tracto sucesivo y larga duración. Tiene sentido en relación con los contratos de gestión de servicios, suministros y obras que estén en curso de ejecución y van a durar mucho tiempo, pero no lo tiene, en modo alguno, en relación, como es el caso, con contratos de compraventa, máxime cuando uno de los contratantes, el vendedor, ha cumplido por completo su prestación y el otro, el comprador, ha pagado ya el precio en parte.

"Para la parte recurrente, las ventajas de la Administración nunca pueden servir para dejar sin efecto retroactivamente una compraventa y dejar de pagar la parte del precio todavía no satisfecha, pues la seguridad jurídica [art. 9.3 de la Constitución (RCL 1978,

2836)], la buena fe y la confianza legítima [art. 3.1 de la LRJAP y PAC (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246)], se oponen a una actuación como la que aquí ha llevado a cabo la Administración.

"La parte recurrente recuerda, en relación con las facultades de revisión –y a su juicio, una revisión de los contratos está llevando a cabo la Administración para su resolución– la LRJAP y PAC dice en su art. 106 que 'no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las Leyes' y la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares en este caso han sido lesionados de forma flagrante.

"Una vez que han sido admitidos los dos primeros motivos de casación y recuperada, en definitiva, la plena jurisdicción procede entrar en el análisis de estos argumentos jurídicos, y en primer lugar ha de rechazarse la supuesta violación del artículo 106 de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), modificada por la Ley 4/99 (RCL 1999, 114 y 329), pues esta vía, que el Consejo de Estado consideraba en su informe como alternativa procedente, al no haberse observado formalidad alguna en la fase preparatoria del contrato, sin embargo no se siguió por la Administración, por lo que no debemos pronunciarnos acerca de si la misma era o no procedente.

"Por el contrario, sí que entiende esta Sala que la resolución impugnada vulneró el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de la Constitución y el de buena fe y confianza legítima previsto en el artículo 3.1 de la LRJAP y PAC).

"El artículo 8 del Decreto Legislativo 2/2000 (RCL 2000, 1380 y 2126) dispone en su apartado 1 que 'Los contratos administrativos especiales se adjudicarán de conformidad con lo dispuesto en el Libro I de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en el art. 7.1', y en su apartado 2, dispone que 'En el pliego de cláusulas administrativas particulares se hará constar: a) Su carácter de contratos administrativos especiales, (...) c) Las prerrogativas de la Administración a que se refiere el art. 59.1, (...) e) Las causas específicas de resolución que se establezcan expresamente, y f) La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones que puedan suscitarse en relación con los mismos'.

"Es decir, se exigen una serie de requisitos formales, que no aparecen cumplidos, por lo que no podría ser



de aplicación el artículo 5.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000 (RCL 2000, 1380 y 2126). Pero es que además, aunque el artículo 8 del Decreto Legislativo 2/2000, prevea como causa de resolución el desistimiento (artículo 8.3.b), lo cierto es que estamos ante un contrato de compraventa, de tracto único y perfeccionado, por lo que el Consorcio no desiste en realidad de su celebración, sino que lo rescinde, al cabo de año y medio de su celebración, y ello alegando como causa, el resultado negativo de la compra hecha en su día, esto es, el alea económica que acompaña como elemento natural, a todo contrato de compraventa.

“En los supuestos en que se den las circunstancias previstas en el artículo 5.2 antes citado, es posible que pueda impugnarse por terceros un contrato de compraventa, si se entiende que debió seguir la tramitación propia de los contratos administrativos, pero lo que atenta contra los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima antes citados, es precisamente que, perfeccionado entre las partes un contrato de compraventa, sea la parte que ha incumplido las formalidades exigidas por la ley la que ejercite la resolución, pues ello claramente va en contra de lo dispuesto en el artículo 112.2 del Real Decreto Legislativo (Texto Refundido) 2/2000 que dispone que, salvo en el caso de declaración de insolvencia, ‘en los restantes casos de resolución de contrato el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma’, precepto que concuerda con lo dispuesto en el artículo 100.3 de la ley 30/1992, que impide alegar vicios formales a quien los ha provocado.

“Por otra parte, la Sala comparte los fundamentos alegados por la parte recurrente cuando considera que el desistimiento de la ejecución de un contrato es una prerrogativa que se otorga a la Administración para impedir que la formalización de un contrato, o la continuación de su vigencia, si se trata de uno de tracto sucesivo, suponga para ella un perjuicio innecesario, siempre indemnizando a la contratista de los daños y perjuicios sufridos. Pero esta posibilidad no puede aplicarse a los contratos de tracto únicos, perfeccionados, y la prueba de ello es que cuando el TR 2/2000 prevé los efectos de la resolución, no regula el caso del desistimiento, ni tampoco estaban regulados en el contrato, sino precisamente el efecto contrario, esto es que el incumplimiento del Consorcio no le eximía de abonar el precio convenido y la consiguiente indemnización al contratista, en caso de incumplimiento por el Consor-

cio de todos los daños y perjuicios causados. Sin embargo, como se desprende del tenor literal de los actos impugnados aquí lo que hace el Consorcio es trasladar la supuesta minusvalía sobrevenida al comprador.” ■