



Roj: **STS 2289/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2289**

Id Cendoj: **28079130072015100139**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **22/04/2015**

Nº de Recurso: **153/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Abril de dos mil quince.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso contencioso-administrativo que con el número 153/2011 ante la misma pende de resolución, interpuesto por don Edemiro y las demás personas que más adelante se indican, representados por la Procuradora doña María Eugenia Fernández Rico Fernández, frente al Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre [por el que se encomendaron transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA].

Habiendo sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se dirigió inicialmente contra el Real Decreto 1611/2010 a que antes se ha hecho referencia y, también, contra estas otras actuaciones administrativas:

- el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo;
- el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 14 de diciembre de 2010, por el que se decidió solicitar del Congreso de los Diputados autorización para prorrogar en sus propios términos el estado de alarma; y
- el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre.

Y lo interpusieron don Edemiro y las siguientes personas:

- doña Asunción ,
- don Julián ,
- doña Cristina ,
- don Moises ,
- don Roberto ,
- don Teodulfo ,
- doña Graciela ,
- doña Marcelina ,
- don Luis Angel ,



don Alonso ,
doña Remedios ,
doña Victoria ,
don Calixto ,
don Dimas ,
doña Ana ,
doña Catalina ,
don Fidel ,
don Indalecio ,
doña Filomena ,
don Mario ,
doña Margarita ,
doña Pura ,
don Romeo ,
doña Visitacion ,
doña Angustia ,
don Carlos José ,
don Juan Antonio ,
doña Dolores ,
doña Gloria ,
don Argimiro ,
doña Mercedes ,
don Cesar ,
doña Salvadora ,
don Eusebio ,
doña María Esther ,
doña Benita ,
doña Elisa ,
doña Hortensia ,
don Isaac ,
doña Micaela ,
doña Salome y
don Martin .

SEGUNDO.- La providencia de 3 de marzo de 2011 acordó oír por diez días a todas las partes litigantes sobre la posible inadmisión del recurso contencioso- administrativo por falta de jurisdicción, al dirigirse contra una actuación que no es susceptible de control jurisdiccional en este orden contencioso-administrativo.

TERCERO.- La representación procesal de don Edemiro y sus litisconsortes interpusieron recurso de reposición contra la providencia anteriormente citada en interés de que se admitiera a trámite el recurso jurisdiccional y con el argumento principal de que antes de la reclamación y examen del expediente resultaba improcedente iniciar el trámite de inadmisibilidad que había sido acordado por la providencia recurrida.

De dicho recurso se dio el correspondiente traslado, y tanto el Abogado del Estado como el Fiscal presentaron escritos de impugnación de dicho recurso en los que pedían su desestimación.



CUARTO.- La representación de don Edemiro y sus litisconsortes presentaron escrito el 29 de marzo de 2011 en el que se efectuaban alegaciones contrarias a la inadmisibilidad y se pedía la admisión a trámite del recurso contencioso- administrativo inicialmente interpuesto.

QUINTO.- El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal también presentaron sus escritos de alegaciones en los que solicitaban de esta Sala que se dictara auto por el que se declarara la falta de jurisdicción para conocer el recurso contencioso- administrativo intentado.

SEXTO.- El auto de 30 de mayo de 2011 acordó lo siguiente:

« **1.-** Desestimar el recurso de reposición deducido por la representación procesal de don Edemiro y sus litisconsortes contra la providencia de 3 de marzo de 2011.

2.- Declarar la admisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma representación procesal contra el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por el que se encomienda transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control del tránsito aéreo atribuidas a la entidad pública empresarial AENA.

3.- Declarar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma representación procesal contra el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo; el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 2010 por el que se acuerda solicitar del Congreso de los Diputados autorización para prorrogar en sus propios términos el estado de alarma; y el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre».

SÉPTIMO.- La representación de don Edemiro y sus litisconsortes presentaron recurso de reposición contra la inadmisión decidida en la resolución anterior y fue desestimado por un nuevo auto de 1 de junio de 2012.

OCTAVO.- Fue reclamado el expediente administrativo y, una vez recibido, se puso de manifiesto a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del correspondiente plazo, lo que verificó mediante un escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de Derecho que estimó oportunos, terminó así:

« **SUPLICA A LA EXCMA. SALA** que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo con los documentos y copias que lo acompañan, y tenga por formalizada en tiempo legalmente hábil y forma jurídica adecuada **DEMANDA** y, tras los trámites fijados por la Ley, y con **ESTIMACIÓN** de la misma, mediante Sentencia **SE ACUERDE** :

(I) DECLARAR QUE NO ES CONFORME A DERECHO Y, EN CONSECUENCIA; DECLARAR LA NULIDAD DE PLENO DERECHO O; EN SU DEFECTO, LA ANULACION DEL RO 1611/2010, de 3 de diciembre, de la Presidencia del Gobierno, por el que se encomienda transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA (BOE nº 294 de 4 de diciembre de 2010) o, subsidiariamente, **DECLARAR LA NULIDAD DE PLENO DERECHO O; EN SU DEFECTO, LA ANULACIÓN DEL ART. ÚNICO DEL RD 1611/2010**, de 3 de diciembre.

(II) IMPONER las costas a la Administración demandada».

DÉCIMO.- Hubo recibimiento a prueba y, declaradas conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 8 abril de 2015.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Una vez declarada la inadmisibilidad de la impugnación jurisdiccional intentada contra otros actos administrativos en el recurso contencioso- administrativo interpuesto inicialmente por don Edemiro, la única actuación administrativa enjuiciable en el actual proceso jurisdiccional es el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por el que se encomendaron transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA.

El total contenido de dicho Real Decreto, actualmente derogado, fue el siguiente:

«*Vistas las circunstancias extraordinarias que concurren por el cierre del espacio aéreo español como consecuencia del conflicto provocado por los controladores de tráfico aéreo que, mediante una acción concertada, han resuelto, sin aviso previo, no desarrollar en la tarde del día 3 de diciembre de 2010 su actividad profesional, y teniendo en cuenta que estos hechos suponen una gravísima lesión de los derechos de los ciudadanos y de la libertad y seguridad y continuidad del tráfico, originan un gravísimo perjuicio a los propios*



ciudadanos y a las compañías aéreas, y con independencia de las responsabilidades de todo orden en que hayan incurrido los mencionados controladores.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.4.a) de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, y en la disposición adicional primera de la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre,

DISPONGO:

Artículo único.

El Ministerio de Defensa pasa a ejercer la dirección del control de la circulación aérea general en todo el territorio nacional hasta tanto existan garantías de que se recupera la normalidad en la prestación de sus servicios por los controladores aéreos civiles.

El Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire adoptará todas las decisiones que procedan para la organización, planificación, supervisión y control de los controladores de tránsito aéreo al servicio de la entidad pública AENA. A tal efecto activará los recursos de control de tráfico aéreo del Ministerio de Defensa y exigirá la presencia en sus puestos de trabajo de los controladores civiles ausentes.

Disposición final única. Entrada en vigor.

El presente real decreto entra en vigor en el momento de su publicación».

SEGUNDO.- La demanda deduce como pretensión principal que se declare nulo de pleno derecho o, en su defecto se anule, el Real Decreto 1611/2010 y, subsidiariamente, su artículo único. Y en apoyo de dichas pretensiones realiza unas alegaciones de hecho y desarrolla unas argumentaciones jurídico-materiales cuya esencia se puede resumir en lo que continua.

I.- Tiene un primer apartado de "HECHOS" que inicialmente realiza una breve introducción en la que se dice que el aquí recurrido Real Decreto 1611/2010 es origen y explicación de la postrera declaración del estado de alarma, y después desarrolla tres grupos de alegaciones en otros tantos ordinales.

El primer ordinal está referido a hechos acaecidos con anterioridad a los días 3 y 4 de diciembre de 2010, que serían demostrativos, en el criterio de los recurrentes, de que con anterioridad al supuesto abandono laboral de los mismos hubo una falta de controladores disponibles que no fue imputable a ellos sino a la incapacidad de AENA de llegar a un consenso en la negociación de las condiciones laborales y, más particularmente, de lo que debía ser su jornada ordinaria de trabajo.

Se citan a este respecto los hitos normativos que se sucedieron en cuanto a la regulación de esas condiciones laborales: el Convenio Colectivo de 4 de marzo de 1999; el Real Decreto-Ley 1/2010, de 5 de febrero (aprobado después de transcurrir cinco años sin que se lograra un acuerdo entre controladores y AENA); y la Ley 9/2010, de 14 de abril, y el Real Decreto 1001/2010 aprobado de conformidad con lo establecido en dicha Ley 9/2010.

Y se subraya que, a través de dichas normas sucesivas, de las 1200 horas ordinarias de trabajo previstas en el convenio colectivo, con posibilidades de prolongaciones de jornada libremente aceptadas y pagadas a un precio superior, se pasó al establecimiento de unas jornadas máximas con exclusión de ellas determinados servicios, y todo ello con la finalidad de reducir drásticamente gastos salariales y tener disponibles controladores aéreos con el cupo de horas no agotado dispuestos a prestar los mismos servicios con menos ingresos.

En el segundo ordinal ofrecen los recurrentes su versión y valoración sobre lo que fueron los hechos acaecidos los días 2 y 3 de diciembre de 2010.

Comienzan por reconocer el hecho del cierre del espacio aéreo español acordado por el Gobierno, y lo califican de decisión unilateral y auténtico cierre patronal.

Más adelante se refieren a las medidas que el Gobierno adoptó para gestionar esa excepcional situación y mencionan las siguientes: (1) las modificaciones introducidas por el Real Decreto Ley 13/2010 en lo concerniente al nuevo cómputo de las horas anuales de actividad aeronáutica (por excluir de ese cómputo los permisos sindicales, las licencias y las ausencias por incapacidad laboral) y a la sumisión de los controladores a la dirección del Ministerio de Defensa; (2) el aquí impugnado Real Decreto 1611/2000 por el que se encomendaron transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA; y (3) el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre [por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo], del que se dice que fue aprobado a causa de la insuficiencia de la anterior disposición para solucionar la situación existente



y determinó que los controladores pasaran a tener la consideración de personal militar y a estar sometidos a las autoridades militares y a las Leyes penales y disciplinares militares.

El ordinal tercero hace referencia a los hechos acaecidos con posterioridad a los días 3 y 4 de diciembre de 2010, y como tales menciona: el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 14 de diciembre de 2010, por el que se decidió solicitar del Congreso de los Diputados autorización para prorrogar en sus propios términos el estado de alarma; la autorización concedida el 16 de diciembre de 2010 por el Pleno del Congreso de los Diputados; y el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre.

II.- En los fundamentos jurídico materiales se invocan los siete motivos de impugnación que continúan.

1º Nulidad del recurrido Real Decreto 1611/2010 por haberse eludido la tramitación que legalmente era necesaria para su aprobación.

Lo que se aduce a este respecto es que ese polémico Real Decreto 1611/2010 tiene naturaleza de disposición general; pese a ello han sido omitidos los informes y las audiencias que establece el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno ; y también falta la acreditación de las circunstancias que el propio RD 1611/201 refiere en su preámbulo para justificar su aprobación.

2º Nulidad del Real Decreto 1611/2010 por la imposibilidad material de que fuese firmado por S.M. EL REY, lo que pretende defenderse con el alegato de que es absolutamente increíble e inverosímil que, en el corto espacio que va desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2010, de 3 de diciembre, hasta que se publica el recurrido Real Decreto 1611/2010, esto es, en un mismo día, pudiera enviado a Buenos Aires para ser firmado por S.M. EL REY y devuelto para su inmediata publicación en el BOE.

3º Nulidad de la disposición impugnada por falta de motivación. esgrimiéndose a tal fin la inexistencia de las circunstancias, referidas a la acción concertada de los controladores, que se expresan en el preámbulo del recurrido Real Decreto.

4º Nulidad de la disposición objeto de recurso por falta de cobertura legal para la adopción de las medidas acordadas.

Lo invocado en esta impugnación es que, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 21/2003 de Navegación Aérea y en la Disposición Adicional Primera de la Ley 9/2000 (según la redacción dada por el RD-ley 13/2010), al Presidente Gobierno se le faculta para que sea el Ministerio de Defensa el que ejerza el control aéreo de la circulación aérea cuando concurren circunstancias extraordinarias que así lo aconsejen, y es al Ministerio de Defensa a quien corresponde el control de los controladores aéreos cuando el Presidente del Gobierno haya ejercitado tal facultad legal; y desde la anterior premisa se pretende sostener la atribución directa de competencias al Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire no tiene amparo normativo alguno.

5º Nulidad de la disposición objeto de recurso por carecer el Presidente del Gobierno de facultad legal para atribuir competencias al Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, ya que es el Ministro de Defensa quien debería haber determinado cuál era el órgano, dentro de su Departamento, que debía encargarse del control del tráfico aéreo.

6º Anulabilidad de la disposición objeto de recurso por desviación de poder, que se habría producido, en la tesis de los recurrentes porque la finalidad del RD 1611/2010 no era tan sólo que el control del tráfico aéreo pasara al Ministerio de Defensa, sino la militarización de los controladores para obligarles a realizar horas por encima de las legalmente establecidas al comprobar que todos habían excedido ese límite legal.

7º En este ordinal mas que desarrollarse una impugnación se hace expresa la voluntad de reservarse los recurrentes el ejercicio la de la acción de responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

TERCERO.- El Abogado del Estado ha opuesto, en primer lugar, la perdida sobrevenida de objeto en el actual proceso jurisdiccional, producida desde el momento en que el impugnado Real Decreto 1611/2010 ha sido derogado por el Real Decreto 28/2011, de 14 de enero, publicado en el BOE de 15 de enero de 2011.

En segundo lugar, ha combatido los motivos de impugnación de la parte demandante con estos argumentos: que no cabe hablar de inobservancia de la Ley de Gobierno porque no se trata aquí de un Reglamento ni de un acto administrativo sino de una decisión política; que es injustificado el alegato de la imposibilidad de que el Real Decreto 1611/2010 fuese firmado por S.M. El Rey desde el momento de que hay medios telemáticos que lo permiten; que en cuanto a la acción concertada de los controladores invocada por dicho Real Decreto 1611/2010 ha de estarse a la sentencia de 15 de abril de 2013 de la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Octava de la Audiencia Nacional ; que no existió desviación de poder porque el Estado se limitó a reaccionar ante una situación calificable de "calamidad pública" con los medios que la Constitución y las leyes



ponen a su alcance; y que la reserva de acciones es una actitud "lamentable" porque la hace valer el autor del daño frente a su víctima.

CUARTO.- Entrando ya en análisis de la actual controversia judicial, ha de comenzar afirmándose que no cabe compartir la pérdida sobrevenida de objeto que ha sido opuesta en la contestación porque, en términos jurídicos, ha de reconocerse a los demandantes un interés en cuestionar la validez del Real Decreto 1611/2010 aquí impugnado por si su aplicación, durante su corta vigencia, les hubiese acarreado consecuencias o gravámenes que no tenían el deber legal de soportar.

Una vez rechazado ese óbice de enjuiciamiento, debe decirse que, por lo que seguidamente se va a exponer, ninguno de los motivos de impugnación merece ser compartido.

1 .- Las omisiones denunciadas de los trámites establecidos en el artículo 24 de la Ley del Gobierno son injustificados, porque no se está aquí ante una disposición general cuya elaboración exigiera cumplirlos sino ante un acto de aplicación normativa dictado por el Presidente del Gobierno al amparo de lo establecido en esas Leyes 21/2003 y 9/2010.

Y las razones que llevan a esta conclusión son estas dos que siguen.

No se está ante un acto ordenante o de contenido normativo porque, frente a lo propio de toda norma, como es el enunciado abstracto de situaciones hipotéticas y la definición también abstracta de las consecuencias jurídicas que habrán de anudarse a los hechos reales que en el futuro puedan individualizar dichas hipótesis normativas, lo que hace el Real Decreto 1611/2010 aquí combatido por los recurrentes es apreciar una concreta y singularizada situación de hecho, valorarla como encuadrable dentro de las circunstancias extraordinarias que en términos abstractos enuncia el artículo 4.4.a) de la Ley 21/2003 y hacer uso de la habilitación que este precepto legal otorga al Presidente del Gobierno de adoptar una determinada medida cuando concurren esas circunstancias extraordinarias. Y abunda en esa naturaleza normativa este otro dato que tantas veces subraya la doctrina para establecer la diferencia entre norma y acto de aplicación normativa: el Real Decreto 1611/2010 no está llamado a aplicarse reiteradamente a una pluralidad indeterminada de situaciones que puedan merecer esa genérica calificación de "*circunstancias extraordinarias*", pues circunscribe la medida que adopta en su parte dispositiva a la concreta situación de hecho existente en la tarde del día tres de diciembre de 2010 que expresamente menciona en su preámbulo.

Por otro lado, es obvio que la medida adoptada y la finalidad a que responde (solventar con urgencia una situación extraordinaria que afecta a derechos e intereses muy variados de un extensísimo número de personas) no resulta compatible con la dilatada tramitación prevista para la elaboración de reglamentos por el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno .

2.- Carece de justificación la imposibilidad material que se denuncia sobre la formalización del Real Decreto de que aquí se trata, pues en el actual estado de la tecnología aplicable a las telecomunicaciones hay múltiples soluciones que permiten la comunicación inmediata del Rey y el Presidente del Gobierno para que pueda aprobarse un Real Decreto con la inmediatez y urgencia que su finalidad reclame.

3.- Es igualmente rechazable el motivo de impugnación que pretende sostener que la disposición impugnada no está debidamente motivada, al no estar acreditadas las circunstancias que expresa el Real Decreto recurrido en su preámbulo para justificar lo que en él se decide.

Y lo es porque, reconocida por la parte recurrente la realidad del cierre del espacio aéreo, así como su necesidad, este dato, con independencia de cuales hayan sido sus causas, valorado como hecho objetivo, sí tiene, como ya declaró esta Sala en la sentencia de 16 de abril de 2004 (Recurso 554/2010), entidad para constituir ese presupuesto habilitante al Presidente del Gobierno que regula el artículo 4.4.a) de la Ley 21/2003 ; y la tiene porque es tal la magnitud y la variedad de los intereses afectados por esa concreta circunstancia (pues el cierre incide sobre un sinfín de necesidades personales, empresariales o económicas, y lo hace en una amplísima proyección sobre un muy elevado número de personas individuales y sobre organizaciones del más variado tipo) que forzosamente ha de concluirse que la excepcionalidad de la medida guarda una razonable proporcionalidad con los importantes problemas que pretende conjurar.

A lo que ha de sumarse que ese cierre y su alcance, en los términos que acaban de expresarse, al estar avalados por el propio Congreso de los Diputados (que con base en ellos autorizó la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre) alcanzan ya unos rasgos de notoriedad que hacen difícil cuestionar la realidad de su existencia.

4.- La superior dirección de la Administración militar y la defensa del Estado corresponde al Gobierno por imperativo de lo establecido en el artículo 97 de la Constitución , y el Jefe del Estado Mayor del Ejército de Aire no es sino un órgano de ejecución de las superiores directrices que en materia militar puedan emanar



del Gobierno y del Ministerio de Defensa. Por lo cual, tampoco pueden compartirse los vicios de falta de habilitación y falta de competencia que pretenden imputarse al Real Decreto 1611/2010 por la referencia que en él se contiene a aquel órgano.

5.- Habiéndose de admitir, por todo lo expuesto, la validez formal y sustantiva de la decisión adoptada en et aquí recurrido Real Decreto 1611/2010, resulta también obligado el rechazo de la desviación de poder que la demanda así mismo denuncia como motivo de impugnación.

6.- Y en lo que hace a la reserva del ejercicio de una acción de responsabilidad, nada corresponde a esta Sala declarar por no ser propiamente un motivo de impugnación.

QUINTO.- Procede, de conformidad con lo antes razonado, desestimar el recurso contencioso-administrativo, y no son de apreciar circunstancias que justifiquen un especial pronunciamiento sobre costas.

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Edemiro y las demás personas que se indicaron en los antecedentes frente al Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre [por el que se encomendaron transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidos a la entidad pública empresarial AENA], al ser conforme a Derecho dicho Real Decreto en lo que ha sido objeto de discusión en este proceso.

2.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Secretario, certifico.-