

Versión anonimizada

C-38/20 - 1

Asunto C-38/20

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

27 de enero de 2020

Órgano jurisdiccional remitente:

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (España)

Fecha de la resolución de remisión:

20 de diciembre de 2019

Parte recurrente:

ZP

Parte recurrida:

Delegación del Gobierno en Melilla

Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número <u>1140 870</u>
Luxemburgo, el <u>27. 01. 2020</u> El Secretario, por orden
Fax/E-mail: _____ <i>Manuela Ferreira</i> Marta Manuela Ferreira
Presentado el: <u>27-1-20</u> Administradora principal

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, CEUTA Y MELILLA, con sede en MÁLAGA

[omissis]

[identificación del litigio y del órgano jurisdiccional remitente]

AUTO

En la ciudad de Málaga, a veinte de diciembre de dos mil diecinueve.

[omissis]

[identificación de los miembros del órgano jurisdiccional remitente]

ANTECEDENTES DE HECHO

ES

PRIMERO.- Por la representación de ZP se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Melilla de fecha 22 de abril de 2016 por la que se desestima el recurso de reposición planteado contra la resolución de fecha 25 de febrero de 2016.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Número 3 de Melilla dictó, en este recurso contencioso-administrativo [omissis], sentencia de fecha 17 de agosto de 2018 por la que desestimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto. [OR. 2]

TERCERO.- Contra dicha sentencia por la recurrente se interpuso Recurso de Apelación, en el que se exponen los correspondientes motivos y que fue admitido a trámite, y del que se dio traslado a las partes personadas, oponiéndose a la estimación del recurso la representación procesal de la Administración, se remitieron seguidamente las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo.

CUARTO.- Mediante providencia de fecha 17 de octubre de 2019 se acordó el traslado a las partes por plazo de 10 días para que alegaran lo que a su derecho atuviera sobre la oportunidad de plantear cuestión prejudicial interpretativa ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concerniente a los arts. 18, 49, 63 y 65 de TFUE.

En escrito de fecha 26 de noviembre de 2019 la Abogacía del Estado [omissis] se mostró disconforme con el planteamiento de la cuestión.

La [omissis] actora por medio de escrito de fecha 22 de noviembre de 2019 se mostró conforme con el planteamiento de la cuestión prejudicial europea.

[omissis]

[cuestiones procesales internas]

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Del objeto y desarrollo del proceso.

- 1.- El presente recurso de apelación tiene por objeto la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo Núm. 3 de Melilla, por el que se desestimó el recurso contencioso administrativo planteado por el Sr. ZP, contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Melilla de fecha 22 de abril de 2016 por la que se desestima el recurso de reposición planteado contra la resolución de fecha 25 de febrero de 2016 por la que se impone al recurrente una sanción de 10 000 euros, más la obligación de demolición de lo ilegalmente construido en contravención de la normativa en materia de zonas de interés para la defensa nacional, al haber construido en un espacio calificado como zona de acceso a la

propiedad restringido para extranjeros, sin la obtención de la previa y preceptiva autorización militar.

- 2.- La sentencia del Juzgado reseñado desestimó el recurso y confirmó las resoluciones administrativas recurridas para lo que desechó los argumentos de la actora considerando que no estaba demostrado que las construcciones existentes en la parcela de su titularidad fueran de fecha anterior a la adquisición de los terrenos por parte del demandante, y abundando en la suficiencia de la prueba de la comisión de la conducta sancionada por remisión a un informe de la Comandancia General de Melilla, no controvertido eficazmente por la actora [OR. 3] en el curso de un procedimiento legal seguido con todos sus trámites incluido el de la audiencia al interesado. Igualmente descarta que se haya incurrido en infracción alguna del principio de igualdad por el hecho de que subsistan otras edificaciones en igual situación en la vecindad y que sin embargo no han sido objeto de represión administrativa, y mantiene que no existe transgresión del principio de proporcionalidad en la medida que se motiva con suficiencia, y en base al criterio de reincidencia, la imposición de la sanción en la cuantía fijada en la suma de 10 000 euros.
- 3.- Frente a esta sentencia la representación del recurrente ZP, interpuso recurso de apelación en el que sostenía como motivos de impugnación de la sentencia de instancia: 1) error en la valoración de la prueba que demuestra la preexistencia de las edificaciones ubicadas en la parcela sita en la zona de interés para la defensa nacional; y 2) infracción del principio de proporcionalidad pues no se han valorado de manera adecuada las circunstancias del caso reveladoras de la ausencia de intencionalidad del sujeto infractor, solicitando al efecto la minoración de la multa y la exclusión de la orden de demolición.
- 4.- Por su turno la Abogacía del Estado se opuso a la estimación del recurso de apelación y solicitó [l]a confirmación de la sentencia apelada en base a sus propios argumentos que descansan en una acertada valoración de la prueba practicada en autos.
- 5.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Contencioso administrativo, y tras los oportunos trámites por medio de providencia de fecha 17 de octubre de 2019 se recabó el parecer de las partes sobre la oportunidad de plantear cuestión prejudicial europea al observarse por el Tribunal la incidencia en el pleito de la circunstancia de que el Sr. ZP titula el 50 % de la parcela en la que se sitúan las construcciones controvertidas en el litigio principal, siendo así que el restante 50 % corresponde al Sr. TG, nacional de los Países Bajos, al que en la resolución sancionadora se le hace responsable solidario del pago de la cuantía de la sanción impuesta, en su calidad de co-propietario de los terrenos y co-promotor de las obras, revelándose así una posible infracción del principio de no discriminación de los nacionales de los Estados miembros en relación con las libertades fundamentales de establecimiento y libre circulación de capitales.

- 6.- Por medio de escrito de fecha 22 de noviembre de 2019 la representación del apelante se mostró favorable al planteamiento de la cuestión prejudicial europea.
- 7.- En escrito de fecha 27 de noviembre de 2019 el Abogado del Estado [*omissis*] se opuso al reenvío prejudicial por entender que la cuestión suscitada carecía de relación con el objeto del litigio, considera improcedente la cuestión prejudicial al quedar reflejados en asuntos precedentes del Tribunal de Justicia las pautas interpretativas para abordar asuntos con rasgos de Identidad, y por último rechaza que exista violación de las libertades fundamentales relacionadas por cuanto de acuerdo con los parámetros suministrados por la jurisprudencia europea puede entenderse que en un caso con las peculiaridades del presente resulta suficientemente justificada la imposición de restricciones de carácter discriminatorio a nacionales de la Unión Europea por razón de los superiores intereses en juego relacionados con la defensa de la soberanía nacional sobre un enclave estratégico.
- 8.- [*omissis*]. [cuestiones procesales internas] [OR. 4]

SEGUNDO - De la legislación nacional de aplicación

- 9.- La normativa nacional aplicada al caso viene constituida por la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, que distingue tres grandes categorías de zonas de interés militar en las que el ejercicio de los derechos de los titulares de los terrenos afectados por esta calificación está sujeto a diferentes grados de restricciones. Estas son: 1) las zonas de interés para la defensa nacional; 2) las zonas de seguridad, que pueden ser zonas de seguridad próximas o zonas de seguridad lejanas; y [3]) las zonas de acceso a la propiedad restringido para extranjeros.
- 10.- En la definición de las mismas establece el art. 2 de la Ley de Zonas e Instalaciones para la defensa nacional que «*Se denominan zonas de interés para la Defensa Nacional las extensiones de terreno, mar o espacio aéreo que así se declaren en atención a que constituyan o puedan constituir una base permanente o un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin.*»
- 11.- El artículo tercero de la mencionada Ley indica que «*Se denominan zonas de seguridad de las instalaciones militares, o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar, las situadas alrededor de las mismas, que quedan sometidas a las limitaciones que por esta Ley se establecen, en orden a asegurar la actuación eficaz de los medios de que disponga, así como el aislamiento conveniente para garantizar su seguridad y, en su caso, la de las propiedades próximas, cuando aquellas entrañen peligrosidad para ellas.*»
- 12.- Por lo que afecta al supuesto que nos atañe relacionado con el ejercicio de las facultades dominicales en zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de ciudadanos extranjeros señala el art. 4 de la Ley 8/1975 que «*Se denominan zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros aquellas en que por*

exigencias de la Defensa Nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad y demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.[»]

13.- A estas definiciones sigue el catálogo de preceptos que regulan el régimen de ejercicio de los derechos dominicales por parte de los titulares de los terrenos, y las restricciones a las que quedan sujetos.

14.- De este modo dispone el art. 6 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional que *«Las zonas declaradas de interés para la Defensa Nacional quedarán, a los efectos de esta Ley, bajo la responsabilidad y vigilancia de las autoridades militares jurisdiccionales de los Ejércitos de Tierra, Mar o Aire a cuya iniciativa se deba la declaración, las cuales serán las únicas competentes para realizar, en consonancia con las normas que reglamentariamente se establezcan, el despacho y tramitación de solicitudes y otorgamiento de autorizaciones referentes a la observancia y cumplimiento de cualquier clase de prohibiciones, limitaciones o condiciones impuestas en dichas zonas. [OR. 5] Cuando la autorización solicitada para obra[s] o servicios públicos fuere denegada, el Ministerio o ente público solicitante podrá repetir su solicitud ante el Consejo de Ministros».*

15.- En el art. 9 de la Ley 8/1975 se prescribe que *«En las zonas próximas de seguridad no podrán realizarse, sin autorización del Ministro correspondiente, obras, trabajos, instalaciones [y] actividades de clase alguna.»*

16.- El art. 11 de la citada Ley expresa que *«En la zona lejana de seguridad la previa autorización del Ministro correspondiente, cuyo otorgamiento podrá delegar en sus autoridades regionales, solo será necesaria para realizar plantaciones arbóreas o arbustivas y levantar edificaciones o instalaciones análogas de superficie. La autorización solo podrá denegarse cuando dichas edificaciones, instalaciones o plantaciones impliquen perjuicio para el empleo óptimo de los medios integrados en la instalación militar de que se trate, o queden expuestas a sufrir por dicho empleo daños susceptibles de indemnización.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, se observará, en su caso, lo previsto en el último párrafo del artículo sexto.»

17.- El art. 18 de la Ley 8/1975 establece que *«En las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, quedan sujetos al requisito de la autorización militar, tramitada en la forma que reglamentariamente se determine:*

a) La adquisición, cualquiera que sea su título, por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas con o sin edificaciones, o de obras o construcciones de cualquier clase.

b) *La constitución, transmisión y modificación de hipotecas, censos, servidumbres y demás derechos reales sobre fincas, a favor de personas extranjeras.*

c) *La construcción de obras o edificaciones de cualquier clase, así como la adquisición de derechos sobre autorizaciones concedidas y no ejecutadas, cuando los peticionarios sean extranjeros.»*

- 18.- Estas previsiones se completan con las medidas de naturaleza coercitiva contenidas en el art. 29 de la Ley 8/1975, en cuya virtud: *«Las Infracciones de las disposiciones prohibitivas o limitativas que se contengan en los Decretos por los que se establecen las zonas de interés para la Defensa Nacional al amparo de lo dispuesto en el artículo quinto de esta Ley, así como las que vulneren lo dispuesto en los artículos noveno, once, doce, dieciocho y diecinueve, de la misma, podrán dar lugar al acuerdo de demolición parcial o total, o al de expropiación, según los casos, sin perjuicio de ser sancionadas pecuniariamente según su entidad o importancia objetivas y la intencionalidad de sus autores.*

Los acuerdos de demolición o expropiación, que serán de la exclusiva competencia del Ministerio militar correspondiente, así como los de sanción pecuniaria, solo podrán [OR. 6] imponerse mediante la incoación del oportuno procedimiento, en el que preceptivamente se oirá al presunto infractor.

La resolución de los expedientes instruidos por infracciones cometidas con motivo de obras o servicios públicos será de la competencia del Consejo de Ministros.»

- 19.- Estas disposiciones legales se complementan con el contenido de lo previsto en el art. 37 del RD 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de zonas e instalaciones de interés militar, que prevé: *«En las **zonas de acceso restringido a la propiedad** quedan sujetas al requisito de la autorización militar, tramitada en la forma establecida en el capítulo III del título II de este Reglamento:*

a) *La adquisición, cualquiera que sea su título, por parte de personas físicas o jurídicas extranjeras, de propiedad sobre fincas rústicas o urbanas, con o sin edificaciones, o de obras o construcciones de cualquier clase.*

b) *La constitución, transmisión y modificación de hipotecas, censos, servidumbres y demás derechos reales sobre fincas, a favor de personas extranjeras.*

c) *La construcción de obras o edificaciones de cualquier clase, así como la adquisición de derechos sobre autorizaciones concedidas y no ejecutadas, cuando los peticionarios sean extranjeros.»*

- 20.- A lo que se añade el contenido de lo previsto en el art. 91 del referido reglamento por el cual se establece que *«1. Las infracciones de las disposiciones prohibitivas o limitativas que contengan los Decretos por los que se establecen*

las zonas de interés para la Defensa Nacional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley y de este Reglamento, así como las que vulneren lo dispuesto en los artículos 12, 14, 20, 21, 22, 27, 37 y 39 de este, podrán dar lugar al acuerdo de demolición parcial o total o al de expropiación, según los casos, sin perjuicio de ser sancionadas pecuniariamente según su entidad o importancia objetiva y la intencionalidad de sus autores.

2. Los acuerdos de demolición o expropiación, que serán de la exclusiva competencia del Ministerio de Defensa, así como los de sanción pecuniaria, solo podrán imponerse mediante la incoación del oportuno procedimiento, en el que preceptivamente se oirá al presunto infractor.

3. La resolución de los expedientes instruidos por infracciones cometidas con motivo de obras o servicios públicos será de la competencia del Consejo de Ministros.»

- 21.- Del precedente relato normativo resulta que la legislación en materia de zonas de interés para la defensa nacional contiene una categoría de zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, en las que se limitan no solo las condiciones de acceso a la titularidad dominical, sino el mismo ejercicio de tal derecho, imponiendo de forma coercitiva la exigencia de una autorización militar previa para el pleno disfrute del derecho de dominio, exigencias de las que están eximidos los nacionales españoles. [OR. 7]
- 22.- Estas medidas de policía administrativa se justifican en razones superiores relacionadas con el interés público en la defensa nacional, y bajo el presupuesto sobreentendido que los extranjeros, por su falta de afección patriótica, constituyen un riesgo potencial para la soberanía del Estado y su seguridad exterior.

TERCERO.- De las disposiciones de la Unión Europea y jurisprudencia del TJUE.

- 23.- El artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE— consagra el principio de no discriminación de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea cuando estatuye que «*En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.*»
- 24.- Por otro lado el art. 49 de [1] TFUE indica que «*En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.*

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y

especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.»

- 25.- El art. 63.1 de[1] TFUE dispone que *«En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países[.]»*

Por su parte el art. 65 de[1] TFUE establece que *«1. Lo dispuesto en el artículo 63 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a:*

a) aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital;

b) adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública.

2. Las disposiciones del presente capítulo no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con los Tratados.

3. Las medidas y procedimientos a que se hace referencia en los apartados 1 y 2 no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 63.» [OR. 8]

- 26.- Así las cosas la jurisprudencia del TJUE tiene declarado que entre las situaciones comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario figuran las relativas al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado, entre las que deben entenderse comprendidas las libertades de establecimiento y de libre circulación de capitales (sentencias de 24 Nov. 1998, Bickel y Franz, C-274/96, Rec. p. I-7637, apartados 15 y 16; sentencia de 20 Sep. 2001, Grzelczyk, C-184/99, Rec. p. I-6193, apartado 31; Sentencia de 11 Jul. 2002, D’Hoop, C-224/1998). En el ámbito de estas libertades comunitarias debe aplicarse en su completa extensión en principio proscriptor de la discriminación por razón de la nacionalidad.

- 27.- De otro lado se ha mantenido por el Tribunal de Justicia que el ejercicio de libertades fundamentales no puede verse restringido por medidas de derecho interno que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las mismas, y que dado el caso estas limitaciones solo pueden quedar justificadas si reúnen cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean medidas

adecuadas para garantizar el cumplimiento de tales fines de interés general, y que sean proporcionadas a tal fin (sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/1992, de 4 de julio de 2000, Haim, C-424/97, de 1 de febrero de 2001, Mac Quen, C-108/96, de 23 de enero de 2006, Comisión/Reino de España, C-514/2003).

- 28.- Entre las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una limitación al ejercicio de tales libertades fundamentales, se encuentran las que se inspiran en motivos relacionados con la competencia soberana de los Estados en materia de defensa nacional (Sentencias de 13 de julio de 2000, Albore, C-423/1998).
- 29.- La defensa nacional en su acepción de seguridad exterior aplicable, no resulta, a pesar de tratarse de un ámbito de competencia netamente soberano, afectada de una reserva general, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad exterior relacionados con la defensa nacional. Tal y como explica la STJUE de 11 de marzo de 2003, Dory, C-186/01) *«Reconocer la existencia de tal reserva, sin atender a las condiciones específicas de las disposiciones del Tratado, podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho comunitario (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, apartado 26; Sirdar, antes citada, apartado 16, y Kreil, antes citada, apartado 16)»*.
- 30.- Constituiría una medida objetivamente restrictiva de la libertad de establecimiento la supeditación del ejercicio de una determinada actividad a la emisión de una autorización administrativa previa (sentencias de 10 de marzo de 2009, Hartlauer, C-169/2007, y de 1 de junio de 2010, C-570/2007).
- 31.- Igualmente la restricción del derecho de adquisición de la propiedad de bienes inmuebles configura una medida limitativa de la libre circulación de capitales (sentencia 13 de julio de 2000, Albore, C-423/1998).
- 32.- En esta última sentencia el Tribunal de Justicia ha admitido la posibilidad de justificar un tratamiento discriminatorio por razón de la nacionalidad siempre que se razone de manera individualizada el riesgo concreto que para la defensa y seguridad nacional implica el ejercicio de las actividades restringidas por parte de los nacionales de otros [OR. 9] Estados miembros de la Unión, juicio que compete en última instancia al órgano jurisdiccional nacional en atención a las peculiaridades del caso.

CUARTO.- De la justificación y planteamiento de las cuestiones prejudiciales.

- 33.- El pronunciamiento prejudicial interpretativo que se interesa del Alto Tribunal Europeo en cuanto a la compatibilidad con el Derecho de la Unión con las previsiones del arts. 4, 18.c) y 29 de la Ley 8/1975, de Zonas e Instalaciones de

Interés para la Defensa Nacional, y 37 del RD 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de zonas e instalaciones de interés militar, será determinante, en tanto que un posible fallo declarativo de la incompatibilidad de estas normas con las libertades fundamentales consagradas en los Tratados, supondría la imposibilidad de aplicar los preceptos de la Ley y reglamento nacionales por imperativo de la preeminencia del Derecho de la Unión Europea y por el efecto del desplazamiento que le es inherente.

- 34.- En este punto deben salvarse las reservas de la Abogacía del Estado en cuanto que, siendo cierto que las partes no han suscitado cuestión alguna al respecto de esta posible contravención del derecho de la Unión, nada obsta en el marco del proceso jurisdiccional contencioso administrativo la introducción de motivos impugnatorios de nuevo cuño a instancia del propio tribunal al amparo de las previsiones del art. 33.2 de la LJCA, con mayor motivo cuando lo que se plantea es la eventual contradicción de una norma con rango de Ley con del derecho de la Unión Europea, en cuyo caso el órgano jurisdiccional nacional en su calidad de juez europeo está obligado a la aplicación del derecho de la Unión con preferencia sobre el nacional, y en caso de dudas está facultado, sin restricciones posibles por parte de la normativa procesal nacional, al planteamiento de la cuestión prejudicial del art. 267 de TFUE (Sentencia de 5 de octubre de 2010, Elchinov C-173/09).
- 35.- Como se ha adelantado las normas nacionales que rigen la materia establecen un régimen de ejercicio del derecho de propiedad de los extranjeros diferenciado, en cuanto que más restrictivo, al someter a una autorización militar el goce pleno del derecho de propiedad sobre los terrenos situados en zonas de interés militar calificada como «zonas de acceso a la propiedad restringido para extranjeros». En nuestro caso se sujeta a autorización administrativa por parte de la autoridad militar la erección de construcciones. El efecto asociado a la omisión de esta carga administrativa es la imposición de una sanción pecuniaria, que en nuestro caso asciende a 10 000 euros, y la obligación de demolición de lo construido. Estos condicionantes, de los que están excepcionados los ciudadanos españoles, se pueden traducir en limitaciones para el ejercicio de la libertad de establecimiento teniendo en cuenta la naturaleza de las edificaciones afectadas, a la sazón naves destinadas al almacenaje de mercancías, y pueden comprometer la efectividad de la libre circulación de capitales, en la medida que conviertan en escasamente atractiva la inversión económica consistente en la adquisición de inmuebles con esta catalogación militar para extranjeros nacionales de la Unión.
- 36.- El recurrente, como se ha anticipado, es sancionado por la construcción de edificaciones sin autorización militar exigida para extranjeros, pero su conducta consta realizada en asociación con un nacional de los Países Bajos con el que comparte el 50 % de la titularidad de los terrenos y al que se imputa al 50 % la inversión en la promoción de las [OR. 10] construcciones. La duda que asalta a la Sala es si es posible aplicar a esta situación la extensión de la regla de no discriminación de nacionales de la Unión Europea, de manera que de ella resulte beneficiado el nacional de un tercer estado desde el momento en el que se asocia con un nacional de la UE, resultando aquel eximido del régimen restrictivo de

autorización militar previa en el ejercicio de su derecho de propiedad, máxime teniendo en cuenta que a efectos punitivos el ciudadano holandés con quien se asocia sufre las consecuencias de la imposición de la sanción al responder solidariamente del pago de la multa, y tener que soportar en cualquier caso los efectos adversos de la demolición de lo construido, al efecto de garantizar con todo ello la efectividad del estatuto de ciudadanía europea del nacional de los Países Bajos, en el entendido de que el derecho a la igualdad de trato integra como componente básico tal estatuto de ciudadanía europea (Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, C-184/1999; y de 4 de junio de 2009, C-22/2008 y C-23/2008, Vatsouras y Koupatantze), así como al fin de preservar la plena efectividad de las libertades fundamentales concernidas para evitar que queden restringidas con arreglo a criterios discriminatorios por razón de nacionalidad.

- 37.- En otro caso, cabría concluir que razones superiores de interés público relacionadas con la defensa nacional, autorizan aun en estos supuestos el sometimiento al régimen limitativo de la legislación nacional en materia de zonas de interés para la defensa nacional, de modo que el extranjero nacional de un tercer estado pueda ser sometido de forma separada a este régimen, y quedar sujeto a las acciones y medidas restaurativas que su infracción implica, debiendo pechar el nacional de la UE con las consecuencias adversas que ello le irroge por efecto de su decisión de asociarse a un ciudadano extranjero nacional de un tercer estado.
- 38.- En el caso de que se entienda que el mero hecho de la concurrencia de un nacional de la UE implica la comunicación de la regla de no discriminación a la actividad en su conjunto, y a todos sus partícipes, podría quedar comprometida la aplicación al caso de la normativa española en la que se basa la sanción impuesta, así como la medida de restablecimiento de la legalidad que la acompaña, lo que podría dar lugar a la anulación de la resolución administrativa impugnada en origen, con estimación del recurso de apelación planteado.
- 39.- De forma que se considera oportuno plantear al TJUE cuestión prejudicial europea al efecto de que emita un pronunciamiento interpretativo por el que aclare si debe entenderse que los arts. 18 49, 63 y 65 de TFUE, se oponen a una normativa nacional como la constituida por los arts. 18, 4 y 29 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, y 37 de RD 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, en la medida que establecen la imposición de graves restricciones al ejercicio del derecho de propiedad por parte de extranjeros, incluida la necesidad de recabar una autorización militar para el ejercicio pleno del tal derecho cuya omisión apareja la imposición de una sanción administrativa, de cuya aplicación están excluidos en todo caso los nacionales españoles, en el momento en que tales restricciones se imponen cuando en la realización de las actividades sujetas a

limitación concurren extranjeros de terceros estados con nacionales de la Unión Europea. [OR. 11]

- 40.- En otro orden de cosas, dados los términos de la sentencia del asunto Albore antes citada, una limitación de las libertades fundamentales consagradas en los tratados aplicada de manera discriminatoria respecto de los nacionales de otros Estados miembros entrañaría infracción del derecho de la Unión Europea siempre que no se justifique de manera específica el motivo de ese tratamiento diferenciado, de modo que se evidencie que *«un trato no discriminatorio de los nacionales de todos los Estados miembros implicaría que los intereses militares del Estado miembro afectado corriesen riesgos reales, concretos y graves, que no pudieran evitarse por procedimientos menos restrictivos»*.
- 41.- Así pues, la segunda cuestión que se plantea la Sala, para el caso de respuesta afirmativa a la primera, es si una medida como la prevista en el art. 18.c) de la Ley 8/1975, y 37 de RD 689/1978, por la que se sujeta, solo a los extranjeros, a la obtención de una autorización militar para el goce del derecho de vuelo asociado al derecho de propiedad, puede entenderse justificada solamente en base a motivos relacionados con la defensa nacional especialmente intensos como los que están presentes en el supuesto de autos en los que la parcela controvertida se ubica en zonas de interés militar de la Ciudad Autónoma de Melilla, por razón de su importancia estratégica como enclave histórico de soberanía española radicado en el norte de África y totalmente rodeado en su perímetro fronterizo por el Reino de Marruecos, motivos específicamente consignados en la norma nacional de aplicación que contempla la singularidad de estos enclaves y su importancia para la defensa nacional; o si esta evaluación debe necesariamente completarse con un juicio particular acerca de la necesidad de extender la aplicación de las medidas de protección de la seguridad exterior del Estado a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea.
- 42.- De entender que la especial intensidad de los motivos relacionados con la defensa nacional debidamente justificados, no son suficientes para alcanzar el canon de adecuación y proporcionalidad que permita imponer medidas restrictivas de las libertades fundamentales, incluso de carácter discriminatorio, la ausencia del juicio acerca de la significación del riesgo concreto que presentan para estos objetivos los ciudadanos de la UE, puede significar la inaplicación al caso de las normas nacionales cuestionadas, determinando la necesaria anulación de la actividad administrativa controvertida en el proceso principal.
- 43.- En este punto la evolución del Derecho de la Unión y la consagración progresiva del estatuto de ciudadanía europea (art. 20 TFUE), unido a la expansión del principio de confianza mutua derivado de la Implantación del espacio Schengen, cuyas fronteras exteriores comunes están concernidas en los autos principales, sugieren la oportunidad de un pronunciamiento interpretativo que solvete las dudas que albergamos en cuanto a la validez de las cláusulas generales discriminatorias de nacionales de la Unión basadas en razones superiores de interés público, aún vigentes en disposiciones de nuestro ordenamiento interno

con rango de Ley, y que son objeto de aplicación por la Administración militar española.

- 44.- En función de las anteriores dudas interpretativas se plantea al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial, condicionada a una respuesta afirmativa a la anterior: si debe entenderse que los arts. 18 49, 63 y 65 de TFUE, se oponen a una normativa nacional como la constituida por los arts. 18, 4 y 29 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, y 37 de RD 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés [OR. 12] para la defensa nacional, en la medida que establecen la imposición de graves restricciones al ejercicio del derecho de propiedad por parte de extranjeros, incluida la necesidad de recabar una autorización militar para el ejercicio pleno del tal derecho cuya omisión apareja la imposición de una sanción administrativa, de cuya aplicación están excluidos en todo caso los nacionales españoles, si tales restricciones se encuentran justificadas en base a razones imperiosas de interés general relacionadas con la defensa nacional, atendida exclusivamente la esencial trascendencia de los intereses públicos por relación a la defensa nacional en la salvaguarda de enclaves de singular importancia estratégica.

[omissis]

[fórmula de estilo]

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito del artículo 267 de TFUE, las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) ¿Debe entenderse que los arts. 18 49, 63 y 65 de TFUE, se oponen a una normativa nacional como la constituida por los arts. 18, 4 y 29 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, y 37 de RD 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, en la medida que imponen graves restricciones al ejercicio del derecho de propiedad por parte de extranjeros, incluida la necesidad de recabar una autorización militar para el ejercicio pleno del tal derecho, cuya omisión apareja la imposición de una sanción administrativa, de cuya aplicación están excluidos en todo caso los nacionales españoles, en el momento en que tales restricciones se imponen a extranjeros de terceros estados cuando en la realización de las actividades sujetas a limitación concurren con nacionales de la Unión Europea?
- 2) Condicionada a una respuesta afirmativa a la anterior ¿debe entenderse que los arts. 18 49, 63 y 65 de TFUE, se oponen a una normativa nacional como la constituida por los arts. 18, 4 y 29 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, y 37 de RD 689/1978, de 10 de

febrero, por el que se aprueba el Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, en la medida que imponen graves restricciones al ejercicio del derecho de propiedad por parte de extranjeros, incluida la necesidad de recabar una autorización militar para el ejercicio pleno del tal derecho, cuya omisión apareja la imposición de una sanción administrativa, de cuya aplicación están excluidos en todo caso los nacionales españoles, si tales restricciones se encuentran justificadas en base a razones imperiosas de interés general relacionadas con la defensa nacional, atendida *exclusivamente* la trascendencia de los intereses públicos por relación a la defensa nacional en la salvaguarda de enclaves de singular importancia estratégica?

[*omissis*] **[OR. 13]** [*omissis*]

[fórmulas finales y firma]